

SİCİL

MART '06 • Yıl 1 • Sayı 1

MESS'in 3 aylık yayın organıdır.

Görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHİ
MESS Genel Sekreteri

Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Cüneyt DANAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Seval EROĞLU
Av. Selçuk KOCABIYIK

Baskı

Hanlar Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

ISSN 1306-6153

M E S S

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

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

Tel: 212 232 01 04 (5 hat)

Faks: 212 241 76 19

e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

BİREYSEL İŞ HUKUKU

- İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler* 5
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN
- 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları* 16
Prof. Dr. M. Polat SOYER
- Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar* 29
Prof. Dr. Nüvit GEREK - Yrd. Doç. Dr. A. İlhan ORAL
- Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları* 36
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY
- Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)* 53
Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

KARAR İNCELEMELERİ

- İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı - Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 71
Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT
- Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi* 84
Av. Hakkı KIZILOĞLU

TOPLU İŞ HUKUKU

- ILO Uzmanlar Komitesi Raporu'nda (2005) Türk Mevzuatının 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu* 89
Prof. Dr. Metin KUTAL

KARAR İNCELEMESİ

- TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi* 98
Av. Mesut ULUSOY

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

- Tüzel Kişi İşverenlerin Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerinin Prim Ödemeden Doğan İşverenleri ile Birlikte Müştereken ve Müteselsilen Sorumluluğu* 113
Prof. Dr. Kadir ARICI

Bireysel Emeklilik Sistemi Nedir, Ne Değildir? 122
Prof. Dr. Berin ERGİN

KARAR İNCELEMELERİ

İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Danıştay'ın Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Hukuki Etkileri 135
Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İblali ve Kusurun Takdiri 149
Yrd. Doç. Dr. Levent AKIN

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

Kababatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim 159
Doç. Dr. Aydın GÜLAN

MALİ HUKUK

Vergi ve/veya SSK Primi Hesaplanmaksızın Personele Sağlanabilecek Menfaatler 171
Mehmet MAÇ - Resul KURT

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Almanya'da Esnek Çalışma Süresi Modelleri 190
Av. Thomas PRINZ
Çeviren: Zülfü DİCLELİ

2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönü Bağlamında Eleştirel Yaklaşım 195
Prof. Dr. Tankut CENTEL

Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye'de Üçlü Sosyal Diyalog 205
Prof. Dr. A. Can TUNCAY

KARAR İNCELEMELERİ

Öğrenimi Teşvikte Eşit Davranma - Türk İşçi Çocukları İçin de!
Avrupa Adalet Divanı'nın Gaye Gürol Davasına İlişkin 7.7.2005 Taribli ve C-374/03 Sayılı Kararı Hakkında İnceleme 215
Av. İlknur BAYSU - Prof. Dr. Andreas HÄNLEIN
Çeviren: Prof. Dr. Tankut CENTEL

ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dabil Edileceğine İlişkin " SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi 222
Av. Şeyda AKTEKİN



M E S S

Başlarken

Bilgi Çağı'nı yaşayan dünyamızda coğrafi sınırlar etkisini yitirmekte, sermaye dünyanın bir ucundan diğerine her türlü denetimden muaf, inanılmaz bir hızla ulaşabilmektedir. İnternet aracılığıyla yapılan ticaret, gümrük ve vergi gibi kavramları deforme etmektedir. Sermaye, işletme, çalışan ve hukuk gibi mutlak ya da yarı bölgesel nitelik taşıyan unsurlar, dünya üzerinde yayılarak yerelliğini yitirmekte, küresel kimlik kazanmaktadır.

Dünyanın bu yeni temposuna uyum sağlayanların ayakta kalacağı, yavaş hareket edenlerin ise tökezleyeceği ve dengelerini yitireceği ise kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkıyor. Bu nedenle ülkeler ve şirketler gerek kendi başlarına gerekse birlikte, ayakta kalabilmenin mücadelesini veriyorlar.

Bu noktada başarı, iş hukuku ile endüstriyel ilişkilerin ekonomideki yeni gelişmelerle uyumlu hale getirilebilmesinden geçiyor. Çalışanı statik koruma altına alan iş hukuku, artık istihdamın desteklenmesi yönünde dinamik bir perspektife yöneldi. İş hukukunun yeni istihdam biçimlerini ve işgücü piyasasının günümüzdeki gerçek durumunu göz önünde bulundurarak; aktif istihdam politikalarına ve çağdaş çözümlere imkân tanıyacak bir hale getirilmesi; bir taraftan yaşama ve çalışma koşullarını korumanın yollarını aramayı sürdürmek, diğer taraftan da işletmelere kendi aralarında piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir düzenleme çerçevesi sunmaktadır.

Dünyada yaşanan bu gelişmelerden etkilenen ülkemizde; AB Müktesebatı'na yönelik gerçekleştirilmesi gereken uyum çalışmaları ile birlikte ilk önemli değişiklik 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle başladı. 10 Haziran 2003'ü takiben İş Kanunu'nun uygulanmasına yönelik düzenlemeleri içeren çok sayıda Yönetmelik yayımlandı.

Bu süreçte bilindiği üzere, Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda değişiklik öngörüldü. Bunun yanı sıra ülkemiz gündemini uzun süredir meşgul eden Sosyal Güvenlik Reformu da pek çok yeniliği içinde barındırmakta. Ayrıca, geçtiğimiz aylarda yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu da çalışma yaşamını derinden etkileyen hükümler içeriyor. Ancak biliyoruz ki, tüm bu yenilik ve değişiklikleri içeren mevzuatı yürürlüğe koymak kadar önemli bir nokta da, onu doğru uygulamaktır.

Özellikle çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan söz konusu mevzuat değişikliklerinin ve ilgili uygulamaların, doğru temellere oturtulması konusunda, çalışma yaşamının tüm kesimlerine görev ve sorumluluk düşmektedir.

Bu nedenle MESS olarak, çalışma yaşamında eksikliğini hissettiğimiz mesleki bir derginin hayata geçirilmesi zorunluluğunu duyduk. Kurulduğu tarihten bu yana yaptığı çalışmalar ile hep ilklerin Sendikası olan MESS, istedik ki bir yeniliğe daha imzasını atsın.

İşte bugün bunu gerçekleştirmenin ve sizlere SİCİL dergisinin ilk sayısını sunmanın mutluluğunu yaşıyoruz. SİCİL, sizlere, Bireysel ve Toplu İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Çalışma Ceza Hukuku, Mali Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku alanlarında akademisyenler, yargı mensupları ve uygulayıcıların görüşlerinin yanı sıra karar incelemeleri de sunacak.

İnanıyorum ki sizlerin de katkısı ile SİCİL başarıya ulaşacak ve oluşturacağı tartışma platformu ile çalışma yaşamındaki uygulamalara ışık tutacak...

Saygılarımla,

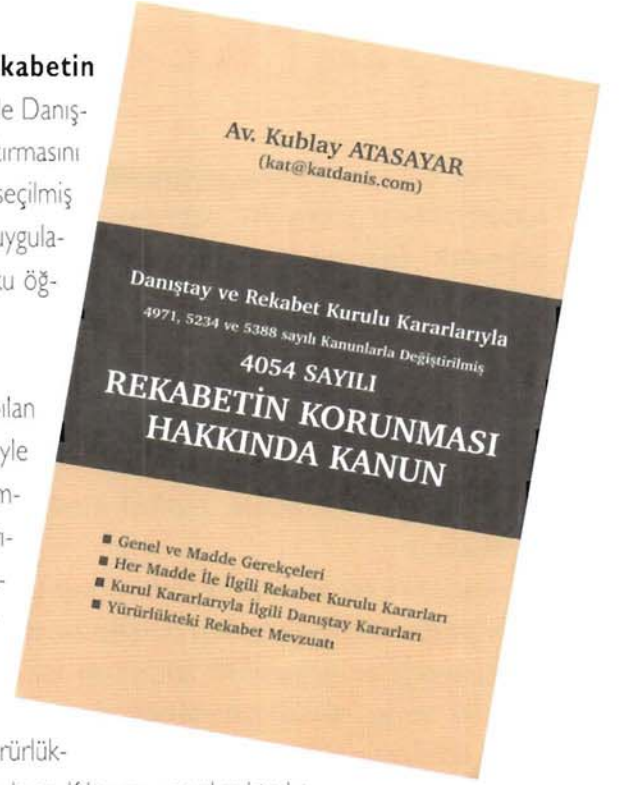
Av. İsmet SİPAHİ

YENİ YAYINLAR

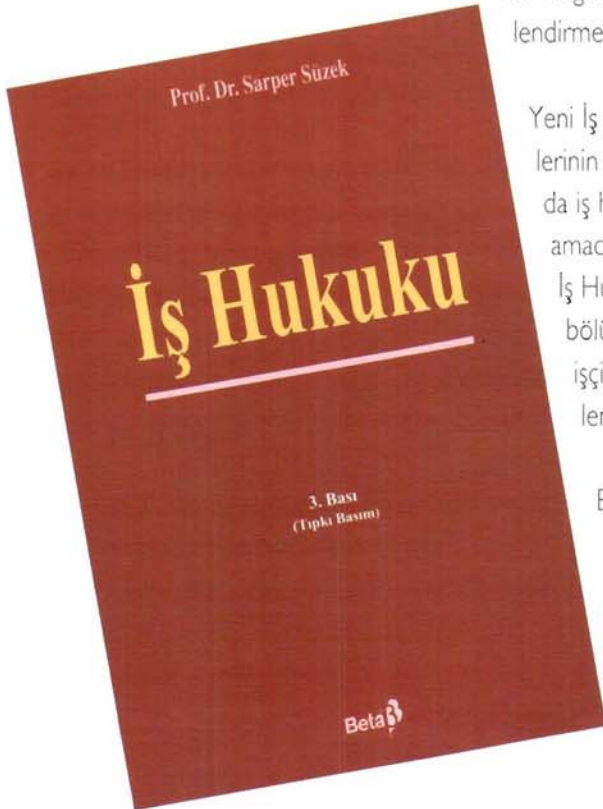
Av. Kublay Atasayar tarafından hazırlanan **“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”** adlı kitap, Rekabet Kurulu kararları ile Danıştay kararlarını birlikte değerlendirerek uygulayıcılara bunların karşılaştırmasını yapma imkânı tanımaktadır. Kitap, yalnız uygulayıcıların yararlanacağı seçilmiş kararların yayımlanmasını değil, özellikle hızla gelişen Rekabet Hukuku uygulamaları içinde bu kararları sistematik bir aynıyla sunarak Rekabet Hukuku öğretisinden de yararlanılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Eserin birinci bölümünde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan en son değişiklikler, madde gerekçeleri ve Genel Gerekeçe, her maddeyle ilgili Rekabet Kurulu kararlarının özeti ve kararların özünü yansıtan bölümleri, Kurul kararlarının her madde içinde sonuçlarına göre sistematik ayrımı, birbirini ilgilendiren kararlar arasında bağlantı, her madde ile ilgili Danıştay kararları, bu kararların özeti ve gerekçeleri yer almaktadır. Kitapta toplam 421 Rekabet Kurulu ve Danıştay kararı bulunmaktadır.

İkinci bölümde ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, yürürlükte bulunan Rekabet Kurulu Tebliğleri, Rekabet Kurulu Tebliğlerinin Uygulama Kılavuzu yer almaktadır.



Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından hazırlanan **“İş Hukuku”** kitabında, iş hukuku öğretisinde ortaya konulan önemli görüşler ve Yargıtay kararları ile bu görüş ve kararlar konusunda yazan görüş ve değerlendirmeleri yer almaktadır.



Yeni İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu Yasa'nın hükümlerinin açıklanması, yorumlanması, tartışılması ve yargı organına ışık tutulmasında iş hukuku öğretisine düşen görevin yerine getirilmesine katkıda bulunmak amacıyla hazırlanan kitap, iki kısımdan oluşmaktadır. Genel Esaslar kısmında; İş Hukukuna Giriş ve Temel Kavramlar başlıklı iki bölüme yer verilmiştir. Bu bölümlerde; iş hukuku kavramı, özellikleri, kaynakları, uluslararası iş hukuku, işçi, işveren, işyeri kavramları ve iş hukukunun kapsamı gibi konular değerlendirilmektedir.

Bireysel İş Hukuku kısmında yer alan İş Akdi ve İşin Düzenlenmesi isimli bölümlerde ise; iş akdi kavramı, iş akdinin kurulması, sona ermesi, iş akdinin sona ermesinin hukuki sonuçları, işveren ve işçinin borçları ve sorumlulukları, iş akdinin askıya alınması, iş güvencesi, çalışma süreleri, dinlenme süreleri, iş sağlığı ve güvenliği, istihdamın düzenlenmesi ve iş aracılığı, iş denetimi ve kamusal yaptırımlar ele alınmaktadır.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler

1. Genel Olarak

İş ve sosyal güvenlik hukuku kurallarına aykırı davranışlara, çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bunlar; hukuki yaptırımlar olabileceği gibi, disiplin cezaları, ceza yaptırımları ve idari yaptırımlar şeklinde olabilir. Çalışma yasamına ilişkin kuralların uygulanmasını sağlayan en etkili araçlardan birisi idari yaptırımlardır. İdari yaptırımlar, yasalardan yetki verdiği durumlarda bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın idarenin bir işlemiyle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır. İdari yaptırımları hukuki ve cezai yaptırımlardan ayıran en belirgin özellik, bu yaptırımların uygulanabilmesi için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmamasıdır.

İdari yaptırımlar, yargı kararlarına dayanan yaptırımlara göre yaptırım uygulamasında süratli ve etkin bir yoldur. Bazı durumlarda kamu yararının korunması derhal önlem almayı gerektirebilir. Örneğin İş Kanunu'nun 79. maddesi uyarınca işçilerin yaşamı açısından tehlikeli iş güvenliği eksikliklerinin varlığı halinde bir idari yaptırım olarak işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasında söz konusu olan durum budur. Ancak idarenin yargı organının bir kararı olmaksızın bizzat yaptırım uygulamasının, Anayasal kuvvetler ayrılığı ve yargılama ödevinin bağımsız yargı organınca yerine getirilmesi ilkelerine ve bu ilkelerin kişi hak ve özgür-

lüklerini yürütme organına ve onun uzantısı olan idare organına karşı korunması esasına ters düşen bir yönünün de bulunduğu bir gerçektir. Bu nedenle yaptırım uygulanacak fiillerin ve bu fiillere uygulanacak idari yaptırımların mutlaka önceden yasayla öngörülmüş olması ve idarenin kararına karşı da yargı yoluna başvurulabilme hakkının tanınmış olması gerekir¹. Gerek iş hukukunda ve gerekse sosyal güvenlik hukukunda idari yaptırımların en yaygın uygulanma biçimi idari para cezaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 98-107, Deniz İş Kanunu'nun 50-53, Basın İş Kanunu'nun 26-27-30. maddelerinde idari para cezaları yer almıştır. İş Kanunu'nun 98. maddesinde işyerini bildirme yükümlülüğüne, 99. maddesinde genel hükümlere (eşit davranma, ilkesine geçici iş ilişkisine ilişkin hükümlere yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda belge verme yükümlülüğüne, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin kurallara, çalışma belgesi verme zorunluluğuna), 100. maddesinde toplu işçi çıkarma ile ilgili hükümlere, 101. maddesinde özürü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna, 102. maddesinde ücreti düzenleyen kurallara, 103. maddesinde yıllık ücretli izin hükümlerine, 104. maddesinde çalışma sürelerine, çocuk ve genç işçilerin ve kadın işçilerin korunmasına, telafi çalışması ve kısa çalışmalara ilişkin kurallara, 105. maddesinde iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen hü-

kümlere, 106. maddesinde iş ve işçi bulma ile 107. maddesinde iş denetimine ilişkin kurallara aykırı davranan işveren ve işveren vekillerine idari para cezaları öngörülmüştür.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinde, kanunun 8. maddesindeki işyerini bildirmeyen, 9. maddesindeki çalıştırılan sigortalıyı bildirmeyen, 79. maddesindeki prim belgelerine ilişkin çeşitli hükümlülükleri yerine getirmeyen, 90. maddede öngörülen sigortalılar için muayene belgesi (vizite kağıdı) verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenler için idari para cezaları öngörülmüştür. Aynı şekilde 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 80. maddesinde de sigortalıların tescil ve sigortalılığı sona erdirmeye yükümlülüğüne uymayan sigortalılar için idari cezası öngörülmüştür. Öte yandan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 54. maddesinde de işsizlik sigortasına ilişkin yükümlülükleri nedeniyle sigortalıların ücretlerinden indirim yapan işverenlere ve kanunun 48. maddesinde öngörülen işten ayrılma bildirgesini kuruma vermeyen işverenler için de idari para cezası öngörülmüştür. Söz konusu para cezalarının İş Kanunu'na dayananlar için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. Deniz İş Kanunu'nun Ek 1. maddesinde, Basın İş Kanunu'nun 30. maddesinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na dayananlar için Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140., 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na dayananlar için Bağ-Kur Kanunu'nun 80. ve İşsizlik Sigortası Kanunu'na dayananlar için de 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 54. maddesinde, söz konusu idari para cezalarının verilmesi, tebliği, itiraz süresi, itirazda görevli mahkeme, zamanaşımı vs. gibi konularda farklı ayrı ve dağınık ve birbiriyle de uyumlu olmayan düzenlemeler yer almaktadır. Oysa 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile idari para cezaları veya idari tedbirler konusunda, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yasalarda ve diğer tüm mevzuatta yer alan düzenlemeleri tek rejime tutmak üzere kabahatlere ilişkin genel bir rejim düzenlenmiştir. Ancak Kabahatler Kanunu'nun diğer kanunlardaki çoğu kez de birbirinden farklı idari para cezaları konusundaki düzenlemeleri açık bir yasa hükmü olarak kaldırmaması, ya da ilgili kanundaki idari para cezaları ile ilgili Kabahatler Kanunu'nda hüküm bulunmayan bir konuda farklı bir düzenlemenin yer alması uygula-

mada çok ciddi bir hukuki belirsizliğe ve tereddütlere yol açmaktadır. Bu nedenle özellikle konumuzla ilgili olarak iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuatta (İş K. md. 100, Deniz İş K. Ek madde 1, Basın İş K. md. 30, SSK md. 140, Bağ-Kur K. md. 80, İşsizlik Sigortası Kanunu md. 54) yer alan düzenlemeler değiştirilerek öncelikle Kabahatler Kanunu'na uygun bir hale getirilmeli idari para cezaları konusunda Kabahatler Kanunu'nda yer almayan bir konuda bir düzenleme var ise bu konudaki düzenleme de iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuattaki hükümler de birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir. Nitekim bu konuda ilk adım çok yakın bir tarihte 08/02/2006 tarih ve 5454 sayılı Kanun'la atılmıştır (RG.15/02/2006-26081), söz konusu kanunun 5. maddesiyle 506 sayılı Kanun'un 140. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilerek idari para cezalarının tahakkuku, tebliği, itiraz prosedürü görevli yargı yeri v.s. konularında Kabahatler Kanunu'na uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu değişiklikte de maddenin son fıkrasında Kabahatler Kanunu'ndan farklı bir biçimde yer alan zamanaşımına ilişkin hükme dokunulmaması, bu konuda tereddütlere yol açacak niteliktedir.

Öte yandan tüm mevzuatta yer alan idari para cezalarını Kabahatler Kanunu ile tek ve yeknesak bir rejime tabi tutma amacının, Kabahatler Kanunu'ndan kısa bir süre sonra çıkartılan bazı özel yasalarda bizzat kanun koyucu tarafından tekrar gözardı edildiği görülmektedir. Örneğin 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı "Toprak koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu"nun idari para cezalarına ilişkin 22. maddesinde, idari para cezasına itiraz süresi 7 gün ve itiraz edilecek yargı mercii tekrar idare mahkemesi olarak Kabahatler Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirilmiştir.

II. Kabahatler Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları

1. Kanunun Genel Kanun Olma Niteliği

Bilindiği gibi, 31/03/2005 tarihli ve 25772 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 01/06/2005 tarihinde yü-

01/06/2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan tüm kanunlarda yer alan idari para cezaları hakkında Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır.

rürlüğe girmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi ile kabahat; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmış, 16. maddesi ile de kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirler olarak tasnif edilmiştir. Anılan madde idari tedbirleri mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak tanımlamıştır. Kanunun 3. maddesi ile bu kanunun genel kanun niteliğinde olduğu belirtilerek, kanunun birinci kısmında yer alan genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, 01/06/2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan tüm kanunlarda yer alan idari para cezaları hakkında Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümler kanunun 1-31. maddeleri arasında yer alan hükümlerdir. Örneğin, idari kararlarında bulunması gereken hususlar, kararların ilgililere tebliğ usulü, yasal başvuru süreleri ve başvuru yolları, ödeme usulü, zamanaşımı, idari para cezalarının Devlet geliri sayılması yönündeki düzenlemeler genel hükümler olup, ilgili kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

2. İdari Para Cezasını Vermeye Yetkili Makam

İdari para cezası vermeye yetkisi olan makamlar konusunda Kabahatler Kanunu'nda genel nitelikli bir hüküm yoktur. 5326 sayılı Kanun'a göre cezalandırılmasını öngören fiillerin tesbiti ve ceza verme yetkisi ilgili kanunlardan kaynaklanmaktadır. Kamu tüzel kişileri ile bunların organları görevleri gereği verecekleri idari para cezalarının uygulanmasını 5326 sayılı Kanun'da yer alan genel esaslara göre yapacaklardır.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olarak yukarıda belirtilen (4857 sayılı İş K. 108, 506 Sayılı SSK 140, 5953 sayılı Basın İş K. md. 30, 854 sayılı Deniz Ek madde 1, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası K. md. 54) mevzuatta idari para cezasını verme yetkili makamlar belirtilmiştir. Bu makamlar SSK ve Bağ-Kur kanunlarına dayanarak veriliyorsa Sosyal Sigortalar Kurumunca ve Bağ-Kur tarafından, İşsizlik Sigortası Kanunu'na dayanarak veriliyorsa İş Kur tarafından, diğer iş kanunlarına dayanarak veriliyorsa kural olarak işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müdürlüğü'nce verilecektir. Ancak, İş Kanunu'nun özrürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı tahakkuk ettirecek makam konusunda İş Kanunu'nun 108. maddesinde isabetli bir değişiklik yapılarak bu konuda Türkiye İş Kurumu yetkili kılınmıştır. Gerçekten de; sakat ve eski hükümlü istihdamına ilişkin tüm yazışmalar Türkiye İş Kurumu ile yapılırken, para cezası Bakanlık Bölge Müdürü'nce verilmekteydi. Bu nedenle isabetli bir düzenlemeyle 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 39. maddesi ile 07/07/2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İş Kanunu'nun 108. maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek ve maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükten kaldırılarak, sakat ve eski hükümlü istihdamına ilişkin para cezalarının Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu değişik düzenlemeye göre: "Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101. maddedeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü'nce verilir. 101. madde kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir."

Terör mağduru istihdamında ceza tahakkukuna yetkili makam ise 3713 sayılı Kanun'un ek m. 1/B bendinde "İlgili İdareler" olarak belirlenmiştir. Başka bir anlatımla; 3713 sayılı Kanun'da ceza tahakkukuna yetkili makam açık olarak gösterilmemiştir. Bu eksiklik, bu maddeye dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan Yönetmelik ile giderilmiştir. Nitekim yönetmeliğin 12. maddesinde, terör mağduru istihdamı yükümüne aykırılık halinde idari para cezasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

Bölge Müdürü'nce verileceği öngörülmüştür. İdari para cezasını verecek makama kanunda yer verilmeyip bunun yönetmelikle somutlaştırılmasının isabet derecesi tartışmaya açıktır². Bununla birlikte, Danıştay Onuncu Dairesi, 15/12/2003-2001/2914-2003/5158 sayılı kararında, Terörle Mücadele Kanunu ek m.1/B uyarınca idari para cezası verecek makamın kanunla değil de yönetmelikle belirlenmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

3. İdari Para Cezası Vermeye Yetkili Makamlarca (Bölge Müdürlükleri, SSK, Bağ-Kur, İş-Kur) Yapılacak İşlemler ve Cezanın Tebliği

Kabahatler Kanunu uyarınca idari yaptırım olarak idari para cezası uygulayan idarelerin Kabahatler Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca işlem yapmaları gerekmektedir. Buna göre; 5326 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre idari yaptırım kararlarında; a) Hakkında idari yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresinin, b) İdari yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiilinin, c) Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün delillerin, d) Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliğinin, e) Fiilin işlendiği yer ve zamanının, bulunması zorunludur.

İdari yaptırım kararında, söz konusu bilgilerin yanı sıra idari para cezasının ödeme süresi, ödeme yeri, idari yaptırım kararına karşı kanun yolu, mercii ve süresi, indirimli ödeme hakkı, taksitlendirme talep etme hakkı, ödeme yapılmaması halinde uygulanacak müeyyideler ile tebliğ tarihi bilgilerine yer verilmesi gerekmektedir.

Maliye Bakanlığı'nın 16/12/2005 tarih 437 sayılı Tahsilat Genel Tebliği'nde (R.G. 16/12/2005) idari yaptırım kararlarını tutanak tanzimi suretiyle uygulayan idarelerce düzenlenecek tutanaklarda, idari yaptırım kararlarında bulunması gereken ve yukarıda açıklanan tüm bilgilere yer verilmesi, tutanakların seri ve sıra numaralarının birbirini takip eder şekilde bastırılması, görevli personele zimmetle teslim edilmesi, tutanakların iptal edilmesi gerektiğinde, iptal işlemlerinin tutanağın üzeri çizilmek ve iptal şerhi konulmak suretiyle gerçekleştirilmesi, belirtilmektedir. Oysa uygulamada iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin idari para cezalarını uy-

gulayan kurum ve idari makamların 5326 sayılı K.K.'nin 25. maddesi ve sözü edilen Maliye Bakanlığı tebliğine uygun bir uygulama yaptıkları söylenemez. Konu ile ilgili uygulamanın yukarıda sözü edilen biçimde düzenlenmesi ve yürütülmesi gerekmektedir.

Öte yandan 5326 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki hükme göre; "İdari yaptırım kararı, 11/02/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir. İdari yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilir. Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilir. Karar tutanağının bir örneği kişiye verilir. Tüzel kişi hakkında verilen idari yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir." hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, idari yaptırım kararlarının ilgililere yukarıda belirtilen tebliğ usulüne göre tebliğ edilmesi zorunlu olup ilgili mevzuatında tebliğ usulüne ilişkin özel hüküm yer alsa dahi uygulanmayacaktır.

4. İdari Para Cezalarına İtirazda Görevli Yargı Yeri

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin idari para cezalarına itiraz davalarında görevli yargı yeri konusu son yıllarda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi gibi, Yüksek Mahkeme kararlarına konu olmuş, bu kararlar dikkate alınarak ilgili kanunlarda düzenlemeler yapılmış ve konu en son 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile tüm kamu kuruluşlarınca verilen idari para cezaları için genel bir şekilde düzenlenmiştir. Bu Kabahatler Kanunu ile ortaya çıkan ve Kabahatler Kanunu paralelinde yapılan bazı düzenlemelerle ve aşağıda belirttiğimiz Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son kararlarıyla mevcut son yasal durum netleşmiş görünse de, mevcut durumun Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları karşısında yeniden Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi halinde idari para cezalarını bir idari işlem olarak gören ve buna bağlı olarak da görevli yargı yerini idari yargı olduğuna karar veren

Anayasa Mahkemesi kararları ile uyumlu olduğu söylenemez. Gelineen noktanın daha iyi anlaşılabilmesi için Kabahatler Kanunu'na gelinceye kadarki gelişmeler gözönünde tutulmalıdır.

Bilindiği gibi 1475 sayılı İş Kanunu'nda idari para cezalarına itiraz mercii olarak sulh ceza mahkemesi gösterilmişken, bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararları da gözönünde tutularak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinde İş Kanunu'na dayanılarak verilmiş idari para cezalarına itirazların idare mahkemelerinde yapılacağı esası getirilmişti.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi idari para cezalarına itirazda görevli yargı mercii konusunda önce, İmar Kanunu'nun yıkım nedeniyle verilen idari para cezalarına itirazın sulh ceza mahkemesinde görülmesine ilişkin hükmünü iptal etmişti¹. Yüksek mahkeme daha sonra da bir başka kararıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesindeki 506 sayılı Kanun'a dayanılarak verilmiş idari para cezalarına itirazlarda sulh ceza mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin hükmü iptal etmişti².

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları karşısında yukarıda da belirttiğimiz gibi 4857 sayılı İş K. md. 108'de İş Kanunu'ndan doğan idari para cezalarına itirazda görevli yargı yeri idare mahkemesi olarak düzenlendikten sonra iş ve sosyal güvenlik hukukunu ilgilendiren diğer kanunlarda da Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeniden değişiklikler yapılarak idari para cezalarında idare mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmişti. (506 sayılı Kanun'un 29/07/2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 140. maddesi, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24/07/2003 tarih ve 4956 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 80. maddesi, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 25/0/2003 tarih ve 4904 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 54. maddesi; 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na 24/04/2003 tarih ve 4854 sayılı Kanun'la eklenen Ek madde 1; 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 24/04/2003 tarih ve 4854 sayılı Kanun ile değiştirilmiş 30. maddesi.)

Böylece yapılan değişikliklerle 1 Haziran 2005 tarihine kadar tüm iş ve sosyal güvenlik mevzuatına dayanan idari para cezalarına itirazda görevli yargı yeri Anayasa Mahkemesi kararına uygun olarak idari mahkemesi olarak düzenlenmiş bulunuyordu. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, idari para cezalarına itirazın artık

sulh ceza mahkemesine yapılması gerekmektedir. Zira Kabahatler Kanunu, sadece kanunun ikinci kısmında sayılan çeşitli kabahatlere ilişkin olmayıp, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkeleri, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarını, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecini, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolunu ve idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları düzenleyen bir kanundur. Zaten kanunun 3. maddesinde de, bu kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı açık olarak düzenlenmiş olup, kanun yollarını düzenleyen dördüncü bölüm de genel hükümler içerisinde yer almaktadır. Kabahatler Kanunu'nun bu düzenlemeleri nedeniyle, artık diğer tüm mevzuattaki ve bu arada iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olarak yukarıda belirtilen yasa hükümlerine dayanılarak verilmiş idari para cezalarına itirazda görevli yargı yeri sulh ceza mahkemeleri olacaktır.

Her ne kadar başta İş K. md. 108/II olmak üzere yukarıda belirtilen iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuatın idari para cezalarına itirazı düzenleyen hükümlerinde Kabahatler Kanunu doğrultusunda henüz bir değişiklik yapılmamış ise de, Kabahatler Kanunu idari suçları tek bir rejime tabi tutmak üzere yürürlüğe konulduğuna göre, bundan sonra artık Kabahatler Kanunu'nda öngörülen itirazda görevli yargı yeri ve itiraz usulü uygulanacaktır. Ne var ki uygulamada halen bu itirazları görev yönünden reddeden sulh ceza mahkemeleri bulunmaktadır.

Bu nedenle ortaya çıkan bu durum Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına da konu olmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesindeki yükümlülüğü yerine getirmediği için hakkında idari para cezasına itiraz etmesi üzerine Eskişehir Sulh Ceza Mahkemesi'nin ve Eskişehir İdare Mahkemesi'nin görevsizlik kararı vermesi üzerine, verdiği 21/11/2005 tarih ve 2005/77-2005/103 tarihli kararında bu konudaki tereddütleri gidermiş ve görevli yargı yerinin Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemeler de dikkate alınarak görevli yargı yerinin sulh ceza mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararına göre: "... Dava, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 107/1-a. ve 108. maddelerine göre verilen idari para cezasının kaldırılması isteminden ibarettir. 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında, "Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir" denilmiştir; 107. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanunun 92. maddesinin ikinci fıkrasındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren veya işveren vekiline beş milyar lira para cezası verileceği kurala bağlanmış; aynı Kanun'un 108. maddesinde, bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği öngörülmüştür. Ancak 01.06.2005 tarihinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi karşısında, bu Kanunun diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisinin incelenmesi gerekmiştir. Kabahatler Kanununu Tasarı Gerekçesinde, özetle, bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari ceza yaptırımı öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvencesini temin etmek amacıyla, belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiştir.

30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun birinci maddesinde "Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler, b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları, c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, d) İdari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, e) İdari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar, belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır." denilerek Kanunun amaç ve kapsamı belirlenmiştir; ikinci kısmında yer alan 32 ila 43. maddelerinde, Türk Ceza Kanunu kapsamı dışında kalan çeşitli kabahatler sayılarak, bu eylemlere yaptırımlar öngörülmüştür. Anılan Kanun'un 2. maddesinde, "kaba-

hat" deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü baksızlığın anlaşılacağı; 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların "idari para cezası" ve "idari tedbirler"den ibaret bulunduğu; "idari tedbirler" in de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir.

Buna karşılık, 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; e) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmesi, f) İşyerinin kapatılması, g) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması h) Kara, deniz veya hava nakil aracın trafikten veya seyrişerferden alıkonulması, gibi yaptırımlarına ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklikler yapılmaya kadar saklı tutulacağı öngörülerek suretiyle geçici istisnalar getirilmiştir; 11/05/2005 tarih ve 5348 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen Ek 1. maddede, "04/01/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır." denilmek suretiyle de 213 sayılı Yasa kapsamında bulunan vergi cezaları, Kabahatler Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." denilmiş olup; bu Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin (1) numaralı bendinde; idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına, karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüştür. Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun belirlediği ilke ve esaslara uyan diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemesi genel görevli kılınmıştır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Böylece, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise (davanın açıldığı anda görevli olan

ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair geçiş hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesinde, "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz."; Geçici 3. maddesinde de "daha önce verilmiş olan idari para cezasına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27 nci madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvurulabilir." denilerek geçiş dönemine ilişkin uygulama açıklanmış; 31/03/2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla değişik 44. maddesinde ise, bu Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bu açıklamalara göre, Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilmesi için idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak Kabahatler Kanunu'nun; 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması, 2. maddesinde yapılan kabahat tanımına ve 16. maddesinde belirtilen yaptırım türlerine uyması, 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir.

İncelenen olayda, yukarıda belirtilen koşulların oluştuğu anlaşıldığından iş mevzuatına dayanan dava konusu idari para cezasına karşı yapılacak itiraza bakma görevi sulh ceza mahkemesine ait bulunmaktadır.

Belirtilen durum karşısında 5326 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 01/06/2005 tarihinden sonra 23/06/2005 gününde açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, sulh ceza mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ: *Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Eskişehir 3. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 23/06/2005 günlü ve E: 2005/306 Müt. Sayılı Görevsizlik Kararının Kaldırılmasına,*

21/11/2006 gününde oybirliği ile kesin olarak karar verildi."

Uyuşmazlık Mahkemesi; Kabahatler Kanunu'nun idari para cezalarına ilişkin hükümlerinin diğer kanunlardaki idari para cezalarını düzenleyen hükümlerine etkisi konusunda bu kararda belirtilen görüşünü 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 29/07/2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'la değişik 140. maddesine ilişkin olarak verdiği, (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 21/11/2005 tarih ve 2005/84-2005/105, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 05/07/2003 tarih ve 4904 sayılı Kanun'la değişik 54. maddesine ilişkin olarak verdiği 21/11/2005 tarih ve 2005/85-2005/106 sayılı) kararlarda sürdürdüğü gibi iş ve sosyal güvenlik hukuku dışındaki bazı kanunlardaki idari para cezaları hakkında verdiği kararlarda da tekrar etmiştir. (Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na aykırılık nedeniyle verilen idari para cezalarına itiraza ilişkin 21/11/2005 tarih ve 2005/87-2005/107 sayılı; Radyo Televizyon Üst Kurulu Başkanlığı'nca verilen idari para cezasına itiraza ilişkin 21/11/2005 tarih ve 2005/92-2005/112 sayılı kararlar.) Kabahatler Kanunu ile idari para cezaları konusunda getirilen bu düzenlemelere ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konudaki görüşünü yansıtan kararlarına rağmen iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuattaki idari para cezalarına itirazda görevli yargı yeri ile ilişkin düzenlemeleri açıkça yürürlükten kaldıran bir düzenleme yapılmadığı sürece, bu konuda açılacak davalarda görevli yargı yeri konusunda hukuki uyuşmazlıkların çıkması ve konunun Uyuşmazlık Mahkemesi'nde yığılmalara neden olması muhtemeldir. Bu nedenle iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuatta da en azından görevli yargı yeri ve itiraz süresi konusunda Kabahatler Kanunu'na paralel değişikliklere gidilmelidir. Nitekim bu konuda ilk adım 08/02/2006 tarih ve 5454 sayılı Kanun'la (R.G. 15/02/2006-26081) atılmış ve 506 sayılı Kanun'un 140. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilerek kurumca verilen idari para cezalarına itiraz Kabahatler Kanunu'na paralel bir şekilde düzenlenmiştir.

Ancak bu konu ile ilgili olmak üzere son olarak önemle belirtelim ki idari para cezalarında görevli yargı yeri konusunda gerek Kabahatler Kanunu ile ve gerekse Kabahatler Kanunu paralelinde getirilen ve getirilecek olan ve söz konusu yargı yerini

İdari para cezalarının idari bir işlem olduğu gerekçesiyle, bunlara itirazın da idari yargı yerinde görülmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin görüşü kanımızca da isabetli değildir.

sulh ceza mahkemesi olarak belirleyen düzenlemelerin. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirttiğimiz kararlarına ters düştüğü açıktır. İdari para cezalarının idari bir işlem olduğu gerekçesiyle, bunlara itirazın da idari yargı yerinde görülmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin görüşü kanımızca da isabetli değildir. idari yaptırımlara (işlemlere) ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yasayla açıkça yetkili kılındığı hallerde adli yargının görev yapması mümkündür ve bunun yasalarda örnekleri de mevcuttur (Örneğin 2822 sayılı Kanun'un toplu sözleşme yapma (yetki) prosedürüne ilişkin Çalışma Bakanlığı veya Bölge Müdürlüğü kararlarına karşı itirazlarda görevli yargı yeri iş mahkemesi olarak düzenlenmiştir).

Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki isabetsiz de olsa, net görüş nedeniyle, gerek Kabahatler Kanunu'nun ve gerekse bu konuda diğer kanunlarda Kabahatler Kanunu paralelinde yapılacak düzenlemelerin bu konuda muhtemel bir anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne götürüldüğünde ciddi bir iptal riskinin bulunduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

5. İdari Para Cezasına İtiraz Süresi, Mahkemeye Başvuru ve İnceleme

İdari para cezasına itiraz için sulh ceza mahkemesine başvuru süresi 15 gündür. Kanunda öngörülen 15 günlük dava açma süresinin geçirilmiş olması idari para cezasının kesinleşmesi sonucunu doğurur. Eğer dava açma süresi mücbir sebeplerin varlığı nedeniyle geçirilmişse, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç 7 gün içerisinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru kararın kesinleşmesini engellemez ise de, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir (K.K. md. 27).

İdari para cezası için mahkemeye başvuru, bizzat kanuni temsilci veya avukat tarafından sulh ce-

za mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi iki nüsha olarak verilir. Başvuru dilekçesinde, idari para cezasına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir (K.K. md. 27).

Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda; mahkeme davanın yetkili mahkemede açılmadığını tespit ederse, dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine karar verir. İdari para cezalarına itirazı inceleyecek olan yetkili mahkeme konusunda her ne kadar Kabahatler Kanunu'nda açık bir düzenleme yok ise de bunun genel hükümlere göre idari para cezasını veren kuruluşun bulunduğu yerdeki sulh ceza mahkemesi olduğunun kabulü gerekir. Mahkeme eğer başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru konusu idari yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığını veya başvuranın buna hakkı bulunmadığını tespit ederse, bu nedenlerle başvurunun reddine karar verir. Yukarıda belirtilen nedenler bulunduğu takdirde, mahkeme başvurunun usulden kabulüne karar verir. Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini idari para cezası veren kuruluşa tebliğ eder.

İdari para cezasını veren kuruluş başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir. Ayrıca, başvuru konusu idari yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da isteyebilir. Cevap dilekçesi, idari yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.

Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyebilir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun taahhütüne, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.

Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili cezayı veren kamu kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu okunur, diğer deliller ortaya konulur. Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idari yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idari yaptırım kararı verilen tarafın kanuni temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar (K.K. md. 28).

Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesinde, kabahatin icrai veya ihmali bir davranışla işlenebileceği ve 9. maddesinde de kabahatlerin kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebileceği hükme bağlanmıştır. Şu halde taksir şeklindeki kusur da bir idari para cezasının tahakkuku için yeterli olacaktır. Bu nedenle idari para cezasına itirazı inceleyen mahkeme işverenin bu yükümlülüğe uymamak konusunda kasdi veya taksirli bir davranışın bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yaparak kararını verecektir.

Örneğin özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne uymadığı için hakkında idari para cezası verilen işverenin talepte belirttiği niteliklerin, işyerinin özelliklerine aykırı ve bu istihdamdan kaçma amacı güden nitelikte olup olmadığı, kurumun üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirip getirmediği, bu bağlamda işverence belirtilen nitelikte aday bulma gayreti içerisinde olup olmadığı ve aranan niteliklere uygun yeterli sayıda aday gönderip göndermediği, işverenin talepleri red gerekçelerinin haklı ve makul olup olmadığı, gönderilen veya listede yer alan adayların niteliklerinin uygun olup olmadığı konusunun yeterli ve inandırıcı gerekçelerle ortaya konup konmadığı, işverenin bu yükümlülük kapsamında istihdam ettiği özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçi sayısı, kontenjanın tamamlanmamış olmasının makul gerekçelere

Maktu para cezası; kanunda sadece tek bir rakam olarak veya aşağı ve yukarı hadleri gösterilerek belirlenmiş para cezasıdır.

dayanıp dayanmadığı gibi pek çok unsuru incelemek ve ona göre bir karar vermek durumundadır⁵.

Mahkeme son karar olarak idari yaptırım kararının, hukuka uygun olması nedeniyle "başvurunun reddine" hukuka aykırı olması nedeniyle "idari yaptırım kararının kaldırılmasına" karar verir (K.K. md. 28).

Kabahatler Kanunu sadece ikibin Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğunu hükme bağlamıştır. (K.K. md. 28) Şu halde ikibin Yeni Türk Lirası'nın üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür. Kabahatler Kanunu'nun 29. maddesine göre; sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır.

Ağır ceza mahkemesi itirazla ilgili kararını, dosya üzerinden inceleme yaparak verir. Mahkeme, her bir itirazla ilgili olarak "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verir. Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir, vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz.

6. İdari Para Cezalarının Ödenmesi, Tahsili ve Harcanacağı Yer

Kabahatler Kanunu md. 17 hükümlerine göre idari para cezası, Devlet Hazinesi'ne ödenir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idari para cezasının, ilk taksidinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idari para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir. Kesinleşen karar, derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verilir. İdari para cezası, 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Kabahatler Kanunu'ndaki önemli bir hüküm (md. 17/6), idari para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçünün tahsil edileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Ancak yapılan bu peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

Nispi para cezası,
failin sorumlu olacağı ceza miktarı
önceden belli olmayıp,
miktarı ihlal süresine, kişi sayısına,
elde edilen menfaatin miktarına
göre değişen para cezasıdır.

Tahsil edilen idari para cezasının kanunla belirlenen bir oranı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır. İdari para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

Öte yandan iş ve sosyal güvenliği hukukuna ilişkin idari para cezalarının hangi amaçla kullanılacağı ve hangi kuruluşlar tarafından gelir olarak düzenleneceğine ilişkin Kabahatler Kanunu dışında bazı özel düzenlemeler mevcuttur. Gerçekten de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi hükümlerine aykırılık halinde İş K. md. 101 uyarınca verilen idari para cezalarının Türkiye İş Kurumu bütçesinin Maliye Bakanlığı'nca açılacak özel tertibine gelir kaydedileceği ve bu hesapta toplanan paraların özrü ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere İşkur'a aktarılacağı belirtilmektedir. Keza bu hususta bir komisyon kurulacağı ve bunun çalışma usul ve esaslarını göstermek üzere bir yönetmelik çıkarılacağı öngörülmektedir (İş K. md. 30/son fıkra). Anılan yönetmelik "Özürlü ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Komisyonun Kuruluşu ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" adıyla çıkarılarak yürürlüğe girmiştir (RG. 23/09/2003, No. 25241).

Öte yandan 08/02/2006 tarih ve 5454 sayılı Kanun'un (RG. 15/02/2006-26081) 4. maddesinin ilk fıkrasında İş K. md. 30 hükmüne paralel olarak 4857 sayılı Kanun'un 101. maddesine dayanılarak uygulanan para cezalarının Türkiye İş Kurumu'na aktarılacağını belirttikten sonra 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 54 ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 20. maddesine dayanılarak uygulanan idari para cezalarının da Türkiye İş Kurumu'na aktarılarak kurum geliri olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yeni bir düzenlemeyle 506 sayılı Kanun'un 140. maddesine dayanılarak uygulanan idari para cezalarından başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 101. maddesine dayanan (özürlü ve eski hükümlü çalıştırmama) idari para cezaları dışındaki, kanunun diğer tüm maddelerine dayanılarak tahsil edilen idari para cezalarının Sosyal Sigortalar Kurumu'na gelir olarak aktarılması öngörülmüştür.

7. İdari Para Cezalarının Miktarı ve Niteliği

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17/I. maddesinde idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle iş ve sosyal güvenlik hukukunda düzenlenen idari para cezalarının niteliği itibariyle, bir maktu para cezası mı, yoksa nispi para cezası mı olduğunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bunlardan maktu para cezası; kanunda sadece tek bir rakam olarak veya aşağı ve yukarı hadleri gösterilerek belirlenmiş para cezası; nispi para cezası ise, failin sorumlu olacağı ceza miktarı önceden belli olmayıp, miktarı ihlal süresine, kişi sayısına, elde edilen menfaatin miktarına göre değişen para cezasıdır.

Örneğin; İş Kanunu'nun "İdari Ceza Hükümleri" başlıklı sekizinci bölümünde, bazı maddelerde, işçi sayısı veya aykırılığın devam ettiği süre ile ilgilenilmeksizin tek bir para cezası öngörülmüş, bu tür düzenlemelerde yer alan idari para cezaları maktu para cezasıdır. Örneğin, İş K. madde 104'de yer alan işin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılıklarda öngörülen para cezaları maktu para cezasıdır. Her bir aykırılık için işçi sayısı ve aykırılığın süresi ile ilgilenilmeksizin sabit bir rakam para cezası olarak öngörülmüştür. Buna karşılık örneğin özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne uymamaya ilişkin idari para cezasını düzenleyen 101. maddesinde "Bu kanunun 30. maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için..." denilerek nispi bir para cezası öngörülmüştür.

Bir idari para cezasının maktu veya nispi nitelikte olmasının büyük önemi bulunmaktadır. Tüm idari para cezaları için geçerli olan Kabahatler Kanunu'nda bu konu tereddüte yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu madde

17'ye göre; idari para cezaları da maktu veya nispi nitelikte olabilir (K.K. 17/D). Maktu nitelikteki idari para cezaları her takvim yılı başından itibaren o yıl için 213 sy. VUK'un mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca saptanan yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Fakat bu sistemin (yeniden değerlendirme oranında artırımın) nispi nitelikteki idari para cezaları için uygulanmayacağı da bizzat yasada açıkça belirtilmiştir (K.K. 17/VII). Yukarıda da belirtildiği gibi İş K.'daki idari para cezalarının bazılarının maktu bazılarının ise nispi nitelikte olduğu dikkate alınınca; Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/06/2005'den itibaren de yeniden değerlendirme oranında artırımın sadece maktu idari para cezaları için uygulanacağı ve fakat nispi idari para cezaları bakımından yapılacak bir artırım uygulamasının kanuna aykırı olacağı sonucuna varılacaktır. Hal böyle iken bazı nispi nitelikteki idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılmasına ilişkin uygulanma Kabahatler Kanunu'nun yukarıda belirtilen madde 17/VII hükmüne aykırıdır⁸. Bu nedenle özürlü ve eski hükümlü istihdamına ilişkin idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılmasına ilişkin uygulamanın Kabahatler Kanunu'nun 17/VII hükmüne aykırı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür⁸.

Öte yandan iş ve sosyal güvenlik hukukunda yer alan bazı idari para cezaları bir rakam olarak değil, asgari ücret (veya katları) olarak belirlenmiştir. Asgari ücrete endekslenen bir idari para cezası da yukarıdaki tanıma uygun olarak maktu veya nispi para cezası niteliğinde olabilir. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1/B maddesinde terör mağduru istihdamı yükümünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için o yıl belirlenen asgari ücretin 10 katı tutarında bir idari para cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemede yer alan para cezasının nispi nitelikte olduğunda kuşku yoktur. Bunu karşılık 506 sayılı Kanun'un 140. maddesinin ilk fıkrasındaki kanunun 8. maddesindeki işyerini bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren için öngörülen bir aylık asgari ücret tutarındaki (140 a/3) para cezası ise maktu nitelikli bir para cezasıdır. Kanaatimce Kabahatler Kanunu'nda yer alan maktu nitelikteki idari para cezalarının her yıl Vergi Usul Kanunu uyarınca yeniden değerlemeye tabi tutulması hükmünün amacı belli olup bu

amaç, sabit bir rakam olarak belirlenen maktu idari para cezasının zaman içerisinde enflasyona karşı korunarak gerçek değerinin muhafaza edilmesidir. Oysa sabit bir rakam olarak belirlenmeyen, ve asgari ücrete endekslenerek değişkenliği ve artırımını sağlanan idari para cezalarında bu amaç kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle bize göre; asgari ücrete endeksli idari para cezaları ister maktu ister nispi nitelikli olsun Vergi Usul Kanunu'na göre yeniden değerlemeye tabi tutulamaz.

DİPNOTLAR

- 1 N. Caniklioglu - T. Canpolat, 4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler - Resul Arslanköylüye, Armağan Kamu-İş, 2004, 221 vd., S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 109.
- 2 Ekmekçi, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, Çimento İşveren, Eylül 2005.
- 3 AYMK 15/05/1997-96/72-97/51 Anayasa Mahkeme Kararları Dergisi, s. 37, Ankara 2002, 139 vd.
- 4 AYMK 08/10/2002-2001/225-2002 88 RG, 26/02/2003-25032.
- 5 Ekmekçi, 53 vd.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bak. M. Aydemir İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002.
- 7 E. Akyiğit, İdari Para Cezaları Çimento İşveren, Ankara 2005, 2.
- 8 Ekmekçi 50.

Prof. Dr. M. Polat SOYER

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları

I. Giriş

Alt işverenlik, dışarıya iş vermenin (Outsourcing) özel bir uygulama şeklidir (Inhouse-Outsourcing)¹. Bu olguyu başlıca üç nedenin ortaya çıkardığı söylenebilir: Bunlardan birincisi, teknolojik gelişme ve ihtisaslaşmadır. Örneğin, inşaat işlerinin, sıhhi donanımın, asıl işverenler tarafından değil, uzman kişilerce yerine getirilmesi iş hayatının gereklerindedir. İkinci olarak, işyerlerindeki yardımcı işlerin; örneğin temizlik, güvenlik veya yemek hizmetlerinin bu alanda hiçbir deneyimi olmayan asıl işverenler tarafından yürütülmesi, işletmecilik gerekleri açısından da mantıklı değildir. Bu gibi hallerde, işverenlerin, işyerlerindeki yardımcı işleri alt işverenlere vermeleri doğal karşılanmalıdır. Nihayet, alt işverenliğin, işgücünden tasarruf sağlama ve maliyetleri düşürme imkânı yaratan ekonomik bir işlevi de vardır. Gerçekten, üretim sürecinin bir kısmı başka işverenlere bağlı işçiler tarafından yerine getirildiği takdirde, asıl işverenler o alanda işçi çalıştırmaktan kurtulmakta ve bu durum, kârlılık oranlarında önemli artışlara yol açmaktadır. Bunun, rekabet ortamında küçümsenmeyecek bir avantaj yarattığı da bilinmektedir.

Ne var ki, alt işverenlik, 80'li yılların ortaların-

dan itibaren Türkiye'de iş yaşamının en çok sorun yaratan konuları arasında yer almaya başlamıştır. Bunun başta gelen nedeni, bazı işverenlerin, bu müesseseyi özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanmak istemiş olmalarıdır². Gerçi 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda böyle bir uygulamayı engellemeye elverişli düzenlemeler bulunmasına rağmen, Yargıtay, pek çok kararında, isabetli olarak muvazaalı alt işveren uygulamalarını önleyen sonuçlara ulaşmış³ ve 4857 sayılı yeni İş Kanunu da bu içtihadı yasa hükmü haline getirerek kalıcı bir güvence sağlamıştır. Ancak, 4857 sayılı Yasa, bu alandaki bazı yeni düzenlemeleri nedeniyle, yürürlüğe girdiği ilk günden itibaren, eski yasa dönemindeki boyutları çok aşan birtakım tartışma ve görüş ayrılıklarının da odağı haline gelmiştir. Bu tartışmaların, özellikle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması ve bu ilişkiye bağlanan sonuçlar alanında toplandığı görülmektedir. Bu sorunların tatminkâr çözümlere kavuşturulabilmesi ise, alt işverenlik ilişkisini ortaya çıkaran koşullarla, bu ilişkinin kötüye kullanılmasının önlenmesi arasında optimal bir denge kurulmasına ve getirilen sınırlamaların, amaç yönünden çerçevesinin sağlıklı bir biçimde belirlenmesine bağlıdır.

II. Alt İşverenlikte Taraflar Arasındaki İlişkiler

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, alt işverenlikte, başka (asıl) işverene ait işyerinde üstlenilen bir işin, işi üstlenen (alt) işverene bağlı işçiler tarafından asıl işverenin işyerinde yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır⁷. Bu uygulamada, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi olmak üzere başlıca üç unsur yer almakta ve bunlar arasındaki ilişkilerin saptanması sorunu ile karşılaşmaktadır.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, çok çeşitli hukuki temellere dayanabilir. Bu bir istisna veya kira sözleşmesi olabileceği gibi, bir taşıma sözleşmesi de olabilir⁸. Örneğin, bina inşaatında kalorifer tesisatının alt işverene verilmesi istisna akdine; bir oteldeki restoran işletmesinin bir başkasına bırakılması kira akdine; üretilen malların teslim yerine kadar götürülmesi ise, taşıma sözleşmesine dayanır. Akdın hukuki niteliği, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından herhangi bir önem taşımaz. Verilen örneklerin hepsinde, diğer koşullar da mevcutsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir.

Asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında ise, sözleşmeye dayanan bir ilişki yoktur. Alt işverenin yanında çalışanlar, asıl işverenin değil, alt işverenin işçileridir. Ancak Yasa, alt işverenlerin ekonomik yönden yeteri kadar güçlü olmadıkları varsayımından hareketle, asıl işvereni alt işveren işçileri karşısında alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumlu tutmuş bulunmaktadır (İŞK md. 2 f.6).

Alt işveren, kendi işçileri karşısında müstakil bir işverendir ve çalışılan işyeri -fiziksel olarak asıl işverenin işyeri ile ayrı olsa da- kendisi ve çalıştırdığı işçiler bakımından hukuken müstakil -ayrı- bir işyeridir⁹. Alt işveren işçilerine işin görülmesi ile ilgili talimatları verme yetkisi de alt işverendedir. Bu husus, taraflar arasında gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılırken dikkatle göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü, işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verme yetkisi asıl işverene bırakıldığı oranda gerçek bir alt işverenlikten söz etme olanağı zayıflar ve böyle bir durum, alt işveren olarak adlandırılan kişinin gerçek bir müteşebbis sayılamayacağına; sadece, sun'i bir işveren olduğuna ilişkin şüpheleri kuvvetlendirir¹⁰. Gerçekten, bir kimse başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukukî bağımsızlığa sahip değilse; mal ya da hizmet üretimine ilişkin ekonomik bir faaliyetin

bağımsız yönetimini üstlenmemişse, artık onun gerçek bir alt işveren olduğundan söz edilemez¹¹. Böyle bir durumda ya alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı ya da alt işveren olarak görünen kişinin aslında asıl işverene işçi temin eden bir kimse olduğu sonucuna varılabilir¹². Bu bakımdan aslolan, asıl işverenin, alt işveren işçilerine işin görülmesine ilişkin değil, "işyerinin düzeni ile ilgili" talimatlar verebilmesidir¹³. Bu tür talimatlara da alt işveren işçilerinin uymak zorunda oldukları kabul edilmelidir.

III. Alt İşverenliğin Koşulları

İş Kanunu md. 6 f.2 hükmüne göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir". Bu düzenleme, alt işverenlikten bahsedebilmek için birtakım koşulların bir arada bulunması gerektiğini göstermektedir: Asıl işveren denilen bir işverenin varlığı, asıl işverenden işyerinde yürütülen bir işin alınması, asıl işin bir bölümünde iş alınmışsa, bunun işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektiren bir iş olması ve nihayet alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaları.

1. Asıl İşverenin Varlığı

İş Kanunu md. 2 f.6'da bir "işverenden" iş alınmasından bahsedildiğine göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, öncelikle bir asıl işverenin mevcudiyetine bağlıdır. Bunun anlamı, kendisinden iş alınan kişinin o işyerinde işçi çalıştırmasıdır. Bu bakımdan örneğin, bir inşaatın anahtar teslimi şartıyla ihale edilmesinde, ihale makamı işçi çalıştırmadığı için, asıl işveren-alt işveren ilişkisi yoktur¹⁴. İş ihale edenin ihale alanı izlemek ve kontrol etmek üzere birkaç kişiyi istihdam etmesi halinde de farklı bir sonuca varılmamalıdır. Çünkü bu ihtimalde de ihale makamı tarafından yürütülen bir iş bulunmamaktadır¹⁵.

2. Asıl İşverenden İşyerinde Yürütülen Bir İşin Alınması

Alt işverenliğin ikinci koşulu, asıl işverenden "işyerinde yürütülen" bir işin alınmasıdır (İŞK md.

2 f. 6). Ancak, "işyerinde yürütülen iş" ifadesi dar yorumlanmamalıdır. Bununla anlatılmak istenen, alınan "işin işyerine ait olması"dır. Yoksa bu ifade ile, işin, işyerinin coğrafi sınırları içinde yerine getirilmesi şartı aranmamıştır. Bu bakımdan, örneğin, işyerinde üretilen malların teslim yerine kadar nakledilmelerinin, termik santrale kömür taşınmasının, işçilerin işyerine getirilip götürülmelerinin üstlenildiği hallerde de bir alt işverenlik ilişkisi vardır¹⁵.

Alınan iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü olabilir. Bu nedenle, örneğin bir ilaç fabrikasında (yardımcı iş olarak) yemek, koruma veya bahçe hizmetlerinin yerine getirilmesinde geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği gibi, bir konserve fabrikasında (asıl işin bir bölümü olarak) ürünün kutulanması veya dokuma fabrikasında boyama işleri de alt işverenlik ilişkisine konu olabilir. Buna karşılık, işyerinde örneğin bir depo veya revir inşaatının üstlenilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmaz¹⁶. Çünkü, bu örnekte, taahhüt edilen iş asıl işin bir bölümü olmadığı gibi, yardımcı bir iş de değildir; bunlar, işyerindeki faaliyetten tamamen bağımsız olarak yürütülen çalışmalardır¹⁵. Oysa, örneğin bir dokuma fabrikasındaki iplik boyama, temizlik, yemek, taşıma gibi faaliyetler, işin aslı ve yardımcı parçalarıdır.

Dikkat edilmelidir ki, işyerinin tamamının veya bir bölümünün bir başkasına devredilmesi halinde de bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi yoktur¹⁶. Böyle bir ihtimalde uygulanacak hüküm, işyerinin veya bir bölümünün devrini düzenleyen İş Kanunu md. 6 kuralıdır.

3. Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde İş Alınması

Yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı halde, ya da, asıl işin bir bölümünde alt işveren ilişkisinin kurulmasını, bunun, "işletmenin ve işin gereği ile, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş" olması şartına bağlanmaktadır (İŞK md. 2 f.6)¹⁷. Ne var ki, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda yer almayan bu koşulun ne şekilde anlaşılması gerektiği konu-

sunda ciddi görüş ayrılıkları ortaya çıkmış bulunmaktadır.

a. Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Uygulaması

aa. Öğretideki Görüşler

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ölçütü bir bütündür ve tek bir kavramdır: bölünmesi mümkün değildir. Bu nedenle, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, bunun hem işletmenin ve işin gereği olması hem de işin, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş niteliği taşıması şarttır¹⁸.

Buna karşılık, bir başka görüşe göre, İş Kanunu md. 2 f. 6'da getirilen ölçüt bölünebilir niteliktedir ve bir bütün olarak yorumlanamaz. Bunun anlamı ise, işverenin salt işletmenin ve işin gereğine dayanarak alt işverene iş verebilecek olmasıdır. Verilen işin aynı zamanda teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması şart değildir¹⁹. Bu görüşte olan yazarlardan bir kısmına göre, işletmenin ve işin gereği kavramından anlaşılması gereken, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin kalite açısından gerekli, verimlilik bakımından elverişli olması, işin daha hızlı yerine getirilebilmesi veya teknolojik açıdan olmamakla birlikte, objektif açıdan uzmanlık gerektirmesidir. Yoksa, salt ekonomik gerekçeler, işin alt işverene verilmesinde yeterli bir unsur olarak görülemez²⁰.

Benzer şekilde, bir üçüncü görüş, Yasada aranan ölçütün bölünebilir nitelikte olduğunu kabul etmekle birlikte, işletmenin ve işin gereği olarak alt işveren ilişkisinin kurulabilmesini sınırlı bir biçimde mümkün görmektedir. Bu görüşe göre, örneğin salt maliyetlerin düşürülmesi amacı, işletmenin ve işin gereği kavramı içinde düşünülemez. İşletmenin ve işin gereği kavramına dayanılarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için, işverenin ekonomik bir gereksinim (güçlük) içinde bulunması veya örneğin acil bir siparişi fazla çalışma uygulamak suretiyle de yetiştirecek durumda olması gibi koşullar aranmalıdır. Ayrıca, alt işverene bu gerekçelerle iş verilmesi, işletme gereğinin süresi ile sınırlı bulunmalı, bu gerekler ortadan kalktığı anda da taşeron uygulamasına son verilmelidir. Bu koşullar ortadan kalktığı halde alt işveren uygulaması makul bir süreyi aşarsa, taşeron işçileri ile asıl işveren arasında iş ilişkisinin kurulduğu sonucuna varılmalıdır²¹.

Nihayet dördüncü bir görüş, Yasanın asıl vurgu yaptığı terimin "uzmanlık" olduğunu; işletme gerekleri ile teknolojik nedenlerin, uzmanlık kavramının açılımı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, uzmanlık ya bir işin daha hızlı veya kaliteli yapılmasında görüldüğü üzere teknolojik nedenlere bağlı olarak ya da muhasebe veya insan kaynakları yönetiminin uzman bir kuruluşa verilmesinde söz konusu olduğu gibi işletme gereği olarak ortaya çıkabilir. Alt işveren ilişkisinin uzmanlık gereği dışında kurulabilmesi ise, sadece, fazla çalışma veya geçici iş ilişkisi gibi önlemlerle karşılanamayan bir ilave işgücüne ihtiyaç duyulması halinde mümkün görülebilir. Buna karşılık, salt ucuz işgücü çalıştırmak amacıyla alt işverenin ilişkisinin kurulması, işletme gerekleri kavramıyla bağdaşmaz ve alt işveren kurumunun yasal sınırları dışında kalır²². Belirmek gerekir ki, bu düşünce, pratik sonuçları bakımından büyük ölçüde birinci görüşe yaklaşmaktadır.

bb. Yargıtay Uygulaması

Henüz istikrar kazanmamış olmakla birlikte, bu alandaki Yargıtay kararlarının, birinci görüşe üstünlük tanıma eğilimi içine girmiş olduğu söylenebilir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme bir kararında, otel işletmesindeki kat hizmetlerinin alt işverene verilmesi nedeniyle yapılan feshi geçerli görmek suretiyle böyle bir alt işveren ilişkisini hukuka uygun saymış²³ fakat çok kısa bir süre sonra verdiği aynı konuya ilişkin bir başka kararında, görüşünü değiştirerek, otel işletmesindeki kat hizmetlerinin asıl iş olarak kabul edilmesi gerektiğine; daha ucuza mal olsa da, bu hizmetlerin uzmanlık gerektiren işlerden olmaması nedeniyle alt işverene verilemeyeceğine hükmetmiş bulunmaktadır²⁴. Yine Yüksek Mahkeme (eski) Belediye Kanunu zamanında meydana gelen bir olayla ilgili olarak verdiği bir kararda, belediyelerin aslî işlerinden olan temizlik ve çöp nakil işlerini taşeronlara devretmelerinin mümkün bulunmadığına; bu nedenle de bu tür taşeronluk sözleşmelerinin geçersiz olduğuna hükmetmiş ve işten çıkarılan bir alt işveren işçisinin açtığı iade davasında yerel mahkemenin davayı belediye yönünden reddetmesini hatalı bularak işe iade ve parasal sonuçları bakımından doğrudan asıl işveren belediye aleyhinde hüküm tesis etmiştir²⁵. Ne var ki, Yüksek Mahkeme, 5272 Sayılı Belediye Kanunu'nun şekil yönünden Anayasa'ya aykırı

Alt işveren işçilerine işin görülmesi ile ilgili talimatları verme yetkisi alt işverendedir.

rı bulunarak iptal edilmesinden önce meydana gelen aynı konuya ilişkin bir başka kararında, anılan Yasanın temizlik hizmetlerini taşeronla verme imkânı sağlaması nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceğini, ancak işin taşeronla verilmesi nedeniyle yapılan feshilerin -taşeron ilişkisinden tamamen bağımsız olarak- geçerlilik denetimine tabi tutulması gerektiğini²⁶ kabul etmiş bulunmaktadır²⁷.

b. Görüşümüz

Yukarıdaki görüşler ve asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş ölçütünü bir bütün olarak uygulayan Yargıtay kararları, alt işveren ilişkisini Yasanın amacını aşacak ölçüde sınırlandırmakta ve bu müesseseyi adeta uygulanmaz hale getirmektedir. Oysa, aşağıda da değinileceği üzere, bu konudaki yasal düzenlemelere hâkim olan temel düşünce, alt işverenliğin yasaklanması değil, kötüye kullanılmasının önlenmesinden ibarettir²⁸. Bu bakımdan, öncelikle, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş kavramının nasıl bir değerlendirilmeye tabi tutulacağını saptamak gerekmektedir.

Kanaatimce, bu kavramlar Yasada birbirinden bağımsız iki ölçüt getirmek amacıyla kullanılmıştır. Çünkü, alt işverene iş verilmesi sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde mümkün kılınmak istenmiş olsaydı, işletmenin ve işin gereğinden ayrıca bahsedilmesine gerek duyulmazdı²⁹. Bu bakımdan, tartışılması gereken sorun belki sadece, işletmenin ve işin gereği kavramına nasıl bir anlam verileceği noktasında toplanmaktadır: Yasada, bu ifadenin dar yorumlanmasını gerektiren herhangi bir ipucu yoktur. Diğer taraftan Yasa, işletmenin ve işin gereği olmadığı halde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini herhangi bir yaptırıma bağlamış da değildir. Gerçi yasa koyucunun amacı, alt işverenlik müessesesini -1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak- sınırlandırmaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu sınırlama, md. 2 f. 7'nin bütününden de anlaşılacağı üzere ve Yargıtay'ın önceki içtihadına da uygun olarak, tamamen ve sadece, alt işverenlik müessesesinin muvazaalı

işlemlere dayanmasını ve bu yolla özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanılmasını önlemek amacına dayanmaktadır⁴⁰. Yasada sadece bu noktada alt işveren ilişkisine herhangi bir sonuç bağlanmayacağı öngörülmüş bulunmaktadır⁴¹. Yoksa, Yasa, salt maliyetleri düşürmek amacıyla ve muvazaaya dayanmayan bir işlemle müstakil bir müteşebbis sıfatına sahip alt işverene iş verilmesini engellemek ve böyle bir ihtimalde, ilişkisinin geçersiz sayılarak alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları kabul etmek istemiş değildir⁴². İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğine ilişkin kuralın (İşK. md. 2 f. 7 cümle son), alt işveren işçilerinin asıl işveren işçileri gibi işlem görmelerini hükme bağlayan İş Kanunu md. 2 f. 7 cümle 2'den sonra gelmesi de bu düşünceyi doğrulamaktadır⁴³. Esa-

Kanunu, 1475 sayılı Yasa'dan tamamen farklı olarak, işgücü maliyetlerinin düşürülmesine olanak sağlayan çeşitli mekanizmalar getirmiş bulunmaktadır ve bu, yasa koyucunun açık bir tercihi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma süresinin denkleştirilmesi, telâfi çalışması gibi uygulamalar, bu mekanizmaların tipik örnekleridir⁴⁴. Bu bakımdan, işletmenin ve işin gereği kavramına böyle bir ekonomik bakış açısıyla içerik kazandırılması, Yasanın temel mantığına aykırı görülemez. Unutmamak gerekir ki, öğretilde belirtildiğinin tersine, işletme gereği kavramı, işin dışarıya verilmesi ile, iş sözleşmesinin feshi alanında aynı anlam ve etkiye sahip değildir⁴⁵. Gerçekten, Alman hukukunda kabul edilen ve alt işveren ilişkisinin kurulmasında işletmenin ve işin gereği kavramı bakımından hukukumuzda da geçerli olması gereken düşünceye göre, örneğin maliyet nedeniyle işin dışarıya verilmesi, personel azaltılmasına yol açacak olsa da, feshe karşı koruma alanındaki sınırlamaların uygulanmasını gerektirmeyen: bu sınırlamalara tabi olma-

Öğretilde belirtildiğinin tersine, işletme gereği kavramı, işin dışarıya verilmesi ile, iş sözleşmesinin feshi alanında aynı anlam ve etkiye sahip değildir.

sen, aksi yöndeki görüşün hukuka ve pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun bir açıklaması da yoktur. Bu görüş, gerçek alt işverenin iradesine tamamen aykırı olarak işçilerini kaybetmesi; alt işveren işçilerinin de, yine iradelerine tamamen aykırı olarak asıl işverene bağlanmaları gibi garip bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir sonucun ise, irade özerkliğine dayanan bir hukuk düzeni içinde benimsemeyeceği açıktır⁴⁶. Aksi düşünce, taşeron sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle alt işverenin işyerinden ayrılması sırasında, kendi işçilerinin, asıl işverenin işçisi olduklarını ve işyerinde kalmaya devam etmek istediklerini (!) ileri sürmelerine de imkân sağlamaktadır ki, böyle bir sonucu isabetli bulmak mümkün görünmemektedir.

İşin alt işverene verilerek işgücü maliyetlerinin düşürülmesini teşvik etmek, belki Yasanın temel amaçları arasında yer almamaktadır⁴⁷. Ancak, bir hükme anlam verilirken, Yasanın bütününe hâkim olan tercihleri de göz önünde bulundurmamak gerekmektedir: Beğenilsin, beğenilmesin: 4857 sayılı İş

yan ve işletme gereklerine dayanan bir işveren kararıdır⁴⁸. İşveren de, işletme içindeki faaliyetin niteliği ve kapsamı ve bunun nasıl bir organizasyon çerçevesinde gerçekleştirileceği konusunda kural olarak karar verme özgürlüğüne sahiptir. Bu tür kararlar, gereklilik ve amaca uygunluk denetimine tabi değildir. Denetim, sadece keyfilik ve Yasanın dolanılması söz konusu olduğu takdirde mümkün olabilir⁴⁹. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında, metal işlenen bir işyerindeki polisaj işinin başkasına verilmesini geçerli görmüş bulunmaktadır⁵⁰. Buna karşılık, gereklilik ve uygunluk denetimine, ancak bir fesih söz konusu olduğu takdirde ve fesihle sınırlı bir biçimde başvurulabilir⁵¹. Gerçekten, asıl işin bir bölümü alt işverene verilirken asıl işveren işçi çıkarma yoluna gitmişse, fesihlerin geçerli olup olmadıkları, feshe karşı koruma hükümleri çerçevesinde yapılacak bir denetimle belirlenir fakat varılan sonuç, alt işveren ilişkisinin geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Somut olayda bu fesihlerin geçersiz olduklarına hükmedilirse, alt işveren ilişkisinin geçer-

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için alt işverene ait işçilerin “sadece” asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaları koşulunun aranması son derece isabetlidir.

liliğini etkilemeyen, sadece fesihlerle sınırlı bir sonuca ulaşılmış olur. Böyle bir ihtimalde ise, işçilerin işe başlatılıp başlatılmamaları tamamen işverenin takdirinde olan bir meseledir. Fakat işçiler işe başlatılınsınlar, başlatılınsınlar; alt işveren ilişkisi fiilen mevcut ve muvazaa söz konusu olmadığı sürece de hukukun geçerlidir.

Diğer taraftan, salt maliyetleri düşürmek için alt işveren ilişkisi kurulamayacağını savunan düşüncenin, işçi topluluğunu daha çok koruduğu ve sosyal politika açısından daha yerinde olduğu da söylenebilir. Çünkü, maliyetleri düşürmek amacıyla alt işverenin ilişkisinin kurulamayacak olması, fiilen fason üretimin teşvik edilmesi sonucunu yaratır. Alt işverenin işçilerinin çalışma koşulları ve işçilik haklarının güvencesi ise, en azından asıl işverenin müteselsil sorumluluğu nedeniyle, fason üretim yapan işyerlerindeki işçilerden daha ileri düzeydedir¹².

Burada son olarak, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğini öngören yasa hükmüne (İşK md. 2 f. 7 c. son) nasıl bir anlam yüklemek gerektiği sorunu ile karşılaşmaktadır: Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu hükmü, asıl işverenin alt işverene vermiş olduğu işlerde kendi işçilerini de çalıştırmamasını yasaklayan bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekmektedir¹³. Zaten, aksi yönde bir uygulama, salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işverene iş verildiğine ilişkin iddiayı büyük ölçüde zayıflatır ve muvazaa itirazını haklı gösterebilir.

4. Alt İşveren İşçilerinin Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalıştırılmaları

Alt işverenlik müessesesinin dördüncü koşulu, alt işverenin, aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini “sadece” bu işyerindeki işte çalıştırmasıdır¹⁴. Bu koşul gerçekleşmedikçe, asıl işveren-alt işveren

ilişkisinden ve asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir¹⁵. Örneğin, çeşitli fabrikaların yemek hizmetlerini üstlenen bir kimsenin kendi fabrikasında hazırlanan yemeği bu işyerlerine kendi elemanlarıyla dağıtması halinde bir alt işverenlik ilişkisi yoktur. Fakat aynı kişi, herhangi bir fabrikadaki yemek hizmetlerini “belirli” bir personeli oraya tahsis etmek (özgülemek) suretiyle yerine getirmekte ise, alt işverendir. Aynı şekilde, çeşitli işyerlerinin temizlik işlerini üstlenen bir firma, işçilerini her gün değişik işyerlerinde çalıştırdığı takdirde alt işveren değildir¹⁶. Bu örnekte alt işverenlik ancak, temizlik işlerini üstlenen firmanın, işçilerini (veya bunlardan bir kısmını) sadece söz konusu işyerlerinden birinde çalıştırması halinde ortaya çıkabilir. Tahsis edilen elemanlardan önemsiz bir kısmının zaman zaman dönüşümlü olarak çalıştırılması da alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğunu kabul etmeye engel değildir.

İşçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaları koşulu, birden çok işverenden iş alınması halinde alt işveren ilişkisinin hiçbir zaman kurulamayacak olması sonucunu yaratmaz. Birden çok işverenden iş alan bir kimse, işçilerinden hiçbirini bu işyerlerine tahsis etmiyor; örneğin işçilerini işyerlerinde dönüşümlü olarak çalıştırıyorsa, İş Kanunu anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi yoktur. Fakat aynı kişi, işçilerinden birini veya birkaçını bu işyerlerinden herhangi birine “tahsis” etmiş ise, artık o işyerinin işvereni karşısında alt işverendir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için alt işverene ait işçilerin “sadece” asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaları koşulunun aranması son derece isabetlidir. Çünkü sadece bu ihtimalde alt işveren işçileriyle asıl işveren arasında müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını haklı gösteren fiilî bir ilişki kurulmuş sayılabilir ve ancak böyle bir durum asıl işvereni başkasının (alt işverenin) işçileri karşısında sorumlu tutmanın mantıklı bir gerekçesi olarak görülebilir.

IV. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulmasına Getirilen Sınırlamalar ve Bu Sınırlamalara Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda da değinildiği gibi, iş hayatının ihtiyaçları veya piyasa koşullarından kaynaklanan iş-

İçtihatçilik gerekleri gibi nedenlerin baskısı altında ortaya çıkmış olsa da, alt işverenlik, ülkemizde uzun yıllar, bazı işverenler tarafından özellikle sendikalarla örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak da kullanılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu, eski dönemde ortaya çıkan ve hiçbir şekilde benimsenemeyecek olan bu uygulamayı önlemek amacıyla, daha önce Yargıtay tarafından geliştirilen birtakım düşünceleri yasal önlemler haline getirmiş bulunmaktadır.

1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınamamaları

Yasanın 2. maddesinin son fıkrasında, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemenin amacı, asıl işveren işçilerinin, geçmiş dönemde zaman zaman rastlandığı üzere, sun'i bir alt işverene bağlanarak alt işveren işçisi gibi gösterilmelerini önlemektir. Böylece yasa koyucu, asıl işverene bağlı işçi sayısında görünüşte de olsa bir azalma yaratılmasının ve asıl işveren işçilerinin alt işveren gibi görünen kimseye bağlı olarak daha düşük ücret ve sosyal haklarla çalıştırılmalarının önüne geçmiştir. Böyle bir uygulamaya gidildiği takdirde ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı kabul edilerek iş sözleşmelerinin asıl işverenle devam ettiği ve o ilişki çerçevesinde söz konusu olan ücret ve sosyal hakların asıl işverenden talep edilebileceği sonucuna varılacaktır (İşK md. 2 f. 7)⁷. Hiç şüphesiz, Yasada öngörülen bu yasak, işçilerin asıl işverene bağlı olarak çalıştıkları süre içinde geçerlidir. Bu husus, "asıl işveren işçilerinin" alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesini yasaklayan Yasa hükmünün ifadesinden de anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeyle yasa koyucu, muvazaaya ya da kanuna karşı hile olgularının en yoğun bir biçimde yaşandığı uygulamaları önlemek istemiştir.

Diğer taraftan, getirilen sınırlama, asıl işverenin alt işverene; alt işverenin de başkalarına iş vermesi halinde sadece her bir işi verenle işi alan hakkında değil, kural olarak, aynı ilişki zinciri içinde yer alan tüm işverenler arasında geçerlidir⁸. Bu sonuç, Yasanın sözüne olmasa da, hükmün getiriliş amacına daha uygundur.

Buna karşılık, "daha önce" o işyerinde çalışmış

Alt işverenin bağımsız bir müteşebbis sıfatına sahip bulunup bulunmaması, ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığını tespit bakımından önemli bir ölçüttür.

olan işçilerin, işten ayrıldıktan uzunca bir süre sonra, muvazaaya yaratmayacak şekilde gerçek bir alt işveren tarafından işe alınarak asıl işverenin işyerinde tekrar çalıştırılmalarını engelleyen herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Zaten Yasa, asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi halinde bunun genel olarak muvazaaya dayandığı sonucuna varılacağını belirtmek suretiyle, özel (muvazaaya teşkil etmeyen) hallerin de söz konusu olabileceğini ifade etmek istemiş bulunmaktadır⁹.

Nihayet, hükmün kaleme alınış tarzı, asıl işveren işçilerinin hak kısıtlaması olmaması koşuluyla alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam ettirilebilecekleri yönünde bir yoruma elverişli¹⁰ ise de, hükümdeki amacın toplu sözleşme düzeninin parçalanmasını da önlemek olduğu dikkate alındığında, bireysel hak kayıplarının ortaya çıkmadığı hallerde dahi bu tür bir ilişkinin (somut olayın özelliğine göre) muvazaalı sayılabileceği sonucuna varmak daha isabetli görünmektedir¹¹.

2. Daha Önce İşyerinde Çalışan Kimse ile Alt İşveren İlişkisinin Kurulamaması

Yasa, daha önce işyerinde çalışan bir kimse ile alt işveren ilişkisi kurulmasını da yasaklamaktadır (İşK md. 2. f.7). Bu düzenlemenin de amacı, eski dönemde zaman zaman rastlanan birtakım kötü uygulamaları önlemek: örneğin, emekli olup işyerinden henüz ayrılmış bulunan bir kimsenin sun'i olarak alt işveren gibi gösterilerek asıl işveren işçilerinin ona bağlanmasını ve böylece asıl işverenin bireysel ve kolektif alandaki yasal düzenlemelerin kısılcısından kurtulmasını engellemektir. Böyle bir uygulama söz konusu olduğu takdirde ise, ilişkinin muvazaalı olduğu sonucuna varılacak ve alt işveren gibi görünen kişiye bağlanan işçiler, başlangıç-

tan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklardır (İşK md. 2. f.7).

Ne var ki bu düzenlemeyi, daha önce işyerinde çalışan bir kimse ile hiçbir zaman alt işveren ilişkisi kurulamayacağı şeklinde anlamak⁵² doğru değildir⁵³. Söz konusu kişi, işyerinden ayrıldıktan sonra herhangi bir alanda uzmanlaşmış, uzmanlaştığı alanda taahhüt işleri almaya ve kendisine bağlı bir işçi kadrosu istihdam etmeye başlamış ise, artık eski işverenin onulla geçerli bir alt işveren ilişkisi kurabileceğini kabul etmek doğru olur⁵⁴. Çünkü, Yasanın amacı sadece, muvazaalı işlemlere imkân tanımamaktır. Bu husus, daha önce işyerinde çalışan bir kimse ile alt işveren ilişkisi kurulduğu takdirde bunun genel olarak muvazaalı işleme dayandığının kabul edileceğini öngören yasal düzenlemenin sözünden de anlaşılmalıdır. Bu ifadenin anlamı, yasanın, özel (muvazaa teşkil etmeyen) hallerde, daha önce işyerinde çalışan bir kim-

tırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyemeyecek duruma düşmeleri ihtimaline karşı bu işin yapılmasında menfaati bulunan asıl işvereni de sorumlu tutmak suretiyle işçileri korumayı amaçlamıştır⁵⁵.

Yasada yer alan "birlikte sorumluluk" kavramı "müteselsil sorumluluk" şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁷. Esasen, alt işveren işçilerinin gerçek anlamda korunmaları da ancak müteselsil sorumluluk esasları çerçevesinde mümkün olabilir. Buradaki müteselsil sorumluluk emredici niteliktedir. Bu nedenle de, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşmeyle alt işverenin işçilerine karşı bertaraf edilemez⁵⁸. Bu yönde bir anlaşma, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurabilir. Diğer taraftan bu sorumluluk, bir başkasının davranışından doğan sorumluluk olduğu için tipik bir "kusursuz sorumluluk" halidir. O nedenle asıl işveren, örneğin alt işveren işçisinin uğradığı kazanın meydana gel-

Asıl işverenin alt işveren işçileri karşısındaki sorumluluğu, kendi işyeri ile sınırlıdır.

se ile geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulmasına izin vermiş olmasıdır⁵⁵. Burada, alt işverenin bağımsız bir müteşebbis sıfatına sahip bulunup bulunmaması, ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığını tespit bakımından önemli bir ölçüttür. Çünkü, yukarıda da değinildiği üzere, asıl işverenin alt işverene verdiği iş üzerindeki denetim, kontrol ve talimat yetkisi işyeri düzeninin gereklerini aştığı ölçüde gerçek bir alt işveren ilişkisinin varlığından söz etmek imkânsızlaşır. Fakat, daha önce işyerinde çalışan herhangi bir işçiyle hiçbir şekilde alt işveren ilişkisi kurulamayacağını kabul etmek, hem Yasanın amacına hem de çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olur.

V. Asıl İşverenin Sorumluluğu

İş Kanunu md. 2 f. 6 hükmüne göre "... asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur". Yukarıda da değinildiği gibi, yasa koyucu bu hükümlerle, alt işverenlerin az sermayeli ve malî bakımdan güçsüz olmaları nedeniyle, çalış-

mesinde veya alt işveren işçisinin işçilik haklarını alamamasında kusurlu bulunmasa da işçi karşısında alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumludur⁵⁹. Hiç şüphesiz, asıl işverenin yaptığı ödeme oranında alt işverene rücu etmesi, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde mümkündür.

Önemle işaret etmek gerekir ki, asıl işverenin alt işveren işçileri karşısındaki sorumluluğu, kendi işyeri ile sınırlıdır⁶⁰. Bu bakımdan, alt işverenin başka işyerlerindeki çalışmaları sırasında hak kazandığı alacaklardan asıl işvereni sorumlu tutmak mümkün değildir⁶¹. Diğer taraftan, bu sorumluluk, İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden⁶² ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden⁶³ doğan yükümlülükler hakkındadır⁶⁴. Asıl işvereni, alt işverenin başka nedenlere dayanan borçlarından sorumlu tutmak söz konusu olamaz. Sorumluluğun, işin alt işverene verildiği andan itibaren başlayacağı⁶⁵ da şüphe yoktur. Müteselsil sorumluluk esasının, işçinin ölümü halinde mirasçılar tarafından açılacak davalarda da uygulanacağı açıktır⁶⁶.

Diğer taraftan, İş Kanunu md. 2 f. 6'da öngörülen müteselsil sorumlulukla, ücretin korunması

amacıyla getirilen İş Kanunu md. 36'daki önlemleri birbirine karıştırmamak gerekir. Gerçekten, İş Kanununun 36. maddesine göre, "Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; alt işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşerondan istenecek bordrolara göre bu ücretleri hakedişlerinden öderler".

belirtmektedir (İşK md. 36 f. 5). O halde, alt işverene iş veren bütün asıl işverenler, alt işverene ödeme yapmadan önce, alt işveren tarafından ödenmeyen işçi ücretlerini hakedişlerden keserek işçilere ödeyebilirler. Bu yola gittikleri takdirde ise, asıl işverenler, alt işveren işçileri karşısında üç aylık ücret tutarları ile sınırlı olarak sorumluluktan kurtulurlar. Ancak, bu tutarı aşan ücret borcu ve diğer işçilik hakları bakımından müteselsil sorumlulukları devam eder⁷⁰.

VI. Sonuç

1. Alt işverenlikle ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesinden ortaya çıkan sonuç, yasa koyucunun bu alanda asıl işverenin ekonomik tercihlerine

Alt işverenlikle ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesinden ortaya çıkan sonuç, yasa koyucunun bu alanda asıl işverenin ekonomik tercihlerine ve işletmesini ilgilendiren kararlarına müdahale etmek gibi bir amaç izlemediğini ortaya koymaktadır.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, işveren niteliği taşımayan ihale makamı kamu kuruluşlarının, müteahhidin (asıl işverenin) ve onun iş verdiği alt işverenlerin (uygulamada zaman zaman kullanılan ifadeyle "vazifeli" taşeronların) işçilerine karşı İş Kanunu md. 2 f. 6 hükmüne dayanan bir müteselsil sorumluluğu yoktur⁷¹. Müteselsil sorumlu olanlar, ihale makamından iş alan ve alt işverenlere ("vazifeli" taşeronlara) iş veren müteahhitlerdir⁷².

Ayrıca, İş Kanunu md. 36'da sözü edilen ihale makamı kamu kuruluşlarının, müteahhit işçilerine ücretlerini hak edişlerden keserek ödeme yükümlülüğü, her hakediş dönemi için üç aylık ücret tutarı ile sınırlıdır. Bu tutarın fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez (İşK md. 36 f. 2). Maddede sözü edilen ihale makamı kuruluşların, ücret dışında kalan iş kazasından doğan tazminatlar, ihbar ve kıdem tazminatı ve diğer işçilik hakları konusunda da herhangi bir sorumluluğu yoktur⁷³.

Yasa, 36. maddede sözü edilen kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri 2. maddenin 6. fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenlerin de kullanmaya yetkili olduğunu

ve işletmesini ilgilendiren kararlarına müdahale etmek gibi bir amaç izlemediğini ortaya koymaktadır. Yasa koyucu sadece, alt işverenliğin iş hukuku ile ilgili kurallar kısı kacından muvazaalı işlemlerle sınırlamak üzere kullanılmasını engellemek istemektedir.

2. Maliyet kaygılarıyla işin alt işverene verilmesine Yasanın imkân tanımadığını ileri sürmek, yasa koyucunun temel yönelişleriyle bağdaşmamaktadır. Çünkü, 4857 sayılı Yasa, işgücü maliyetlerinden tasarruf edilmesini teşvik eden pek çok düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Denkleştirme uygulaması, telâfi çalışması gibi müesseseler bunların başında gelmektedir. Gerçek bir alt işveren uygulamasının bu ekonomik bakış açısıyla değerlendirilmemesi için hiçbir neden yoktur.

3. Unutulmamalıdır ki, salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işverene iş verilmesinin yasaklanması, hiçbir sınırlamaya tabi olmayan fason üretimin teşvik edilmesi sonucunu yaratır. Böyle bir sonucun ise -fason çalışan sektördeki çalışma koşulları dikkate alındığında- işçi topluluğunun daha çok lehinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

4. Kaldı ki, maliyet düşüncesi ile alt işverene iş

Maliyet kaygılarıyla işin alt işverene verilmesine Yasanın imkân tanımadığını ileri sürmek, yasa koyucunun temel yönelişleriyle bağdaşmamaktadır.

verilmesinin engellenmesi, sadece İş Kanunu'nda yer alan kurullarla ulaşılabilecek bir amaç da değildir. Önemli olan, maliyet kaygısına dayanan alt işveren uygulamasına başvurulmasını teşvik eden ekonomik nedenleri ortadan kaldırmaktır. Kayıtlı sektörle kayıt dışı sektör arasındaki "kirli" rekabetin önlenmesi ve ücretler üzerindeki külfetlerin üretim maliyetlerini olumsuz yönde etkileyen bir faktör olmaktan çıkarılması, bu alanda alınması gereken önlemlerin başında gelmektedir. Bu tespit aslında, Türk iş hukukunu çevreleyen temel bir açmazda da işaret etmektedir: İşletmelerin ulusal ve uluslararası alandaki rekabet güçleri ekonomik önlemlerle desteklenmedikçe, hukuk kuralları ile getirilmeye çalışılan sınırlamalar tartışma konusu olmaya devam edecektir.

5. Fakat alt işverenliğin, sendika ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanılmasına izin verilmemesi de gözden kaçırılması gereken önemli bir noktadır. 4857 sayılı Yasa, getirdiği düzenlemelerle bu doğrultuda ciddi adımlar atmıştır. Ne var ki, alt işverenliğin sistemden kaçış aracı olarak kullanılmasını nihaî ve etkili olarak önleyecek sihirli değneğin esas itibarıyla sosyal tarafların elinde olduğu da bir gerçektir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Erfurter Kommentar/Preis, § 613 a BGB Rn. 11.
- 2 Alt işverenliğin endüstri ilişkilerine etkisi konusunda bkz. Şen, Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, İstanbul, 2002.
- 3 Bkz. Kaplan, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, Tuncay Armağanı, İstanbul, 2005, s. 220 vd; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul, 2005, s. 518-520'de anılan Yargıtay kararları.
- 4 Bu nedenle, bir işverenden "fason" iş alan ve bu işi kendi işyerinde, kendi işçileriyle yerine getiren kişilerin alt işveren olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir.
- 5 Ekonomi, s. 53; Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s.40; Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir, 2005, s.17.
- 6 Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Tekstil İşveren D.,

Eylül 1991, s. 5 vd; Canbolat, s. 56; Çankaya, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Kamu-İş, Özkul Armağanı, s.18. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu, alt işverene (de) "bu sıfatla" mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyerini bölge müdürlüğüne bildirme zorunluluğu getirmek suretiyle (md. 3 f. 2) bu düşünceyi doğrulamış bulunmaktadır. Bkz. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 39.

- 7 Bkz. Ulucan, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, s. 147-149; Akyiğit, Yeni Mevzuata göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara, 2005, s. 72.
- 8 Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 40; Günay, "Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi", Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri Semineri, İNTES, Ankara, 2004 (çinde), s. 32-33.
- 9 Bkz. 9.HD., 14.10.1998, E. 11542, K. 14409, Tekstil İşveren D., Ocak 1999, s. 18; Yargıtay 9.HD'nin bu yönde verilmiş 8.7.2004 tarih ve E. 17098, K. 17431 sayılı isabetli bir kararı için özellikle bkz. Çalışma ve Toplum, 2004/3, s. 145, Ulucan'ın incelemesiyle. Yargıtay ayrıca, isabetli olarak, işçilik hizmeti temin eden şirket üzerinde gösterilen işçinin asıl işverenin işçisi olduğunun kabulü ile, asıl işveren hakkında işe iade hükmü kurulması gerektiğine hükmetmiş bulunmaktadır. Bkz. 9.HD., 21.2.2005, E.2004/32666, K.5738, Legal İHSGHD, 2005/6, s. 694.
- 10 Akyiğit, s. 72.
- 11 Ekonomi, Tekstil İşveren D., Eylül 1991, s. 5 vd; Çelik, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Ekonomi, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s. 164-165; Çankaya, Özkul Armağanı, s. 17; Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 137; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 36; Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 39. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz. 9.HD., 10.9.1992, E.2463, K. 9734, Tekstil İşveren D., Ocak-Şubat 1993, s. 43; 9. HD., 12.4.1994, E.1993/13361, K. 1994/5427, İşveren D., Ağustos 1994, s. 16; 9.HD., 26.4.1994, E.6818, K. 6489, İşveren D., Kasım 1994, s. 17; 9.HD., 20.12.1994, E. 11914, K. 18221, İşveren D., Mart 1995, s. 18; 9.HD., 23.1.1995, E. 1994/15276, K. 1994/695, Çimento İşveren D., Mart 1995, s. 21; 9.HD., 18.4.1995, E.1994/18976, K. 1995/13726, Tühis, Mayıs 1995, s. 49; HGK., 24.5.1995, E. 1995/9-273, K. 1995/548, Tekstil İşveren D., Eylül 1996, s. 13; HGK., 7.2.1996, E.95/9-901, K. 96/44, İşveren D., Mayıs 1996, s. 16; 21.HD., 14.10.1996, E. 3281, K. 5643, İşveren D., Kasım 1997, s. 16; 9.HD., 14.9.1998, E.5238, K.5445, İşveren D., Mart 1999, s. 166; 9.HD.,10.HD., 13.9.2001, E. 4151, K. 5593, Çimento İşveren D., Kasım 2002, s. 64; 9.HD., 14.5.2003, E.4721, K.4643, Çimento İşveren D., Ağustos 2003, s. 33-34; 9.HD., 9.10.2003, E.3219, K. 16714, Çalışma ve Toplum, 2004/2, s. 163. Bu bakımdan, binanın çatı onarım işinin tamamının üstlenilmiş olması halinde taşeron işçisinin uğradığı zarardan asıl işveren sorumlu değildir. Bkz. Yarg. 9.HD., 11.4.1995, E. 946, K. 12377, İşveren D., Ağustos 1995, s. 18.
- 12 Günay, İNTES, s. 64.
- 13 Mollamahmutoglu, s. 138; Taşkent, Alt İşveren, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 365; Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul, 2003, s.87. Aksi görüşte, Çelik, s. 48. Yasanın 6. ve 7. fıkralarına ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde de personel taşıma işinde alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceği

- açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Bu gerekçeye göre, "Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır".
- 14 Taşkent, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 364.
- 15 1475 sayılı İş Kanunu'nda bu hususa ilişkin açık bir düzenleme yer almadığı halde o dönemde öğretinin bir kesimi aynı sonuca varmakta (bkz. Oğuzman, Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. Bası, İstanbul, s. 11; Süzek, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara, 1998, s. 161-162) ve Yargıtay da bu görüş doğrultusunda kararlar vermekte idi. Gerçekten Yüksek Mahkeme o dönemde, fabrikadaki tesisat onarım işinin bir bütün olarak başka firmaya verilmesi durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmayacağını (bkz. HGK., 7.2.1996, E. 1995/9-901, K.1996/44, Çimento İşveren D., Mayıs 1996, s. 26-27), aynı şekilde, asıl işi otomobil ve buna benzer araçlar üretmek olan işverenin, fabrika binasının onarım işini bütünüyle başka işverene yaptırması halinde alt işverenlik ilişkisinin söz konusu olmayacağını (bkz. Yarg.21 HD., 4.7.1995, E.2660, K.3844, YKD Ekim 1995, s. 1612-1614) içtihat etmişti. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar, o dönemde, sadece asıl işin bir bölümünün veya bir yardımcı işin değil, herhangi bir işin alınması halinde de bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabileceğini savunmakta idi. (Ekonomi, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984, s. 53; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. ve 16. Basılar, s. 48; 47; Canbolat, s. 26-27). Son yazara göre, ilave işin alt işveren ilişkisine yol açabilmesi, o işyerinde yürütülmekte olan işle ilgili olması şartına bağlıdır. Birinci görüşün işçiyi koruma prensibi ile bağdaşmaması nedeniyle isabetli olmadığı yönünde, Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 43.
- 16 Yarg. 9.HD., 4.7.1995, E. 2660, K. 3844, İşveren D., Aralık 1995, s. 17.
- 17 Hükümün kaleme alınış tarzı, bu koşulun yardımcı işlerde de aranacağı izlenimini uyandırmaktadır. Ancak, bu düzenleme, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünemeyeceğinden söz eden md. 2 son hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, anılan koşulun sadece asıl işlerde aranacağı sonucuna varılabilir. Bkz. Süzek İş Hukuku, s. 139; aynı yönde, Taşkent, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 365; Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 47-48; Alpagut, "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma", İNTES, s. 18. Kaldı ki, 6. ve 7. fıkralara ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde de yardımcı işlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verilebileceği belirtilmiş bulunmaktadır. Bu gerekçeye göre, "Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır". Yargıtaya göre de, temizlik, kalorifer yakımı, bahçe bakımı gibi işlerin taserona verilmesi, hukuken meşru bir yeniden yapılanma (işletme gereği) önlemidir. Bkz. 9.HD., 14.10.2004, E. 22472, K. 23187, Legal İHSGHD, 2005/6, s. 771 vd.
- 18 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 37; Taşkent, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 364-365; Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 48-49; Özveri,
- Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 393-394; benzer şekilde, Mollamahmutoglu, s. 138.
- 19 Tunçomağ/Centel, s. 57; Centel, İNTES, s. 53-54; Şahlanan, TÜRK-İŞ Tarafından Bolu'da Düzenlenen 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Ankara, 2003 (çinde) s. 70-71; aynı yazar, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası Çeşme Semineri Notları, 2003, s. 90; aynı yazar, İNTES, s. 48-49; aynı yazar, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren D., Kasım 2005, s. 41 vd.; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargıtay Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, s. 134; Süzek, İş Hukuku, s. 140-141; Alpagut, "4857 Sayılı Yeni İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma", İNTES, s. 18-19. Günay "Yargıtay Kararları Işığında Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi", İNTES, s. 64-65; aynı yazar (İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 272)'de (isabetli olarak), uzmanlık gerektirmeyen bir işin alt işverene verilmesi halinde bunun tek başına muvazaayı göstermeyeceğini belirtmektedir.
- 20 Alpagut, İNTES, s. 18-19.
- 21 Süzek, İş Hukuku, s. 140-141.
- 22 Engin, "Üçlü İş İlişkileri", Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Tarafından 21-25 Eylül 2005 Tarihinde Bodrum'da Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Konulu Seminer, İstanbul, 2005 (çinde), s. 14-16.
- 23 Yarg. 9.HD., 13.1.2005, E. 33416, K. 931, Kazancı.com.tr. Oysa, Engin, Yüksek Mahkeme'nin bu kararında, otelcilik işletmesindeki kat hizmetlerinin uzmanlık gerektiren işlerden olmaması nedeniyle alt işverene verilemeyeceği sonucuna vardığını belirtmektedir ki, bu tespit, kararda varılan sonuçla bağdaşmamaktadır.
- 24 Yarg. 9.HD., 1.4.2005, E. 18633, K. 26052, özel arşiv.
- 25 9.HD., 30.5.2005, E. 14388, K. 19766, Tekstil İşveren D, Kasım 2005, s. 41. Kararda, alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılmasına yöneltilen haklı bir eleştiri için bkz. Şahlanan, aynı yer, s. 42 vd.
- 26 Yargıtay bu kararında, feshin son çare olarak kullanılmış olup olmadığını; taserona verilen işlerde çalışan tüm işçiler isten çıkarılmamışlarsa, çıkarılan işçiler arasında -verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özensizlik, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi- hangi objektif kriterlerin dikkate alındığını; diğer bir deyimle sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığını saptanması gerektiğine hükmetmiş bulunmaktadır. Fesihle sosyal seçim sorunu incelemenin konusu dışında kaldığından, kararın bu yönü ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır.
- 27 9.HD.,19.9.2005, E. 28125, K. 30446, özel arşiv.
- 28 Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Kasım 2005, s. 43; Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 21. Yasadaki sınırlamaların aşırı kısıtlayıcı olduğu yönünde, Çelik, s. 46; benzer şekilde, Süzek, İş Hukuku, s. 140.
- 29 Alpagut, İNTES, s. 18; aynı yönde Süzek, İş Hukuku, s. 140. Süzek, aynı zamanda isabetli olarak, iki koşulun aynı zamanda ve aynı olayda gerçekleşmesinin son derece güç olduğuna da işaret etmektedir.
- 30 Güzel (Çalışma ve Toplum 2004/1, s. 37) tarafından belirtildiğinin tersine, madde gerekçesinin hiçbir yerinde Yüksek Mahkeme içtihadının alt işveren uygulaması konusundaki kötüye kullanmaları önlemede yeterli olmadığı; bu nedenle de konunun

yeni yasada bazı sınırlamalara tabi tutulmasının kaçınılmaz hale geldiği söylenmemektedir.

- 31 Nitekim, Yasanın 2. maddeye ilişkin gerekçesinde de aynen şöyle denilmektedir: "İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukukî dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak 1980'li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yarguya intikal eden uyumsuzluklarla da doğrulanmıştır. Yargıtayın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukukî sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; Yüksek Mahkeme'nin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür".
- 32 Benzer yönde, Şahlanan, Türk-İş Konferans Notları, s. 71; Çil, s. 21.
- 33 Bkz. Soyer, III. Yılında İş Yasası Semineri, Genel Görüşme, s. 71. Aksi görüşte, Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 61-62; Çelik, s. 52-53. Oysa, her iki yazar tarafından da tespit edildiği üzere, tasarrufların kanunlaşmasından önceki son değişiklikte, son cümleye fıkranın ikinci cümlesi olarak yer verilmiş iken, yapılan değişiklikte sıralama değiştirilmiş ve asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm, fıkranın sonuna getirilmiştir. Hal böyle iken, son cümlenin yaptırımının da ikinci cümle hükmü olduğunu söylemek kanaatimce mümkün değildir.
- 34 Bkz. Soyer, III. Yılında İş Yasası Semineri, Genel Görüşme, s. 87.
- 35 Bkz. Engin, Üçlü İş İlişkileri, s. 19.
- 36 Bkz. Soyer, III. Yılında İş Yasası Semineri, Genel Görüşme, s. 70.
- 37 Oysa Engin (Üçlü İş İlişkileri, s. 15-16), işletme gerekleri kavramını Yasanın fesih ve alt işveren olmak üzere iki yerde kullandığını; aynı terimin, aynı yasanın birbirini tamamlayan iki hükmünde birbirine zıt anlamlarda kullanılmasının hukuk tekniğine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.
- 38 Hensler/Willemsen Kalb-Quecke, Arbeitsrecht Kommentar, § 1 KSchG, Rz. 296; 266.
- 39 H/W/K/Quecke, § 1 KSchG, Rz. 296; 266. Ayrıca bkz. Soyer, "İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı (teçinde), s. 47-50 ve orada anılan yazarlar.
- 40 BAG, 6.9.1991-1 ABR 45 90, DB 1992, s. 327 (H/W/K/Quecke, § 1 KSchG, Rz. 296 ile ilgili dn. 12'den). Benzer şekilde, bir işverenin, yelpazesine yeni bir ürün ilave etmek istemesi halinde, bunu daha ucuz mal edecek bir alt işverene yaptırılmayacak olması, kanaatimce anlaşılabilir bir husus değildir. Bkz. Soyer, III. Yılında İş Yasası, Genel Görüşme, s. 86.
- 41 H/W/K/Quecke, § 1 KSchG, Rz. 266-267.
- 42 Bkz. Soyer, III. Yılında İş Yasası Semineri, Genel Görüşme, s. 71. Nitekim Çil de, isabetli olarak, müteselsil sorumluluğun işçi yararına bir durum olduğunu belirterek, yorumun, bu ilişkinin varlığı yönünde yapılması gerektiğini belirtmektedir (s. 21).
- 43 Bkz. Şahlanan, Türk-İş Konferans Notları, s. 71; Tunçoğlu Centel, s. 57; Taşkent, Legal IHSGHID 2004/2, s. 365; Çelik, s. 51-52; Günay, İş Hukuku, s. 272-272. Nitekim, Yasanın 2. maddeye ilişkin gerekçesinde de aynen şöyle denilmektedir: "...bir işyerinde asıl

işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin "bir bölümünde" iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkân vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır".

- 44 1475 sayılı eski İş Kanunu, işçilerin "münhasıran" asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasından bahsetmekteydi. Yeni Yasada yer alan "sadece" ifadesi ise, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki "münhasıran" kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu bakımdan, iki yasa arasında amaç bakımından herhangi bir fark yoktur.
- 45 Bkz. 9.HD., 25.6.1992, E. 6240, K. 7357, Çimento İşveren D., Eylül 1992, s. 35; Yarg. 9HD., 25.10.2001, E. 10039, K. 16649, Selüloz İş, Eylül 2002, s. 18.
- 46 Nitekim Yargıtay da bir kararında isabetli olarak, işyerindeki alt işveren işçilerinin sık sık değiştiği hallerde temizlik müteahhidinin, işçilerini sadece davalı bankanın işyerinde çalıştırmaması; başka işyerlerinde değiştirmekte olması nedeniyle, alt işveren olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmış bulunmaktadır. 9.HD., 4.3.1991, E.11890, K.3190, YKD Ağustos 1991, s. 1204-1205; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 25.6.1992, E.6240, K.7357 ve Canbolat'ın incelemesi, İHD, Ocak-Mart 1993, s. 89-93.
- 47 Asıl işveren işçileri sun'i bir alt işverene bağlandıkları takdirde başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklarına göre, sun'i alt işverenin şahsında meydana gelen değişiklikler (sun'i alt işverenin değişmesi) gerçek bir işveren değişikliği sayılmayacaktır. Buna karşılık, uygulamada zaman zaman rastlandığı üzere, aldığı ihaleyi kendisine bağlı işçilerle yerine getiren gerçek bir alt işverenin daha sonra ihaleyi alamaması nedeniyle işyerinden çekildiği ve yeni alt işverenin faaliyeti aynı işçilerle sürdürdüğü hallerde, Yüksek Mahkeme, işyeri devrine ilişkin esasları uygulamakta ve son alt işverenin, devreden alt işveren yanında çalışılan süreden de sorumlu olduğu, devreden (önceki) alt işverenin ise, kendi döneminden, devir tarihindeki ücret seviyesi üzerinden sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. 9.HD., 22.4.2004, E. 2003/20352, K. 2004/9110, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 215. Alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin aynı olduğu hallerde muvazaayı reddeden Yargıtay içtihadına (bkz. HGK., 14.11.2001, E. 2001/9-711, K. 2001/820, Tühis, Şubat 2002, s. 60-67; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 18.11.1997 E. 16673, K. 19164, Tühis, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 69) daha önce yönelttiğim eleştiri (bkz. Komite 1997 Semineri, s. 23) saklı kalmak kaydıyla, bu içtihadın ATAD görüşü (EuGH., 11.3.1997, AP EWG-Richtlinie 77/187, Nr. 14=NZA 1997, s. 433) ile örtüştüğü söylenebilir (anılan kararın yorumu için bkz. EfK/Preis, § 613 a BGB Rz.12). Ne var ki, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin aynı olduğu her halde bir işyeri devrinden bahsetmenin isabet derecesi de tartışmaya açıktır. Nitekim ATAD'nın bu yöndeki kararı, Alman hukukunda yoğun bir biçimde eleştirilmektedir (sadece bkz. EfK/Preis, § 613 a BGB Rz. 13 vd; Brox/Rüthers/Hensler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., s. 197, Rn. 616-620). Hiç şüphesiz bu sorun, ayrı bir incelemenin konusudur.
- 48 Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 56. Aksi görüşte, Ekmekçi, "İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Semineri, 25-29 Eylül 2002, Genel Görüşme, s. 132, 134.
- 49 Benzer yönde, Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, s. 28, Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, s. 67

- 50 Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 142; Taşkent, Legal 2004/2, s. 365; Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İHSGHD, 2004/1, s. 21; Süzek, İş Hukuku, s. 146.
- 51 Ayrıca bkz. Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 57.
- 52 Bu şekilde, Güzel, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 59.
- 53 Bkz. Soyer, İB-GSÜ Yeni İş Yasası Sempozyumu, Genel Görüşme, s. 40.
- 54 Bkz. Şahlanan, Türk-İş Konferans Notları, s. 72; Mollamahmutoğlu, s. 142; Süzek, İş Hukuku, s. 146-147; Tunçomağ/Centel, s. 57; Taşkent Legal İHSGHD 2004/2, s. 365-366; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 38. Çelik ise (s. 51), mutlak emredici nitelikte gözükken bu isabetsiz düzenlemenin kaldırılması gerektiği düşüncesindedir.
- 55 Soyer, İB-GSÜ Yeni İş Yasası Sempozyumu, Genel Görüşme, s. 40; aynı şekilde, Eyrenci, Legal İHSGHD 2004/1, s. 22; karşı, Çelik, s. 52.
- 56 Süzek, İş Hukuku, s. 142.
- 57 Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, s. 79; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 149; Ekonomi, s. 54; Çelik, s. 47; Tunçomağ/Centel, s. 58; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İzmir, 1998, s. 115-116; Süzek, İş Hukuku, s. 142; Canbolat, s. 71; Aydemir, Türk İş Hukukunda İşveren, Alt İşveren ve Alt İşveren Kavramları, 1993, s. 124-125; Mollamahmutoğlu, s. 140. 931 Sayılı İş Kanunu Tasarısı Hükümet Teklifi, Gereke (md.1)'de de bu hususa açıkça işaret edilmiştir (Çelik, s. 47, dn. 4a'dan). Yargıtay kararları da aynı yöndedir. Bkz. 9.HD., 4.11.1993, E. 5757, K. 15708, Tekstil İşveren D., Nisan 1994, s. 45; 9.HD. 14.12.1993, E. 7945, K. 18613, Tekstil İşveren D., Eylül-Ekim 1994, s. 41=YKD Haziran 1994, s. 912-913; 9.HD., 23.2.1998, E. 1997/21408, K. 1998/2275, Tekstil İşveren D., Ağustos 1998, s. 18.
- 58 Bkz. Demir, Komite 1988 Semineri, s. 12; Canbolat, s. 71-72; Soyer, Komite 1991 Semineri, s. 12; Süzek, İş Hukuku, s. 143; Yarg. 9. HD., 18.3.1988, E.517, K.3080, Tekstil İşveren D., Eylül 1988, s. 20.
- 59 Asıl işverenin kusurlu olmamasına rağmen alt işveren işçisinin uğradığı zarardan sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. Yarg. 9.HD., 4.11.1993, E. 5757, K.15708, Tekstil İşveren D., Mart-Nisan 1994, Kararlar Eki.
- 60 Bkz. Yarg. 9.HD., 16.10.1997, e. 13623, K. 17780, Tühis, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 79; Yarg. 9.HD., 11.5.2004, E. 1126, K. 11275, YKD Ekim 2004, s. 1535.
- 61 Yarg. 9. HD., 22.2.2001, kararın değerlendirilmesi için bkz. Süzek, Komite 2001 Semineri, s. 10, Taşkent, Legal İHSGHD, 2004/2, s. 366.
- 62 İşyeri uygulamasının iş sözleşmesi hükmü haline geldiğini kabul eden öğreti görüşüne üstünlük tanınrsa, asıl işverenin, alt işveren tarafından oluşturulan işyeri uygulamalarına dayanan alacak haklarından da sorumlu tutulacağı sonucuna varmak gerekir.
- 63 Alt işveren işçileri, sadece alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Asıl işverenin taraf olduğu toplu sözleşme hükümlerinin alt işveren işçilerine uygulanması mümkün değildir. Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aksi yönde bir karar vermiş ise de (4.11.1987, E. 1987/9-166, K.1987/815, İHU, TSGLK 9 No.4), bu karar öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir (bkz. Çelik, aynı yer). Nitekim Yüksek Mahkeme daha sonra verdiği kararlarda bu eleştirileri de dikkate alarak görüşünü değiştirmiş ve alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarına hükmetmiş bulunmaktadır. Bkz. 9.HD., 11.5.1998, E. 5822, K. 8740, İşveren D., Temmuz 1998, s. 18; 9. HD., 16.9.1998, E. 12008, K. 13080, Tekstil İşveren D., Kasım 1998, s. 22; Asıl işveren ancak alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi varsa, o toplu iş sözleşmesindeki haklardan birlikte sorumlu tutulabilir. Bkz. Yarg.9.HD., 23.9.1996, E. 16162, K. 17617, Tekstil İşveren D., Şubat 1997, s. 14.
- 64 Buna karşılık Yasada, alt işveren işçisinin, alt işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranmasından kaynaklanan talep hakkını asıl işverene de yöneltilebileceğine, dair herhangi bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, İş Kanununun 5. maddesindeki eşit davranma ilkesine aykırılık halinde ortaya çıkan talep hakkının, kanuna dayanan bir hak olması nedeniyle, asıl işverene karşı da ileri sürülmesi imkân dahilindedir.
- 65 Yarg. 9.HD., 22.2.2001, E. 2000/19790, K. 2001/3151, İşveren D., Mayıs 2001, s. 16-17.
- 66 Tunçomağ/Centel, s. 56.
- 67 Bkz. Yarg. 9.HD., E. 3219, K. 16714, Legal İHSGHD, 2004/4, s. 1454-1455.
- 68 Süzek, İş Hukuku, s. 307.
- 69 Süzek, İş Hukuku, s. 308 ve orada dn. 65'te anılan Yargıtay kararları.
- 70 Süzek, İş Hukuku, s. 308.

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Yrd. Doç. Dr. A. İlhan ORAL

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar

1- GENEL OLARAK ASIL İŞVEREN- ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

1- Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Gelişimi

İşyerlerinde asıl işverenlerin alt işverenlere iş yaptırmaları çalışma hayatının ihtiyaçlarından doğmuş olan uygulamalardır. Bu uygulamaların ülkemizdeki geçmişi de epeyce gerilere gitmektedir. Ekonomik koşulların çok hızlı değişmesi, teknolojik yenilikler, gelişmeler işverenleri yeni arayışlara itmiştir. Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin başlangıcında, herhangi bir işyerinde bazı uzmanlık gerektiren işlerin bu işlerde uzmanlaşmış kişi ve kuruluşlara yaptırılması ihtiyacını görüyoruz. Burada asıl işveren kendi olanakları ile teknik olarak altından kalkamayacağı bir işi uzman bir kuruluşa veya kişiye verebileceği gibi, kendi olanaklarıyla daha pahalıya yapabileceği bir işi de daha düşük maliyetle yapabilecek bir başka kuruluşa verebilmekteydi. Kısaca uzmanlık, bazen teknik bir sorunu çözmekte, bazen maliyet avantajı sağlamakta bazen de her ikisini birlikte gerçekleştirmekteydi.

Zaman içerisinde işverenlerin işyerlerinde yürütülen asli ve yardımcı nitelikteki işlerin bazılarını

başka işverenlere vermeleri yanında, asıl işverenlerden iş alan müteahhitlerin de işleri bölerek, her bölümü başka müteahhitlere vermeleri şeklindeki uygulamalar da ortaya çıkmaya başladı¹.

Ülkemizde geçmişi oldukça eskilere dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin, eskiden daha yaygın olarak kullanılan deyimle taşeron ilişkilerinin İş Hukuku sistemimizde yer alması 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile olmuştur. Uzunca bir süre, maliyetlerin düşürülmesi yoluyla rekabet güçlerini arttırmayı amaçlayan işletmeler bu müesseseyi zaman zaman kullanmışlardır. Genellikle inşaat sektöründe daha yaygın olarak kullanıldığı söylenebilir. Ancak 1980 yılından başlayarak, endüstri işletmelerinin büyük çoğunluğunda, bu uygulamanın hızla yaygınlaştığını ve yavaş yavaş, rekabet gücünü artırma amacı dışında başka amaçlara konu olmaya başladığını görmekteyiz. Böylece asıl işveren-alt işveren ilişkileri iş hukukumuzun sorunlu bir konusu haline gelmiştir. Bu sorunlar bir taraftan toplu iş hukukunda sendikalaşma ve toplu pazarlık hak ve özgürlüklerinin neredeyse kullanılamaz hale gelmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Bir taraftan da bireysel iş hukukunda, iş güvenliği hükümlerinin uygulama alanının daraltılması, özürsüz, eski hükümlü, terör mağduru çalıştırma zo-

Önemli olan nokta, işin tamamının bir başkasına yaptırılıp yaptırılmadığıdır.

runluluğundan kurtulmaya çalışma şeklinde ortaya çıkmıştır. Bunlara mühendis ve teknik eleman, işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğu getiren hükümlerden kurtulmaya çalışma çabaları da eklenebilir².

Değinen sorunlar çok sayıda hukuki uyuşmazlığa neden olmuş ve 1475 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde sorunlar doğrudan ve kolayca çözümlenemediği için uyuşmazlıkların çoğu yargı kararları ile çözülmüştür. Yargı kararları zaman içinde istikrar kazanmış ve alt işverenler ile asıl işverenin arasındaki sözleşmelerin hangi hallerde muvazaalı, hangi hallerde muvazaasız kabul edileceğine ilişkin kriterler oldukça belirginlik kazanmıştır³. Yargı kararları ve özellikle Yargıtay Kararları 4857 sayılı yeni İş Kanunumuzun hazırlanması sürecinde de yol gösterici bir etki yapmıştır.

2- Alt İşveren Kavramı ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

Alt işveren kavramı yerine bazen "müteahhit", "taşeron", "aracı" kavramlarının da zaman zaman kullanıldığını görmekteyiz. Bu kavramlar bazen değişik kanunlarda yer alan ifadelerden, bazen de günlük konuşmalarda aynı kavrama farklı anlamlar yüklenmesinden kaynaklanabilmektedir.

3008 sayılı İş Kanunu'nda taşeron kavramı kullanılmış ve "üçüncü bir şahsın aracılığı" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Daha sonra 1950 yılında bu kanunda yapılan değişiklikle "aynı iş veya teferruatında iş alan kişiler" "aracı" olarak tanımlanmışlardır. "Aracı" kavramı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda bugün de kullanılmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda "diğer işveren" kavramı kullanılmıştır. İş hukuku ile doğrudan ilgili iş kanunları dışında, "Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi", Türkiye'nin de taraf olduğu "Bir Amme Makamı tarafından Yapılan Mukaveleye Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 Nolu Sözleşme" ve "Kamu Kuruluşlarınınca Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları İle İlgili Genel Esaslar" gibi belgelerde müteahhit, taşeron, diğer işveren, alt işveren, aracı gibi kavramların kullanılmış olduğunu görmekteyiz. 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda ise "alt işveren" kavramı tercih edilmiştir.

Aynı fonksiyon için farklı kavramlar kullanılmasının yanı sıra, bazen de müteahhit kavramı hukuken doğru olmasa da uygulamada taşeron ya da alt işveren kavramlarıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Müteahhit genellikle ihale ile iş alan kişi veya kuruluş olarak kabul edilebilir⁴. Bu açıdan önce müteahhit ile alt işveren kavramlarının farkına değinmek yararlı olacaktır. Hukuk sistemimizde Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde "iş sahibine ücret karşılığında bir iş (eser) yapmayı taahhüt eden kişi" müteahhit olarak tanımlanmıştır. Devlet İhale Kanunu 4. maddesine göre ise müteahhit, "üzerine ihale yapılan istekli veya istekliler" olarak ifade edilmiştir. Bu tanımlar dikkate alınacak olursa, müteahhitlerin, aldıkları işi sonuçlandırmakla yükümlü kişiler oldukları söylenebilir. Yani müteahhit işi bizzat yapabilir. Kendi idare ve kontrolü altında başkasına yaptırabilir. Hatta işin bir bölümünü başkasına da devredebilir. İşte işin bir bölümünü müteahhitten devralan kişi yaygın kullanılan kavram ile taşerondur. Yeni İş Kanunumuzda kullanılan kavram olarak da alt işverendir. Asıl iş sahibi işin bir bölümünü kendisi yapıyor, bir bölümünü başkasına yaptırıyorsa asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilir. Ancak asıl iş sahibi işin tamamını bir başkasına yaptırıyorsa alt işverenden söz edilemez. Asıl iş sahibi - müteahhit ilişkisinden söz edilebilir. Alt işveren ise işin bir bölümünü müteahhitten alabileceği gibi doğrudan doğruya asıl iş sahibinden de alabilir. Önemli olan nokta, işin tamamının bir başkasına yaptırılıp yaptırılmadığıdır. Uygulamada "işin anahtar teslimi verilmesi" şeklinde ifade edilen bu durum, ihale ile verilen işler açısından da geçerlidir. Yani ihale ile işin tamamı verilmişse işin tamamını yapacak olan müteahhittir. İşin sadece bir bölümünün ihaleye verilmesi halinde, ihaleye veren asıl iş sahibinin, ihaleye verilmeyen işleri kendi işçileriyle yapan bir işveren olması halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortaya çıkar. Bu durumda ihaleyle iş alan kişi müteahhit değil, alt işveren olmaktadır.

3- 4857 Sayılı Kanun'a Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda alt işveren tanımı yoktur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır. Kanunun 2. maddesindeki bu tanıma göre, "Bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hiz-

met üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir”.

1475 sayılı Kanun'daki temel unsurların esas alındığı bu ilişkide, bir işyerindeki ana faaliyet konusu olan “asıl işin bir bölümünde” veya asıl işe “yardımcı nitelikteki işlerde” iş alan diğer işverenler, işçilerini yalnızca bu işyerinde çalıştırdıklarında, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortaya çıkacaktır.

Bu durumda 4857 sayılı Kanun'daki asıl işveren-alt işveren ilişkisinde aranacak unsurlar şöyle belirlenebilir.

A) Asıl İşverenden İş Alınması

Alt işverene iş veren kişi yani asıl işin sahibi, kendisine ait işyerinde üretim yapan, mal ve hizmet üreten, işçi çalıştıran bir işveren olmalıdır. Asıl işverenin yapmakta olduğu iş süreklilik arz eden bir iş olmalıdır. Sözgelimi anahtar teslimi suretiyle iş verilmesi durumunda, işveren sayılmayan ihale makamından iş alınması durumunda alt işveren ilişkisi doğmayacaktır⁵.

B) Alınan İşin İşyerinin Ana Faaliyet Konusu Olan Mal veya Hizmet Üretiminin Bir Bölümünü Oluşturması veya Buna Yardımcı Nitelikte Bir İş Olması

Asıl işverenin alt işverene vereceği iş, iş yerindeki asıl iş ile bağlantılı olmalıdır. Asıl işin bir bölümü veya asıl işe yardımcı nitelikte bir iş olmalıdır. Örnek vermek gerekirse, bir konserve fabrikasında kapasite arttırımı amacıyla bir inşaat işinin yapılmasında veya bir tamirat işinin yapılmasında, bu işlerin bir başka işverene verilmesi halinde 4857 sayılı Kanun'da düzenlenen alt işveren ilişkisinden söz edilemez⁶. Çünkü bu işlerin konserve üretimiyle ilgisi yoktur.

Yardımcı işler üretim sürecinde doğrudan yer almayan, yemek, temizlik, yükleme-boşaltma, taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işlerdir. Görüldüğü gibi bunlar asıl işe destek sağlayan, tamamlayıcı nitelikteki işlerdir. Bunların alt işverene verilmesi konusunda tereddüt yoktur⁷. Aşağıda değinileceği gibi asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi ise belirli koşullara bağlıdır.

C) Alt İşverene Devredilen İşlerin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılması

Alt işverenlerin yapacağı işler asıl işverene ait işyerinde görülüyor olmalıdır. Bir diğer deyişle işyerinin organizasyon bütünlüğü dışına çıkılmamalıdır. Örnek vermek gerekirse, sipariş üzerine fason imalat yaptırılması söz konusuysa, fason imalat işini üstlenen işveren, bu imalatı kendi işyerinde gerçekleştireceğinden asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmayacaktır.

D) Alt İşverene Devredilecek İşlerin İşletmenin veya İşin Gereği Olarak Devredilmesi veya Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirmesi Nedeniyle Devredilmesi

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrası, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” şeklindedir. Bu sınırlamanın amacı, 1475 sayılı Kanun döneminde hem bireysel hem de toplu iş hukukunun sağladığı belirli işçilik haklarından kurtulmak için, işin, aslında çok gerekli olmadığı halde bölünerek bu işlerde çoğu kez asıl işveren işçileri ile birlikte alt işveren işçilerinin çalıştırılmasının önlenmesidir.

Değindiğimiz sınırlama doktrinde iki görüşün doğmasına neden olmuştur. İlk görüş, “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işler ifadesinin bölünmez bir bütün olduğu şeklindedir. Yani işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekiyor olmalıdır. İkinci görüş ise hem işletme ve işin gereği olarak hem de bundan ayrı olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren hallerde asıl işin bir bölümünün alt işverenlere verilebileceği şeklindedir⁸.

Kanımızca ikinci görüşün doğruluğu kabul edilmelidir. Aksi halde alt işverenlere iş verilmesi hemen imkânsız hale gelebilecektir. Ayrıca, teknolojik yönden uzmanlığa ihtiyaç duyulması zaten işletmenin ve işin gereği dışında düşünülemez⁹.

“İşletme ve işin gereği” tek başına ayrı bir unsur olarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için yeterli kabul edilebildiğine göre, bunun kapsamının belirlenmesi gerekir. Çünkü sadece ekonomik gerekçeler ile “işletme ve işin gereği” kavramı doldurulamaz. Daha düşük maliyet sağlamak, bütün işverenler için her zaman ekono-

mik gerekçe olarak ileri sürülebilir. Verimlilik artışı, kalite artışı, çabukluk artışı gibi unsurlar da "işletme ve işin gereği" kavramının kapsamı içinde düşünülmelidir. Ayrıca maliyetin düşürülmesi sadece çalışanların ücretinin düşürülmesiyle sağlanıyorsa bu da işletme ve işin gereği olarak kabul edilemez. Çünkü 4857 sayılı Kanun'daki düzenlemenin amacı zaten alt işveren müessesesinin işçi haklarını kısıtlamak için kullanılmasını önlemeye çalışmaktır.

E) Alt İşverenin İşçilerini Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalıştırması

4857 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenlemede asıl işverenden iş alan alt işverenin işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırması gerekmektedir. 1475 sayılı Kanun'daki "münhasıran" ifadesi burada tam bir açıklık kazanmış olmaktadır. Bu durumda alt işveren, işçilerini dönüşümlü olarak başka işyerlerinde de çalıştırdığı takdirde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir¹⁰.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi koşulları açıklandıktan sonra, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrasında, asıl işveren-alt işveren ilişkilerindeki "muvazaalı işlem durumları", çeşitli yargı kararlarındaki farklı çözümler esas alınarak özel hüküm olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

- Asıl işveren işçileri alt işveren tarafından çalıştırılmayacaktır.
- Asıl işverenin işyerinde daha önce çalıştırılan kişiyle alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır¹¹.
- İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında kalan işler bölünerek alt işverenlere verilemeyecektir.

Aksi halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve kanun hükmüne aykırılık bulunduğu kabul edilerek ilişki geçersiz sayılacaktır.

II- BELEDİYELERİN ÇÖP TOPLAMA VE NAKLİ İŞLERİNİ ALT İŞVERENLERE YAPTIRMALARI

Belediyeler kuşkusuz belli büyüklüğe ulaşmış yerleşim birimleri için vazgeçilmez hizmetler veren kamu kuruluşlarıdır. Kendilerinden beklenen hizmetler ve bu hizmetleri bekleyenlerin sayısı hızla artarken belediye gelirleri aynı hızla artmaktadır. Çeşitli çözüm arayışlarına giren beledi-

yelerin bir bölümü bazı işleri alt işverenlere vermektedirler. Bu yöndeki uygulamalar arttıkça sıkıntılar ve sorunlar da artmaktadır. Çünkü belediyeler bir taraftan halka hizmet vermeye ve beklentileri karşılamaya çalışmaktadırlar. Ancak diğer taraftan da işveren olarak sorumlulukları bulunmaktadır. Kamu işvereni oldukları için büyük çoğunlukta sendikal örgütlenme gerçekleşmiştir. Toplu iş sözleşmeleri uygulanmaktadır. Hatta bu toplu iş sözleşmelerinde çöp toplama işlerinin alt işverenlere verilmeyeceğine dair hükümler de bulunmaktadır. Bazı belediyeler bu işlerde hem kendi daimi kadrolu işçilerini, hem de alt işveren işçilerini birlikte çalıştırmaktadırlar. Bir başka uygulama da çöp toplama işinde kullanılan araç-gereç ve malzemenin çoğu kez belediyelere ait olması, alt işverenlerin sadece işçi temin etmek durumunda olmalarıdır¹². Bir diğer farklı uygulama ise, temizlik işlerini alan alt işverenlerin zaman zaman değişmesi, ancak işçilerin işi devreden alt işverenle birlikte ayrılmayıp yeni alt işverenin yanında asgari ücretle çalışmaya devam etmeleri şeklindedir.

Bütün bunlar belediyelerle işçi sendikalarını sık sık karşı karşıya getirmiş ve çok sayıda uyuşmazlık yargıya intikal etmiştir. Bu kararların bazılarında belediyelerin temizlik ve çöp nakli işlerini alt işverenlere devredemeyecekleri yönünde kararlar verilmiştir¹³. Bazı kararlarda ise feshin geçersizliği nedeniyle açılan davalarda, alt işverenin mi asıl işveren belediyenin mi hukuken sorumlu olacağı yönünde kararlar verilmiştir. Bazen de alt işverene devredilen işin asıl iş mi yoksa yardımcı iş mi sayılacağı şeklinde kararlar verilmiştir. Ancak yargı kararları ve dile getirilen sıkıntılar birlikte düşünüldüğünde, belediyelerin çöp toplama ve nakli işlerini alt işverenlere vermeleri konusunun bir süre daha tartışılacağı anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan konuyu belediyelerin ileri sürdüğü gerekçeler açısından da incelenip değerlendirmekte yarar vardır. Bu konuya belediyeler genellikle ekonomik sıkıntıları yanında Devlet İhale Kanunu yönünden yaklaşmaktadırlar.

1- Konunun Devlet İhale Kanunu ile İlgisi

2866 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinin ilk fıkrasında, belediyelerin alım-satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı

hak tesisi ve taşıma işlerini Devlet İhale Kanunu'na göre yapacakları belirtilmektedir.

Devlet İhale Kanunu'nun amacı kamu ihalelerinin şeffaf olmasını sağlamaktır. Bunun ötesinde bir amacı yoktur. Devlet İhale Kanunu'nun değindiğimiz 1. maddesinin amacı da Belediyelere görevleri ile ilgili her konuda alt işveren ilişkisi kurabilme hakkı tanımak değildir. Hele hele 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükümlerine aykırı olan halleri meşru kılmak gibi bir amacı bulunduğu asla düşünülemez. Bir başka deyişle, temizlik, çöp toplama ve nakli konusunda yapılan bir ihale, Devlet İhale Kanunu hükümlerine uygun olabilir. Ancak bu uygunluk 4857 sayılı Kanun hükümlerine uygun olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla temel İş Kanunu hükümlerine aykırılığın izahı ve gerekçesi olamaz. Konu ile ilgili olarak idari yargı kararlarından bazıları "Belediyelerin kendi işçilerinden temizlik hizmetinde görevli olanların işçilik maliyetleri ile araçların yakıt ve bakım onarım giderleri toplamının, ihale bedelinden yüksek olması" halinde, çöp toplama ve nakli işlerinin ihale ile alt işverenlere verilmesinin mevzuata uygun olduğu şeklindedir¹⁴. Ancak bu kararlardaki mevzuata uygunluk, idare hukuku ve Devlet İhale Kanunu açısından değildir. Bu kararlarda iş hukuku mevzuatı dikkate alınmamıştır. Oysa asıl dikkate alınması gereken ve haklı şikayetlere konu olan husus budur. Çünkü toplam maliyetler içerisinde araçların yakıt ve bakım-onarım giderleri, ister belediyeler tarafından isterse alt işverenler tarafından karşılsın hemen hemen aynıdır. Toplam maliyetlerde sağlanan düşüş, işgücü maliyetlerinin yani işçi ücretlerinin düşüklüğü ile sağlanabilmektedir. Ayrıca değinilen idari yargı kararları 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihlerdeki kararlardır.

2- Temizlik ve Çöp Toplama İşlerinin Belediye Hizmetleri İçindeki Yeri

Pek çok işletme için yardımcı iş niteliğinde değerlendirilebilen temizlik ve çöp toplama işleri belediye hizmetleri açısından farklı bir görünümündedir. Çöp toplama, toplanan çöplerin şehir çöplüğüne nakli ve sokakların temizliği hem 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 2. fıkrasının 1., 23. ve 24. bendlerine göre, hem de 5272 sayılı Yeni Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin a bendi ve 15. maddesinin g bendine göre belediyelerin asli görevleri arasında sayılmıştır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 20.

maddesinde her türlü çöp ve süprüntünün belediye tarafından toplanacağı ve imha edileceği ve umumi mahallerdeki halkın sağlığına zarar veren etkenlerin belediye tarafından ortadan kaldırılacağı belirtilmektedir.

Değinilen kanunların ilgili maddeleri incelendiğinde, temizlik, çöp toplama ve bunların nakli işlerinin yardımcı işler olmadığı, asli belediye görevleri arasında yer aldığı açıktır.

Bu işlerin teknik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olduğu da ileri sürülemez. Temizlik ve çöp toplama-nakli işleri, hizmet üreten kamu kuruluşları olan belediyelerin asli-temel görevlerinin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır¹⁵. İşletme ve işin gereği olarak alt işverenlere devredilmeleri konusu da sınırlı istisnai haller dışında, haklı görünmemektedir. Çünkü dava konuları ortaya çıkıncaya kadar belediyeler bu hizmetleri kendi olanaklarıyla sürdürmekteydiler. Bugün de çok sayıda belediye hem de daha sınırlı mali olanaklara sahip oldukları halde, temizlik, çöp toplama ve nakli hizmetlerini kendi işçileri ve araçlarıyla sürdürmekte, alt işverenlere devretme yoluna gitmemektedirler. Her halde bu belediyelerin kusurlu oldukları, işletmelerinin ve işlerinin gereğini yapmadıkları ileri sürülmeyecektir.

3- Konunun 4857 Sayılı Kanun'daki Düzenleme Açısından Değerlendirilmesi

4857 sayılı Kanun'daki alt işveren-asıl işveren ilişkileri konusundaki düzenlemelerin amacının, alt işveren müessesesinin tümüyle kaldırılması olmadığı, bu ilişkinin kötüye kullanılmasına fırsat vermemek amacıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisi önemli ölçüde sınırlandırmak olduğu söylenebilir¹⁶.

Tekrar belirtmek gerekirse 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi, daha ucuz işgücü sağlanması amacıyla alt işveren ilişkisinin kullanılmasını engellemeye çalışan bir düzenleme getirmiştir. İşveren olarak belediyeleri ve belediyelerin çalıştırdığı işçileri de bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakma olanağı yoktur.

Bu nedenle işletme ve işin gereği olarak asıl işin bir bölümü alt işverene devredilecekse, kurulacak asıl işveren-alt işveren ilişkisi, 2. maddenin amacını ortadan kaldırmaya yol açacak şekilde uygulanamayacaktır.

Öyleyse belediyelerin temizlik ve çöp toplama-

nakli işlerini alt işverenlere devretmeleri, iş hukukundaki düzenlemelerin sağladığı hakları ortadan kaldırmadığı sürece avantaj sağlayabiliyorsa uygulanabilmelidir. Bir diğer deyişle, maliyet avantajı, düşük ücretli işçi çalıştırarak işgücü maliyetlerini azaltarak değil, kalite, çabukluk ve verimlilik yoluyla sağlanabiliyorsa, asıl işin bazı bölümlerinin alt işverenlere devri kabul edilmeli, aksi halde edilmemelidir.

Çünkü soruna sadece ekonomik gerekçeler ve maliyet açısından yaklaşırsa, sigortasız ve kaçak işçi çalıştırmak da çok avantajlı olabilmektedir. Ama bu avantajlar hukuk düzenine aykırı olduğu gibi kamu yararına da değildir.

Kanımızca, işveren belediyelerin, yürüttükleri hizmetlerin bir bölümünü, asli temel görevleri arasında yer alsa bile alt işverenlere devretmeleri konusunda bir engel yoktur¹⁷. Bu değerlendirme belediyelerin diğer asli görevleri olan itfaiye, mezbaha, yol yapımı-bakımı, park-bahçe tanzimi ve sağlık hizmetleri konusunda da geçerlidir. Burada önemli olan, muvazaaya ilişkin kuşklara yer bırakılmamalıdır. Örnek verecek olursak, temizlik, çöp toplama ve nakli işleri yaptırılırken bu işlerde çalışan işçilerin bazıları belediyenin işçileri, bazıları alt işverenin işçileri olarak çalıştırılmamalıdır. Bunun yanında alt işverenin işçileri işlerini yaparlarken kullanılan iş makineleri ve diğer araç-gereç, belediyelere ait olamamalıdır. Bunlar alt işverenler tarafından temin edilmelidir. Yani alt işveren sadece işçi temin eden ama belediyenin bu iş için gerekli olan araçlarını kullanan bir konumda olmamalıdır.

Bunların dışında gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta Belediyelerin ticari işletmeler olmadığı ve kamu hizmeti gören kuruluşlar olduğudur. Bu nedenle bazı hizmetlerin yapılmasını alt işverenlere devretmeleri için gerçekten herkes tarafından kabul görececek, itirazlara konu olmayacak koşulların varlığı aranmalıdır.

Yeterli gelir kaynakları olan, ödemelerinde sorun olmayan, aşırı borç yükü altında olmayan ve hizmetlerini aksatmayan belediyelerin, çöp toplama-nakli ve diğer temizlik hizmetlerini kendi olanaklarıyla sürdürebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumdaki belediyelerin bazı işleri alt işverenlere devretmeleri bundan sonra da şikâyetlere konu olabilecektir.

Ancak, ciddi mali sıkıntıları olan, borç ödeme-

lerinde sorun yaşayan ve bu nedenle hizmetlerini aksatan belediyelerin, en azından belli bir gelir-gider dengesi sağlayıncaya kadar, mali yapılarını belli ölçüde güçlendirinceye kadar, bazı hizmetleri alt işverenler eliyle sürdürmelerine de itiraz edilmemelidir. Hiç kuşkusuz böyle durumlarda bile daha önce bu işlerde çalıştırılan belediye işçilerinin mağdur edilmemeleri için, olabildiğince başka işlere kaydırılmaları, emekli olanların yerine çalıştırılmaları konusunda gereken iyi niyeti belediyeler göstermiş olmalıdır.

SONUÇ

Asıl işveren-alt işveren ilişkileri konusunda 4857 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenlemeler bu ilişkilere önemli ölçüde sınırlandırma getirmiştir. Bu sınırlandırma alt işverene verilecek işlerin sebep yönünden sınırlandırılmasıdır. Bununla birlikte yasal düzenleme bu kez de değişik görüş ayrılıklarına ve dolayısıyla tartışmalara yol açmıştır. 1475 sayılı Kanun dönemine göre bir miktar azalacağı düşünülse bile, bazı uyumsuzlukların yine yargı kararlarıyla çözüleceği anlaşılmaktadır.

Belediyelerin temizlik-çöp toplama ve nakli işlerini alt işverenlere devretmeleri konusunda da değişik görüşler vardır. Bu işlerin belediyeler açısından yardımcı işler olmadığı, asli görevler arasında yer aldığı ve teknik uzmanlık gerektirmediği konusunda bir fikir birliği oluşmuştur. Sorun, işletme ve işin gereği olarak alt işveren-asıl işveren ilişkisinin kurulup kurulamayacağı noktasındadır. Bu ilişkiyi bütünüyle yasaklayan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, muvazaa kuşklarına yer bırakılmaması gerekmektedir. Ayrıca bu ilişkinin işçi haklarını kısıtlayacak şekilde de kullanılmaması gerekmektedir. Bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde uygulamanın çok sınırlı olması gerektiği söylenebilir. Malî açıdan ciddi sıkıntıları olan, hizmeti sürdürebilmek için başka çaresi kalmayan belediyelerin, bu işlerde çalışan işçilerini işten çıkarmadan, başka hizmet alanlarına kaydırmaları ve haklarını kısıtlamadan çalıştırmaya devam etmeleri halinde, bazı hizmetleri alt işverenlere devretmeleri haklı görülebilir.

Aksi takdirde işçi haklarının kısıtlandığı veya kısıtlanacağı kuşkları devam ettikçe, çöp toplama ve nakli işlerinin alt işverenlere devri, uzun vadede gerçek anlamda bir maliyet avantajı da sağlama-

yacaktır. Çalışma barışının bozulması, karşılıklı güvenin sarsılması gibi faktörler, kısa süreli maliyet düşüşlerinin sağlayacağı ileri sürülen faydaları çok fazlasıyla alıp götürebilecek faktörlerdir. Belediye-lerin çalışma hayatının temel esasları ile ilgili işçi haklarında çok daha duyarlı olmaları kamusal sorumluluklarının bir gereğidir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz: E. Tuncay KAPLAN, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu", A. Can TUNCAY'a Armağan, Legal Ye., Huk. Kit. Ser: 49, İstanbul, 2005, s. 219-220, Mehmet Anıl ARSLANOĞLU, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Ye., İstanbul, 2005, s. 93.
- 2 Can ŞAFAK, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi", <http://www.kristalis.org.tr/aa-dokuman/taseron-alt-isveren.pdf>; Fevzi DEMİR, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s. 25-26.
- 3 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: KAPLAN, Asıl İşveren....., s. 223-231; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, BETA, 18. B., İstanbul, 2005, s. 49-53; Fevzi ŞAHLANAN, "Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri", Yeni İş Yasası Seminer Notları, (25-29 Haziran 2003), Çeşme, s. 27-28.
- 4 Bkz: Cevdet İlhan GÜNAY, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, YETKİN Ya., Ankara, 2003, s. 274.
- 5 Bkz: Münir EKONOMİ, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül, 1991; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 136.
- 6 TİSK, "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor?" Semineri, TİSK Yayınları, No: 235, İzmir, 3 Temmuz 2003, s. 32.
- 7 Yardımcı işlerin alt işverenlere devrinde, işletmenin ve işin gerekleriyle teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşullarının aranmaması konusunda bkz: Yarg. 9. HD., 1.6.2005 T., E. 2005/12985, K. 2005/20130.
- 8 Gülsevil ALPAGUT, "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri", İNTES Yayını: No: 10, Ankara, 2004, s. 18 vd.
- 9 Karşıt görüş için bkz: ŞAFAK, "4857 Sayılı...", s. 4-6; Ali GÜZEL, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 47-48; Savaş TAŞKENT, "Alt İşveren", LEGAL-İHSGD, Nisan-Haziran 2004, s. 365.
- 10 Bkz: Yarg. 9. HD. 25.6.1992, 6240/7357; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, BETA, İstanbul 2005, s.142.
- 11 Kenan TUNÇOMAĞ-Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, BETA Ya., İstanbul, 2005, s. 57; Ali GÜZEL, "İş Yasasına...", s. 58-59.
- 12 Lütfi İNCİROĞLU, Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası, Legal Ye. Huk. Kit. Ser: 21, İstanbul, 2004, s. 44-45.
- 13 Yakın zamanlardaki bir karar için bkz: Mersin İş Mahkemesi'nin 28.3.2005 tarihli ve 116-286 No'lu Kararı ve buna ilişkin Yarg. 9. HD. 30.5.2005 T., E. 2005/14388, K. 20/19766 Kararı.
- 14 Bkz: Danıştay 8. D., 2001/1555 Esas No'lu Kararı, Ankara İdare Mahkemesi, 2002/41 Esas No'lu Kararı.
- 15 Bkz: Yarg. 9. HD., 30.5.2005 T., E. 2005/14388, K. 2005/19766.
- 16 Benzer görüş için bkz.: İhsan ERKUL, Nuray GÖKÇEK KARACA, "4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması", Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2004, s. 97-99.
- 17 Fevzi ŞAHLANAN, "Asıl İşlerin Alt İşverenlere Verilmesinin Taşeronluk Sözleşmesini Geçersiz Kılması", Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2005, <http://www.tekstildergi.org/content/view/366/47/>; Sayın ŞAHLANAN incelemesinde Yargıtay 9. HD.'nin 30.5.2005 tarihli ve 2005/19766 No'lu kararını bizce de haklı olarak eleştirmekte ve yüksek mahkemenin "asıl işlerin taşeronlara devredilemeyeceği" şeklindeki kararını doğru bulmamaktadır.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT Gülsevil, "4857 sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri", İNTES Yayını: No: 10, Ankara, 2004.
- ARSLANOĞLU Mehmet Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Ye., İstanbul, 2005.
- ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, BETA, 18. B., İstanbul, 2005.
- DEMİR Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005.
- EKONOMİ Münir, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül, 1991
- ERKUL İhsan, KARACA Nuray GÖKÇEK, "4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması", Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2004.
- GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, YETKİN Ye., Ankara, 2003.
- GÜZEL Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, 2004/1.
- İNCİROĞLU Lütfi, Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası, Legal Ye. Huk. Kit. Ser: 21, İstanbul, 2004.
- KAPLAN E. Tuncay, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu", A. Can TUNCAY'a Armağan, Legal Ye., Huk. Kit. Ser: 49, İstanbul, 2005.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, BETA, İstanbul 2005.
- ŞAFAK Can, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi", <http://www.kristalis.org.tr/aa-dokuman/taseron-alt-isveren.pdf>;
- ŞAHLANAN Fevzi, "Asıl İşlerin Alt İşverenlere Verilmesinin Taşeronluk Sözleşmesini Geçersiz Kılması", Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2005, <http://www.tekstildergi.org/content/view/366/47/>
- ŞAHLANAN Fevzi, "Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri", Yeni İş Yasası Seminer Notları, (25-29 Haziran 2003), Çeşme.
- TAŞKENT Savaş, "Alt İşveren", LEGAL-İHSGD, Nisan-Haziran 2004.
- TİSK, "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor?" Semineri, TİSK Yayınları, No: 235, İzmir, 3 Temmuz 2003.
- TUNÇOMAĞ Kenan - CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, BETA Ya., İstanbul, 2005.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları**I- GENEL OLARAK**

İşçinin ücretinden başka geliri olmadığı düşünülürken: gecikmenin birçok sosyal boyutlu sonuçları bulunmakta olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle işverenler, ücret ve eki sosyal yardımları gününde ödemek suretiyle işçilerin verimli çalışmalarını ve işyerinde çalışma barışını sağlamaya çalışır. İş sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir. Her karşılıklı borç doğuran sözleşmede olduğu gibi, taraflardan birinin edimini yerine getirmesine karşılık diğerinin karşı edimini yerine getirmesini gerektirir. İşçi gördüğü işin karşılığı olarak ücrete hak kazanmakta, işveren de görülen işin karşılığı olarak işçinin ücretini zamanında ve eksiksiz ödemek zorundadır. Ancak işverenlerin bazen işçi ücretlerini düşük faizli kredi kullanmak amacıyla kasten, bazen de zorunluluk nedeni ile ücreti geç veya hiç ödemedikleri görülmektedir.

İşçinin ücretinin ödenmemesi hali iş sözleşmesine aykırılık oluşturduğundan, işçi öncelikle ücretin ödenmesi için işverene karşı bir eda davası açabilecektir. İşverenin zorunlu nedenlerle de olsa işçinin ücretini ödememesi halinde işçi, İş Kanunu'nun 24/II,(e) maddesine göre sözleşmeyi derhal feshederek karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekten kurtularak, koşulları bulunuyorsa kıdem tazminatı alabilecektir. İşçi isterse çalışmaya devam ederek genel hükümlere göre, ücret alacağı için işverene karşı eda davası açarak ya da ortada bir para borcu varolduğu için ilamsız takip yoluna

da giderek alacağını, faiziyle birlikte talep edebilecektir. İşçinin bu son yollardan birine başvurabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesini beklemesi gerekmekte olmasına karşın, işini kaybetme korkusu nedeni ile işçiler, genellikle iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu yönde talepte bulunmaktadır. Ücret hak edildikten itibaren beş yıllık zamanı süresi içerisinde talep edilebileceğinden iş sözleşmesi devam ederken en büyük geliri olan ücretin işverenden tahsili gerekmektedir. Bu nedenle işverenlerin ücret ödeme borcunu ekonomik nedenlerle ya da keyfi olarak geciktirmelerini önlemek amacıyla yasa koyucu işçilerin haklarını 4857 sayılı İş Kanunu'nda 34. maddede özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece işçi işvereninden, ücretin ödenmesi gereken gün belirli ise o tarihten, aksi takdirde temerrüt tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizi ile birlikte ücretini tahsilini talep edebilecektir. Öte yandan işçinin, muaccel olan ücret alacağı ödeninceye kadar, işverenin rızasıyla zilyedi bulunduğu ve niteliği itibarıyla de ücret alacağıyla ilişkili olan taşınır malı ve kıymetli evrakı üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler yoluyla hakkını işverenden almak dışında işçilere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin I. fıkrasındaki düzenleme ile işverenin ücretleri ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödememesi halinde, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınılabileceği getirilmiştir. Ücretin ödeme günü gelmesi-

ne rağmen ödenmemesi halinde Borçlar Kanunu'nun 81. maddesindeki ifa edilmezlik def'i'ne benzer şekilde, işçinin iş görme borcunu ifadan kaçınabilme hakkı tanınarak, genel hükümlere göre karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde alacaklının sahip bulunduğu ifa edilmezlik def'i kapsamında bir hükme ilk kez iş hukukumuzda yer verilmiş olmaktadır.

Bu çalışmamızda ücretin niteliği ve türlerini inceledikten sonra, ödenme biçimi, ödeme günü ve gününde ödenmemesinin yaptırımlarını, son olarak da çalışılmayan sürede ücret tahakkuk edip edemeyeceği ile ücretin ödenmesinde temerrüt faizini açıklamaya çalışacağız.

II- ÜCRETİN NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

1- ÜCRETİN NİTELİĞİ

Ücret işçi için en önemli hak; işveren için ise başlıca borçtur. Bu durum işçi ve işveren ve iş sözleşmesine ilişkin tanımlamalardan anlaşılmaktadır'. Bu bakımdan ücret hizmet ediminin bir karşılığıdır. Ücret, tam olarak emeğin karşılığı, özellikle fiyatı değildir. Zira işçinin ücreti hak etmesi için mutlaka çalışmış olması zorunlu bulunmamaktadır. Bazı durumlarda işçinin iş gücünü işverenin buyruğuna hazır bulundurması gerekli ve yeterlidir. Öte yandan işçi, zorlayıcı nedenler (İş K. m. 24/III, 34), hafta tatili (İş K. m. 46), genel tatil (İş K. m. 47) ve yıllık ücretli izin (İş K. m. 53 vd.) de ücrete hak kazanır. Gerçekten kanunda gösterilen durumlarda işçi çalışmadığı ve iş gücünü işverenin emrine hazır halde bulundurmadığı halde ücrete hak kazanır. Bu nedenle ücretin sadece bir karşılık (ivazdan) ibaret olmadığını, geniş anlamda belirli bir süre çalışması sonucunda işçinin geçimini sağlama niteliği bulunduğunu söyleyebiliriz².

İş Kanunu'nun "Ücret ve ücretin ödenmesi" başlıklı 32. maddesi uyarınca genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak işçi hesabına açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir. Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret öde-

mesi yapılamaz. Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkân ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz. İşçi ücretlerinin meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende satış yapan dükkân ve mağazalarda, buralarda çalışan işçiler hariç olmak üzere, ödenmeleri yasaklanmıştır. Bunun sebebi kanımca işçilerin genellikle bir ay çalışarak aldıkları ücretleri bir günde tüketip sıkıntıya girmelerinin ve ücretlerin ayın olarak ödenmesinin önlenmesidir.

2- ÜCRET TÜRLERİ

a) Genel Anlamda Ücret

aa) Genel Olarak

Ücret genel anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki çeşittir. Ücret işçinin işverenin yararına sarf ettiği emeğin bir karşılığı olarak ortaya çıktığından, genel anlamda ücret, İş Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan esas ücret, temel ücret, dar anlamda ücret veya çıplak ücrettir.

Genel anlamda ücret, işçiye çalışması karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından nakden ödenen meblağdır (İş K. m. 32/D). İş sözleşmesinde taraflar serbest iradeleriyle bir ücret belirleyebilirler. Ancak, işveren işçilerine İş Kanunu'nun 39. maddesi gereğince asgari ücretin altında ücret ödeyemeyecektir. Kararlaştırılan ücret, asgari ücretin üstünde bir miktarda olmak şartıyla geçerlidir. Düzenli ödenmesi gereken ücretin içerisine aylık ücret, fazla mesai ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinin ve ikramiyenin girdiği söylenebilir.

Bunlardan özellik taşıyan ikramiye, prim, provizyon ve kârdan pay almayı sırayla inceleyelim:

bb) İkramiye

İkramiye, işçinin üzerine düşen borçları ifa etmesinin ve dağıtıldığı ana kadar yerini korumasının karşılığı bir ödüldür. Ancak, ikramiye çoğunlukla bir ödül düşüncesi dışında belirli vesilelerle verilmektedir. Örneğin, dini ve milli bayram, yılbaşı gibi özel günler sebebiyle ödenebilmektedir. Öte yandan,

En az ikiden fazla ödenen ikramiyenin işyeri koşulu oluşturduğu kabul edilmelidir.

belli bir sürenin geçmesi ile ödeme yapılmaktadır. İşçiyi işyerine bağlılığa özendirmek için "yılın ikinci yarısında" veya "Nisan, Ağustos ve Aralık aylarında" şeklinde bölümler halinde ikramiye ödemesi toplu iş sözleşmeleri veya iş akitlerinde öngörülmektedir. İkramiye hakkının doğum şartları, sözleşmeye göre belirlenir. İkramiye, işçinin ücretinin eki olarak geniş anlamdaki ücretine dahil olduğu için, işverenin atfetine bırakılmış bir bağışlama kabul edilemez. Bu nedenle işverenin objektif iyiniyet kurallarına ve hakkaniyete uygun hareket etmesi zorunludur. İşçinin ikramiye alması için tüm süre çalışması gerekse de iş akdi fesih olunan işçiye kıstelyevm esasına göre çalıştığı süreyle orantılı olarak ikramiyesinin ödenmesi İş Kanunu'nun 32/V. maddesi hükmü gereğidir⁵. İşveren, tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz. Bu husus işverenin işçilere yardım ve gözetme borcuna, eşit işlem yapma ilkesine aykırı düşer⁶.

İkramiye ücretin bir parçası olmakla birlikte böyle bir niteliği taşıyabilmesi için, işverenin açık veya örtülü bir biçimde bunu ödemeyi kabul etmiş olması gerekir. Bu nedenle en az ikiden fazla ödenen ikramiyenin işyeri koşulu oluşturduğu kabul edilmelidir⁷. İkramiyenin kanundan doğması da mümkündür: 6772 sayılı Kanun'da öngörülen ilave tediyeeler, kamu kesiminde çalışan işçilere verilmektedir. Bunlar iş hukuku uygulamasında, ikramiye olarak adlandırılmaktadır. 6772 sayılı Kanun gereğince yapılmış bulunan ilave tediyeeler ödemelerin ilişkin olduğu yılın sona ermesinden önce işçinin işinden çıkmış olması halinde ek ödemenin işveren tarafından geri istenmeyeceği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'yla benimsenmiştir⁸. 6772 sayılı Kanun'a dayanarak yapılacak ilave tediyeelerin hesabında ölçü aylık çıplak ücret olup, fazla mesai, evlilik-çocuk zammı veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrette ek ödemeler göz önüne alınmaz⁹.

Öte yandan, çalışılmayan ve çalışılmış gibi sayılmayan günler ikramiye hesabında nazara alın-

maz. Yargıtay altı ay süre ile ücretsiz izin alan işçinin bu süre için ilave tediye ve ikramiye isteyemeyeceğine karar vermiştir⁸.

cc) Prim

Prim işçiye nitelik veya nicelik bakımından iyi olan bir hizmeti karşılığı verilen ek bir ödemedir⁹. Ücretin bir parçasını oluşturan prim işçiye üstün çalışması karşılığında ödüllendirmek amacıyla asıl ücretine ek olarak verilir¹⁰. Üretimde artış¹¹, daha iyi kalite ve maliyeti düşürme karşılığında işçilere prim ödenmektedir¹². Primler iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde yer almasa da işverence bir sözleşmeye dayanmaksızın tek taraflı olarak da sağlanabilir¹³.

Bir ek ödemenin prim olarak kabulü için o adla anılması yetmediğinden işverenin bazı mükellefiyetlerden kurtulmak için, asıl ücreti az gösterip eksik kalan kısmı prim adı altında ödenmesi durumunda, kanuna karşı hile olduğundan primden söz edilemez¹⁴. İşverenin tatil ücretini az ödemek için asıl ücretin bir kısmını prim olarak göstererek tatil ücretini düşük ödemesini buna örnek olarak gösterebiliriz (İş K. m. 46).

dd) Provizyon

Ücretin özel biçimlerinden birisi olan provizyon Türkçede "karşılık" olarak da adlandırılabilir. Ancak yerleşmiş bir terim olan provizyon; işçinin bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılıkta bulunduğu işlemin değeri üzerinden genellikle belirli yüzde oranında bir para alması olarak tanımlanabilir. Provizyonda işverenin kârı değil; işlemin değerinin söz konusu olması, bu ücret biçimini diğer bir özel ücret biçimi olan kâra katılma şeklinden ayırır¹⁵.

Bu çeşit ödeme yüzde olarak veya kesin bir sayıya göre belirlendiği gibi, bu konuda bir anlaşma bulunması şarttır¹⁶. İşlerin sonuçlandırma karşılığı olan provizyon alacağının kaynağı olan ticari işlemlerde, provizyon alacağının hangi tarihten başlayarak var olduğu, hesaplama veya provizyon yüzdesinin uygulandığı rakamın tespiti ve muacceliyet, yani provizyon alacağının ödenmesi gereken tarih önemlidir¹⁷.

ee) Kârdan Pay Alma

Kazançtan pay alma asıl ücret olabileceği gibi, ücretin eki de olabilir¹⁸. Kârdan pay alma asıl ücret olarak da kararlaştırıldığında kâr payının asgari ücret altında olması halinde, bu miktarın asgari ücrette işveren tarafından tamamlanması gerekir¹⁹. İşçi

çalıştığı işyerinin kural olarak kâr ve zarar ile bir ilgisi olmaksızın sadece kararlaştırılmış olan ücretini alır. Ancak, işçiye işveren kârından belirli miktarını vermeyi taahhüt edebilir. Bu durumda işçi, bu ücret şekline göre işverenin ortağı sayılmaz. Fakat bu hâl ortağın durumunu andırır. Ortaklıkla kâra katılma arasındaki ayırıcı ölçüt, özellikle bağımlılık unsurunda ifadesini bulmaktadır. Zira kâra katılma karşılığı hizmetini tahsis eden kimse; işini iş sahibinin emir ve talimatlarına uygun yürütmek zorunda olması halinde iş sözleşmesi, şayet böyle olmayıp da o kimseyle iş sahibi arasında eşit ilişki durumu mevcutsa, bu halde ortaklık sözleşmesi bulunduğunu kabul etmek gerekir²⁰.

Çağımızda iş ilişkilerinde ortaklık düşüncesini öne çıkaran eğilim göz önünde bulundurulunca, kârdan pay alma usulünün önemi ortaya çıkmaktadır. Bu yöntemin uygulamadaki önemi, özellikle işçiyi işyerine bağlamasında ve daha çok çaba harcamaya sevk etmesinde görülür²¹. İşçi işletmenin tümünün veya tek bir şubenin kârına sözleşme gereği katılabilir. Bu durumda ticari işletmenin kazancı, takas ve yılanma gibi her ilişki esas alınarak belirlenir²².

Kâr payı, yıllık bilânçoyla tespit olunan safi kâr üzerinden alınır da aksi kararlaştırıldığında anlaşma hükümleri gereğince işlem yapılır. Safi kâr ise, özel bir anlaşma olmadığı taktirde, "iş hayatındaki görüşler esas tutularak tâyin olunmalıdır"²³. İşçi, BK. 323/II. maddesine göre, işletmenin kâr ve zarar durumu hakkında işverenden bilgi ve gerekli olan hesap defterlerinin incelenmesine işverenin izin vermesini isteme yetkisine sahiptir. Her ne kadar bu yetki işverenin işlerine karışma anlamına gelmese de²⁴ bu sisteme yöneltilen eleştiriler, daha çok bu noktada toplanmaktadır²⁵.

b) Geniş Anlamda Ücret

Geniş anlamdaki ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti (İş K. m. 37/II), prim, provizyon ve ikramiye yanında "sosyal yardım" olarak nitelendirilen, yeme-içme, giyim, barındırma; ısıtma ve aydınlatma şeklinde çeşitli görüntüler gösteren aynı ödemeler gibi, asıl ücrete yapılan ekleri de kapsamaktadır²⁶.

Gerçekten işçinin asıl ücreti yanında geçimini sağlamak üzere kanun, iş akdi veya toplu iş sözleşmesi gereğince hak kazandığı tüm menfaatler,

ücretin eklerini oluşturur. Bir menfaatin ücret eki olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka para şeklinde sağlanmış bulunması da gerekmez²⁷. Bu nedenle parayla ölçülmesi mümkün aynı ödemeler de (1475 sayılı İş K. m. 14/11) kural olarak, asıl ücretin tamamlayıcısıdır.

III-ÜCRETİN ÖDENME BİÇİMİ

1- PARA OLARAK ÖDEME

İşçi-işveren ilişkilerinin sanayinin gelişmesiyle birlikte birçok ülkede ve özellikle de İngiltere'de trampa usulü adı verilen bir sistem ortaya atılmış ve uygulanmıştır. Anılan sistemde işçi ücreti, parayla değil, sadece malla ödenmekteydi. İşveren, işçisine ücret yerine, kendi mağazasından (veya belirteceği mağazadan) mal almasını sağlayacak fişler vermekte ve bu fişlerle işverenin mağazasına giden işçi, ihtiyaç duyduğu malları işveren tarafından belirlenmiş yüksek fiyatlar üzerinden satın almak zorunda kalıyordu. İşçinin bu yoldan zarara uğratılmasını engellemek için alınmış ilk önlem, ücretin parayla (nakden) ödenmesi zorunluluğudur. Buna göre, para yerine işçiye herhangi bir malın verilmesi yasaklanmıştır²⁸.

Genel anlamda işçi ücretleri Türk parası ile ödenir. Eskiden yurtda geçen para ile ödeme esası varken şimdi ücretin Türk parası üzerinden ödenmesi esası kabul edilmiştir. Ancak BK. 83. maddesi uyarınca iş akdinde yabancı para ile ücretlerin ödenmesi kararlaştırılmış ve sözleşme yabancı unsurlara yer veriyorsa yabancı para ile ödeme söz konusu olabilir.

Ücretin para olarak ödenmesi yolundaki bir hükmün kanuna konuluş sebebi; ücretin en mühim kısmının para olarak ödetilmesini temin suretiyle işverenin paradan başka ödemelerle işçinin menfaatini halele uğratılmasının önlenmesi düşüncesidir²⁹.

Öte yandan, 3528 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26/son fıkrasında olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/V. maddesinde de perakende mal satan dükkan ve mağazalarda ücret ödemelerini orada çalışanların dışındakilere yasaklayarak, para yerine ayın ile ödemeler önlenmeye çalışılmıştır. Bu durumda işveren, işçi ücretini Türk parası dışında bir ödeme aracıyla, örneğin ticari senetle veya konvertibil ol-

mayan ulusal paralarla ödeyemez. Bunun tersini öngören sözleşme hükümleri geçersiz olduğundan bunların yerini kanun hükümleri alır.

2- AYIN OLARAK ÖDEME

İşçilere çalışmalarının karşılığı bir ekonomik değer kararlaştırılır. Gerçekten, ücret para olarak ödeneceği gibi, eşya (ayın) olarak da verilebilir. İş sözleşmesinin kurulması için işin iktizasına göre o hizmet ancak ücret mukabilinde yapılabilir (B.K. m. 314/II). İşçi ücretinin ödenmesinde aynı ödemeler işçinin hizmetine mukabil verilen bir ivazdan başka bir şey değildir. Bu bakımdan aynı ücretten denilince, işçinin hizmetine karşılık verilir de para ile ifade edilmeyen, ancak para ile ölçülmesi mümkün olan tüm menfaatler olarak kabul edilmelidir (1475 sayılı İş K. m. 14/11).

Genellikle, işçiye yaptığı işin karşılığı olarak sadece aynı ödeme yani eşya verilmeyip para olarak ödenen ücretine ek olarak bazı aynı ödemeler yapılmaktadır⁴⁰. Bu durumda, işçiye yapılan gıda, temizlik, giyim, konut, vasıta, aydınlatma, su ve ısıtma gibi değeri belirlenebilir sosyal yardımlar da aynı ödemelere örnek gösterilebilir.

IV- ÜCRETİN ÖDENME GÜNÜ

Ücretin kural olarak işin yapılmasından sonra hemen ödenmesi gerekir. Ancak, her işin yapılmasının arkasından ona ilişkin karşılığın ödenmesi zorluklar doğurabilir. Bu bakımdan iş akdinde borçların «karşılıklı ve aynı anda ifası» esası uygulanmaz. Ancak, özel bir anlaşma veya gelenek var ise, ücret çalışılmadan da ödenebilir⁴¹.

Tarafların ücret ödeme süresini on beş gün olarak belirlemeleri de mümkündür. Bir haftadan az süren işlerde ücretin işin bitiminde ödenmesi kararlaştırılabilir. Ücret ödemeleri iş günlerinde yapılır. Ancak ödeme günü tatile gelmiş olsa da banka aracılığıyla ödemenin bankamatiklerden tatil günü yapılması mümkün olduğundan işçinin hesabına tatil günü olsa da geçirilmesi gerekir.

Ödeme süresi bakımından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde yapılan değişiklikle işçi ücretinin en geç "haftada bir"den "ayda bir" ödenmesi esasına geçilmişti. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/IV. maddesinde de aynı esas korunmuştur. İşverenin işçi ücretlerini daha kısa aralıklarla ödemesine yasal bir engel yoktur. Nitekim yasa koyucu

bu sürenin iş akitleri ve toplu iş sözleşmeleriyle bir haftaya kadar indirilebileceğini hüküm altına almıştır. Bu nedenle sözleşmelerle en geç bir haftaya kadar ücret ödeme günü indirilebilir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesine benzer bir düzenlemeye 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmediği gibi, cumartesi ücretine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu döneminde, sözleşmeye göre işçiye günlük ücret ödenmesini mümkün gören görüş artık savunulamaz⁴².

İşçi ücretlerinin hangi süreler içinde ödeneceği yasada belirtilmiştir. Ancak, bazı durumlarda işçinin ihtiyaç duyması halinde, işçiye avans olarak önceden bir miktar para verilmesi mümkündür. İş Kanunu'nda avans tanımına ve şartlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece, ücret hesap pusulasında yer alması gereken kalemlerin sayıldığı İş Kanunu'nun 37/II. maddesinde bir avans mahsubundan söz edilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde avans kurumunu düzenlemiş ve şartları belirlenmiştir⁴³.

V- ÜCRETİN GÜNÜNDE ÖDENMEMESİ

1- GENEL OLARAK

Bilim Kurulu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısı'nda " Ücretin gününde ödenmemesi " başlıklı düzenleme 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almıyordu. Bu düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı'ndan çıkarılmış ise de, T.B.M.M. Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun kabul ettiği metinde "Ücretin gününde ödenmemesi" başlıklı 34. maddeye yer verilmiştir. Anılan maddede "Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işçilerin iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.

Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz." denilmiştir.

2- ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ

İşveren işçi ücretlerini iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplayıp tam ve zamanında ödemek zorundadır. Aksi halde işçi, eksik ve zamanında ödenmeyen ücretleri nedeni ile iş sözleşmesini haklı olarak feshedip işverenden kıdem tazminatı isteyebilir (İşK. m. 24/II-e).

İş sözleşmesinin asli unsurlarından olan ücret, işverenin işçiye karşı öncelik taşıyan borcudur. Bu nedenle ücret, işçi yönünden en önemli bir hak; işveren yönünden ise, başlıca borçtur. Emeğinden başka sermayesi olmayan ve bağımsız çalışamayan işçinin ücretini işverenin eksik ve geç ödemesi işçiye sözleşmeyi bildirimsiz fesih nedeni olarak kabul edilmektedir.

Buradaki anlamıyla ücret deyimine, işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün akdî ve kanundan doğan menfaatler dâhildir. Bu nedenle sosyal yardımlar da içerisinde olmak koşuluyla geniş anlamda ücretin zamanında ödenmesi veya eksik ödenmesinin işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı verdiği kuşkusuzdur. Çoğu zaman işçinin fazla mesai ve ikramiye alacaklarını işverenden istediğinde iş sözleşmesi işverence haksız olarak feshedilmektedir⁵⁴. Ancak işverenin bu hakları ödememesi halinde işçiler yazılı bir fesih bildiriminde bulunmadan işyerinden fiilen ayrılarak sözleşmeyi örtülü olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesindeki fesih hakkını kullanmak suretiyle sona erdirmektedir⁵⁵. İşverenin işçinin ücretini asgari ücretten aşağı veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı ödemesi yahut hiç ödemesi, işçinin bildirimsiz fesih sebeplerindedir. Tatil ücretleri de ücret kavramı içindedir.

Ücretin noksan ödenmesi, çoğu kez ücrette yapılan indirim ve ücret rejimindeki değişiklikten ileri gelmektedir. Bu gibi durumlarda iş şartlarının işçi aleyhine değişimi söz konusu olmaktadır. Ancak işçinin, İş Kanunu'nun 24/II-e maddesine dayanarak bildirimsiz fesih hakkını kullanabilmesi için işveren tarafından yapılan böyle tek taraflı işleme muvafakat etmemiş olması ve değişikliğin işçinin topyekûn çıkarları yönünden aleyhinde sayılabilmesi gereklidir. Yargıtay kararları bu yönleri, ayırtılılarıyla aydınlığa kavuşturacak niteliktedir⁵⁶.

Ücretin geciktirilmesi, ekonomik ve mali güçlükler sebebiyle olduğu takdirde bu durum işçiye önelsiz fesih hakkı vermez.

Tarafların ortaklaşa iradeleriyle ücretin miktarını değiştirmelerini engelleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. İşyerinde toplu iş sözleşmesi uygulanıyorsa bu durumda ancak toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesi ile işçi aleyhine düzenlemelere geçerlilik tanınması (TİSGLK m.6) halinde; iş akitlerinde toplu iş sözleşmesinin getirdiği ücret zamlarının altında bir ücretin taraflarca kararlaştırılmasına geçerlilik tanınabilir.

İşyerinde zaman içinde tekrarlanarak belirgin hale gelen uygulamalar işyeri uygulaması olarak adlandırılmaktadır⁵⁷. İşyerinde işveren tarafından yapılan, birden çok olmak üzere fiilen tekrarlanan ücret uygulaması, "işyeri uygulaması" olarak nitelendirilebilir. Bu durumda işverenin işyeri uygulamasını sürdürmemesi, işçiye iş sözleşmesini derhal fesih hakkı verecektir.

Ücretin geç ödenmesi; makul sayılabilecek kısa bir süre için, kasa anahtarının unutulması, para havalesinin gelmemesi gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Ücretin geciktirilmesi, ekonomik ve mali güçlükler sebebiyle olduğu takdirde bu durum işçiye önelsiz fesih hakkı vermez⁵⁸. İşveren iyiniyetli olsa da örneğin, belediyelerin merkezi idarelerden gerekli yardımları ve ödenekleri zamanında alamamaları sebebiyle işçi ücretlerini geciktirmeleri, işçilere önelsiz fesih hakkı verecektir. Şüphesiz, işçi bu duruma dayanan bildirimsiz fesih hakkını da objektif iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanmak zorundadır. Ancak çoğunlukla günü gününe yaşayan işçinin; işverenin kusurlu sayılamayacağı bir sebepten dolayı olsa da, ödemenin bir hayli gecikmesi üzerine sözleşmeyi bozması, objektif iyiniyet esaslarıyla bağdaşmaz bir durum sayılmamalıdır⁵⁹.

İşçinin ücretinde eksiltme yapılmasına rağmen bu durumun işçinin yararına olması mümkündür. Daimi kadroya geçirilen geçici işçilerin ücretlerinde düşme olsa da işçinin ücreti kanun ve sözleşme hükümlerine göre ödendiği gibi, bu durum işçinin güvenceli bir duruma gelmesine sebep olduğun-

dan iş şartlarının iyileştirilmesi olmakla işçiye ihbar önelsiz fesih hakkı vermeyecektir⁴³.

Ücretin ve fer'ilerinin geniş anlamdaki ücretin içinde buldukları açıktır. Bu bakımdan gerçekten işçi zararına ücrette değişiklik ve özellikle ücretin miktarında indirim yapılmış olup olmadığının tespiti için sadece saat başına alınan ücretin göz önüne alınması doğru olmaz. Zira bu halde ücrete dahil fer'i haklar ihmal edilmiş olur. Değişiklik sonunda işçinin gerçekten zarara uğramadığının anlaşılması, işçinin değişiklikten önce ve sonra geniş anlamda ücret olarak aldığı paraların tespit edilmesi, her aya veya yıla isabet eden miktarların bulunması ve bulunan miktarların karşılaştırılması ile mümkündür. Şayet değişiklikten sonraya ait miktar, önceki döneme ilişkin miktardan fazla ise; işçi bakımından bir zarar söz konusu değildir. Aksi halde aradaki fark, işçinin isteyebileceği meblağı ifade eder.

İşveren, işçinin istediği avansı vermezse işçi iş akdini önelsiz olarak feshedebilir. Zira BK. m. 327 hükmüne göre işveren "... işçinin zarureti dolayısıyla ihtiyacı bulunan ve tediyesi kendisi için zarar ve müzayakayı mucip olmayan avansları, yapılan iş nispetinde işçiye vermekle mükelleftir." Ancak işçinin istediği avans çalıştığı günler esas alınarak makul bir miktar olmalıdır. Buna rağmen avans verilmemesi işçiye iş akdini haklı olarak fesih hakkı verir⁴⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde ücretin ödenmemesine ilişkin düzenlemede, iş sözleşmesi şartları ifadesinden "iş" sözcüğü çıkartılarak; ücretin sadece iş sözleşmesi değil, toplu iş sözleşmesi şartları gereğince hesap edilmemesi veya ödenmemesi olgusunun da işçiye derhal fesih hakkı verdiği öngörülürken "sözleşme şartları" yeterli görülmüştür. Kanunda yapılan yeni bir düzenleme ile işverenin belirli koşullarla çalışma şartlarında değişiklik yapabileceği 22. maddede kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi veya başkalaşmasının işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işveren ihbar ve kıdem tazminatını ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği gibi, işçi bu nedenle sözleşmeyi derhal feshederek bir yıllık kıdemi bulunuyorsa kıdem tazminatı olsa da ihbar tazminatı hakkından yoksun kalır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-f madde-

sinde "çalışma şartlarının uygulanmaması" sözcükleri yerini korumaktadır⁴⁵.

3- ÜCRET ÖDENMEMESİNE KARŞI İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMASI

a) Genel Olarak

Anayasa'nın "Zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. maddesinde "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalışmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." denilmiştir. Anayasa'daki angarya yasağına rağmen işçiye ücret almaksızın çalışmaya zorlayan işverenler için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde konuya bir açıklık getirilmiştir.

İş sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğurur. Sürekli borç ilişkisini, ani edimli borç ilişkisinden ayırıcı özellik, yüklenilen edim borcuna zaman unsurunun yaptığı etki olduğundan, bazı durumlarda süresinde ifa etmeme, salt "zamanında ifa etmeme (temerrüt) anlamına gelmeyip, doğrudan doğruya "hiç ifa edememe" (imkânsızlık) halini oluşturur. Bu bakımdan iş sözleşmesinin, iş görme borcunun ifa süresi içinde yerine getirilmeyen edimini işçinin sonradan yerine getirme, telafi imkânı varsa temerrütten, bu imkân yoksa imkânsızlıktan söz etmek gerekir⁴⁶.

İşçi ve ailesinin geçim vasıtası olması nedeniyle ücretin sosyal önemi, onu sıradan bir alacak olmaktan çıkarmaktadır. Bu bakımdan mücbir nedenler dışında ödeme gününden itibaren yirmi gün geçmesine rağmen ücretin ödenmemesi, işçilere iş görmekten kaçınma hakkı tanımaktadır (İş K. m. 34). Ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi ile işçilerin iş görmekten kaçınma hakları bulunmasına karşın bu hakkın ücretler ödenene kadar kullanılması mümkündür. Örneğin ücretlerin ödenmesi gereken yirmi günlük süre geçtikten sonra yirmibirinci günden itibaren işçiler ifadan kaçınarak çalışmayabilecektir⁴⁷. Ancak yirmikinci gün ücret tamamen ödenmiş ise artık işçilerin iş görme ediminden kaçınma hakkı bulunmamaktadır.

Bu nedenle işçinin ücret ve eklerinin güncel olması gerekir. Gerçekten genel anlamda ücret veya

geniş anlamdaki ücret, başka bir anlatımla, sosyal yardımlar için de ödeme günü gelip yirmi günlük bekleme süresi geçtikten sonra ödememe halinde bu hak kullanılabilir. Şayet emeklilik suretiyle sona ermiş iş sözleşmesinden doğmuş ücret alacaklarının ödenmemesi veya kıdem tazminatları için işçinin, iş görmekten kaçınma hakkı bulunmamaktadır⁵⁵. İşveren, ücret ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde beklenmedik zorlayıcı bir neden (mücbir neden) olmadığı halde, birden çok işçiye ücret ödemez ise, söz konusu işçiler tek tek olabileceği gibi, toplu olarak da iş görmekten kaçınma hakkına sahiptir. Ödenmeyen ücretten yasada söz edilmekte, ancak ücretin tamamının mı, yoksa bir kısmının mı kastedildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, ücret bir bütün olduğundan, kısmen veya tamamen ödenmemesi arasında bir fark olmaması gerektiğinden, böyle bir açıklığa gerek olmadığı söylenebilir⁵⁶.

Yasa koyucu, işverenin ücret ödemesini bir süre geciktirebilmesi imkânını iyiniyetli işverenin sürekliliği bir iş ilişkisi içinde geçici olarak ödeme zorluğu içinde bulunabileceğini kabul ederek getirmiştir. Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslakta on gün olan bu gecikme süresinin yasada yirmi güne çıkarılması bu hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek biçimde uzun bir süre olup, ücretle geçinen bir kimsenin bu kadar süre bekletilmesinin adil bir çözüm olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁵⁷. Ancak işçilerin kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları suretiyle ortaya çıkabilecek olumsuzluklar da önlenmektedir. Kaldı ki ödenmeyen ücret alacağı için en yüksek mevduat faizinin Taslakta olmamasına rağmen yasaya eklenmesinin bu sakıncayı gidermeye yönelik olduğu kabul edilebilir.

Ücret ödemesindeki gecikmenin zorunlu bir nedene dayansa ve arzı olsa da mücbir sebep sayılacak nitelikte olmaması gerekir. Gerçekten mücbir neden dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi, işverene her ay bir farklı neden göstererek ücret ödemelerini yirmi gün geciktirme hakkı vermez. Şayet işverenin kasten ödeme yapmaktan kaçındığı ya da böyle bir ödemeyi hiç yapamayacağının anlaşıldığı durumda işverenin işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi veya iş görmekten kaçınma hakkını kullanması gerektiği düşüncesindeyim⁵⁸. Zira ücretlerin her ay yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesine rağmen işçiyi çalışmaya zorlamak haklı değildir. Gerçekten bu durum işçiler için bir angarya niteliği ka-

zanacağından işçilerin İş K. m.24/II-e hükmüne göre ücretleri yasa hükümlerine veya sözleşme koşullarına ödenmediği için iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür.

İşçilerin arasında bir anlaşma olmamaksızın iş görme ediminden kaçınma eylemi, bir kuruluşun talimatıyla hareket edilmemesi şartıyla ücretler ödene kadar devam edebilecektir. Böyle bir iş görmekten kaçınma eyleminin grev olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak, ücret ödeme borcunun yükümlüsü olan işverenin kendine göre haklı nedenle de olsa (mücbir sebep dışında) yirmi günlük ödeme süresinden sonra bu eylem başlayabilecektir.

Grev, işçi-işveren (emek-sermaye) ilişkileri içerisinde bir güç (kuvvet) gösterisi, tipik bir "toplular işçi eylemi"dir⁵⁹. İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya önemli bir surette aksatmak amacıyla yaptıkları eylem olan grev, toplu iş sözleşmesinin bağlanmasını sağlamak için yapılabildiği gibi, politik amaçla da yapılabilir. Bir hak uyuşmazlığında toplu iş sözleşmesinden veya mevzuattan doğan hakkın uygulanması amacıyla işçiler greve gidebilirler. Alınan grev kararının yasalara uygun olması halinde yasal grev, aksi halde yasadışı grev söz konusu olur. Genel grev, politik amaçlı grev, yasadışı grevin türlerine örnek olarak gösterilebilir.

275 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde toplu iş uyuşmazlıklarının bir türü olan toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde grev ve lokavta yer verilmişti. 2822 sayılı Kanun'un 25. maddesinde dayanışma grevi, siyasi amaçlı grev ve genel grev ile "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyete, milli güvenliğe" aykırı amaçla grev yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

İşçilerin ücretin ödeme gününün yirmi gün geçmesine rağmen ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınmasını hak grevi ve B.K. m. 81'deki ödemezlik ile karşılaştırarak aşağıda inceleyeceğiz.

b) İşçilerin Toplu Halde İş Görmekten Kaçınması

aa) Tarihi Gelişim

İşçi ile işveren arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık karşısında işçinin silahı grev, işvereninki ise, lokavttir. Ülkemizde adli mekanizmanın yavaş işlemesi gerekçe gösterilerek işçi-işveren ilişkilerinde güçlü olan işverenin, bir toplu iş sözleşmesi yapmış da olsa mahkemeden kararın

Yirmi günlük süre, işgünü değil takvim günü olarak hesaplanmalıdır.

geç çıkması nedeniyle toplu iş sözleşmesi süresi içerisinde işçilerine kabul etmiş olduğu hakları tanımayacağı düşünülmüştür. Bunun biraz daha ilerisine giderek, işverenin yasalardan doğan hakları örneğin ücret ve eklerini işçilerine gününde ödemesi olanağı bulunduğunu olasılığının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Ücret uyuşmazlığı, bir yasa, tüzük veya yönetmelik veya iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi hükmü gibi, bir hukuk kuralının uygulanması ve yorumlanmasında taraflar arasındaki görüş ayrılığından çıkar⁵⁰.

Batı ülkelerinde yasalardan veya toplu iş sözleşmelerinden doğan hak uyuşmazlıklarında grev ve lokavta başvurulması yoluna artık gidilmemektedir. Zira gelişmiş ülkelerde, greve ve hatta mahkemeye gitmeden özel tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması tercih edildiğinden, mücadeleci yollar etkili olmaktan çıkmıştır.

Ülkemizde 275 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde toplu hak uyuşmazlıklarının tek çözüm yolunun grev ve lokavt olduğu yolunda bir düzenleme yapılmamıştı. 1961 Anayasası'nın 47. maddesinde grev hakkının hak ve menfaatleri aynı zamanda korumanın bir aracı olduğu belirtildiğinden, mevcut bir hakkın ihlali nedeniyle de grev hakkı tanınmıştı. Bunun nedeni ise, bir hakkın tanınması amacıyla yargı yolundan sonuç alınmasının, işverenin kötü niyetli hareketleri göz önünde bulundurularak gecikmesi olarak belirtilmiştir⁵¹.

Hak grevine veya lokavta karar verilmesi halinde taraflardan birinin veya Çalışma Bakanlığı'nın esas hakkında dava açılmadan önce veya dava sırasında başvurusu üzerine mahkemeden, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) ihtiyati tedbire dair hükümleri uyarınca grevin veya lokavtın durdurulmasına ilişkin karar alınabilirdi. Bu kararın re'sen tebliği ile birlikte greve veya lokavta son verileceği, HUMK'un 101,107,108,109,110,111 ve 112. maddelerinin uygulanmayacağı 275 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde hükme bağlanmıştı. Bu düzenlemeye göre, HUMK'un söz konusu hükümleriyle, ihtiyati tedbirlerin hangi hallerde uygulan-

cağı, gıyapta konulan ihtiyati tedbir kararına itiraz edilmesi, tedbir kararından itibaren 10 gün içerisinde dava açılma yükümlülüğü, teminat yatırılması, kararlar birlikte ihtiyati tedbirin ortadan kalkması ile ilgili hükümler uygulanmıyordu. Anılan maddede her halde hak grevi veya lokavtının, kesinleşmiş mahkeme hükmünün tebliğiyle sona ereceği gibi tarafların özel tahkim yoluna gitme haklarının bulunduğu da gösterilmişti. Özel hakeme başvurma grev için zorunlu bir şart değildi⁵².

Yasanın görüşülmesi sırasında Meksika hukuk sisteminden alındığı ileri sürülen, Çalışma Bakanlığının taraflardan ayrı olarak mahkemeye başvurmak suretiyle, grev veya lokavtın ihtiyati tedbir yoluyla durdurulabilmesini isteyebilme yetkisi, tartışmalara sebep olmuştu⁵³.

Toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde grev ve lokavt yolu, 1982 Anayasası'nda kabul edilmemiştir. Anayasaya paralel olarak, 2822 sayılı Yasa da grev ve lokavtın uygulanmasını önceki dönemdeki mevzuatın aksine kabul etmemiştir. 1980 öncesi çalışma hayatındaki deneyimler esas alınarak işçilerin işverenlerinden izin almaksızın işlerini yapmaktan kaçınmaları⁵⁴ olan grevin her türünün toplu hak uyuşmazlıklarının çözümü için yapılması yasaklanmıştır⁵⁵.

1982 Anayasası'nın 54. maddesinde grev hakkı ve lokavt düzenlenmiştir. Anılan maddede açıkça gösterildiği üzere greve sadece toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerce gidilebilir. Bunun karşıt anlamından, bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken bu sözleşmenin veya mevzuatın ihlal edildiği veya uygulanmadığı gerekçesiyle de olsa greve gidilemez. Anayasa'nın 54/7. maddesinde siyasi amaçlı grev ve lokavtın yanında, dayanışma grevi, genel grev, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişlerin yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece Anayasa'nın hak grevini de yasaklamış olduğu açıkça gözlenmektedir⁵⁶.

bb) İş Görmekten Kaçınma-Hak Grevi İlişkisi

İşin bırakılmasının maddi, bu konuda anlaşma veya kuruluş kararına uymaya ilişkin psikolojik, olmak üzere iki unsurun birlikte bulunmasıyla grev söz konusu olur⁵⁷. Konumuz yönünden ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi ile ortaya çıkan bir işyeri veya işletmede işçilerin anlaşarak veya sendikanın aldığı karara uyararak işi topluca, işyerindeki faaliyeti durdurmak veya

önemli ölçüde aksatmak amacıyla geçici de olsa durdurmaları yasadışı grev eylemini oluşturur⁵⁸. Yasal formaliteleri yerine getirmeksizin, her saatte işe ara vermeyi planlayıp uygulayan işçilerin eylemin yasadışı grev sayılabilir. İşyerinin terk edilmesi şart değildir. Bunun dışında işyeri terk edilmeksizin kısa süreli ara vermelerin de verimi düşürme eylemini oluşturacağından yasadışı grevin sonuçlarına tabi olacağını belirtelim. Şayet verime etki etmeyen bir defaya mahsus kısa süreli iş bırakma varsa bu eylemin ne grev ne de verim düşürme sayılmayıp sadece işverene karşı protesto niteliğinde kalacağı ileri sürülmüştür⁵⁹.

İşverenin zorlayıcı bir neden olmaksızın ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde işçinin ücretini ödememesi, işçiye işten kaçınma hakkını verir. Buradaki yirmi günlük süre, iş günü değil takvim günü olarak hesaplanmalıdır⁶⁰. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34/I. maddesinde işçiye tanınmış olan bu hak, asıl ücret yanında prim, ikramiye gibi ücret eki niteliğindeki ödemeler için de kullanılabilir. Gerçekten geniş anlamda ücretin içerisine ücret ekleri de girmektedir. Öte yandan ücretin kısmen ödenmesi halinde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olduğunun kabulü yasa koyucunun amacına uygun bir yorum olacaktır⁶¹. Bu düzenleme, bir sendikanın veya işçilerin kararına uyarak işçilerin topluca ödenmeyen ücretler için işi bırakma eylemlerini kapsamamaktadır. Bu tür toplu iş bırakma eylemleri yine yasadışı grev olarak kabul edilecektir. Zira yasaya göre, ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesine rağmen ödenmemesi nedeniyle işin bırakılması işçilerin bireysel kararlarına dayanmalı ve ödenmeyen ücrete yönelik olmalıdır. Bu durumda çok sayıda işçinin ödenmeyen ücretleri için işi bırakmaları, yasa dışı grev sayılamayacağı gibi, haklı veya geçerli bir fesih nedeni de oluşturmayacaktır⁶². Ancak iş görmekten kaçınan işçiler, sadece ücretleri yirmi günlük ödeme süresi geçirilmiş işçiler olabileceğinden, ücreti ödenen veya henüz yirmi günlük ödeme süresi dolmamış işçilerin çalışmamaları yasadışı eylem veya görevin hatırlatıldığı halde yapılmaması olarak kabul edilebilecektir⁶³.

İşverenin yürürlükte olan yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümlerini yanlış ve noksan uygulaması ve aykırı davranışına karşı hak grevi söz konusu olmaktadır. Batı hukukunda ekonomik nedenlerle

yapılan grevlere katılan işçiler gibi, haksız iş uygulamaları nedeniyle greve katılan işçiler de işten çıkarılamaz⁶⁴.

Almanya, İskandinavya Ülkeleri, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri'nde toplu iş sözleşmeleri normatif etkisi olan sözleşme olduğu halde; İngiltere'de örf ve âdete bağlı geleneksel sözleşme sayılmaktadır⁶⁵. Amerika Birleşik Devletleri'nde grev iki halde yapılmaktadır. İşçi sendikalarının menfaat (çıkar) uyumsuzluklarında yaptığı ekonomik amaçlı grev ile haksız iş uygulamaları nedeniyle yaptıkları hak grevidir. Gerçekten, hak grevi olarak kabul edebileceğimiz işçi eylemleri de, işverenin haksız iş uygulamalarına karşı yapılmaktadır⁶⁶.

Ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi karşısında yapılan eylemin işçi tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesine mi, yoksa işverene akdi fesih etmek için haklı bir sebep tanımak mı veya devamsızlığı haklı kılan iş tatili mi olacağı, tartışılabilir. İşçiler, ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi nedeniyle işi terk etmişlerse, böyle bir eylemle iş akdinin işçiler tarafından topluca sona erdirilmesini kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Zira işçiler işi terk etmekle, sözleşmeyi sona erdirmek değil, aksine işvereni, sözleşmenin veya mevzuatın tam anlamıyla uygulamasına yönelmek istemektedirler. Bunu başarabilirlerse işbaşı yapacaklardır. Bu nedenle direniş yapanların eyleme başladıklarında sözleşmeyi fesih iradeleri bulunmamaktadır. Yasal koşullara uymayan işvereni zorlama amacıyla yapılan eylemin "grev kavramı" dışında kalacağı, bu açıdan ne sözleşmenin sona ereceği, ne de bu durumun işveren için sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturacağı ileri sürülmektedir⁶⁷.

cc) Borçlar Kanunu'nun 81. Maddesi ile İş Kanunu'nun 34. Maddesinin Arasındaki İlişki

Karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olan iş sözleşmesinde borçlu olan tarafın, karşı edim yerine getirilinceye kadar ifadan kaçınmasına hukuken cevaz verilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinde "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır." yolunda düzenleme yapılmıştır.

İşverenin herhangi bir zorunluluk olmaksızın iş-

çisinin ücretini ödememesi, işçiye İş Kanunu veya Borçlar Kanunu uyarınca iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkını tanıdığı gibi, ifa edilmezlik def'ini kullanmasına da yasal bir engel bulunmamaktadır. Çünkü BK. m. 81 bir def'i olup iş sözleşmesi sona ermezsiniz, karşı edim yerine getirilinceye kadar kendi borcunu ifa etmeyeceği yolunda işçinin beyanıdır. Böylece, işçi bir yandan kendi ediminin karşılıksız olarak elinden çıkmasına engel olduğu gibi, karşı tarafın borçlandığı edimi yerine getirmesi için baskı yapmış olur. İfa edilmezlik def'inin işçiye bir teminat sağladığı, bir bakıma baskı fonksiyonu da bulunduğu söylenebilir⁶⁸. BK. m. 81 uyarınca, karşılıklı borçları içeren bir sözleşmenin ifasını talep eden taraf, sözleşmenin şartlarına ve niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkına sahip değilse, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması koşuluyla ifa edilmezlik def'inde bulunabilir. İşçi, ücretlerin ödeme zamanı geldiğinden işverene karşı muaccel olan ücret alacağının ödenmesine kadar BK. 81. maddeye dayanarak ifa edilmezlik def'inde bulunarak ücret alacağı ödeninceye kadar işin ifasından kaçınabilecektir.

Yargıtay, işçilik alacakları ödenmeden işçiden işe devamını istemenin, en azından iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına aykırı olduğunu bu durumda işçinin haklı bir nedene dayanmaksızın işine devam etmediğinin kabulünün isabetsiz bulunduğunu, önce kabul etti⁶⁹. Ancak Yargıtay'ın 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki daha sonra verdiği birçok kararında, ücretlerini alamayan işçilerin topluca iş bırakmalarını yasadışı grev⁷⁰, sadakat borcuna dolayısıyla doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak niteleyerek⁷¹ iş sözleşmesinin bu nedenle işverence feshini haklı bulmuştur. Yargıtay anılan kararlarında, ücretin ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınmasını ifa edilmezlik def'inin kullanılması olarak değerlendirmedeğinden 4857 sayılı İş Kanunu m. 34/I'de ücretleri ödenmeyen işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemelerinin, sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği hususunda özel düzenleme yapılmıştır⁷².

Ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta ifa edilmezlik def'i söz konusu olsa da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin açık düzenlemesi karşı-

sında artık BK. m. 81'e dayanma gereği bulunmamaktadır⁷³.

Ancak, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmeyip işçilerin aralarında bir anlaşma olmaksızın işi topluca terk etmeye hakları olsa da İş K. m. 34'e dayanabilmeleri için her bir işçinin ayrı ayrı ifa edilmezlik def'ini ileri sürmesi gerekir. Çünkü, ifa edilmezlik def'i gerçek anlamda bir def'i olup hakim tarafından re'sen (doğrudan) gözetilemez⁷⁴.

Borçlar Yasası'nın 81. maddesi paralelinde İş K. m. 34'e göre ifa edilmezlik def'ini kullanma günü işçilerin aralarında bir anlaşma olmaksızın aynı zamana rastlarsa da iş görmekten kaçınmaları bir hakkın kullanılması olduğundan yasadışı grev sayılmayacaktır. Çünkü aralarında hiçbir anlaşma olmaksızın, birden çok işçi, örneğin, birikmiş ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle grev yapmak amacı bulunmaksızın, ifa edilmezlik def'ini kullanabilirler. İşçiler, işverene karşı iş görme borçları askıda olduğundan, iş görmekten kaçınma söz konusu edilemeyeceğinden bu durumda grevden bahsedilemeyecektir. Aksine bir düşünce "çalışma özgürlüğü"ne aykırı olacaktır. Zira kişinin özel bir yükümlülüğü olmadıkça çalışmamasından dolayı bir sorumluluğu söz konusu olamaz. Anayasa'nın 48. maddesinde "çalışma ve sözleşme hürriyeti" güvence altına alındığından işçilerin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle çalışmamaları yasadaki bir cevazdan doğup karşı tarafın ücret ödemesine kadar iş görme borcundan kaçınmalarına İş K. m. 34 ve BK. m. 81 açıkça izin vermektedir⁷⁵.

c) İş Görmekten Kaçınmanın Şekli ve Zamanı

İş sözleşmesinin taraflarından işçinin; işverenin emir ve talimatları dâhilinde işi özenle bizzat görme borcu⁷⁶ karşısında işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlardan hangisi önceliklidir? Kanımca önce işçi iş görme edimini yerine getirecek, işveren ise; buna karşı ücret ödeme borcunu ifa edecektir. Karşılıklı edimler söz konusu olduğundan, taraflardan birisine, karşı taraf borcunu ifa veya ifasını teklif etmediği süre boyunca ifadan kaçınma yetkisi tanımıştır⁷⁷.

Karşı taraf borcunu ifa etmekle, esasen o borç sükût edeceğinden, ortada ifa edilmezlik def'ine konu oluşturacak alacak kalmadığından bu def'i de ileri sürülemez. Borcunu ifa etmeyen tarafın ifayı teklif etmesi halinde, karşı yan ifa edilmezlik

def'ini kullanamaz⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin öngördüğü ifa edilmelik def'i sadece hak edilmiş ücret ve ücret eki alacakların ödenmesi ile sınırlı olarak işverene karşı kullanılabilir. Tek tek veya toplu olarak, işçilerin, hak edilen ve ödeme günü gelen işçi alacakları için İş K. m. 34'e dayanarak iş görme borcunu askıya alabilmeleri mümkün⁸ ise de ödeme günü gelip yirmi gün geçemeyen alacaklar için söz konusu edilemez.

İfa edilmelik def'i bağımsız olmayan bir def'i olduğundan ancak, karşı tarafın borçlandığı edim devam ettiği süre boyunca varlığını korur. İşveren ücret ödeme borcunu ifa ettiği veya işçi işvereni ibra ettiği taktirde ifa edilmelik def'i sona ereceğinden, işçilerin iş görme borcu söz konusu olacaktır. Gerçekten işverenin karşı edimini işçinin temerrüdünü doğuracak surette teklif etmesi, ifa edilmelik def'ini sona erdirir⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesine göre, zorlayıcı nedenin varlığı halinde ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmeden işçilerin çalışmaktan kaçınmalarına geçerlilik tanınmaz. Ancak, işverenin zorlayıcı bir neden belirtmesine rağmen bu sebebin gerçek olmadığına daha sonra hukuken sabit olması halinde, yirmi günden fazla ücret ve/veya eklerinin ödenmesinde gecikmeye karşı çalışmaktan kaçınma grev olarak nitelendirilemez. Böyle bir durum, iş sözleşmesine kusurlu aykırılık oluşturduğundan işçiye İş K. m. 24/II, (e) fıkrasına göre sözleşmeyi derhal fesih hakkı verir. Ancak işveren de, zorlayıcı nedenin varlığını kanıtlaması gerekir. Zorlayıcı neden, işvereni ücret ödeme borcunun ifasından ve dolayısıyla sözleşmeye kusurlu aykırılıktan kurtaran öngörülemeyen, harici, objektif, karşı konulamaz bir sebeptir (BK. m. 96).

İş Kanunu'nun 34. maddesi, sadece zorlayıcı haller dışında ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi halinde işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle işverenin, zorlayıcı neden oluşturmayan ücret ödeme sıkıntısına düştüğü hallerde yirmi günlük süre geçtikten sonra işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır. Ekonomik sebeplerle olağanüstü hâl ilan edilmesi nedeniyle ödeme sıkıntısına düşen işverenin ise ücretleri otuz günden fazla süre geçmesine rağmen ödemede gecikmesinde işçilerin durumu farklıdır. Böyle bir halde işçiler iş görme edimini yerine ge-

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçilerin, işyerlerinden ayrılmamaları gerekir.

tirmek zorundadır. İş bırakma eylemi yasa dışı sayılacaktır. Ancak olağan dönemde banka hesaplarına tedbir konulan işverenin veya alacaklılarına ödemede bulunan veya nakit mevcudunu yatırımlarına harcadığından nakit sıkıntısı çeken işverenin işçileri ücretlerin geciktirilmesinde işi bırakabilir. Öte yandan ürettiği mal veya hizmeti satamadığı için parasız kalan işverenin işçilerin ücretlerini yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi karşısında işçiler, çalışmaktan kaçınabilme yönünden, yukarıda bahsedilen işveren işçileri ile aynı durumda olmayacaktır¹⁰.

Kamu kuruluşlarında, özellikle yerel yönetimlerde ücretlerin zamanında ödenmemesi dolayısıyla yapılan vevne önünde bekleme eylemleri, sendikaların çağrısına uyularak yapıldığı taktirde yasa dışı grev sayılacaktır. Ancak işçilerin sendikaların bir kararı olmaksızın ve aralarında anlaşmaksızın birikmiş ücret ve diğer işçilik hakları için ifa edilmelik def'ini ayrı ayrı olarak aynı zamanda da olsa kullanarak, vevne önünde iş görmeyerek beklemleri haklı eylem sayılmaktadır¹¹. Çünkü çalışma yükümü bulunmayan bir dönemde ücretlerin ödenme yeri olan vevne önünde işçilerin beklemesi durumunda grevin maddi unsuru "işin bırakılması"nın gerçekleştirilmesi söz konusu edilemeyecektir¹².

d) İş Görmeme Sırasında İşçilerin İşten Çıkarılmaması, Yerlerine İşçi Alınmaması

İş Kanunu'nun 34/II. maddesinde çalışmaktan kaçınma haklarını kullanan işçilerin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini ve yerlerine başka işçi alınmayacağını, işlerinin başkalarına yaptırılmayacağını hüküm altına alarak bir ölçüde yasal greve katılan işçiler gibi bu işçilere de bir iş güvencesi sağlamıştır. Bu nedenle, işçilerin iş sözleşmelerini, çalışmaktan kaçınmaları nedeniyle feshettiği hukuken sabit olan işveren, İş Kanunu 17. ve şartları varsa 18-21. maddelerindeki ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki yaptırımlara tabi olacaktır.

Gerçekten ücretlerin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi ile çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiler, bir grup teşkil etseler bile, yasadı-

sı grev yapmış sayılmadıkları gibi yasal grev de söz konusu olmadığından, işyerlerinden ayrılmamaları gerekir. Zira işçiler işyerinde, ücretleri ödendiği andan itibaren çalışmak için bulunmak zorundadır. Ancak 2822 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca, anayasal bir hak olan grev hakkının kullanımında işçiler işyerinden ayrılmak zorundadır. Buna karşın iş görmekten kaçınma hakkının kötüye kullanımını halinde işverenin İş K. m. 25/II, (e) fıkrası uyarınca fesih hakkı bulunduğu kabulü gerekir ise de, anılan Yasa'nın 17. maddesi uyarınca işveren, ihbar önelli veya peşin ödemeli fesih hakkını kullanamaz⁸⁴.

VI- ÇALIŞILMAYAN SÜRE ÜCRETİ

İşçilerin yirmi gün ücretlerinin ödenmemesi üzerine iş görme edimini yerine getirmekten kaçınmaları karşısında çalışılmayan sürede ücrete hak kazanılıp kazanılamayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁵, yirmi günlük gecikme süresi aşıldıktan sonra, işçinin iş görme edimini askıya aldığı dönem içerisinde çalışmadığı halde çalışmaya hazır olduğu süre içerisinde ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir. Anılan görüş sahipleri yasa taslağında, "işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar" açıklamasına yasada yer verilmesinin farklı bir yorum getirmeye elverişli olmadığını savunmuştur. Bunun gerekçesini de İş Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'nun daha liberal hükümlerinin gerisine düşmesinin kabul edilemeyeceğine dayandırmaktadır. Zira ifa edilmezlik def'i karşısında alacaklı temerrüdüne düşen işverenin, çalışılmayan sürelerle ilişkin olarak ücreti ileriye doğru Borçlar Kanunu'ndaki genel hüküm çerçevesinde vermesi zorunludur (BK. m. 90). Öğretide iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi karşısında işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilerek kaçınma süresince ücret yükünün devam ettiği ileri sürülmüştür⁸⁶. Bu görüşe göre; işverenin ödeme günü gelen ücreti ödememesi işverenin işi kabulde temerrüdü olarak işçinin önceye ait ücret alacağına ödenmesi, bu dönemden sonraki dönemin hak ve borçları için alacaklıya düşen hazırlık olarak nitelendirilmektedir⁸⁷.

Bu görüşe göre, işverenin hukuka aykırı olarak kendi eylemi ile oluşan bir durumdan kendi lehine sonuçlar çıkarmasının iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığından⁸⁸, işverenin ifa edilmezlik def'i ileri

sürerek çalışılmayan günler için ücret ödeme borcundan kurtulması önlenmiş olacaktır.

Yukarıdaki görüş şu şekilde eleştirilmiştir: İş görmekten ifa edilmezlik def'i ile kaçınan işçi, kaçınma hakkını kullanmak suretiyle, kendi edimi olan iş görme borcunu, işverenin ücret ödeme borcunu ifa edinceye kadar ifa edilmeyeceği iradesini ortaya koyması nedeniyle ücrete hak kazanamaz. Zira edimini ifadan kaçınan işçi, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi için birinci şart, iş görme borcunun ifasının işçi tarafından usulünce teklif edilmiş olması koşulunu yerine getirmemektedir. Ancak, işçinin ifayı önerdiği ve/veya ifaya hazır olduğu halde işverenin işi kabulden haksız kaçınması söz konusu olması halinde işçinin çalışmadan geçirdiği süreye ilişkin ücret alacağı doğabilir. İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen kaçınma hakkı ile aynı kanunun 83. maddesindeki kaçınma hakkı, hukuki nitelikleri bakımından farklı olduklarından birbirlerine emsal oluşturmazlar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde işçinin iş görmekten kaçındığı süre için ücret ve diğer haklarının saklı olduğu yolunda bir hüküm bulunmamış olsaydı da işçi işverenin iş güvenliği önlemini almayarak işi kabulden temerrüt ettiği için BK. m. 325 hükümlerine göre ücrete hak kazanacaktı. İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında işverenin temerrüdünden bahsedilecek ise, bunun alacaklı temerrüdü olarak değil borçlu temerrüdü olarak değerlendirilmesi düzenlemenin esprisine daha uygun düşeceği haklı olarak ifade edilmiştir⁸⁹.

Bizim de katıldığımız öğretideki bu görüş Yargıtay tarafından da kabul görmektedir. Gerçekten Bilim Kurulu Taslağı'nda kabul edilen ücretlerin ödeneceğine ilişkin düzenlemeye madde metninde yer verilmiştir. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83/4. maddesi paralelinde bir kural 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde bulunmamaktadır. Ücretin gününde ödenmemesinin yaptırımı sadece, ödeme gününden itibaren en yüksek mevduat faizi yürütülmesi olarak öngörülmesiyle yetinilmiştir⁹⁰. Aksi düşünce ile çalışılmayan süre için de işverene ücret ödeme yükümlülüğünün kabulü; işçinin çalışmaktan kaçınmasının özendirilmesi, işverenin ise, ekonomik çöküntüye girmesi şeklinde, kısır döngüye girilmesine yol açabilecektir⁹¹. Yargıtay'ın bir kararında aynen "Davanın dayanağı 4857 sayılı yasanın 34. maddesidir. Davacı ücretinin ödeme gününden itibaren 20

gün içinde ödenmemesi sebebiyle iş görme borcunu yerine getirmekten 60 gün süreyle kaçındığını çalışmadığı bu sürenin ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı dava konusu sürede işçilerin eylem yaptığını, çalışılmayan sürenin ücretinin talep edilemeyeceğini, bu nedenle davanın reddini savunmuştur. Mahkemece dava kabul edilmiştir. İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunun yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisindeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boşa geçen bu sürede ücret istenebileceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur. 34.maddenin bu düzenlemesine göre işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin ücretini işverenden talep etmesi mümkün değildir. Zira, işçinin çalışmaması kendi iradesi ile oluşmuştur.⁹² denilmiştir. Bu konuda öğretide de işçilerin bireysel ve topluca ifa edilmezlik def'i ileri sürerek çalışmaması halinde, iş sözleşmesi askıda kalan işçilerin çalışılmayan sürelerle ait ücretleri işlemeyeceği görüşü savunulmuştur⁹³. Öte yandan işçilerin, İş Kanunu'nun 34. maddesine uygun olarak çalışmaktan kaçındıkları süreye ilişkin olarak ücret talebinde bulunamamaları ifa edilmezlik def'i bağlamında çalışılmayan sürenin anılan kanunun 66. maddesinde çalışma süresinden sayılmaması nedeniyle de mümkün olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁹⁴.

VII- ÜCRETİN GECİKTİRİLMESİNDE FAİZ

İşverenin ücret ödeme borcunun işveren tarafından gününde yerine getirilmemesi, işvereni borçlu temerrüdüne düşüreceğinden, öteki konusu para olan borçlarda olduğu gibi temerrütle birlikte faiz de istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesine göre, "Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacaktır". 1475 sayılı Yasa'da faiz oranı yasal faiz olarak daha düşük hesaplanmaktaydı.

Yargıtay'a göre burada söz konusu olan ücret, asıl ücretin yanı sıra, diğer ücret ekleridir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında "4857 sayılı Yasanın 3. Bölümü Ücret başlığı ile düzenlenmiştir. Sözü edilen başlık altında yer alan 32.madde de genel

anlamda ücret ele alınmıştır. Yine, aynı bölüm altında fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili ücreti yer almıştır. 34.maddede belirtilen mevduat faizi, 32.maddede belirtilen genel ücret yanında yukarıda sözü edilen fazla çalışma, ulusal bayram, hafta tatili ücretlerinin de gününde ödenmemesi koşulu ile uygulanır"⁹⁵.

Mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı belirlenirken bir yıllık mevduata uygulanan oran esas alınmalıdır. Mevduata uygulanacak değil fiilen uygulanan en yüksek banka mevduat faizine hükmedilmelidir. Merkez Bankasından en yüksek faizi uygulayan bankanın devlet veya özel banka olması fark etmeksizin faiz oranları öğrenilmelidir. Mahkemece faiz alacağı hesaplanırken bu esaslar dikkate alınmalıdır. Ancak mahkemece gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacağını belirtmesi yeterli olup ayrıca faiz oranının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Faiz alacağı için açılan davalarda ise T.C. Merkez Bankası'ndan uygulanacak değil ödeme veya temerrüt tarihinde bir yıllık mevduata bankalarca uygulanan en yüksek faiz oranı sorularak sonuca gidilmelidir.

Gününde ödenmeyen ücretler için kıdem tazminatı için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanması esası benimsenmiş ise de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde gecikilen süreye göre bir faiz öngörülmediğinden iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde ücret ödeme günü açıkça belirtilmemişse işverenin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren en yüksek orandaki banka mevduat faizinin ödenmesinin uygun düştüğü kabul edilebilir⁹⁶.

SONUÇ

İş sözleşmesinde taraflar serbest iradeleriyle bir ücret belirleyebilirler. Ancak, işveren işçilerine İş Kanunu'nun 39. maddesi gereğince asgari ücretin altında ücret ödeyemeyecektir. Bu ücret asgari ücretin üstünde bir miktarda olmak şartıyla geçerlidir. İşçi ücretinin İş Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca en geç ayda bir ödenmesi gerekir. İşçi ücretlerinin öngörülen zamanda düzenli olarak ödenmesi işverenin borçlarının başında gelmektedir. Ücretlerin içerisine aylık ücret, fazla mesai ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri, ikrami-

ye, ilave tecliyeye ve sosyal yardımların girdiği söylenebilir.

İşçinin hak ettiği ücretlerin ay sonunda ödenmemesi veya noksan ödenmesi işçiye İş Kanunu'nun 24/II-e maddesi uyarınca önelsiz fesih hakkı vermektedir. Böyle bir düzenlemeye yer vermeyen Basın İş Kanunu'na tabi gazeteciler için ücretleri zamanında ödenmemesi halinde günlük %5 fazlası ile ücretin işverenden tahsiline imkân verilmiştir. Ancak, gazetecilerin ücret alacağına geç ödenmesi nedeniyle 5953 sayılı Kanun'dan doğan % 5 fazlalığın, davanın geç açılması sebebiyle BK. 44. maddesi uyarınca indirim tabii tutulması içtihatlarla benimsenmiştir. Öte yandan, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile öngörülen her gün için % 1 artırımlı miktarı ise, cezai şart niteliğinde kabul ederek, BK. m. 161/son maddesi dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerekir.

275 sayılı Kanun'da kabul edilen hak grevinden 2822 sayılı Kanun'da vazgeçilmiştir. İşçilerin ücretlerinin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesine rağmen ödenmemesi nedeniyle, işçilerin topluca çalışmaması hak grevini çağırırsa da grevden söz edilemez. Zira 2822 sayılı Kanun'un 25. maddesinde grevin oluşması için işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak ya da bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmaması için vereceği karara uyarak işi bırakmaları gerekir. İşçilerin kişisel kararlarıyla işi bırakmalarının toplu nitelik kazanması hak grevi değildir.

İşçilere ifa edilmezlik def'inde bulunma hakkı verilerek yasa dışı grev yaptırımı dışında bırakılmaları isabetli bir düzenlemedir. Ücret iş karşılığı olduğundan iş görmekten kaçınma sırasında işçinin iş yapmaktan dolayı ücrete hak kazanmasının söz konusu olmadığı kanısındayım.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34/I. maddesinin son cümlesinde, ücretlerin işverenlerce zamanında ödenmemesi ve ucuz kredi olarak kullanılmasının önlenmesi amacıyla gününde ödenmeyen ücretler için en yüksek mevduat faizi öngörülmüştür. Böylece işverenin işçi ücretlerini düşük faizli kredi olarak kullanmaları önlenmek istendiği gibi, ücretini gününde alamayan işçilerin zararlarının da kısmen karşılanmasının sağlanmaya çalışıldığı kanısındayım.

Ayrıca ücretinin ödememesi halinde işçi işverence kendisine verilen ve zilyetliği altında bulunan aletler, eşya ve kıymetli evrak üzerinde genel hapis hakkına sahiptir.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102/a maddesinde de işveren veya işveren vekili işçilerin ücretini zamanında kasten ödememesi veya noksan ödemesi halinde bu durumda olan her işçi için ayrı ayrı olmak üzere para cezasına çarptırılacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2., 8. maddesi
- 2 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara-1978, s. 531; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, B. 2, Ankara-2005, s. 370.
- 3 Karşı görüş için bkz. Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul-1999, s. 53 dn. 17'deki yazarlar.
- 4 Çenberci, s. 537 dn. 37; Ayrıca bu durum 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işçinin dört aylık ücreti tutarında tazminatı da gerektirir.
- 5 Karş. Tunçomağ-Centel, s. 53.
- 6 4.7.1960, E: 27, K: 10, Çenberci, s. 540 dn. 46.
- 7 Yrg. 9. HD. 17.9.1971, 1971/14395-19977, Çenberci, s. 540.
- 8 Yrg. 9. HD. 23.6.1994, 1994/8384-10060, Eyrenci, Öner: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Tebliği, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, MESS Yay. İstanbul-1996, s. 11-12.
- 9 Çenberci, s. 535, dn. 25'deki yazarlar.
- 10 Yrg. İctihadi Birleşime Kurulu 15.5.1957, 13/10; Tunçomağ-Centel, s. 53.
- 11 Bkz. Yrg. 9. HD. 22.11.2001, 2001/14342-18334.
- 12 Yrg. 9. HD. 21.3.1991, E: 1990/13002, K: 1991/6328; Mollamahmutoglu, Hamdi: Hizmet Sözleşmesi, Ankara-1995, s. 132.
- 13 Sözek, Sarper: İş Hukuku, B. 2, İstanbul-2005, s. 283.
- 14 Saymen, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul-1954, s. 500; Çenberci, s. 535-536.
- 15 Ekonomi, Münir: Ferdi İş Hukuku, C. 1, İstanbul-1976, s. 128; Çenberci, s. 540 dn. 51; Çögenli, T: Karar İncelemesi (İHU), C. II, İşk. 26, No: 2).
- 16 Tunçomağ-Centel, s. 53 dn. 16.
- 17 Bkz. Çenberci, s. 541, dn. 53.
- 18 Çenberci, s. 534.
- 19 Çenberci, s. 543; Mollamahmutoglu, s. 133.
- 20 Çenberci, s. 542, dn. 55.
- 21 Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. II, B.2, İstanbul-1985, s. 329; Saymen, s. 499; Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, B.3, Ankara-2004, s. 378.
- 22 Tunçomağ-Centel, s. 53 dn. 15'deki yazarlar.
- 23 Tunçomağ, II, s. 329.
- 24 Reisoğlu, s. 49.
- 25 Saymen, s. 499-500.

- 26 Bkz. Çenberci, s. 534.
- 27 Yargıtay'ın bir kararında aynen "İşyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinin 53. maddesinde işyerinin yatakhaneinde kalmayan işçilere her yıl Haziran ayında 3 ton kömür yardımı yapılacağı öngörülmüştür. Davacı mevsimlik işçi olup yılın tamamında çalışmamaktadır. Açtığı davada aynı yardımın tamamına karar verilmesini istemiştir. Burada önemli olan aynı olarak yapılan bu yardımdan eşitliğe ve adalete uygun biçimde bu uyumsuzluğun çözümlenmesidir. Dairemizin benzer konularda kararlılık kazanmış uygulamalarına göre Toplu İş Sözleşmelerinde ayrı hüküm olmaması halinde çalıştığı süre ile orantılı şekilde aynı yardımdan yararlandırılması gerekir. Buna göre her yıl için tam çalışmış gibi bu yardımın kabulü ya da yılın bazı aylarında çalışmamış olduğu için bu yardımın reddine karar verilmesi doğru olmaz. Böyle olunca belirtilen esaslar dikkate alınarak çalışma süresine belirlenecek yıllık aynı yardım hükmü altına alınarak sonuca gidilmelidir." denilmiştir. (Yrg. 9. HD. 5.2.2002, E. 2001/20701, K. 2002/2257)
- 28 Tunçomağ-Centel, s. 118.
- 29 Yrg. İct. Br. Krl. 15.5.1957, E. 13, K. 10, RG. 14.8.1957, Sa: 9681.
- 30 Tunçomağ-Centel, s. 52.
- 31 Tunçomağ-Centel, s. 111.
- 32 Saymen, s. 508; Çenberci, s. 549
- 33 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, B.2, Ankara-2005, s. 394 (İş Hukuku).
- 34 Yrg. 9.HD. 21.10.2002. 2002/5304-19656.
- 35 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.16, İstanbul-2003, s. 140.
- 36 Bkz. Yrg. 9. HD. 30.3.1998, 1998/2511-5981; 9. HD. 14.3.1996, E. 1995/31367, K. 1996/5335.
- 37 Bkz. Tunçomağ-Centel, s. 23.
- 38 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.16, İstanbul-2003, s. 166; Centel, s. 186; Mollamahmutoğlu, s. 216.
- 39 Çenberci, s. 414; Centel, s. 186; Mollamahmutoğlu, s. 216.
- 40 Yrg. 9. HD. 5.3.1987, 1987/2175-2649; Mollamahmutoğlu, s. 217.
- 41 Çenberci, s. 444.
- 42 Karş. Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara-2005, s.680.
- 43 Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara-1989, s. 31-32
- 44 Engin, Murat: Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFİD, 2003, Sa: 1, s. 83; Süzek, s. 300.
- 45 Akyiğit, Ercan: "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi", C. II, 5.5, 2005, s. 18-19.
- 46 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul-2005, s. 120.
- 47 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 121.
- 48 Karş. Eyrenci/ Taşkent/Ulucan, s. 121.
- 49 Narmanlıoğlu, Ünal, Grev, Ankara-1990, s. 11.
- 50 Karş. Narmanlıoğlu, s. 111.
- 51 Geçici Komisyon Raporu, MMTD, Dönem 1, C. 16, S. Sayısı 132, s. 15; Türk Toplu İş Sözleşmesi Mevzuatı s. 200.
- 52 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 19-20.10.1967 günlü E.1963/337, K. 1967/31 sayılı kararı, Any. M.K.D. Sa: 6, Ankara-1975, s. 59.
- 53 Anglo-Sakson hukukunda mevcut olan "injunction" (ihtar) müessesesine benzer bir şekilde grev veya lokavtın durdurulmasını isteyerek, mahkemenin "hakkaniyet mülâhazalarına istinaden, grevi ve lokavtı durdurmasından böylece tarafları asıl merci olan kazai mercilere müracaat etmeye mecbur bırakmasından ibarettir. Bu müessese Amerika'da bugün 'injunction' müessesesi namı altında grev hukukunda mevcut olan bir müessesedir. Esas fikir ve esas felsefe oradan alınmıştır....Çalışma Bakanlığına mahkemeye müracaat yetkisi verilmesinin bellibaşlı sebebi şudur: Grev veyahut lokavt hakkı mı üstündür; kazai mercilerin hak izharı yoluyla ihtilafları halletmek yetkisi mi üstündür? Bizim gözümüzde, Devlet nizamı esasından hareket ettiğimiz içindir ki, elbette mahkemenin hakkı izhar yoluyla ihtilafları halletme yetkisi grev ve lokavt hakkından üstün görülmüştür." Geçici Komisyon Sözcüsünün açıklaması, 275 sayılı Yasa Meclis görüşmeleri, Türk Toplu İş Sözleşmesi Mevzuatı, s. 196-197.
- 54 Tunçomağ, s. 488.
- 55 Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, B. 3, İstanbul-1984, s. 173.
- 56 Oğuzman, s. 120; Danışma Meclisince kabul edilen tasarı gerekçesinde de "hak grevi yolu tıkanmıştır" denilmiştir. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara-1983, s. 93, 98.
- 57 Günay, Cevdet İlhan: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara-2001, s. 723.
- 58 Soruna yasal grev bakımından yaklaşan Oğuzman, yasadaki formalitelerin yerine getirilmesi halinde işin bırakılması süresinin kısa olmasının grev sayılması gerektiği, aksine bir görüşün kabulünde işçilerin davranışlarının grev kavramına uyması için, işi bırakma sürelerini istekleri dışında uzun tutmaya sevkedeceğini bunun da yasanın amacına aykırı olacağına işaret etmiştir. Bkz. Oğuzman, s. 161; Narmanlıoğlu, s. 71.
- 59 Narmanlıoğlu, s. 72 dn. 82'deki yazarlar bkz. Oğuzman M. Kemal: Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, B.2, İstanbul-1976, (Grev), s. 37; Akyol, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul-1967, s. 21; ayrıca oturma grevinin de işyerinin terki nedeniyle grev oluşturacağı yönünde Yrg. 9. HD. 9.2.1976, 1358/4516 sayılı kararı, Oğuzman, s. 162.
- 60 Mollamahmutoğlu, (İş Hukuku) s. 416.
- 61 Mollamahmutoğlu, (İş Hukuku) s. 415.
- 62 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 120.
- 63 Süzek (İş Hukuku), s. 301.
- 64 Gorman, Robert: A Basic Text on Labor Law Unionisation and Collective Bargaining, St. Paul-1976, s. 341.
- 65 Bean, R.: Comparative Industrial Relations, London-Sydney-1985, 71; Karş. Riddal, J.G.: The Law of Industrial Relations, Butterworths, London-1981, s. 74, 75
- 66 Gorman, s. 339; Günay, Cevdet İlhan: Toplu Hak Uyuşmazlıkları, Ankara-1995, s. 35.
- 67 Bkz. Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1955, s. 62-63.
- 68 Oğuzman, M. Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul-1973, s. 63; Narmanlıoğlu, s. 85.
- 69 Yrg. 9. HD. 31.3.1986, E. 1986/2492, K. 1986/3578, Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.2, Ankara-2002, s. 738-739, Mollamahmutoğlu, (İş Hukuku), s. 416-417.

- 70 Yrg. 9. HD. 21.6.1994, 1994/1728-9862, İşveren D., Kasım 1994, s. 15, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 120.
- 71 Yrg. 9. HD. 22.4.1998, E. 1997/4345, K. 1998/7650, Tekstil İşveren D., Eylül 1998,s.21.
- 72 Mollamahmutoglu, (İş Hukuku). s. 417.
- 73 Narmanlıoğlu, s. 85.
- 74 Bkz. Yrg. 13. HD'nin 21.10.1981 günlü, E. 1981/6354, K. 1981/6643 sayılı Kararı, Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.3, İstanbul-1992 s. 619.
- 75 Narmanlıoğlu, s. 87.
- 76 Günay, Cevdet İlhan: Kapıcılık Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara-1981, s. 14-16.
- 77 Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B.4, İstanbul-1969, s. 435.
- 78 Oğuzman, M. Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1979, s. 75 (Borçlar Hukuku).
- 79 Ankara 8. İş Mahkemesi'nde görülen bir davada, lokanta işyerinde çalışan işçilerin ücret zammı isteklerinin işverence karşılanmamasıyla birlikte birikmiş ücret alacaklarının da ödenmemiş olduğu, bunun üzerine işverene karşı eylem düzenledikleri, işverene vermiş oldukları tutanakta, bu durumun belirtildiği ancak işverenin ücret ödenmesi ve ücretlere zam yapılması isteğine karşı, "bu şartlar altında çalışmak isteyen varsa çalışır, çalışmayan s..... olup gitsin" şeklinde hitap ettiği, tutanakta da "bana maaş soran personelin burada işi yok ben onunla birlikte çalışmam, çalışmak istemeyen gitsin" şeklinde beyan karşısında işçilerin büyük bir kısmının topluca işi terk ettikleri, Mahkemece 10.12.1991 günlü E. 1991/472 D. İş, K. 1991/71 D. İş. sayılı kararda "ücretlerin zamanında ödenmesini isteyen davalıların Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinde, karşı edim yerine getirilinceye kadar davalıların iş görme edimini ifadan kaçınmalarına hukuken cevaz verilmiş olması karşısında, hak ettiği ücreti işverence ödenmeyen davalıların eyleme katılmayan şahitlerle birlikte işverene hitaben verdikleri tarihsiz dilekçe 2822 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde yer alan işyerinde faaliyeti durdurma veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşmaya varıp topluca çalışmamak ve işi bırakmak şeklindeki nitelendirmeye yetmez. Öte yandan, işverenin işçilerin ücretlerini düzenli ödememesi ve zam önerilerine karşı işçilere hakaret etmesi veya "böyle çalışan çalışır, çalışmayan gider" şeklinde beyanı karşısında, işçilerin aralarında hiç bir anlaşma olmaksızın topluca da olsa, işlerini bırakmaları yasa dışı grev olarak kabul edilemez. Yukarıda gösterilen gerekçelerle, davalıların özellikle işyerinde yeniden çalışmak için dilekçe veren N.Ö. ve arkadaşlarının da aynı eyleme katılıp dilekçeler ve tutanaklar imzalamasına karşılık, topluca işi yavaşlatma ve durdurma eylemi yapmayıp diğer davalıların yaptığını beyan etmesi, davalılar arasında bir anlaşma olmaksızın münferiden hareket ile işyerini terk etme durumunda kaldıkları kabul edildiğinden davanın reddine karar" verilmiştir. Karar davacı işverenin temyizi üzerine Yargıtay'ca "Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve davalıların birlikte imzalatılarak işverene vermiş oldukları ve dosyaya ibraz edilen tutanaktan, işyerinde çalışan davalıların 25. maddenin tanımına girecek şekilde eylemde buldukları anlaşılmaktadır. Bu eylemde kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmediği için kanun dışı grevin unsurları oluşmuş bulunmaktadır. Böyle olunca davanın kabulü ile davalıların eyleminin kanun dışı grev sayılması yolunda tesbite karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve BK.nun 81. maddesi açısından değerlendirme yapılarak hüküm tesisi isabetli değildir." gerekçesiyle anılan karar bozulmuştur. Yrg. 9. H.D.'nin 6.3.1992 günlü E. 1992/2607, K. 1992/2667 sayılı Kararı, TÜBA İİÇB: 857-06 Nisan 1992.
- 80 Tunçomağ (Borçlar), s. 446.
- 81 Bkz. Mollamahmutoglu, (İş Hukuku). s. 416.
- 82 Bir belediyenin işçilerin ücretlerini ödemeyip bir ödeme planı da yapmayarak işçilerin vevne kuyruğu oluşturmalarına ve eyleme katılan 1000 kadar işçiden aralarında 8 işyeri sendika temsilcisi de olmak üzere sadece 92 işçinin "yasadışı grev" yaptığı gerekçesiyle iş sözleşmesini feshetmesi Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 28.1.1992 günlü E. 1991/2726, K. 1992/58 sayılı kararı ile BY. md. 81'e göre de haksız bulunarak ihbar ve kıdem tazminatlarını hüküm altına alan kararı Yrg. 9. H.D.'nin 10.3.1992 günlü E. 2710, K. 1992/2554 sayılı ilamıyla onanmıştır.
- 83 Bkz. Tuncay, Can: İHUL, TSGLK. 19 (no.2); Narmanlıoğlu, s. 87.
- 84 Mollamahmutoglu, (İş Hukuku), s. 417.
- 85 Soyer, Polat: 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, 12-13 Temmuz 2003 Kuru Otel Bolu, Türk İş Yay., s. 18; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 121; Engin, s. 80; Sözek (İş Hukuku), s. 301.
- 86 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 107.
- 87 Akyiğit, s. 23.
- 88 Soyer, s. 18; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 121.
- 89 Mollamahmutoglu, (İş Hukuku) s. 418.
- 90 Gününde ödenmeyen her türlü ücret için bu yaptırım öngörülmüştür. Bkz. Ekmekçi, Ömer: 4857 sayılı İş Kanunu'nun Getirdikleri, 4857 sayılı İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, 3 Temmuz 2003, İzmir TİSK Yay. s. 44.
- 91 Karş. görüş için bkz. Soyer, s. 18.
- 92 Yrg. 9. HD. 10.2.2005, E. 2004/13259, K. 2005/3782.
- 93 Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, B.3, İzmir-2003, s. 121.
- 94 Mollamahmutoglu, (İş Hukuku) s. 417.
- 95 Yrg. 9. HD. 27.10.2004, E. 2004/8507, K. 2004/24281.
- 96 Günay (Şerh), s. 1372.

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)

GİRİŞ

İş sözleşmesi her iki taraf için de borç doğuran sinallagmatik bir sözleşmedir. İşçinin bu sözleşmeden kaynaklanan en önemli borcu, iş görmedir. Bununla birlikte, günümüz çalışma ilişkileri serbest piyasa ve rekabet ortamı içerisinde işçinin sır saklama borcu da giderek önem kazanmaktadır¹. Bir işletmenin çok uzun, zahmetli ve çileli bir süreç içerisinde ve önemli derecede harcama yaparak ulaştığı sırları, çok basit yöntemlerle, çok kısa süre içerisinde, internet aracılığı ile dünyanın dört bir yanına yayılabilmektedir.

Bazı durumlarda, ticari sır vasfını taşıyan bir bilgi, bir şirket için tüm üretim biriminden çok daha fazla değer taşıyabilmektedir. Bu değer, şirket çalışanın bir şekilde söz konusu bilgiye ulaşması, onu bir disket marifetiyle dışarı çıkarması ve mail aracılığı ile ilgili yerlere göndermesine kadar önem taşır. Bir kez yayılan bilginin artık günümüz teknolojisi içerisinde çok kısa bir zaman içerisinde milyonlarca kişiye ulaşabilmesi mümkündür. Bundan sonra, bilginin gizlilik ve/veya sır vasfından söz edilemez. Deyim yerinde ise, işletmenin gözü gibi baktığı bir bilgi, el değiştirerek önemsiz ve anlamsız hale de gelebilir.

Teknolojinin bu denli gelişmesi, sır vasfı taşıyan bilgilerin korunmasını daha da önemli bir hale getirmiştir.

Özellikle iş ilişkisi içerisinde sır vasfı taşıyan bilgilerin korunması iş sözleşmesinin özelliği ve sadakat borcu kapsamında sağlanabilmektedir. Bununla birlikte bu denli önemli bilgilerin iş ilişkisi sona erdikten sonra korunması meselesi ise üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur. Bir kere, kural olarak sadakat borcu, iş ilişkisinin sona ermesi ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Bundan sonradır ki, sırların korunması önem kazanır.

İşte biz bu çalışmamızda iş sırlarının iş ilişkisinin sona ermesinden sonra korunabilmesi imkânı üzerinde duracağız. Bu anlamda eski işçinin sır saklama borcu var mıdır?

Belirtelim ki, iş sözleşmesi herhangi bir şekilde sona eren işçi, o işletme ve/veya işyeri için eski işçi konumundadır.

Eski işçinin sır saklama borcunun varlığı ile ilgili olarak, öncelikle iş sırrı kavramı üzerinde durmakta fayda vardır.

1. İŞ SIRRI KAVRAMI

A) TANIM

İş sırrı, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini

Sır vasfı taşıyan hususun, Patent Hukuku anlamında veya buluş mahiyetindeki bir yenilik, yahut marka olarak tescil edilmiş olması gerekmez.

istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir⁷. Bu anlamıyla iş sırrı kavramı, meslek sırrı ve ticari sır kavramlarından daha geniştir. Meslek sırrı, bir meslek sahibi tarafından mesleğini icra ettiği esnada öğrendiği bir kısım mahrem bilgilerdir. Ticari sır da, herkes tarafından bilinmeyen ve araştırılmayan bağımsız bir ekonomik değeri olan her türlü bilgi olabilir⁸. Ticari sır olarak kabul edilen hususlar arasında; formül, numune, program, icat, metot, teknik ve yöntem usulleri bulunabilir. Diğer yandan fiyatın oluşmasını sağlayan genel masraflar ve kâr marjı da ticari sır olarak nitelendirilebilir⁹.

B) UNSURLARI

İş sırrından söz edebilmek için şu unsurların bulunması gereklidir. Her şeyden önce, sır niteliği bulunmalıdır. Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önceden bilinmeyen her türlü bilgi olabilir. Buna karşın iş sırrı, özelliği nedeniyle, en azından o işyerinde çalışan işçi ve/veya işçiler tarafından bilinmektedir⁵. Ancak sır sayılan husus, gerekli olan kimselerden farklı olarak başka kimselerce bilinmemelidir⁶. Bir başka ifadeyle, bir konunun sır olma vasfı, sayı olarak değil, ancak o sırrı bilmesi gerekenlerden farklı kimselerin onu bilmemesini gerektirir.

Sır vasfı taşıyan hususun, Patent Hukuku⁷ anlamında veya buluş mahiyetindeki bir yenilik⁸, yahut marka olarak tescil edilmiş olması gerekmez⁹.

Ayrıca sır konusu olan bilgi, hukuka, genel ahlâk ve adaba da aykırı olmamalıdır.

Sır vasfının kazanılabilmesi için, bu bilginin kamunun mülkiyetinde (kamuya ait) ve kamuya açık (alenî) da olmaması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, maruf ve meşhur bilgiler, sır olmazlar¹⁰. Zira, üçüncü kişilere açık olan hususlar, sır teşkil etmezler¹¹. Bir konunun maruf ve meşhur olup olmadığının tayini, ilgili alanda geçerli olan örf ve adete göre belirlenir¹². Bu anlamda, bir mesleki yayın-

dan ya da internetten herkesçe öğrenilebilen hususlar, sır olarak nitelendirilmezler¹³.

Şüphesiz, sır niteliğinde olan bilgilerin yapılan iş (veya işyeri) ile ilgili olması gereklidir. Yine, bir bilginin sır özelliğini kazanabilmesi, işverenin (sır sahibinin) gizli tutma iradesine de bağlıdır¹⁴.

Nihayet, sırdan sözedebilmek için, bu konuda işverenin haklı bir menfaatinin (çıkarının) de bulunması gereklidir¹⁵.

C) ESKİ İŞÇİNİN TECRÜBİ BİLGİLERİ İŞ SIRRI SAYILIR MI?

Üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi de, işçinin çalışma ilişkisi içerisinde öğrenmiş olduğu tecrübi bilgilerinin akıbetidir. İşçi iş ilişkisi içerisinde yapmış olduğu iş ile ilgili birçok özel, hatta sır vasfı taşıyan bilgiyi öğrenmekte ve bunu kullanmaktadır. Mevcut iş ilişkisi çerçevesinde iş sırları ile işçinin mesleki bilgi ve tecrübeleri arasında bir ayırım yapma gerekliliği ortaya çıkmaz. Bu durum iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte değişir¹⁶. Acaba iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu tür yapılan iş ile alakalı olmakla birlikte (kimi zaman sır vasfı taşısa da) artık işin bir parçası ve işçinin mesleki deneyimi ve tecrübesi halini alan bilgilerin açıklanması ve kullanılması dürüstlük kuralı çerçevesinde sınırlandırılabilir mi?

Aslında bu durumda tecrübi bilgi kişiselleşmiş ve işçinin bir parçası olmuştur. Zaman içerisinde yapılan işin sürekli tekrarlanması, çeşitli olaylarla karşılaşma (arıza, bakım vs.) kişinin o işi yaparken daha bir uzmanlaşmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla, işçinin tecrübesine bağlı olarak elde etmiş olduğu bu tür bilgilerin bir başka işyerinde kullanılabilmesinin önüne geçmenin engellenebilmesinin kural olarak mümkün olmadığı söylenebilir¹⁷⁻¹⁸.

Buna karşın, sahip olunan bilgiler gerçekten bir iş sırrı (ticari sır) vasfını taşıyor ve bu bilgilerin kullanılmasının MK. m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa yine de söz konusu bilgiler, kullanılamaz, bir başka ifadeyle saklanmak zorundadır.

Böylelikle, işletmenin organizasyon özellikleri ile, üretim teknikleri dışında kalan ve sadece işverene ait işletmede değil, fakat benzer nitelikteki diğer işletmelerde de kullanılacak olan bilgiler, işçinin mesleki bilgisine dahil bilgiler olarak nitelendirilebilir¹⁹. Bu anlamda işçinin söz konusu hususları iş iliş-

kisi içerisinde, bir başka ifadeyle işverene ait zaman dilimi içerisinde öğrenmiş olması²⁰ veya bunların bizzat işverenin öğrettiği²¹ konular olması, sonuç açısından farklılık taşımaz²². İşçi her ne kadar iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş olduğu birtakım özel bilgileri üçüncü kişilere açıklamamak, bu bilgilerin mahremiyetine sadık kalmak borcu altında ise de, söz konusu iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş olduğu bilgileri, kendisi geliştirmiş ve artık sonuçta onlar, işçinin kendisine ait mesleki bilgileri haline gelmişse, bunların kullanılması ve üçüncü kişilere açıklanmasında herhangi bir problem yoktur^{23,24}. İşçi, bu bilgileri serbest bir biçimde kullanma hakkına sahiptir.

Tecrübi bilginin iş ilişkisi sonrası eski işçi tarafından kullanılması ise, ancak rekabet yasağı sözleşmesinin (BK. m.348 vd) şartları ile birlikte değerlendirilerek sınırlandırılabilir.

II. İŞ İLİŞKİSİ SONRASI SIR SAKLAMA

İş sırnının iş ilişkisi içerisinde korunması, iş ilişkisinin özelliği ve sadakat borcu çerçevesinde mümkündür. Dolayısıyla, tarafların ayrıca çalışma dönemi içerisinde sırların korunmasına yönelik bir sözleşme düzenlemelerine -aslında böyle bir kararlaştırma yararlı olsa da- gerek yoktur. Dürüstlük kuralı da böyle bir durumda işçinin çalıştığı işletmeye ait sırları saklı tutmasını gerektirir.

Ancak önem taşıyan husus, iş ilişkisinin bir şekilde sona ermesinden sonra sır vasfı taşıyan hususların işçi tarafından saklanıp saklanmayacağı meselesidir.

A) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

Karşılaştırmalı hukuk açısından gerek İngiliz ve gerekse Amerikan hukuklarında, sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak sır sayılabilecek hususlar ile ilgili üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Gerçekten İngiliz hukukunda mahremiyetin (gizliliğin) üç derecesi vardır²⁵. Buna göre,

□ Kamuya ait bilgiler: Bu bilgi alelade karakterdedir. Ya da ona kolayca kamu kaynaklarından ulaşabilmek mümkündür.

□ İşçinin tecrübi bilgisi: Bu bilgiler sözleşmenin devamı müddetince hatta kimi zaman işçi tarafından gizli davranılması gereken, fakat zamanla onun çalışmasının bir parçası olarak yetenek ve bilgisi haline gelen (skills and knowledge) bilgilerdir²⁶.

İş sırnının iş ilişkisi içerisinde korunması, iş ilişkisinin özelliği ve sadakat borcu çerçevesinde mümkündür.

□ Özel ticari sırlar: Nihayet, özelliği gereği ticari sır vasfı taşıyan bilgilerdir.

Bu bilgilerden ilki korunmaz. İşçinin tecrübi bilgisi haline gelmiş olan bilgiler ise, yapılacak bir sözleşme ile korunabilir. Burada sırnın korunması için sözleşmede öngörülen süre önemlidir. Nihayet ticari sırlar ise, sözleşme ilişkisi sona erse de doğrudan korunması gereken sırlar arasında yer alırlar^{27,28}.

Şüphesiz tarafların sözleşme ile hangi hususların iş ilişkisi gereği öğrenilen sırlar olduğunu belirleme yetkileri vardır. Bir başka ifadeyle, sözleşme, o iş için nelerin sır niteliğine sahip olduğunu açıklamada yardımcı olabilir.

Amerikan hukukunda da, iş ilişkisi sona erdikten sonra genellikle kabul edilen, itimada dayanan borçların da sona erdiği'dir. Bununla birlikte Amerikan mahkemeleri iş ilişkisi sona erdikten sonra sadakat borcunun devam edeceğini öngörmektedir. Bu halde, özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda kural olarak işçi rekabet teşkil eden davranışlarda bulunabilir. Ancak, ticari sır veya gizli bilgileri işverene önemli ölçüde zarar verici bir biçimde kullanamaz ve açıklayamaz^{29,30}.

Alman hukukunda gerek iş ilişkisi içerisinde ve gerekse iş ilişkisi sonrası iş sırlarını cezai anlamda da korumayı sağlayan düzenleme, Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunudur (German Law Against Unfair Competition/Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG 2004)³¹. Bu Kanun 2004 tarihinde değişikliğe uğrayarak yürürlüğe konmuştur³².

İşçinin sır saklama yükümlülüğü Alman hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte son bulur³³. Bununla birlikte, işverenin çıkarlarının devam etmesine bağlı özel durumlara özgü ve istisnai olarak Alman Mahkemeleri iş ilişkisi sonrası işverene ait ticari sırların kullanılmayacağına hükmetmektedirler³⁴. Buna örnek olarak, istihdam ilişkisinin çok kısa sürmesi, işçinin ticari sırnın ortaya çıkarılmasında herhangi bir katkısının olmaması, ticari sırnın açıklandığı kişinin yeni bir işveren değil, üçüncü bir kişi olması ve işçi için bu bilgiye kendisinin daha sonraki mesleki gelişimi (iş haya-

Mevzuattan kaynaklanan açık istisnalar dışında, eski işçinin önceden öğrendiği iş sırlarını iş ilişkisi sonrası saklamak zorunda olması, ancak tarafların bu hususu açıkça kararlaştırmaları veya halin icabından (dürüstlük kuralı) anlaşılan durumlarda mümkün olabilmektedir.

tı bakımından ihtiyaç bulunmaması gibi durumlar, sayılabilir⁵⁵. Böylelikle, kural, işçinin çalıştığı dönemde kurallara uygun olarak edindiği bütün bilgileri iş ilişkisi sonrası serbestçe kullanabilmesidir.

Bunun dışında sırların korunması mevzuattaki özel düzenlemeler⁵⁶ ve/veya rekabeti sınırlayan bir sözleşme ile elbette ki korunabilir⁵⁷.

Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu esas itibarıyla iş ilişkisi içerisinde işçinin işverene ait sırları açıklamasını (cezai müeyyide ile birlikte) haksız rekabet olarak düzenlemiş, ancak bunun yanında eski işçinin birtakım davranışlarının da haksız rekabet sayılabileceğini belirlemiştir⁵⁸.

Japon hukukunda da, sözleşme sona erdikten sonra özel bir düzenleme yoksa işçi eski işverene ait iş sırlarını kullanma hakkına sahiptir⁵⁹⁻⁶⁰. Bir başka ifadeyle, özel bir sınırlayıcı anlaşmanın bulunmadığı durumlarda eski işçi iş sırlarını kullanabilme imkânına sahiptir. Ancak bunun da istisnası haksız fiil sorumluluğudur. Ayrıca eski işçinin faaliyetinin haksız rekabet olarak sınırlandırılabilmesi de mümkündür. 1990 tarihli Haksız Rekabeti Önleme Kanunu bu konuda düzenlemeler getirmiştir⁶¹.

İsviçre hukukunda ise, Borçlar Kanunu'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle, sır saklama borcu ile ilgili açık bir düzenleme getirilmiştir. Gerçekten, "Özen ve sadakat yükümlülüğü" başlığını taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu m.321 a/4'e göre, "İşçi işverenin işinde çalışma dolayısıyla elde ettiği, imalat ve iş sırları gibi saklanması gereken sırları iş ilişkisi devam ettiği sürece çıkar sağlayacak şekilde kullanamaz, başkalarına açıklayamaz. İş-

verenin haklı çıkarları bunların korunmasını gerektiriyorsa, iş ilişkisi sona erdikten sonra da sır saklama yükümlülüğü devam eder". Böylelikle, getirilen düzenleme ile, işçi imalat ve iş sırlarını iş sözleşmesi sona erdikten sonra da, işverenin haklı çıkarlarını korumak açısından gerekli olduğu takdirde saklamakla yükümlüdür⁶². Ancak Yasa, iş sözleşmesi sona erdikten sonra ne kadar bir süre için sır saklama borcunun devam edeceğine dair bir hüküm ihtiva etmemiştir. Bununla birlikte, işçinin sır saklama yükümlülüğünün süresinin ne zaman sona ereceği, iş ilişkisinin türüne, işçinin işyerindeki fonksiyon ve konumuna, ekonomik ve teknik gelişmelere veya diğer hal ve şartlara göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenledir ki kanun koyucu, açık bir süre belirlemekten kaçınmıştır. Şüphesiz sürenin uzunluğu ya da kısalığı işverenin belirli vakıaların sır olarak kalmasındaki haklı çıkarları belirlenerek tespit edilecektir⁶³. Zaten, iş sözleşmesi sonrasına yönelik sır saklama borcunun devamı, her halde değil, ancak işverenin haklı çıkarlarının bulunması durumunda söz konusu olur.

B) TÜRK HUKUKUNDA

1. Genel Olarak

Türk Hukuku açısından Borçlar Kanunu'nda sır saklama ile ilgili, rekabet yasağı dışında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun dışında mevzuatta eski işçinin sözleşme sonrası sır saklama borcunun devam ettiğini öngören bazı istisnalara da rastlamak mümkündür. Örneğin, Sırların Saklanması üst başlığını taşıyan 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁶⁴ m.73'te iş ilişkisi sona erse dahi bankacılık sırrının saklanması gerektiği öngörülmüştür⁶⁵⁻⁶⁶. Ayrıca, iş ilişkisi içerisinde iyiniyet (dürüstlük) kuralına aykırı olarak öğrenilen sırların açıklanması ve kullanılması TTK. m. 57/b.8 gereği haksız rekabet sayılmıştır.

Buna göre, mevzuattan kaynaklanan açık istisnalar dışında, eski işçinin önceden öğrendiği iş sırlarını iş ilişkisi sonrası saklamak zorunda olması, ancak tarafların bu hususu açıkça kararlaştırmaları⁶⁷ veya halin icabından (dürüstlük kuralı) anlaşılan durumlarda mümkün olabilmektedir. Burada dürüstlük kuralının⁶⁸ (MK. m. 2) gerektirdiği durumlarda sonraya etkili bir sır saklama yükümlülüğü mevcuttur⁶⁹. Bir başka ifadeyle, dürüstlük kura-

lı iş sözleşmesi sona erdikten sonra, işçinin iş sırlarını saklamasına yönelik bir yükümlülük getirebilir⁵⁰.

İşçiler, sözleşme bittikten sonra yaptıkları iş nedeniyle öğrendikleri ve kullandıkları sırları kullanabilmek imkân ve hakkına da kural olarak sahiptirler⁵¹.

Sonuç itibarıyla, belirtelim ki, dürüstlük kuralının izin vermediği ölçüde iş sırlarının sözleşme bittikten sonra kullanımı veya ifşası, bazı durumlarda haksız fiil (BK. m. 41) teşkil edebileceği gibi, bir haksız rekabet⁵² durumunu da oluşturabilir (TTK. m. 56). Örneğin, iş ilişkisi sonrası kullanabilme imkânına sahip olunan iş sırlarının işçi tarafından üçüncü kişilere satılarak çıkar sağlanmasını hukuk himaye etmez⁵³. Bu durumda, ticari sırların ücretle bir başka işverene satılması, haksız fiil (hatta haksız rekabet) durumunu oluşturabilir. Burada artık,

yapmak ve/veya sözleşmeye özel bir hüküm koymaktır. Bu rekabet yasağı sözleşmesi ile birlikte olabileceği gibi yalnızca sır saklamayı sağlayan bir hüküm ve/veya şartla dahi olabilir. Burada sır saklamayı öngören sözleşmenin BK. m. 348 vd. nda öngörülen şartları taşıyıp taşıyamaması problemi ise somut olaya göre belirlenir. Sırların saklanma mecburiyetini öngören sözleşme işçinin rekabet etme ihtimalini (çalışma özgürlüğünü) (ekonomik faaliyette bulunma imkânını⁵⁴) sınırlandırdığı durumlarda BK. m. 348 vd. şartlarına tabi olacak, bunun dışında ise söz konusu şartlar uygulanmayacaktır. Örneğin, işverenin sadece iş sırlarını saklamayı öngören sözleşmesi gereği, işçinin menfaat karşılığı bunu üçüncü kişilere açıklamayı yasaklamasının kararlaştırıldığı bir sözleşmede, BK. m. 348 vd. şartları aranmamalı, buna karşın kişinin kendisi tarafından kullanılmasının engellendiği sözleşmede

İş ilişkisi sonrası kullanabilme imkânına sahip olunan iş sırlarının işçi tarafından üçüncü kişilere satılarak çıkar sağlanmasını hukuk himaye etmez.

işçinin iş sırlarından istifade etmesinin de ötesinde aslında işverene ait olan bilgilerden maddi çıkar elde edilmesi söz konusudur. Kanaatimizce, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, iş sırrı-işçinin çalışma hakkı arasındaki ilişkide kural olarak işçinin çalışma hakkı tercih edilirken, sırların ücret karşılığı üçüncü kişilere satılmasında tercihin işverenden yana olması gereklidir⁵⁵.

Dolayısıyla, saklama borcu, yasal bir düzenlemenin bulunmadığı ve tarafların da kararlaştırmadıkları durumlarda iş ilişkisi sonrası ancak dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde (tecrübi bilgi de sayılmayan) ve/veya haksız rekabet hükümlerinin haklı kıldığı durumlarda devam eder. Böylelikle, iş sözleşmesi süresini aşan sır saklama borcunun bazı hallerde mevcut olabileceğini kabul etmek gerekir⁵⁶. Örneğin, işverenin haklı çıkarlarının dürüstlük kuralı⁵⁶ çerçevesinde korunması gerektiği ölçüde sır saklama borcu devam eder. Sır saklama borcunun tamamen ortadan kalkması, işçinin işyerindeki pozisyonuna, işin türüne, iktisadi ve teknolojik gelişmelere bağlıdır.

Aslında iş sırlarının sözleşme ilişkisi sonrası korunmasını sağlayacak en güvenli yol, sözleşme

ise, aranmalıdır⁵⁸. Yine belirtmekte fayda vardır ki, bu hususlar somut olayla şekillenecektir. Baştan kesin yargılarda bulunmak, kimi zaman hatalı sonuçlar doğurabilir.

Hemen belirtelim ki, kişinin ilişki sona erdikten sonra rakip bir işyerinde çalışmaya başlaması başlı başına dürüstlük kuralı gereği iş sırlarının açıklandığı ve kullanıldığı anlamına gelemez⁵⁹. Zaten normal olanın kişinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra rakip veya benzer bir iş yapan bir diğer müessesede çalışmasıdır. Hayatın olağan akışı da bunu doğru kılar. Öyle ki, işyerinde belirli bir alanda ihtisaslaşan ve o konuda beceri sahibi olan bir kimsenin işyerinden ayrıldıktan sonra kendi mesleki bilgi ve tecrübesine yatkın bir diğer işte, ki genellikle bu iş rakip bir işyerinde olmaktadır, çalışması normal karşılanır. Örneğin, bir firmada bilgisayar mühendisi olarak programlama bölümünde çalışan işçinin, iş sözleşmesi sonrası başka bir bilgisayar firmasında programlama bölümünde çalışması gayet doğaldır. Yine, bir bisküvi fabrikasının krema bölümünde çalışan ve uzmanlaşan bir işçinin başka bir bisküvi fabrikasının krema bölümünde çalışmasından daha tabii bir şey de olamaz⁶⁰.

Bunun gibi, ihracat ve ithalat yapan bir firmanın üst düzey yöneticisinin, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra, benzer bir işi yapması makul bir durumdur. Hal böyle olunca, işverenler iş sırlarının korunmasını istiyorlarsa özel düzenleme yapmayı (sır saklama/rekabet yapmama sözleşmesi) tercih etmek durumundadırlar. Bunun dışında dürüstlük kuralının iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş sırlarını koruması özelliği de, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelerle çok kolayca başvurulacak bir yöntem olmayabilir ve sonuç da sağlamayabilir. Hakikaten hakkaniyetin elverdiği durumlarda ancak, iş sözleşmesi süresini aşan bir sır saklama borcunun varlığı kabul edilebilir.

İşçinin çalışma ve yeteneklerini serbestçe kullanabilme özgürlüğü ile kendisinin kuracağı işinde kullanabileceği veya işverenin rakiplerinin istifade edebileceği gizli nitelikli bilgileri saklama yükümlülüğü arasında bir denge kurmak yerinde olur. İşçinin

dir. Zira, tarafların iş sözleşmesi devam ederken öğrenilen sırların saklanması konusunda bir anlaşma⁴⁴ yapabilme imkânları bulunmasına karşın, böyle bir kararlaştırmanın yapılmamış olması da bizi böyle bir sonuca götürmektedir. Dolayısıyla ki, sözleşmenin sona ermesinden sonra korunması gerekli sırlar, her iş sırrını değil, özelliği bulunan, gerçekten açıklanmasının önemli ve haksız sonuçlar doğuracak olduğu sırlar biçiminde anlaşılmalıdır. Bu hususu dürüstlük kuralı da teyit etmelidir.

Kimi durumlarda iş ilişkisi sonrası sırların açıklanması veya kullanılması haksız rekabet de oluşturabilir. Bunun için TTK.m.56'da yer alan şartların varlığı gerekir. Buna göre,

- İktisadi rekabeti etkileyecek bir fiilin yapılmış olması,
- İktisadi rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılması.

Yapılan fiil, MK.m.2'de öngörülen dürüstlük

İşverenin haklı çıkarlarının dürüstlük kuralı çerçevesinde korunması gerektiği ölçüde, sır saklama borcu devam eder.

İşverenin hizmetinde kaldığı sürece sadakat borcu da devam eder. Bununla birlikte, işten ayrılıp kendi işini kurduğunda veya rakip bir işyerinde çalışmaya başladığında, söz konusu denge, işçinin yararına değişiklik gösterir⁴¹. Bu durumda, işçi edindiği bilgi ve yeteneği kendi yararına kullanmakta serbesttir⁴². Bununla birlikte eski işverene ait dürüstlük kuralının gerektirdiği sırları saklamak ve eski işverenin ticari itibarına ise saygı göstermek durumundadır⁴³.

Sonuç olarak işçinin iş ilişkisi sona erdikten sonra, işyerine ait bilgileri ve sırları kullanabilmesi ve açıklayabilmesinin sınırsız olarak kabulü, doğru değildir. Burada sınırı, dürüstlük kuralı ve tarafların açık bir kararlaştırması çizebilir. Bir başka ifadeyle, dürüstlük kuralı, açıkça kararlaştırılmamış olsa da, iş sırrının iş sözleşmesi sona erdikten sonra açıklanması ve kullanılmasına izin vermiyorsa, işçi söz konusu faaliyetlerde bulunamaz. Buna karşın, dürüstlük kuralının izin verdiği durumlarda, sırrın korunması isteniyorsa bu konuda taraflar arasında açık bir düzenlemenin yapılması gereklidir. Ancak, dürüstlük kuralı çerçevesinde işçinin iş sözleşmesinin bitiminden sonra da saklamak zorunda olduğu iş sırlarının tesbiti yapılırken bunun dar yorumlanması gerekli-

(iyiniyet) kurallarına aykırılık oluşturuyorsa, haksız rekabet vardır. Şüphesiz bu durumu belirleyecek olan, hakimdir⁴⁵.

Ancak belirtmekte fayda vardır ki, iş ilişkisi sonrası sırların kullanılması durumuna bağlı olarak TTK. m. 56 anlamında haksız rekabetin ileri sürülmesi ve bunun ispatlanabilmesi de çok kolay değildir. Zira daha önce de açıkladığımız gibi, kural olarak işçi iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş olduğu ve tecrübi bilgisi haline gelen sırları kullanmak hakkına sahiptir. Bunun dışında iyiniyet kurallarının gerektirmesi durumunda, iş ilişkisi sonrası rekabet edici davranış, TTK. m. 56 şartlarının varlığı halinde haksız rekabet sayılarak yasaklanabilir. Örneğin, işverene ait ticari sırların iş ilişkisi sonrası işçi tarafından çok yüksek fiyatla başka (rakip) bir işverene satılması durumunda haksız rekabet söz konusu olabilir.

2. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda

Borçlar Kanunu Tasarısı, sırların korunması ile ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunu 1971 değişikliği örneğine uygun olarak, işverenin haklı menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda iş sırlarının korunması gerektiğine yönelik bir hüküm getirmektedir.

Gerçekten Özen ve Sadakat Borcu başlığını taşı-

yan Borçlar Kanunu Tasarısı m.400/son'a göre, "İşçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür".

Burada kanaatimize göre, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olan ölçü tesbit edilirken dürüstlük kuralı yol gösterici olmalıdır. Aksi takdirde, iş ilişkisi sonrası tüm sırların kullanılmasının yasaklanması gibi bir sonuç karşımıza çıkar ki, bu da içinden çıkılmaz sorunları beraberinde getirebilir. Zira, iş sırrının iş ilişkisi sonrası korunmasında işverenin iş sırlarının korunması yanında, işçinin çalışma özgürlüğünün de dengelenmesi gerekir. Burada değerlendirmeyi yapacak olan uyumsuzlukları çözmek durumunda olan hakimdir.

İş sırlarının sözleşme ilişkisi sonrası korunmasını sağlayacak en güvenli yol, sözleşme yapmak ve/veya sözleşmeye özel bir hüküm koymaktır.

Dolayısıyla problemle karşılaşmamak, daha baştan sorunu çözüme kavuşturmak için sırların iş ilişkisi sonrasının kontrolü bu konuda yapılacak bir sözleşme ile sağlanmalıdır.

3. İş İlişkisinin Sona Erme Biçimine Bağlı Olarak Sır Saklama Borcunun Uzaması

Burada üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi de, işçinin iş ilişkisinin sona erme biçimine bağlı olarak sadakat borcunun bir gereği olan sır saklama borcunun iş ilişkisi sonrası devam edip etmeyeceğidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi iş ilişkisinin sona ermesi kural olarak sadakat borcunu ve dolayısıyla sır saklama borcunu da sona erdirir.

Ancak işçinin iş ilişkisinin sona eriş biçimi, sözleşmenin devamınca sadakat borcunun bir gereği olarak yerine getirilmek durumunda olan sır saklama borcuna hiç mi tesir etmeyecektir?

Kanaatimizece bu soruya "etmelidir" şeklinde cevap vermek gerekir. Zira, MK.m.2 gereği herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranmak durumundadır. Yine yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözleşme sonrası sırrın korunması mevzuattaki açık düzenleme dışında dürüstlük kuralının bir sonucu olarak sağlanmaktadır. Dürüstlük kuralı da, iş sözleşmesinin sona eriş bi-

çimine bağlı olarak sır saklama borcunun devamına haklılık getirir düşüncesindeyim⁶⁷.

Buna göre, iş sözleşmesinin sona eriş biçimine göre, sır saklama borcu ne zaman sona erer? Bir başka ifadeyle iş ilişkisi içerisinde mevcut sır saklama borcu, iş ilişkisinin sona eriş biçimine bağlı olarak iş ilişkisi sonrasına uzar mı?

Belirtelim ki, sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmeyen "askı hallerinde" sözleşme devam ettiği için sır saklama borcu varlığını sürdürür.

Buna karşılık, sözleşmenin bildirimli olarak feshedilmesi durumunda sözleşme bildirim sürelerinin sonunda ortadan kalkacağından, bu borç da, kural olarak bildirim süresi dolduktan sonra hükümünü yitirir. Bildirimsiz fesih halinde ise, akdın sona erme anı, kural olarak, bu borcun da sona erme anıdır.

Özellikle belirli süreli bir iş sözleşmesi süresi-

nin dolmasından önce işçi tarafından sona erdirilir, yahut, bu sefer belirsiz süreli bir iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmadan feshedilirse, işçinin sır saklama borcunun varlığını sürdürdüğü söylenir⁶⁸. Aksi bir düşüncenin kabulü işçinin işine geldiği durumlarda sözleşmeyi sona erdirerek, bundan yararlanma anlamına gelebilir. Oysa böyle bir sonucun hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Ayrıca, "kimse- nin kendi kusuruyla bir menfaat sağlayamayacağına" ilişkin genel hukuk kaidesi, burada devreye girer. Şüphesiz, yükümlülük devam ettiği halde, işçinin bunlara aykırı davranışı, tazminat sorumluluğunu doğurur. Tabiidir ki, bahsi geçen iş sözleşmesinin sona eriş işveren tarafından (bildirimli fesihle veya belirli süreli sözleşmenin süresinin dolmasından önce) gerçekleşirse, (aynı gerekçelerle) bu sefer sır saklama yükümlülüğü de son bulur.

Taraflar anlaşmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirirlerse, özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde kural olarak sır saklama yükümlülüğü de sona erer.

Yine, iş sözleşmesinin devamında geçerli olan sır saklama borcu, sözleşmenin işçi veya işveren tarafından haklı nedenlerle sona erdirildiği durumlarda da sona erer⁶⁹. Burada üzerinde durulması

Kişinin iş ilişkisi sona erdikten sonra rakip bir işyerinde çalışmaya başlaması, başlı başına iş sırlarının açıklandığı ve kullanıldığı anlamına gelemmez.

gereken, işverenin yaptığı haklı fesih durumudur. İşverenin sözleşmeyi haklı feshi sır saklama borcuna aykırılığa dayanıyorsa, işçi işverenin zararlarını da karşılamak zorundadır.

Bunun dışında işçinin davranışının iyiniyet kurallarına aykırı olduğu durumlarda, örneğin işçinin özellikle işverenin iş sırlarına vakıf olduğu, ancak kendisinin sözleşmeyi sona erdirmeyip de, işverenin feshi için zemin oluşturduğu durumlarda, bu borç devam eder. Zira, kanun, bir hakkın sırf bir başkasına zarar verici kullanımını himaye etmez (MK. m. 2). Hakkın kötüye kullanımı olan bu durum, haksız fiil sorumluluğu doğurabileceği gibi, Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabet sonucunu da doğurabilir. Ayrıca, işçinin başka bir işveren yanında çalışmaya başlaması, yeni işveren için bu hususun işçi ayartması teşkil etmesi durumuna bağlı olarak haksız rekabet oluşturması da mümkündür. Ayrıca, şartların varlığı halinde işveren İş K. m. 23'te öngörülen "yeni işverenin sorumluluğu" müessesesinden de yararlanabilir.

Sonuç olarak işçinin sır saklama borcunun sona erip ermediğinin tesbiti, MK. m. 2 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmek gerekir. Yine, dürüstlük kuralı, sözleşmenin sona eriş türüne bağlı olarak ne kadar bir sürenin daha sır saklama borcu için riayeti gereken bir borç olarak kalacağını, hatta sözleşmenin sona ermesi yanında bu borç için sözleşmenin sona ermesini de aşar bir biçimde bir sır saklama borcunun varlığını da tesbit eder.

III. İŞ İLİŞKİSİ İÇERİSİNDE İYİNİYET KURALLARINA (SADAKAT BORCUNA) AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DAHA SONRA AÇIKLANMASI VE/VEYA KULLANILMASI

Üzerinde durulması gereken konulardan birisi de işçinin iş ilişkisi içerisinde sadakat borcuna ay-

kırı olarak elde etmiş olduğu bilgileri, iş ilişkisi sona erdikten sonra kullanıp kullanamayacağıdır.

A) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

Bu konu ile ilgili olarak İngiliz hukukunda çeşitli mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür. Printers and Finishers Ltd. v. Holloway (1964) (İngiliz) kararında da ifade edildiği gibi, belirli gizli bilgilerin kendine mal edilmesi durumundaki işçi ve işveren arasındaki menfaat çatışması kural olarak ilgili işçi lehine çözülmüştür. Böylelikle, işçi iş ilişkisinin devamı süresince öğrenmesi kaçınılmaz olan ve kendilerinin görmezden gelinmesi ondan beklenemeyecek olan bilgileri başkalarına vermesi ve kullanmaya yetkilidir⁶⁹. Ancak, bu ilke, sonraki bir rekabet faaliyetinin gizli bilgilerin kötüye kullanma amacıyla elde edilmesi suretiyle hazırlanması durumunda geçerli değildir. Bir başka ifadeyle, gizli bilgiler daha sonraki bir rekabet faaliyeti amacıyla edinilmekte ise, örneğin, müşteri veya malzeme sağlayıcı listelerinin gizli olarak alınması, gizli belgelerin kopya edilmesi, belirli bilgilerin bilinçli olarak ezberlenmesi ve yine işçinin kendi faaliyet alanı dışındaki gizli bilgileri, kendi özel çabasıyla edinmesi iş hukukundaki sadakat yükümlülüğüne açık bir aykırılık teşkil eder⁷⁰. İşverenin eski işçilerinden birisinin böyle bir davranışını isbat edebilmesi halinde -ki burada salt olasılık yeterli değildir- eski işçi ilgili belgeleri geri vermeye yahut yok etmeye (imha etmeye) ve oluşan zararı tazmine yükümlüdür. Bu halde mahkemeye başvurarak bir tecavüzün önlenmesi (injunction) kararı talep edilir. Mahkeme menfaatler dengesinin tesbiti çerçevesinde, tecavüzün önlenmesini ihtiyati tedbir yoluyla kararlaştırmanın uygun bir hukuki yol olup olmadığını veya sır sahibinin hukuki koruma menfaatinin öncelikle parasal (finansal) zararının tazmini yoluyla giderilip giderilemeyeceğini dikkate alır⁷¹.

Ancak belirtelim ki, tecavüzün önlenmesi kararının etkileri gizli bilgilerin korunmasıyla sınırlı tutulmalıdır. Mahkeme kararı (injunction) istenmeyen bir rakibin ortadan kaldırılmasına veya belli bilgi alanlarının tekelleştirilmesine de yol açmamalıdır⁷².

Diğer taraftan eski işçinin iş ilişkisi içerisindeki kötüniyetli davranışı özel bir avantaj da sağlamamalıdır⁷³.

Her şeyden önce İngiliz hukukunda mahkeme-

ler, eski işçilerin usulsüz olarak elde ettiği bilgileri kullanmalarını, "haksız elde edilen avantaj" düşüncesiyle yasaklama eğilimindedirler⁷⁴. Buna göre, işverenler mahkemeye başvurarak, işverenin iş ilişkisi içerisinde özellikle hukuka aykırı bir biçimde elde etmiş, öğrenmiş olduğu sırları, iş ilişkisi bittikten sonra kullanmaya başlamalarını engelleyebilirler⁷⁵. Bir başka ifadeyle, işçi, eski işverene ait iş sırlarını iş ilişkisi içerisinde çalarak veya haberi olmaksızın kopyalayarak dokümanları elde eder, kendisine haksız bir avantaj sağlarsa, işveren mahkemeden eski işçisinin söz konusu sırları kullanmasının engellenmesini isteyebilir⁷⁶.

Gerçekten işveren, işçinin iş ilişkisi boyunca hukuka aykırı bir biçimde öğrendiği sırlarını belirli bir süre kullanmasının önüne geçebilir ki, buna sıçrama

edilir⁸¹. Böylelikle söz konusu hususların daha sonra kullanılması ve açıklanması mümkün değildir.

Alman hukukunda haksız ve hukuka aykırı bir biçimde iş sırlarına vakıf olan kimse, bunları da gizli tutmak, kullanmamak durumundadır. Aksi halde Alman Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu (2004) gereğince sorumlu olur⁸².

Japon hukuku açısından Haksız Rekabeti Önleme Kanunu m.2/1 b.7'ye göre, haksız kazanç elde etme yahut sahibine zarar verme amacıyla ticari bir sırrın kullanılması veya açıklanması yasaklanmıştır. Bu, haksız rekabetin tanımlandığı durumlardan bir tanesidir. Yine Kanun anlamında ticari sır, kamuoyu tarafından bilinmeyen, iş faaliyetleri için gerekli olan, gizli olarak kontrol edilebilen teknik veya işe ait bilgi olarak tanımlanmaktadır (m.2/4)⁸³.

İşçinin iş ilişkisi içerisinde sır sayılan bilgileri usulsüz olarak elde etmesi, sadakat borcuna aykırı bir davranıştır.

tahtası doktrini (springboard doctrin) adı verilir⁷⁷. Dolayısıyla mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karara da springboard injunction (sırrın sıçrama tahtası gibi kullanılmasını önleyen tedbir kararı) denilir⁷⁸. Bir başka ifadeyle, henüz kamuya ulaşmamış imalat ve ticarete dair bilgi hakkında söz konusu bilgiyi saklama ve açıklamama yükümlülüğü bulunan kişinin bu bilgiyi belirli bir süre kullanması engellenmektedir. Burada amaç, bilginin kendisine duyulan güven nedeni ile verildiği kişinin bu bilgiyi kendisine iletmenin zararına neden olacak bir şekilde, sıçrama (atlama) tahtası gibi kullanılmasına izin verilmemesidir. Fakat bu doktrinin engellemesi de süresiz değildir. Ancak belirtelim ki, işçinin iş ilişkisi içerisinde hukuka aykırı olarak öğrendiği sırların, daha sonra ortaya çıkması, kamu tarafından biliniyor hale gelmesi, işverenin springboard injunctiona başvurmaya engel değildir. Bir başka ifadeyle, işçinin sahip olduğu bilgiler daha sonra gizlilik niteliğini kaybetse de, işveren belirli bir süre işçinin söz konusu bilgileri kullanmasının önüne geçebilir^{79,80}.

Amerikan hukukunda da işçi iş ilişkisi içerisinde iyiniyet kurallarına aykırı olarak örneğin, bir müşteri listesini gizli bir şekilde kopyalar veya işverenin bilgisi olmaksızın alır ya da eski işverenin işyerinde koyduğu kuralların ihlali olarak ele geçirirse, bu bilgi ve belgeler korunmuş statüde (ticari sır) kabul

Yine, İsviçre hukukunda işçinin sır vasfı taşıyan hususları gayrimeşru bir şekilde (evrakın çalınması ya da yetkili olmadığı halde gizlice) öğrenmesi durumunda, işverenin haklı menfaatlerinin varlığının devamı müddetince bir süre sınırlamasına bağlı kalmaksızın saklama borcunun da devam edeceği ileri sürülmektedir⁸⁴.

B) TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukuku açısından, işçinin iş ilişkisi içerisinde sır sayılan bilgileri usulsüz olarak elde etmesi, sadakat borcuna aykırı bir davranıştır. Ancak bu bilgilerin iş ilişkisi bittikten sonra işçi tarafından kullanılması, ondan yararlanılması ya da üçüncü kişilere açıklanması halinde, haksız fiil sorumluluğu yanında, diğer şartların da varlığı halinde haksız rekabet de söz konusu olabilir⁸⁵. TTK, m. 57/b.8'e göre, "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak", haksız rekabet fiili olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla iş ilişkisi içerisinde hukuka aykırı olarak öğrenilen sırların daha sonraki kullanımı ya da ifşası haksız rekabet davranışı teşkil edebilir.

Ticaret Kanunu anlamında, aldatıcı hareket ve iyiniyet kurallarına aykırı çeşitli şekillerle iktisadi rekabetin, her türlü kötüye kullanılması, haksız rekabettir.

Sırların korunmasının mutlaka rekabet yasağı sözleşmesi ile sağlanması gerekmez.

Taraflar sadece sır saklamaya ilişkin bir "sır saklama sözleşmesi" de kararlaştırabilirler.

Haksız rekabet, Türk Ticaret Kanunu m. 56 ve Borçlar Kanunu m. 48'de düzenleme altına alınmıştır³⁹. Yargıtay uygulamasında ticari olmayan işlerde BK. m. 48'in, buna karşın ticari işlerde ise TTK. m. 56 vd.'nin uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁰.

TTK. m. 57/b.8'de⁴¹; iyiniyet kurallarına (dürüstlük kuralı) aykırı olarak elde edilen, öğrenilen imalat ya da ticaret sırlarından (iş sırları) yine haksız yere faydalanmak ve onları başkalarına yaymak durumu düzenleme altına alınmıştır⁴².

Böylelikle, iş ilişkisi içerisinde iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde (hukuka aykırı olarak) işverene ait bir iş sırnını öğrenen işçi, bu sırlardan faydalanmamak ve bunu üçüncü kişilere açıklamamak yükümlülüğü altındadır⁴³. Örneğin, işyerinde üretilen bir ürüne ait formülleri, işverenin bilgisi olmasızın gizlice öğrenen bir işçi, iş ilişkisi sona erdikten sonra, kendi adına bir işyeri açarak bu formülü uygular ve bir ürün elde ederse veya bu formülü bir üçüncü kişiye açıklarsa, yapılan davranış, haksız rekabettir (TTK. m. 57/b.8). Bir başka ifadeyle, işçi iş ilişkisi devam ederken, iyiniyet kurallarına aykırı olarak bir iş sırnını öğrenmesine karşın, bunu kendisinde saklı tutmuş, fakat iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanmışsa (kendisi bizzat yararlanmış veya üçüncü bir kişiye açıklamış) yine haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır.

SONUÇ

Türk hukukunda nelerin iş sırnı sayılacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı'nda, Bilgi Edinme Kanunu'nun bir istisnası olarak ticari sır (banka sırnı, müşteri sırnı) tanımlanmaya çalışılmaktadır. Buna karşın iş sırnını, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde

çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi olarak tanımlamak mümkündür.

Sadakat borcu ve bunun kapsamı içerisinde yer alan işçinin sır saklama borcu, iş ilişkisi içerisinde işçi tarafından öğrenilmiş bulunan sırların korunmasını sağlamaktadır. Söz konusu borca aykırılık, İş K.m.25/II-e gereği sözleşmenin derhal feshi açısından bir sebep olarak öngörülmüştür. Buna karşın iş ilişkisi sonrası söz konusu gizli bilgilerin korunması ile ilgili bugün için Borçlar Kanunu'nda ve İş Kanunu'nda açık ve özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Özellikle İngiliz ve Amerikan hukukunda, iş ilişkisi sonrası iş sırlarının tümü için değil, ticari sır niteliğine sahip olanlar için, ayrı bir sır saklama ve/veya rekabet yasağı sözleşmesi yapılmaksızın, işçinin borcunun iş ilişkisi sonrası da devam ettiği görüşü hakimdir. Yine İsviçre Borçlar Kanunu'nda da işverenin haklı çıkarlarının bulunması ve devam etmesi halinde imalat ve iş sırlarının iş sözleşmesi sonrası da işçi tarafından saklanması gerektiği düzenlenmesi mevcuttur.

Türk hukuku açısından ise, iş ilişkisi sonrası işçinin sır saklama borcu ile ilgili Borçlar Kanunu m. 348 vd.'da düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin kurallar dışında, mevzuatta bazı belirli alanlara ilişkin hükümler hariç (bankacılık sırnı gibi) özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın TTK. m. 56 vd. ile BK. m. 48'de düzenlenen haksız rekabete ilişkin kurallarda da özellikle haksız rekabet anlamına gelecek sır saklamaya yönelik hükümler mevcuttur.

Bu mevcut yapıdan çıkarılabilecek sonuç, iş ilişkisi sonrası işçinin kural olarak sır saklama borcunun da sona erdiği şeklindedir. Bunun aksi tarafların sözleşme ile sır saklamayı yasaklayabilmeleridir. Bu anlamda sırların korunmasının mutlaka BK. m. 348 vd. da düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi ile sağlanması gerekmez. Taraflar sadece sır saklamaya ilişkin bir "sır saklama sözleşmesi" de kararlaştırabilirler. Burada belirtilmesi gereken, bu sır saklama sözleşmesinin işçinin ekonomik faaliyet alanını etkilediği (rekabet yasağı anlamına gelen) durumlarda ancak, BK. m. 348 vd.'da düzen-

lenen sınırlamalara tabi olacağı yolundadır.

Peki eski işçinin mevzuattaki özel hükümler ve tarafların özel kararlaştırma durumları dışında hiç mi sır saklama borcu yoktur?

Eski işçi, işverenine ait sırları açıklama ve kullanma açısından da tamamen özgür değildir.

Bir kere, kanaatimizce yukarıda açıkça izah edildiği gibi iş ilişkisi içerisinde söz konusu olan (sadakat borcu-sır saklama borcu) iş sözleşmesinin sona eriş biçimine bağlı olarak bir süre daha devam edebilir.

Bunun dışında bilakis dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda da eski işçinin sır saklama borcu devam eder. Bu anlamda, iş ilişkisi içerisinde dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde elde edilen sır vasfını taşıyan hususların, iş ilişkisi sonrası açıklanması ve kullanılması hukuka aykırıdır. TTK. m. 57/b.8. bu gibi durumları haksız rekabet olarak tanımlamıştır.

Yine, TTK. m. 56 anlamında söz konusu düzenlemenin şartlarının varlığı halinde eski işçinin işverenine ait sırları iş ilişkisi sonrası açıklaması ve kullanması haksız rekabet durumunu oluşturabilir.

Ayrıca BK. m. 41/2 anlamında, haksız fiilin şartlarının mevcudiyeti halinde iş ilişkisi sonrası sırların saklanmayıp açıklanması da hukuka aykırı bulunmuştur. Örneğin, eski işçinin eski işverenine ait ticari sırları yüksek bir bedelle rakip işverene satması hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyen haksız bir fiildir.

Bunların dışında yeni Borçlar Kanunu Tasarısı ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/a 4 düzenlemesi Türk hukukuna da getirilmektedir. Buradaki düzenleme ile birlikte "İşçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür" (Tasarı m. 400). İsviçre hukukunda da tartışıldığı gibi Türk hukuku açısından da, rekabet yasağı sözleşmesi düzenleyerek sırların korunması imkânı ile sırların işverenin haklı menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda korunması gerektiğine ilişkin Kanun hükmü, çözümü zor bir alan olarak karşımıza çıkacaktır. Burada son söz, doğal olarak mahkemeler tarafından konacaktır.

Tüm bu açıklamalardan çıkarılabilecek sonuç, esas itibariyle tarafların saklanması gereken sırlara yönelik açık bir kararlaştırma yapmalarının en uygun olduğudur. Bu anlamda nelerin sır sayılacağı ve hangi durumlarda söz konusu sırların saklanacağına tarafların açıkça kararlaştırdıkları sözleşmede tesbit edilmesi, uyuşmazlıkların çözümü konusunda yol göstericidir. Bunun dışında, iş ilişkisi sonrası sır saklama borcunun sağlanması, MK. m. 2 anlamında dürüstlük kuralı ile mümkün olabilir. Zira herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak durumundadır. Ayrıca, haksız fiil ve haksız rekabet hükümleri de işverenlerin sırlarını koruma anlamında başvurabilecekleri bir yoldur. Yine, işçilerin ayartılması suretiyle rakip işverenlerin sırlarının elde edilmeye çalışılmasını da bertaraf edebilecek ve koruma sağlayacak kural, İSK. m. 23'te düzenlemiş olan yeni işverenin sorumluluğu müessesesidir.

Sır saklama/rekabetin yasaklanması, işçinin anayasal anlamda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaya yol açmaktadır. Bu arada işveren açısından hayati önem taşıyan sırların da korunması gereklidir. Çatışan iki menfaat arasında hakkaniyetli ve adil bir denge kurmak gereklidir.

Şüphesiz, işverene ilişkin sırların açıklanmasının hukuki ve cezai sonuçları da vardır. Ancak söz konusu hususlar bu makalenin inceleme alanı dışındadır.

DİPNOTLAR

- 1 İş Hukukunda işçinin sır saklama ve rekabet yasağı ile ilgili geniş bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2004, s.1 vd.; UŞAN, M. Fatih, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Mercek, Nisan 2005; SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352), Ankara 1994, s.1 vd.; ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.1 vd.; AKYİĞİT, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C.2, S.6-7, Ocak 1991, s.4 vd. ÖZDEMİR, Erdem, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası, Toprak İşveren, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, İstanbul 2006, s.48-52.
- 2 Bkz. UŞAN, s.29. Alman hukukunda da iş sırrı sayılan hususlar; (i) işverenin işletmesi ile bağlantılı olan (ii) çok sınırlı kişi tarafından bilinen (iii) kamu tarafından bilinmeyen, genele bildirilmemiş olan (iv) işverenin sır olarak saklanmasını istediği (hatta açık bir biçimde deklare edilmemiş bile olsa) -yani işverenin açık veya örtülü olarak sır kalmasını arzu ettiği (v) ve nihayet işveren için haklılığa sahip ekonomik değer taşıyan hususlardır. Bkz. BEIER, Friedrich-Karl, The Protection of Trade Secrets in Germany, A Short Appraisal In View of Japan's New Trade Secret Legislation, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5.4.1992, Wege zum Japan Neen Recht, Berlin

- 1992, s.819; WEISS, Manfred, Employee Loyalty in Germany, *CLL and PJ*, V.20, 1999, s.245.
- 3 Ticari sır konusu ile ilgili bugüne kadar mevzuatta herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Ancak hazırlanmış bulunan Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı m.3'e göre, "Ticari sır, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayatındaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin bilgi, belge, elektronik ortamdaki kayıt ve verilerden oluşur. Ticari sır, bu Kanun ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve sınırlamalara tabi olmak kaydıyla açıklanamaz, kullanılamaz ve verilemez". Bu arada, Tasarı, ticari sır yanında banka sırrı ve müşteri sırrını da tanımlamış ve ticari sırrın bir üst kavram olduğu Tasarının Gereğesinde de ifadesini bulmuştur. Tasarı m.4'e göre, "Banka sırrı, bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verilerinden oluşur. Banka sırrı, bankanın yetkili organları ve görevlileri tarafından, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve sınırlamalara tabi olmak kaydıyla açıklanamaz, kullanılamaz ve verilemez". Tasarı m.5'e göre de, "Müşteri sırrı, ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali sektör alanında faaliyette bulunan aracı kurum ve şirketlerin, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadi, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verilerinden oluşur. Müşteri sırrı, bu sır hakkında bilgi sahibi bulunan birinci fıkrada sayılan gerçek ve tüzel kişiler tarafından ancak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen esaslara göre belirlenmiş sınırlamalara tabi olmak kaydıyla, yetkili kamu kurum, kuruluş ve kurullar ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine açıklanabilir ve verilebilir".
- 4 Ticari sır Amerikan hukukunda 1979 tarihli Uniform Trade Secrets Act (Federal Ticari Sırlar Kanunu) m.4'de tanımlanmıştır. Buna göre ticari sır, "(i) halihazırda veya potansiyel olarak bağımsız bir ekonomik değeri bulunan, genel (herkes) tarafından bilinmeyen, gerçek anlamıyla başkaları tarafından kolaylıkla anlaşılabilen, diğerlerinin açıklandığında veya kullanıldığında ancak ekonomik değerinin öğrenilebildiği, (ii) gizli kalması konusunda makul bir çabaya konu olan, formül, model, derleme, program, icat, teknik veya metottan (usulden-yöntemden) oluşan bilgidir". Bkz. MANELA, Stewart S./PEDOWITZ, Arnold H./MALSBERGER, Brian M., Employee Duty of Loyalty, A State-by-State Survey, Washington DC, 1995, s.23; BENNETT, Mark W./POLDEN, Donald J./RUBIN, Howard J., *Employment Relationships Law & Practice*, (With 2000 Supplement), New York 1998, s.10-34.
- 5 COLEMAN, Allison, *The Legal Protection of Trade Secrets*, London 1992, s.5.
- 6 IDS, (INCOMES DATA SERVICES), *Contract of Employment*, Employment Law Handbook, Series:2, No.15, London 1998, s.102.
- 7 Patentten doğan haklar ve korunması konusunda geniş bilgi için bkz. SARAÇ, Tahir, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Ankara 2003, s.1 vd.
- 8 COLEMAN, s.6; GOLDMAN, Alvin L., *Labor and Employment Law in the United States*, Boston, The Hague, London 1996, s.96.
- 9 COLEMAN, s.5-6; GOLDMAN, s.96; LOCKTON, Deborah, *Employment Law*, London 1994, s.239.
- 10 CÖLLE, R.F./MEINEL, G./TEPASS, M./TIMNER, H., *Federal Republic of Germany, International Handbook on Contracts of Employment I*, edited by Raymond JEFFERS/Tim COX, Labour Law Committee of the Section on Business Law of the International Bar Association, The Hague, London, Boston 2001, s.48.
- 11 DONAY, Süheyl, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978, s.5.
- 12 CHANDLER, Adrien HOLLAND, James, *Information: Protection, Ownership & Rights*, London 1993, s.29.
- 13 TUNCAY, A. Can, *İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.1068.
- 14 Bkz. *Saltman Engineering Co. Ltd. v. Campbell Engineering Co. Ltd.* (1963) (İngiliz) COLEMAN, s.5.
- 15 Bir şeyin sır olduğunu iddia eden gerçek veya tüzel kişinin, neden bu şeyle bir ilgisinin bulunduğunu göstermesi, kanıtlanması gereklidir. Bu menfaat ilişkisi, ekonomik olabileceği gibi, subjektif ve manevi biçimde de olabilir. Bkz. AYTAÇ, Zühtü, *Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, BATİDER, C.X, S.1, Haziran 1979, s.184-185.
- 16 COLEMAN, s.10.
- 17 Aynı görüşte ŞENOCAK, Kemal, *İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK.m.56 vd.) Değerlendirilmesi*, AÜHFĐ., C.30, S.2, 2001, s.238; ayrıca bkz. MCMULLEN, John/FISHER, Jon, *Obligations Which Survive The Termination of The Contract of Employment: Confidentiality, Trade Secrets and Competition*, Butterworth's Employment Guide, General Editor Christopher OSMAN, 3th ed., London, Edinburgh, Dublin 2000, s.103.
- 18 Yargıtay bir olayda, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunun işveren tarafından iş sırlarını ortaya atmak olarak nitelendirmesini kabul etmemiştir. Gerçekten olayda, işçinin iş ilişkisi sona erdikten sonraki dönemde işveren, işçinin şirket sırlarını ihlal ettiğini ileri sürmüş, bunun kanıtı olarak da, davalının işten ayrıldıktan sonra aynı işlerle meşgul olan başka bir şirkete girmesini ve orada çalışmasını delil olarak sunmuştur. Oysa ki, Yargıtay isabetli olarak bunun davacı şirkete ait sırların ortaya atıldığını ve sırların verildiğinin bir delili olamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg.9.HD., 10.12.1992, 5455/13482, kararın incelemesi ve yerindediği hakkında bkz. KUTAL, Metin, *Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s.58-59.
- 19 SOYER, s.57.
- 20 SMITH, I. T./THOMAS, Gareth, *Industrial Law*, 7th ed., London, Edinburgh, Dublin 2000, s.135; MCMULLEN/FISHER, s.103.
- 21 MANELA/PEDOWITZ/MALSBERGER, s.2; MCMULLEN/FISHER, s.103.

- 22 MCMULLEN-FISHER, s.103.
- 23 GRES, Joachim/JUNG, Harald, Handbook of German Employment Law, Germany, Deventer 1983, s.56.
- 24 Yargıtay, işverenin hizmetinde çalışan işçinin çalışma süresi içerisinde edindiği bilgileri yeni çalıştığı şirkette kullanması ve bunlardan yararlanmasının çalışanın kişisel gelişimi ile ilgili olduğu görüşündedir. Konusunu davalı çalışanın, önceki çalıştığı şirkette satış ve pazarlama tekniği ve müşteri portföyü hususundaki bilgilerini aynı işle uğraşan başka bir şirkette çalışmak suretiyle kullanarak haksız rekabette bulunduğu iddia edildiği uyuşmazlıkla ilgili olarak yerel mahkemenin "davalının davacı şirkette hizmet akdine dayalı olarak bölge müdürü sıfatıyla, hizmet verdiği ve dava dışı firmada çalışmaya başladığının açık olduğu, davalının davacının portföyünü, diğer firmalarda kullandığı satış ve pazarlama tekniklerine ilişkin sırları ifşa ettiğinin belirtildiği, bu hususların kanıt yükünün davacı (işveren) üzerinde olduğu BK. 48, TTK. 56, 57, 58. maddelerinin haksız rekabet halini düzenlediği, BK.348. maddesi hükmünün, hizmet akdine ilişkin olarak rekabet yasağını özel olarak düzenlediği, BK. 355. maddesinin, ticari mümessiller ve ticari vekiller, BK. 526 maddesinin adı ortaklıklar bakımından özel düzenlemeler getirdiği, BK. 348. maddesinin hizmet akdi son bulduktan sonra, vuku bulacak rekabet yasağı ile ilgili olup, bu hükmün uygulanabilmesi için, iş sahibi ile işçi arasında bir hizmet akdinin mevcut olması, müşteriyi tanıma ve sırrına nüfuz etme olanağıyla zarar arasında uygun neden sonuç bağı olması gerektiği, davalının hizmet akdi ile çalıştığı, davacı A.Ş.'de bilgi ve birikiminin teknik gelişiminin, yeni çalıştığı A.Ş.'de kullanmasının onun kişisel gelişimi ile ilgili olup rekabet yasağı tahmil etmemesine, aksi görüşün ise, venire contra factum probium kurallarına aykırı düşecek olmasına, davacı yanın iddiasını kanıtlamamasına ve davacı defter ve kayıtları müstakil olarak yardımcı delil teşkil etmeyeceğine göre, davanın reddine" karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır. Bkz. Yarg. 11. HD., 27.4.1998, 1239/2803, CAMCI, Ömer, Haksız Rekabet Davaları -2-, İstanbul 2002, s.198. Printers and Finishers Ltd. v. Holloway (1964) (İngiliz) davasında, mahkeme, bir işyerinde ufak parçalar üzerine baskı yapma usulünü öğrenen işçinin söz konusu usulü açıklamasının önüne geçmek için talep edilen tedbir kararını reddetmiştir. Zira, bir işçinin iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş bulunduğu ufak parçalar üzerine baskı yapma tekniğinin işçinin genel anlamda mesleki bilgi ve tecrübesinden ayırt edilebilmesi mümkün değildir. Bkz. IDS., s.102; SMITH/THOMAS, s.138; NORTH, Peter M., Disclosure of Confidential Information, The Journal of Business Law, 1965, s.315-316; RIDEOUT, Roger/DYSON, Jacqueline, C., Rideout's Principles of Labour Law, 4th ed., London 1983, s.78. Poeton (A.T.) Gloucester Plating v Horton (2000) (İngiliz) davasında, işçi elektrolizle kaplama işinde çalışmaktadır. İş ilişkisi devam ederken işveren ile herhangi bir sır saklama yahut rekabet yasağına ilişkin özel bir düzenleme yapmadıkları gibi, bu konuda da uyarılmamıştır. Bu işyerinde yirmi bir ay çalıştıktan sonra, benzer bir işi yapan firmada aynı statüde çalışmaya başlamıştır. İlk işvereni kendisinin iş sırlarının açıklandığı gerekçesi ile mahkemeye başvurursa da mahkeme, artık bu çalışma ilişkisi içerisinde işçinin öğrendiği hususların işçinin tecrübi bilgisi içerisinde sayılması gerektiğini özel bir düzenleme de olmadığı için herhangi bir sınırlamanın söz konusu olamayacağına karar vermiştir. Bkz. LIST OF CASES/Poeton (A.T.) Gloucester Plating v. Horton 2000, <http://emplaw.indsoc.co.uk/load/data/20001208.htm> (23.1.2002).
- 25 Söz konusu üç tür bilgi, Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler & Ors (1986) (İngiliz) davasında tesbit edilmiştir. Bkz. IDS., s.100-101. Ayrıca bkz. CHANDLER/HOLLAND, s.45; Employment Law and Duties to One's Former Employer, [www.quickmba.com/law/empl/\(2001\)](http://www.quickmba.com/law/empl/(2001)). Bu dava ile ilgili geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. IDS., 100 vd.; CHANDLER/HOLLAND, s.45.
- 26 Brook v. Olyslager OMS (UK) Ltd (1998) (İngiliz) davasında, ... iş ilişkisi sona erdikten sonra sınırlı bir yükümlülük vardır. Onun da kaynağı iyiniyet kurallarıdır. Bu anlamda önemli gizli bilgilerin (ticari sır gibi) iş ilişkisi bittikten sonra korunması mümkün olabilir. Ancak, genel anlamda sır sayılan hususların saklanması, iş ilişkisi süresince devam eder. Onun dışında özel düzenleme varsa elbette ki uygulama alanı bulur. Olayda Brooks'un açıklaması, iş ilişkisi bittikten sonraya yönelik sır saklama borcu için (zımni sözleşme şartı için) çok genel niteliktedir. Dolayısıyla bu anlamda sorumluluğu kabul edilemez. Bkz. LIST OF CASES/Brook v. Olyslager OMS (UK) Ltd 1998, <http://emplaw.indsoc.co.uk/load/data/98Apr216.htm> (23.1.2002).
- 27 Bkz. CHANDLER/HOLLAND, s.45; Employment Law and Duties to One's Former Employer, [www.quickmba.com/law/empl/\(2001\)](http://www.quickmba.com/law/empl/(2001)). Buna karşılık, BREARLEY/BLOCH, işçinin tecrübi bilgilerini kullanmasının sözleşme ile sınırlandırılmayacağı görüşündedir. Bkz. BREARLEY, Kate/BLOCH, Selwyn, Employment Covenants and Confidential Information Law, Practice and Technique, 2nd. ed., London, Dublin, Edinburgh 1999, s.82-83.
- 28 Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler & Ors (1986) (İngiliz) davasında mahkeme, iş ilişkisi sonrası eski işçi tarafından saklanması gereken ticari sırrın tanımlanmasına yönelik kısıtlara da açıklık getirmiştir. Buna göre, korunması ve saklanması gereken ticari sır için; (i) İş ilişkisinin yapısı (niteliği). İşçinin geleneksel olarak yüksek derecede gizlilikle yüklediği bir iş ilişkisi içerisinde istihdam edilmesi ticari sır belirlenmesinde bir faktördür. Buna göre, mesleki konumu içinde birçok gizli bilgi sahibi olan kimse, daha büyük bir gizli tutma yükümlülüğüne tabidir. Zira onun bu bilginin gizli karakterini bilebileceği beklenebilir. (ii) Bizzat bilginin niteliği. Bilgi, ticari sır olarak tanımlanabildiği ölçüde korunabilir. Bu anlamda, kimyasal formül gibi gizli üretim usulü bir ticari sırdır. Dolayısıyla bilginin ticari sır veya ona eşdeğer özel yüksek sır niteliğindeki bilgi olarak nitelendirilebilmesi gerekir. (iii) İşverenin bilginin gizliliği konusunda işçiyi uyarıp uyardığı, bir başka ifadeyle, sır vasfına yönelik bir ikazın yapılmış olup olmadığı. (iv) Bilginin başka bir husus olmaksızın mesleki bilgi ve tecrübelerden soyutlanabilir olup olmadığı. Bir ölçüye kadar bilgi, gizli olmayandan ayrılabilir nitelikte olmalıdır. Yine bu dava karşısında ticari sırrın işçinin sahip olduğu tecrübi bilgisinden ayrılabilir nitelikte olması da aranmıştır. Ticari sırrın diğer bilgilerden kolaylıkla izole edildiği durumlarda ticari sır vardır. Ticari sır ile basit bir mahrem bilgi arasındaki farkı belirlemek oldukça zordur. Bununla birlikte sorgulanması gereken, somut olayda bilginin önemli derecede gizlilik niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Eğer bilgi bu şekilde önemli derecede gizlilik niteliği taşıyorsa, ticari sır olarak nitelendirilebilir. Bkz. BREARLEY/BLOCH, s.86-87; IDS., s.101. Ayrıca bkz. CHANDLER/HOLLAND, s.33.
- 29 Bkz. BENNETT/POLDEN/RUBIN, s.9-18-9-19. American Precision Vibrator Co v. National Air Vibrator Co (1988) (Amerikan-Texas) davasında, mahkeme işçinin iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş bulunduğu ve geliştirdiği genel bilgi, yetenek ve deneyimlerini eski işverene karşı rekabet edici bir biçimde kullanabilirken, iş ilişkisi içerisinde öğrenmiş bulunduğu mahrem bilgileri ve/veya ticari sırları kullanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. BENNETT/POLDEN/RUBIN, s.9-19.

- 30 İşçinin iş ilişkisi bittikten sonra işverene ait ticari sırları açıklaması durumunda, mahkeme kararı ile söz konusu fiil durdurulur. Burada işveren ihtiyati tedbir yoluna da başvurabilir. Yine, işveren uğradığı zararları işçiden talep edebilir. Bkz. MANELA/PEDOWITZ/MALSBERGER, s.27-28. Tazminat miktarı ile ilgili bkz. BENNETT/POLDEN/RUBIN, s.9-2 vd.; MANELA/PEDOWITZ/MALSBERGER, s.34 vd.
- 31 WEISS, s.245.
- 32 Bu Kanunla ilgili genel bilgi için bkz. BÄUMER, Ulrich, Reform of the German Law Against Unfair Competition, 13 German American Law Journal, <http://www.amrecht.com/baumeruwg2004.shtml> (16.2.2006); FINGER, Manuela/SCHMIEDER, Sandra, The New Law Against Unfair Competition: An Assessment, German Law Journal, Vol.06, No.01, 2005, s.202 vd. <http://www.amlaw.us/baumeruwg2004.shtml> (16.2.2006).
- 33 CÖLLE/MEINEL/TEPASS/TIMNER, s.51; BEIER, s.824; WEISS, s.247; WEISS, Manfred, European Employment and Industrial Relations Glossary: Germany, Great Britain 1992, s.94, 344.
- 34 BEIER, s.826; WEISS, s.247.
- 35 BEIER, s.826.
- 36 WEISS, Glossary, s.789.
- 37 CÖLLE/MEINEL/TEPASS/TIMNER, s.44-48; WEISS, s.247; WEISS, Glossary, s.94; WEISS, Manfred/SCHMIDT, Marlene, Labour Law and Industrial Relations, 3 rd. Ed., The Hague, London, Boston 2000, s.120.
- 38 Gerçekten Ticari Sırları ve İşletme Sırlarının İfşası başlığını taşıyan Kanun § 17'e göre, "(1) Kim ki bir şirketin çalışanı olarak, iş ilişkisi çerçevesinde kendisine güvenilen veya öğrenmesine imkân tanınan ticari sırları veya işletme sırlarını iş ilişkisinin devamı süresince yetkisiz (haksız) başka bir kişiye; rekabet avantajı sağlamak, kendine menfaat sağlamak, üçüncü bir kişiye menfaat sağlamak veya şirketin sahibine zarar vermek amacıyla, işfa ederse üç yıla kadar hürriyeti tahdit cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır. (2) Aynı şekilde rekabet amacıyla, üçüncü bir kişiye menfaat sağlamak veya şirketin sahibine zarar vermek amacıyla; 1. Ticari sırları ve işletme sırlarını (a) Teknik araçlar kullanarak, (b) Sırrın vücut bulduğu şeyi üretmek veya (c) Sırrın vücut bulduğu şeyi alarak (çalarak) elde eder veya 2. Bir ticari sır veya işletme sırrını, birinci fıkrada belirtilen şekilde veya ikinci fıkranın birinci bendinde sayılan fiillerden biri aracılığıyla - bu fiil sırrı elde eden tarafından bizzat işlenebileceği gibi onun tarafından üçüncü bir kişiye de iletirilmiş olabilir - veya başka bir şekilde yetkisiz (haksız) elde eder, yetkisiz (haksız) olarak kullanır veya başka bir kişiye verirse, birinci fıkradaki gibi cezalandırılır. (3) Teşebbüs de cezalandırılır. (4) Ağır hallerde ceza beş yıla kadar hürriyeti tahdit veya para cezasıdır. Kural olarak ağır bir halin varlığı; (1) Eğer fail sırrı elde etme veya işfa etme fiilini meslek olarak icra ediyorsa, (2) Fail işfa edilen sırrın ülke dışında kullanılacağını biliyorsa veya (3) Sırrın içeriği olan bilgiyi failin kendisi fıkra iki bent ikiye göre yurt dışında değerlendiriyorsa kabul edilir. (5) Yukarıdaki fiiller ancak şikâyet halinde cezai olarak takip edilir, velev ki cezaî takibatı yapacak makamlar cezaî takibatın yapılmasını takibatın yapılmasında özel kamu menfaati dolayısıyla şikâyet olmadan da yapmayı gerekli görsünler. (6) Bu durumda Ceza Kanunu Madde 5 bent 7 hükmü uygulanır".
- 39 Bkz. ARAKI, Takashi, Legal Issues of Employee Loyalty in Japan, CLL and PJ., Vol.20, 1999, s.273, 275. Japon hukukunda sadakat borcunun orijinal Alman hukukundaki sadakat (bağlılık) yükümlülüğüdür. Bkz. ARAKI, s.268 dn.2.
- 40 Aslında Japon hukukunda, işçiler geleneksel olarak işe girdikleri aynı firmada tüm iş ilişkilerini sürdürmekte ve buradan ayrılmaktadırlar. Dolayısıyla, iş sırlarının korunması da bu geleneksel yapı itibarıyla çok fazla sorun teşkil etmemektedir. Bkz. BEIER, s.826.
- 41 Bkz. ARAKI, s.272-273; OGAWA, Miwako Noncompete Covenants in Japanese Employment Contracts Recent Developments, Hastings International and Comparative Law Review, Vol.22, N.2, Winter 1999, s.352. 1990 tarihli Japon Haksız Rekabeti Önleme Kanunu, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu model alınarak hazırlanmıştır. Bkz. BEIER, s.817.
- 42 İsviçre'de Borçlar Kanunu'na bu hüküm eklenmekle birlikte uygulamada sır saklama borcu ile rekabet yasağı ilişkisi açısından içinden çıkılmaz problemlere yol açmış, dolayısıyla, getirilen düzenlemenin sadece işverene ilişkin kişisel konulara özgülenmesi, işletme ve ticaret sırlarının işe yine rekabet yasağı sözleşmesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. SOYER, s.13 ve dn.44-45. Yine, getirilen bu hükmün açık olmadığı, rekabet yasağı sözleşmesi hükümleri ile karşılabileceği ve özellikle sözleşme sonrası somut olayın özelliklerine göre, bu yükümlülüğün de ortadan kalkabileceği hakkında bkz. BERENSTEIN, Alexandre/MAHON, Pascal, Labour Law and Industrial Relations in Switzerland, The Hague, London, Boston 2000, s.93.
- 43 Bkz. ŞENOCAK, s.235-236 dn.200-204; AKYİĞİT, s.6.
- 44 1.11.2005 t. ve 25983 s.lı RG.
- 45 Bankacılık Kanunu m.73'e göre, "Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklar ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya baskalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışardan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tabidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder. Bu Kanun hükümleri uyarınca Kurumun, yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları çerçevesinde vereceği bilgi ve belgeler birinci fıkradaki sır kapsamında değildir. Kurul düzenleyeceği mutabakat zabıtları veya zabıtlar dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevlidir. Kurumun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davaların görülmesinde kullanılabilir. Kurumun bu fıkra kapsamında elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemez. Mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurum sorumlu tutulamaz. Bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları, bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bankaların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hüküm uygulanır. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder. Kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların destek hizmeti kuruluşları ile aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde bu kuruluşların müşterilerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle yapılacak bilgi ve belge alışverişi ile hizmet temini ve ayrıca kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler

vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi bu hükmün dışındadır". Sırların açıklanması "Sırların açıklanması" başlığını taşıyan m.159'da suç olarak öngörülmüştür. Buna göre, "Bu Kanununun 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır. Yukarıdaki fıkrada belirtilen kişiler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır".

46 Bunun gibi, Sermaye Piyasası Kanunu gereği bağımsız denetim kuruluşları çalışanlarının da iş ilişkisi sonrası sır saklama borçları söz konusudur. Bkz. UŞAN, s.224-225.

47 Akit sona erdikten sonra işçiler, sadece MK. m. 2, TTK. m. 56 ve 57/b.8 ile çizilen sınırlar çerçevesinde rekabetten kaçınma ve sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bunun dışındaki alan ise ancak sözleşme ile korunabilir. Fakat söz konusu sözleşme de, işverenin rekabet piyasasındaki konumunu tekelletirmek amacıyla kullanılamaz. Böyle bir amacın güdülmesi, ekonomik düzenin Anayasa tarafından belirlenen sosyal içeriğine aykırı olur. Bkz. SOYER, s.16. ÖRS'e göre de, "Müstahdem, vekillerin ve yardımcıların hizmet müddetleri sona ermiş olsa dahi işletmeye ait, nüfuz etmiş oldukları sırları muhafaza mükellefiyetleri devam eder. Yalnız, edinmiş oldukları bütün hüner ve tecrübelerden faydalanabilirler. Buna mukabil, iş sahibinin rızası olmaksızın, kendi başına nüfuz eylediği veya gizli tutmak hususunda hususi bir mükellefiyeti akden yüklenmiş olmak şartıyla kendisine emanet edilmiş sırlardan istifade edemezler. Aksi halde sır sahibinin iktisadi şahsiyetini tecavüz etmiş sayılırlar", ÖRS Halil Fahri, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara 1958, s.62.

48 Örneğin işçinin eski işveren yanında uzun zamandan beri bir müşteriyle kurulacak ilişkinin tüm ön hazırlıklarını yapıp sadece şekli birkaç nokta kaldığı sırada işten ayrılarak bu ilişkiyi müşteriyle bizzat kurması veya hizmet akdini sırf sırlardan rekabet amacıyla yararlanabilmek için feshetmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilebilir. Bkz. SOYER, s.15 dn.15.

49 Aynı görüş, TUNCAY, s.1067; AKYİĞİT'e göre, "... acaba, hizmet akdi sonrasına da etkili bir sır saklama yükümü olmadığı da söylenebilir mi? Bize göre, dürüstlük kuralı (MK. md. 2) böyle bir yükümlüğün kabulünü gerektirebilir. Sonra, kişilik haklarının korunması (MK. md. 23-24) ve haksız fiil (BK. md. 41) kuralları akla gelebilir", AKYİĞİT, s.7. Buna karşılık, CENTEL'e göre, "... iş sözleşmesinin sona erişile birlikte, sır saklama yükümlüğünün de sona erdiğini kabul etmek gerekir", CENTEL, Tankut, İş Hukuku I, Bireysel İş Hukuku, 2.B., İstanbul 1994, s.142.

50 ATABEK'e göre, "... işçi işverenin nezdinde mühim bir mevki işteğ etmişse işveren tahrihi bir mukavele tanzim ederek işçinin kendisine rekabet etmemesini temin edebilir, fakat bu vasıtaya müracaat etmemiş olsa dahi işçi mukavele hitam bulduktan sonra işverenin nezdinde çalışarak elde ettiği bilgi ve malumatı istimal edebilirse de işverenin yanında öğrenmiş olduğu usulleri ve işverene ait sırları ifşa ederken ahlak ve hüsnüniyet esaslarından ayrılmamalı ve örfen sabit kaedelere muhalif hareket etmemelidir". ATABEK, Reşat, İş Aktinin Feshi, İstanbul 1938, s.192.

51 Yargıtay bir olayda, davacının yanında çalışmakta iken, daha sonra farklı yıllarda şirketten ayrılarak hep birlikte aradan uzun

bir süre geçtikten sonra kısmen davacının şirketine benzeyen kendi şirketlerini kurmalarını haksız bir davranış olarak nitelendirmemiştir. Gerçekten, "... Böyle olunca, olaya TTK'nun 57/6-7 fıkralarının uygulanma olanağı yoktur. Burada çözümlenmesi gereken husus, yazıhanenin kullanım biçimi ve kullandığı antetli kağıtlardaki benzerlik gibi haksız rekabete esas sayılan işlemlerin TTK 56. ve arkasından gelen maddelerine uygun bir haksız rekabet durumunu ortaya çıkarıp çıkarmadığı ve davalı şirketin kurucuları ile davacı şirket arasında yapılan hizmet sözleşmesinin yazılı olup olmadığı ve koşulları, davalıların ayrılmasından sonra veya benzer işlerle uğraşmalarına engel teşkil edip etmediğinin tesbitinden ibarettir. Bu itibarla 1. Davada, tarafların özellik arzeden işteğ konulan bakımından haksız rekabetin varlığının incelenmesi ihtisası gerektirdiğinden, yetenekli bilirkişiler aracılığı ile rapor alınarak saptanmalı, 2. Bundan başka davacı şirkete karşı hizmet sözleşmesi ile bağlı iken ayrılan davalı, S.A.'nin durumu Borçlar Kanununun işçinin rekabet yasağı ile ilgili 348. ila 351'inci maddeleri açısından ve yine fiilen müdürlük yaptığı iddia edilen davalı Ş'nin durumu yine aynı Yasanın ticari mümessil ve ticaret vekilinin rekabet yasağına ilişkin 455'inci maddesi bakımından ayrı ayrı incelenerek sonucuna uygun karar verilmelidir", Yarg. 11. HD., 1976, 1013/1569, CAMCI, s.199.

52 Aynı görüş, ŞENOCAK, s.236-237.

53 TUNCAY, s.1069.

54 Aynı görüş için bkz. ATABEK, s.192.

55 ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3.B., Ankara 1978, s.157, TUNCAY'a göre, "... (Sır saklama borcu) kural olarak sözleşme süresi ile sınırlıdır. İş ilişkisi sona erdikten sonra bu yükümlülük ortadan kalkar. Ancak bazı durumlarda tamamen ortadan kalkmaz, zayıflamış bir halde devam eder", TUNCAY, s.1069.

56 Brook v. Olyslager OMS (UK) Ltd (1998) (İngiliz) davasında, Peter Brooks, Ekim 1993'te Olyslager adlı şirkete araba motorları ile ilgili bilgi sağlama görevini üstlenmiştir. Sözleşmesi en az 12 aylık olarak kararlaştırılmıştır. Ücret miktarı da 40.000 pounddur. Kasım 1993'te yöneticiliğe atanmıştır. Şirketin işlerinin iyi gitmemesi nedeniyle Şubat 1994'te ücretinde indirim yapılacağı kendisine söylenmiş, O da zımnî feshi nedeniyle (constructive dismissal) sözleşmenin sona erdirilmesi müessesine başvurmamıştır. Ancak Nisan 1994'te sona ermek üzere üç aylık daha ücret verilmesi suretiyle haklarından vazgeçebileceğini belirtmiştir. Şirket bunu kabul etmesine karşılık, ilk ay ücret ödemesinde bulunmuş, ama daha sonraki dönemlerde ücret ödemesini durdurmuştur. Şirket buna gerekçe olarak da Brooks'un şirketten ayrılmasından az bir süre sonra üçüncü kişilere şirketin gizli bilgilerini açıkladığını ileri sürer. Bu açıklamada, şirketin yalnızca bir ay içinde iflas ettiği, tahmini bütçenin Hollandalı ana şirket tarafından optimistik olmadığı nedeniyle inandırıcı bulunmadığı ve şirket genel müdürünün de çok otokratik olduğu ifade edilmiştir. Bunun üzerine Brooks kendisine ödenmeyen 6.600.000 pound ücreti için alacak davası açar. Olyslager, savunmasında Brooks'un sır saklama borcuna aykırı olarak şirket sırlarını açıkladığını ve böylelikle zımnî sözleşme şartını da ihlal ettiğini ileri sürer. Buna karşın Brooks davayı kazanır. Temyiz neticesi de Brooks'un lehine olur. Temyiz Mahkemesi gerekçesini şu hususlara dayandırmıştır: Bir kere işçinin sır saklama borcu kural olarak iş ilişkisi içerisinde devam eder. İş ilişkisi sona erdikten sonra sınırlı bir yükümlülük vardır. Onun da kaynağı iyiniyet kurallarıdır. Bu anlamda önemli gizli bilgilerin (ticari sır gibi) iş ilişkisi bitikten sonra korunması mümkün olabilir. Ancak, genel anlamda sır sayılan hususların saklanması, iş ilişkisi süresince

- devam eder. Onun dışında özel düzenleme varsa elbette ki uygulama alanı bulur. Olayda Brooks'un açıklaması, iş ilişkisi bittikten sonraya yönelik sır saklama borcu için (zımni sözleşme şartı için) çok genel niteliktedir. Dolayısıyla bu anlamda sorumluluğu kabul edilemez. Bkz. LIST OF CASES/Brook v. Olyslager OMS (UK) Ltd 1998, <http://emplaw.indsoc.co.uk/load.data.98apr216.htm> (23.1.2002).
- 57 SOYER, s.16.
- 58 Sır saklamayı sağlayan sözleşmenin BK. m. 348 vd. da belirtilen şartlara tabi olmasını gerektiren durumlarla ilgili olarak, i) Sır saklama yükümlülüğü ne kadar spesifik bir konuya ilişkin ise, işçinin faaliyet imkânının sınırlandırılması tehlikesi de o kadar azdır. ii) Sır saklama yükümlülüğü işçinin faaliyet alanını ne kadar geniş bir biçimde kapsıyorsa, bunun bir rekabet yasağı sayılacağını söylemek de o ölçüde kolaydır. iii) Nihayet sır saklama yükümlülüğünün maddi anlamda bir rekabet yasağı sayılabiliyor sayılamayacağını, bunun süresine bakarak söylemek de mümkün bulunmaktadır. Gerçi burada kesin ve güvenilir bir süre kıstası vermek hiç şüphesiz ki imkân dahilinde değildir. Ancak, yine de denilebilir ki, sır saklama yükümlülüğü ne kadar uzun bir süre devam ederse, işçinin faaliyet özgürlüğüne de o oranda aşırı bir müdahalede bulunulmuş demektir. Bkz. SOYER, s. 16, dn.63.
- 59 Hakikaten, bir işyerinde çalışan kişinin o işyerinde gizli bir formül bulundu diyerek ve yalnızca bu nedene bağlı olarak başka bir işyerinde çalışabilmesinin önüne geçmek doğru olmaz. Eğer söz konusu kimsenin o işyeri ile ilgili gizlilik niteliği taşıyan bilgileri kullanması engellenmek isteniyorsa, özel bir düzenleme yapılarak (sır saklama-rekabet yasağı sözleşmesi) sorun halledilebilir. Yargıtay da bir olayda benzer bir çözüme ulaşmıştır. Gerçekten, "Her iki tarafın eskiden beri dava konusu makinelerin imalatı ile meşgul olmalarına, davalı işçilerinin işine davacının kendisinin son vermiş bulunmasına, davalı Hadî'nin bu işçileri kandırıp kendi yanına aldığı gibi bir iddia ileri sürülmemiş olmasına taraflarca yapılan makinelerin tıpatıp birbirine benzemesine TTK'nun 57/8'inci maddesi gereğince, ancak kötüniyetle elde edilen bilgilerden haksız yere faydalanmanın haksız rekabet oluşturacağı oysa davalı Hadî'nin kötüniyetle hareket ettiğinin ispatlanmamış bulunmasına, davacının poliamid esaslardan 1977'den beri imal ettiği dişliler, yatak başları vs.nin Avrupa'da daha öncelardan beri imal edildiğinin anlaşılmasına göre, davacının karar düzeltme isteğinin reddi gerekir", Yarg. 11. HD., 6.11.1981, 3668/4664. CAMCI, s.197. Amerikan Temyiz Mahkemesi kararına yansımış, Seagate Technology v. International Business Machines Corp. (1992) (Amerikan) davasında da, bir kişinin rakip bir işyerinde çalışmaya başlamasının doğrudan doğruya sırların açıklandığı anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Gerçekten, Peter Bonnyhard fizikçi olup, IBM şirketi adına "disk sürme başlığı" geliştirir. Beş yıl süre ile hizmet gördüğü IBM'den ayrılır ve Seagate Technology Şirketi tarafından işe alınır. Bu firmada adı geçen fizikçinin görevi aynı olup aynı tip ürünü geliştirmektedir. Yeni çalıştığı bu firmada Peter Bonnyhard'ın geliştirdiği ürüne magnetoresistive (MR) adı verilir. IBM, Seagate firması ile fizikçi Peter Bonnyhard aleyhine dava açar. Davalı şirketin davalı fizikçiyi IBM'nin gizli MR Başlık formülünü çalmak üzere, işe aldığını iddia eder. Davacı IBM, herhangi bir delili bulunmamasına karşın, mahkemeye vaki beyan ve talebinde, IBM'nin gizli formülünü açıklamaksızın çalışması ve yararlı olmasının mümkün olmayacağını iddia eder. Yerel mahkeme, adı geçen fizikçinin davalı şirkette faaliyette bulunmasının engellenmesine karar verir. Ancak davalıların temyiz itirazı üzerine Temyiz Mahkemesi, engelleme kararının içeriğinin çok müphem olduğu, davacı IBM Şirketinin, gizli bir formülünün mevcudiyeti ve böyle bir formülün davalılarca kullanıldığına ilişkin delil bulunmadığı nedenleri ile yerel mahkeme kararını iptal etmiştir. Bkz. CAMCI, s.196-197.
- 60 ÖRS'e göre de, "Rakip müessese tarafından işinden çıkarılan personeli veya işine son verilen vekili, kendi işine alan ve bu suretle bunların önce istihdam edilmiş oldukları ticari işletmede edinmiş oldukları bilgi ve maharetlerden faydalanan kimse, hüsniyet kaidelerine mugayir hareket etmiş olmaz", ÖRS, s.62.
- 61 İngiliz hukukunda, mahkemeler, belirli gizli bilgilerin kendine mal edilmesi durumundaki işçi ve işveren arasındaki menfaat çatışmasını kural olarak ilgili işçi lehine çözmüştür. Bu anlamda, işçi iş ilişkisinin devamı süresince öğrenmesi kaçınılmaz olan ve kendilerinin görmezden gelinmesi ondan beklenemeyecek olan bilgileri başkalarına vermeye ve kullanmaya yetkilidir. Zira bu takdirde söz konusu bilgiler işçinin genel bilgi ve yetenek ve tecrübesi arasında sayılmaktadır. Şüphesiz ticari sır niteliğini haiz olanlar bundan istisnadır. Bir de iş ilişkisi içerisinde usulsüz (hukuka aykırı) elde edilen hususların kullanılması da işveren tarafından yasaklanabilir. Bkz. Printers and Finishers Ltd. v. Holloway (1964) (İngiliz), IDS., s.102; SMITH/THOMAS, s.138, NORTH, s.315-316; RIDEOUT/DYSON, s.78.
- 62 Amerikan hukukunda da, işçi, genel bilgi yetenekleri ve müşteriler ile ve diğer işçilerle iş ilişkisi içerisinde kazanmış olduğu ilişkiler ve münasebetler çerçevesinde iş ilişkisi devam ederken rekabet teşkil eden faaliyetlerde bulunamazken, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra söz konusu yeteneklerini, bilgisini ve kazanmış olduğu ilişkilerini kullanarak işverene rakip bir faaliyette bulunabilir. Bkz. MANFLA/PEDOWITZ/MALSBERGER s.13.
- 63 CAMCI, s.106.
- 64 EKONOMİ'ye göre, "Bir işyerinde çalışan işçinin işverene ait mesleki ve ticari sırları öğrenme ve müşterilerini tanımak olanağı karşısında, ona karşı rekabete girme sorununu da yaratabilir. İşçi sadakat borcu dolayısıyla hizmet akdi devam ettiği sürece böyle bir davranışta bulunamaz. Ancak işçi herhangi bir sebeple işyerinden ayrıldıktan sonra rekabete girişebileceği için, bu durumda sorun daha çok önem kazanmaktadır. Bunu önlemek için işveren hizmet akdi yapıldığı sırada işçinin akdin bitiminden sonra rekabet yapmayacağını taahhüt eden bir hükmün hizmet akdine konulmasını isteyebilir veya işçi ile bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapabilir", EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.129. Ayrıca bkz. BREARLEY/BLOCH, s.1.
- 65 Öğretide haksız rekabetten söz edebilmek için kişiler arasında rekabet ilişkisinin söz konusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Buna karşın hakim kanaat, böyle bir rekabet ilişkisinin gerekmediği yolundadır. Bkz. ŞENOCAK, s.209 ve dn.68-83'de yer alan yazarlar. ŞENOCAK'a göre, "... haksız rekabet eyleminin faili ile mağduru arasında Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin uygulanması açısından rekabet ilişkisinin varlığını aramak, kanun koyucunun tüketicici koruma amacıyla çizdiği gibi, bu amacın açıkça ifadesini bulduğu 58'inci maddeye aykırı, onu hiçe sayan bir yorum olur.", ŞENOCAK, s.210.
- 66 Ayrıca bkz., TUNCAY, s.1070; ERTAŞ, s.56.
- 67 TUNCAY, s.1070.
- 68 TUNCAY, s.1070; ERTAŞ, s.56.
- 69 Bkz. IDS., s.102; SMITH/THOMAS, s.138.
- 70 BREARLEY/BLOCH, s.290.

- 71 Roger Bullivant Ltd v Ellis davasında (1987) (İngiliz), bkz. GOULDING, Paul, Springboard Injunctions in Employment Law, *ILJ.*, Vol.24, June 1995, s.152 vd.; MAXWELL, Patricia, Disclosure of Confidential Information by Ex-Employee, *BLR.*, August-September 1988, s.191; JULYAN, Alan, Service Agreement, 6th ed., London 1990, s.135; BREARLEY/BLOCH, s.293-295.
- 72 Universal Thermosensors Ltd v. Hiben (1992) (İngiliz), BREARLEY/BLOCH, s.295-296.
- 73 Bkz. Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) (1960) (İngiliz), BREARLEY/BLOCH, s.290.
- 74 Bkz. BREARLEY/BLOCH, s.290 vd.
- 75 JULYAN, s.135; BREARLEY/BLOCH, s.82.
- 76 BREARLEY/BLOCH, s.290.
- 77 IDS., s.99; JULYAN, s.135; IDS., s.110; BREARLEY/BLOCH, s.82; CHANDLER/HOLLAND, s.34; RIDEOUT/DYSON, s.77.
- 78 Springboard doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. GOULDING, s.153 vd.
- 79 BREARLEY/BLOCH, s.82.
- 80 Örneğin Roger Bullivant kararında davacının birçok çalışanı rakip bir firma kurmuşlar, onun müşteri dosyasını kopyalamışlar ve bunu iş ilişkisi sona erdikten sonra kullanmışlardır. Temyiz Mahkemesi, bu kopya edilmiş dosyada yer alan bütün müşteri isimlerinin kullanılmasını yasaklamıştır. Çünkü davacının mülkiyetini kasten veya bilinçli olarak kendisine mal eden kimsenin şu durumda şikâyetlenme hakkı yoktur. Kanun onun usulüne uygun davranması halinde yapmaya yetkili olduğu ile usulsüz davranışı arasında bir ayırım yapmak durumundadır. Karara göre, Roger Bullivant Ltd v Ellis davasında (1987) (İngiliz), Ellis 1980 yılında uzman mühendis olarak göreve başlar. 1984 yılında yönetici statüsüne yükseltilir. Kasım 1984'ten itibaren de Bullivant'a ait ticari ve teknik gizli bilgileri kendi yararına kullanma konusunda plan yapar. 7 Ocak 1985'te işyerinden istifa edeceğini bildirir ve 20 Şubat'ta da işyerinden ayrılır. Bununla birlikte, yanında önemli nitelikteki bilgilerden oluşan belgeleri (ki içerisinde Bullivant'ın müşterilerinin adres ve isimlerinin yer aldığı kart indeksini) de beraberinde götürür. Nisan 1985'te mahkemeye başvurur. Hakim yargılama sonuna kadar yahut bu konuda yeni bir karar verilmeye kadar iki tane ihtiyati tedbir kararı verir. Birincisi ticari sırların kullanımının önüne geçmeye yöneliktir. İkinci springboard injunction ise, kart indeksinde yer alan kişilerle hiçbir şekilde bağlantıya ve sözleşmesel bir ilişkiye girmemeye yöneliktir. Böylelikle verilen kararlar davalının haksız bir avantaj sağlayarak yargılama süreci içerisinde işverene ait bilgileri kullanmasının önüne geçilmiştir. Bkz. GOULDING, s.152 vd.; MAXWELL, s.191; JULYAN, s.135; BREARLEY/BLOCH, s.293-295. Yine eski işçinin teknik belgeleri kopyaladığı ve yanında götürdüğü PSM. International plc v. White House (1992) (İngiliz) kararında da Temyiz Mahkemesi aynı yönde karar vermiştir. Bkz. BREARLEY/BLOCH, s.297.
- 81 GOLDMAN, s.96; BENNETT/POLDEN RUBIN, s.9-17, dn.66.
- 82 BEIER, s.826-827; CÖLLE/MEINEL/TEPASS/TIMNER, s.44-48.
- 83 ARAKI, s.269.
- 84 Bkz. ŞENOCAK, s.236.
- 85 Bir tacirin rakibinin muvafakati veya müsaadesi olmaksızın onun dışarıya kapalı olan sahasına nüfuz etmesi, mektuplarını, kapalı vesikalara kulak misafiri olması, gizliden gizliye bir şeyler öğrenmesi, fotoğraflar çıkartması, aynen taklitlerini alması, resmini yaptırması veya kopya çıkartması eylemleri rakibin sırlarının

iyiniyet kurallarına aykırı olarak ihlalini oluşturur. Bkz. ÖRS, s.45; CAMCI, s.96. ERDOĞAN'a göre, "İşçinin sadakat borcunun gereği olarak, kendisine mesleki ve işletme sırlarını saklamak, borcu da yüklenmiştir. Buna aykırı davranış, TTK. 57. m.'si icabı haksız rekabet sayılmakta ve İş K.'nın 17. m.'si gereği işverene bildirmsiz fesih hakkını vermektedir", ERDOĞAN, İhsan, İşçinin Özen Borcu, GÜİBFD., C.1, S.1-2, 1985, s.135-136.

- 86 Haksız rekabet, niteliği itibarıyla bir haksız fiildir. Bkz. DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 1988, s.199.
- 87 "... Taraflar tacir olmadığı gibi davada haksız fiile dayanarak açılmıştır. Davacı ... ayrıca (eylemin) haksız rekabet durumu meydana getirdiğini de... ileri sürmüştür.... TTK. 56-65 maddeleri tacirler arasındaki haksız rekabete uygulanacaktır. Tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabete de BK'nun 48. maddesi uygulanacaktır. Bu şekilde, haksız rekabet ile ticari olmayan haksız rekabet açık şekilde birbirinden ayrılmıştır. Ticari haksız rekabetin tacirler arasında söz konusu olabileceği aşikardır. TTK. 4. maddesi de her iki taraf için ticari iş sayılan davalının ticari dava olabileceğini belirtmiştir". Yarg.11.HD., 15.5.1989, 2889/2929, YKD., C.16, S.1, Ocak 1990, s. 64-65.
- 88 ŞENOCAK'a göre de, "Bu hükmün uygulanması için, haksız yere yararlanılan veya başkalarına yayılan üretim ve ticari sırların dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde elde edilmesi" şarttır. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmeyen ticari veya işletme sırlarından faydalanma, bu bent kapsamında değerlendirilemez. Bir başka deyişle bu hükümde, bir sırrın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde araştırılması yasaklanmamıştır". ŞENOCAK, s.233.
- 89 "Her iki tarafın eskiden beri dava konusu makinelerin imalatı ile meşgul olmalarına, davalı işçilerinin işine davacının kendisinin son vermiş bulunmasına, davalı Hadi'nin bu işçileri kandırıp kendi yanına aldığı gibi bir iddia ileri sürülmemiş olmasına taraflarca yapılan makinelerin tıpatıp birbirine benzesine TTK'nun 57/8'inci maddesi gereğince, ancak kötünüyetle elde edilen bilgilerden haksız yere faydalanmanın haksız rekabet oluşturacağı oysa davalı Hadi'nin kötünüyetle hareket ettiğinin isbatlanmamış bulunmasına, davacının poliamid esası raylarından 1977'den beri imal ettiği dişliler, yatak başları vs.nin Avrupa'da daha öncelerden beri imal edildiğinin anlaşılmasına göre, davacının karar düzeltme isteğinin reddi gerekir", Yarg.11.HD., 6.11.1981, 3668/4664, CAMCI, s.197.
- 90 TUNCOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku, C.1, 2.B., İstanbul 1975, s.228; ÖRS, s.63; ŞENOCAK, s.233. ÖRS'e göre, "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak elde etmiş olduğu veya öğrendiği, imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanan veya onları başkalarına yayan kimse Türk Ticaret Kanunu gereğince haksız rekabet hareketini ika etmiş olur. Üçüncü bir şahsın başkasının sırrını elde etmesi ve bunu istismar etmek suretiyle bir diğer şahsa devretmesi halinde de hüküm böyledir. Sırrı bu suretle elde etmiş olan kimsenin hüsnüniyet kaidelerini doğrudan doğruya ihlal etmiş olmaması da neticeye müessir değildir. Böyle bir hareketin haksız rekabet sayılması için sır sahibinin rakibi olması ve sırrın başkasına ait olduğunu bilmesi kafidir", ÖRS, s.63.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasası, Kamu-İş, C.2, S.6-7, Ocak 1991.
- ARAKI, Takashi, Legal Issues of Employee Loyalty in Japan, *CLL and PJ.*, Vol.20, 1999.

- ATABEK, Reşat, İş Aktinin Feshi, İstanbul 1938.
- AYTAÇ, Zühtü, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, BATİDER, C.X, S.1, Haziran 1979.
- BÄUMER, Ulrich, Reform of the German Law Against Unfair Competition, 13 German American Law Journal, <http://www.amrecht.com/baumeruwg2004.shtml> (16.2.2006).
- BEIER, Friedrich-Karl, The Protection of Trade Secrets in Germany, A Short Appraisal In View of Japan's New Trade Secret Legislation, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5.4.1992, Wege zum Japan Ncen Recht, Berlin 1992.
- BENNETT, Mark W./POLDEN, Donald J./RUBIN, Howard J., Employment Relationships Law & Practice, (With 2000 Supplement), New York 1998.
- BERENSTEIN, Alexandre/MAHON, Pascal, Labour Law and Industrial Relations in Switzerland, The Hague, London, Boston 2000.
- BREARLEY, Kate/BLOCH, Selwyn, Employment Covenants and Confidential Information Law, Practice and Technique, 2nd ed., London, Dublin, Edinburgh 1999.
- CAMCI, Ömer, Haksız Rekabet Davaları -2-, İstanbul 2002.
- CENTEL, Tankut, İş Hukuku I, Bireysel İş Hukuku, 2.B., İstanbul 1994.
- CHANDLER, Adrien HOLLAND, James, Information: Protection, Ownership & Rights, London 1993.
- COLEMAN, Allison, The Legal Protection of Trade Secrets, London 1992.
- CÖLLE, R.F./MEINEL, G./TEPASS, M./TIMNER, H., Federal Republic of Germany, International Handbook on Contracts of Employment I, edited by Raymond JEFFERS/Tim COX, Labour Law Committee of the Section on Business Law of the International Bar Association, The Hague, London, Boston 2001.
- DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 1988.
- DONAY, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984.
- ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3.B., Ankara 1978.
- FINGER, Manuela/SCHMIEDER, Sandra, The New Law Against Unfair Competition: An Assessment, German Law Journal, Vol.06, No.01, 2005, <http://www.amlaw.us/baumeruwg2004.shtml> (16.2.2006).
- GOLDMAN, Alvin L., Labor and Employment Law in the United States, Boston, The Hague, London 1996.
- GOULDING, Paul, Springboard Injunctions in Employment Law, ILJ., Vol.24, June 1995.
- GRES, Joachim/JUNG, Harald, Handbook of German Employment Law, Germany, Deventer 1983.
- IDS. (INCOMES DATA SERVICES), Contract of Employment, Employment Law Handbook, Series.2, No.15, London 1998.
- JULYAN, Alan, Service Agreement, 6th ed., London 1990.
- KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994.
- LOCKTON, Deborah, Employment Law, London 1994.
- MANELA, Stewart S./PEDOWITZ, Arnold H./MALSBERGER, Brian M., Employee Duty of Loyalty, A State-by-State Survey, Washington DC, 1995.
- MAXWELL, Patricia, Disclosure of Confidential Information by Ex-Employee, Business Law Review, August-September 1988.
- MCMULLEN, John/FISHER, Jon, Obligations Which Survive The Termination of The Contract of Employment: Confidentiality, Trade Secrets and Competition, Butterworth's Employment Guide, General Editor Christopher OSMAN, 3th ed., London, Edinburgh, Dublin 2000.
- NORTH, Peter M., Disclosure of Confidential Information, The Journal of Business Law, 1965.
- OGAWA, Miwako Noncompete Covenants in Japanese Employment Contracts Recent Developments, Hastings International and Comparative Law Review, Vol.22, N.2, Winter 1999.
- ÖRS Halil Fahri, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara 1958.
- ÖZDEMİR, Erdem, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası, Toprak İşveren, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, İstanbul 2006.
- RIDEOUT, Roger/DYSON, Jacqueline, C., Rideout's Principles of Labour Law, 4th ed., London 1983.
- SARAÇ, Tahir, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.
- SMITH, I. T./THOMAS, Gareth, Industrial Law, 7th ed., London, Edinburgh, Dublin 2000.
- SOYER, M. Polat, Rekabet Yasası Sözleşmesi (BK. m.348-352), Ankara 1994.
- ŞENOCAK, Kemal, İşletme Personelinin Ayarlanması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK.m.56 vd.) Değerlendirilmesi, AÜHFD., C.30, S.2, 2001.
- TUNCAY, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku, C.1, 2.B., İstanbul 1975.
- UŞAN, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasası), Ankara 2004.
- UŞAN, M. Fatih, Rekabet Yasası Sözleşmesi, Mercek, Nisan 2005. (Rekabet Yasası)
- WEISS, Manfred, Employee Loyalty in Germany, CLL and PJ., V.20, 1999.
- WEISS, Manfred, European Employment and Industrial Relations Glossary: Germany, Great Britain 1992. (Glossary)
- WEISS, Manfred/SCHMIDT, Marlene, Labour Law and Industrial Relations, 3rd. Ed., The Hague, London, Boston 2000.

Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesi tüm diğer borç ilişkileri gibi, taraflardan birinin tek yanlı irade beyanı ile sona erdirilebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde süreli fesih (feshi ihbar), hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde haklı nedenle fesih kurumu: bünyesinde kendiliğinden sona erme özelliğini taşımayan, zaman içerisinde süregiden sözleşme ilişkisinin tek tarafı olarak sona erdirilebilmesi olanağını sağlarlar. Bu noktada fesih kural olarak bütün sürekli sözleşme ilişkilerinde, sözleşmelerin aksine anlaşma ile giderilemez yetkileri olarak kabul edilir¹. Genel olarak borçlar hukukunun felsefesi içerisinde süreli fesih herhangi bir nedenin varlığını gerektirmeyip, taraf iradesine bırakılmıştır. Haklı nedenle fesih ise, bireyin iradesinin yanı sıra "haklı neden" olgusunu gerektirir. Haklı nedenle fesih yetkisi, bütün sürekli borç ilişkilerinde, yasaca öngörülmemiş olsa bile varsayılmalıdır².

Süreli fesih yetkisinin herhangi bir nedene dayanılmaksızın kullanılabilmesi imkânı, özellikle taraflardan birinin korunması gereğinin bulunduğu hukuki ilişkilerde yasal düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Kira sözleşmesi gibi, iş sözleşmesinin feshi de bu noktada genel kural karşısında ayrık düzenlemelere konu olmuştur. İş sözleşmesinin işve-

ren tarafından süreli feshi için geçerli nedenlerin aranması, işin ve işçinin korunması gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim son yirmi-yirmibeş yılda yaşanan gelişim sonucu işyerinin ve işsizlerin korunması düşüncesi ile fesih sınırlamaları sorgulanmakta ise de, bugün için işverenin fesih hakkını ancak bir nedene bağlı olarak kullanması gereği, yine iş hukukunun çekirdek unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Süreli fesih için neden öngörülmesi ile beliren sorun; geçerli nedenlerin saptanması ve haklı neden ile ayrımın ortaya konulmasıdır. Hemen her hukuk sistemi için geçerli olan ayrım güclüğü, önce 4773 ve daha sonra 4857 sayılı Yasa ile iş güvencesi sisteminin kabulü sonucu Türk hukukunda da yaşanmaktadır. Anılan durum yargı kararlarına da yansımaktadır. Bu incelemede; her iki tür fesih nedenleri arasındaki ayrım temel esasları ile belirlenmeye ve Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin kararları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Süreli Fesih-Haklı Fesih Ayrımının Temeli

Süreli fesih ve haklı fesih kurumlarının temel ilişki noktası; aynı zamanda aranan nedenler ve bu nedenlerin niteliği bakımından önem taşımaktadır.

Sürelî fesih; belirsiz sürelî iş sözleşmesinde tarafların sözleşme ile bağlılıklarının kişisel özgürlüğe aykırılık oluşturacağı düşüncesine dayanır. Bu görüşe göre; hukukî ilişkinin taraflarından her biri er geç bir gün borçlarından kurtulabilmelidir.

Haklı nedenle fesih ise; ifayı bozan, sözleşmeye aykırılık oluşturan, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkması ile sözleşmeye devamın beklenmez hale gelmesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle; haklı nedenle feshe imkân veren olgular taraflar arasındaki kişisel ilişkiyi çökerten, bir taraftan sözleşmeye devamı beklemenin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturduğu durumlardır⁴.

Haklı nedenle feshin özünde; dürüstlük kuralı ve beklenmezlik esasının yer alması⁵, aynı zamanda her iki fesih türünün farklı prosedüre tabi tutulmasını beraberinde getirmektedir. Sürelî fesih kural olarak bir neden aranmadığından, karşı tara-

fesih nedenleri dört başlık altında düzenlenmiş ve fesih nedenleri ayrıntılı olarak sayılmıştır. Sayım I, II ve IV. bentler bakımından sınırlı ve bağlayıcı içeriğe sahipken, maddenin II. bendinde "ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" konusunda bir sınırlama öngörülmemiştir. Nitekim, "...benzerleri" ifadesi ile belirtilen hallerin sınırlı olmadığı, benzeri hallerin de haklı fesih nedeni oluşturabileceği ortaya konulmuştur⁶. Esasen "ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık halleri" dürüstlük kuralları çerçevesinde her olay bakımından değerlendirmeyi gerektirir ve yapısı gereği tek tek saymak mümkün değildir. Yasanın düzenlemesi de bu görüşün yansımasıdır.

Karşılaştırmalı hukukta fesih nedenlerinin tespiti farklı yöntemler kabul edilmektedir. Bunlardan ilki; tıpkı 25. maddede olduğu gibi, nedenlerin Yasada ayrıntıları ile kazuistik olarak sayılması, ikincisi ise genel bir haklı fesih kavramı ile yetinil-

Haklı nedenle fesih, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkması ile sözleşmeye devamın beklenmez hale gelmesi söz konusudur.

fın korunması gereği ön plana çıkar. Bu koruma sözleşmenin aniden, sürpriz şekilde sona ermesine karşı bildirim sürelerinin tanınması ile gerçekleşir. Sürelî fesih için neden aranması durumunda da, işçinin ani feshine karşı korunmadaki menfaati değişmez. Haklı nedenle fesih ise, ortaya çıkan olgu o denli ağırdır ki, artık bununla karşılaşan taraftan bildirim süreleri zarfında sözleşmeye devamı beklenemeyecektir. Dolayısıyla haklı nedenle fesih maruz kalanın, fesheden karşısında bildirim süreleri bakımından korunmaya değer baskın bir çıkarı bulunmamaktadır.

Haklı nedenlerin normal borç ilişkisi çerçevesinde öngörülmemen ve ilişkiyi adeta çekilmez kılan niteliği, haklı nedenle feshin aynı zamanda "olağanüstü fesih", sürelî feshin ise "olağan fesih" olarak nitelendirilmesine neden olmuştur.

1. 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Ayrımın Ortaya Konulması

a. Haklı Nedenlerin Yasada Kazuistik Olarak Sayılmasının Ayrımda Ölçüt Oluşturması

İş Kanunu'nun 25. maddesinde haklı nedenle

mesidir. İlki İspanyol hukukunda, ikincisi ise Alman hukukunda görülmektedir. Fransız hukukunda ise, haklı fesih yasada kavram olarak yer almakla birlikte, fesih nedeninin niteliği dikkate alınarak bildirim süresi verilmeksizin ve tazminatsız feshine ilişkin düzenleme, haklı nedenle feshi karşılamaktadır. Bu bağlamda, bu sistemde de Alman hukukundaki gibi sınırlı sayımın söz konusu olmadığı görülmektedir. Kuşkusuz aradaki başlıca fark; haklı nedenlerin yasada kazuistik olarak sayıldığı sistemlerin hakim in takdir yetkisini sınırlamış olmasıdır. Bilindiği gibi; MK. mad. 4 "Kanunun haklı sebebe" yollama yaptığı hallerde hakime takdir yetkisi tanıdığı ve hükmünü hak ve nisfete göre vermesini emretmiştir. Haklı fesih nedeninin tayininde hakim in takdir yetkisi, fesih nedenlerinin çok çeşitli ve her borç ilişkisi, her somut olay bakımından değişik olabileceği, dolayısıyla Yasada ayrıntılı olarak sayılabilmesinin güçlüğü nedeniyle kaynaklarıdır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeplerin içeriği hakkında genel bir tanım yapılmamış, çeşitli borç ilişkileri bakımından özel düzenlemelere yer veril-

miştir. Sayım esasına dayanmayan ve genel bir tanım vermeyen sistem bakımından amaç, katı bir hüküm koymaktan kaçınılarak, hakime olaydan olaya geçişecek, olayı çevreleyen bütün şartları, taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate alarak karar verme olanağının tanınmasıdır. Bu ise, hakim takdir yetkisi çerçevesinde gerçekleşir". Hakim her olay, her bir borç ilişkisinin niteliği ve özellikleri bakımından haklı fesih nedeninin oluşup oluşmadığı konusunda hak ve nısfet esasları çerçevesinde değerlendirme yaparak hüküm verecektir.

İş Kanunu çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede belirleyici ilk husus; Borçlar Kanunu'nun genel sistematüğinden, Alman ve Fransız hukukundan farklı olarak İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih nedenlerinin kazuistik olarak sayılmış olmasıdır. Bu durumun en önemli sonucu ise; haklı nedenler konusunda çoğu kez hakimin takdir yetkisine yer bırakılmamış olmasıdır.

Haklı feshe imkân veren olguların açıkça tüm yönleri ile tespit olduğu noktada; hakimin görevi ve yetkisi bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ile sınırlıdır.

İşK. mad. 25 hükmü kural olarak hakimin takdir yetkisini doğrudan dışlamaz, ancak olguların herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak tarzda haklı neden olarak tanımlandığı hallerde bu yetkinin kullanımına olanak tanımaz. Haklı feshe imkân veren olguların açıkça tüm yönleri ile tespit olduğu noktada; hakimin görevi ve yetkisi bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ile sınırlıdır. Olgunun varlığı durumunda hakim, ayrıca somut ilişki bakımından anılan durumun sözleşmeyi haklı nedenle fesih için yeterli görülüp görülmeceği konusunda bir değerlendirmeye girmeyecektir. İşK. mad. 25/II bu açıdan ele alındığında; "işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması" (25/II-c), "işçinin işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi" (25/II-f), "işçinin, işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" "...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" (25/II-ı) takdir yetkisine yer bırakmayan tipik hallerdir. Anılan durumlarda hakim; cinsel tacizin bulunup bulunmadığını, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlenip işlenmediğini, işyerine ait makine veya eşyalarda ortaya çıkan zararın miktarını dikkate alarak, bunun tespiti ile feshin haklı olup olmadığı konusunda karar verecektir. Yine devamsızlık olgusu bakımından, salt devamsızlığın "haklı bir sebebe" dayanıp dayanmadığı noktasında "haklı sebep" bakımından takdir yetkisine sahiptir. Devamsızlığın haklı nedene dayanmadığı hallerde ise, hakimin olayın diğer şartlarını dikkate alarak mevcut fesih işlemini haksız fesih olarak nitelendirmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, 25/II'de açıkça tüm yönleri ile kapsamlı olarak düzenlenen fesih ne-

denleri bakımından, artık işçinin önceki davranışları, kıdemli, yası vs. unsurlar çerçevesinde bir menfaat değerlendirmesi mümkün olmayıp, olguların varlığı işverence gerçekleştirilen feshin haklı fesih niteliğini taşıması için yeterli olacaktır. Dolayısıyla hakim, kıdemli bir işçinin veya o güne kadar çok başarılı işçinin iki günlük devamsızlığının haklı fesih yerine, geçerli fesih nedeni oluşturduğu yolunda bir takdir yetkisi de kullanamayacaktır.

Oysa genel bir haklı fesih kavramına yer veren hukuk sistemlerinde haklı fesih nedeninin varlığı bakımından beklenmezlik, çekilmezlik ölçüt olarak kullanılmaktadır. Beklenmezlik ölçütü MK. mad. 2'den doğar, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde, bildirimli feshinde ve haklı-geçerli fesih ayırımında, yani her üç halde de işleve sahiptir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere; olguların, somut olayın koşulları çerçevesinde karşılıklı çıkarların dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesini mümkün kılar. Nitekim, Alman hukuku bakımından örnek verecek olursak; hakim önüne gelen uyuşmazlıkta önce haklı neden oluşturabilecek bir

olgunun mevcut olup olmadığını değerlendirir. Haklı neden niteliğinde bir olgu mevcutsa bu takdirde somut ilişki bakımından koşulları dikkate alarak bu olgunun feshi haklı kılıp kılmayacağını tespit eder. Bu bağlamda, kazuistik sayım ve tüm yönleri ile olguların belirlenmiş olması bir yandan hakime kolaylık sağlamakta, hukuki güveni beraberinde getirmekte iken, diğer yandan somut olayın koşullarının değerlendirilmesine imkân vermemek noktasında katı olarak değerlendirilebilir.

Haklı fesih nedenlerinin Yasada kazuistik olarak belirlenmiş olması karşısında; Türk hukuku bakımından, haklı-geçerli fesih nedenleri ayrımındaki ilk ölçütün haklı nedenle feshe ilişkin 25. maddede olduğu söylenmelidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, olguların herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit olduğu hallerde ortaya çıkan olgu bakımından nitelendirme sorunu bulunmamaktadır. Zira, artık hakimin olguların sabit ol-

fesih nedeni olarak kabulünün isabetli olmadığı söylenebilir. Bu ayrı bir tartışma konusudur.

İŞK. mad. 25/II'de yer alan fesih nedenlerinin ortak özellikleri; sözleşmeden doğan borca, sadakat yükümüne aykırı, güven ilişkisini zedeleyen ve genelde kusura dayanan olgulardır⁷. Bu noktada özellikle İŞK. mad. 18'de yer alan işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni ile paralellik ortaya çıkmaktadır ki, ayırım zorluğunun yoğunlaştığı çekirdek alanın sınırları da bu yolla belirlenmektedir⁸. Zira, davranışlardan kaynaklanan geçerli fesih nedenleri çoğu kez borca aykırılık niteliğinde, genelde kusura dayanan ve işyeri düzenini bozan nedenlerdir. Alman hukukunda da; davranışa bağlı nedenler kapsamında akla, sözleşmenin feshi için BGB § 626 anlamında haklı neden⁹ ifade etmeye "uygun olan" nedenlerin geldiği bunların aynı zamanda KSchG § 1 II 1 anlamında davranışa bağlı neden oluşturduğu ifade edilmekte-

Hakimin olguların sabit olduğu durumda haklı fesih hakkının doğmadığı veya haklı fesih yerine geçerli fesih hakkının doğduğu yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

duğu durumda haklı fesih hakkının doğmadığı veya haklı fesih yerine geçerli fesih hakkının doğduğu yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitelendirme sorunu; Kanunda genel kavram olarak yer verilmiş (sataşma gibi), yorumu gerektiren dolayısıyla hakimin takdir yetkisini kullanabilmesine imkân tanıyan haller ve II. bentte atıf yapılan "benzeri haller" bakımından söz konusu olabilecektir.

b. Ayrımda Sorunlu Alan: Davranışlardan Kaynaklanan Fesih ile Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

İŞK. mad. 25 hükmü incelendiğinde I. bentte sayılan sağlık sebeplerinin mutlak ve köşeli ifadelerle sınırlarının tespit olduğu, III. ve IV. bentlerinde herhangi bir duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta düzenlemeler oluşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda her üç bent bakımından haklı-geçerli neden ayrımı ve tartışması söz konusu olmayacaktır. Kuşkusuz mevcut düzenleme olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir. Karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında bazı hallerin haklı

durumda haklı fesih hakkının doğmadığı veya haklı fesih yerine geçerli fesih hakkının doğduğu yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitelendirme sorunu; Kanunda genel kavram olarak yer verilmiş (sataşma gibi), yorumu gerektiren dolayısıyla hakimin takdir yetkisini kullanabilmesine imkân tanıyan haller ve II. bentte atıf yapılan "benzeri haller" bakımından söz konusu olabilecektir.

Bu hukuk sisteminde davranıştan kaynaklanan nedenlerin genel olarak sözleşmeye aykırılık hallerini ifade ettiği kabul edilmektedir. Kuşkusuz vurgulanmak istenen şekli olarak olguların özdeş olabilmesidir. İçerik veya somut ilişki bakımından ortaya çıkan özellikler ise ayrımı ortaya koymaktadır.

Türk hukuku bakımından Yasanın gerekçesinde davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenleri kapsamında verilen örnekler konuyu çarpıcı şekilde ortaya koymaktadır. Yasanın gerekçesinde "işçinin işini uyarılara rağmen, eksik, kötü ve yetersiz olarak ifası" geçerli fesih nedeni olarak belirtilmişken, İŞK. mad. 25/II-h'de işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" haklı fesih nedeni sayılmıştır. Bu bağlamda: somut olayda işin kötü ifası bir haklı fesih nedeni mi, yoksa geçerli fesih nedeni mi oluşturacaktır?

Yine gerekçede sık sık işe geç gelmek geçerli fesih nedeni olarak sayılırken; bu aynı zamanda haklı fesih nedeni olarak da değerlendirilebilir. Ni-

tekim, Yargıtay'ın 1475 sayılı Yasa döneminde verdiği bir kararda işveren tarafından çeşitli kereler ihtarda bulunulmasına rağmen işçinin işe geç gelmesi, haklı fesih nedeni kabul edilmiştir¹¹.

Gerekçede; işçinin arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması geçerli fesih nedeni olarak belirtilmişken, bu durum somut olay çerçevesinde sadakat borcuna aykırılık olarak nitelendirilmeye ve haklı fesih nedeni oluşturmaya da elverişlidir. Aynı olasılık; işçinin amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmesi halinde de söz konusudur. Kuşkusuz örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği gibi; ayrım sorunu salt Türk hukukuna özgü olmayıp hemen her hukuk sisteminde aynı yaşanmaktadır. Türk hukuku bakımından ayrımın önemi her iki fesih türüne bağlanan hukuki sonuçlar arasındaki ciddi farklılıktadır. Çoğu hukuk sisteminde kıdem tazminatı kurumu mevcut olmadığından veya en azından Türk hukuku karşısında oldukça düşük miktarlarda bulunduğu hukuki sonuç bildirim sürelerinin tanınip tanınmayacağı noktasında önem taşımaktadır. Oysa Türk hukukunda bildirim süreleri veya uyulmaması durumunda ihbar tazminatının yanı sıra, kıdem tazminatı ve işçinin işsizlik sigortasından yararlanması fesih nedeninin ve dolayısıyla feshin nitelendirilmesine bağlıdır.

2. Karşılaştırmalı Hukukta

Benimsenen Ölçüt: Beklenmezlik

Haklı nedenle fesih hakkının yasada, salt bir tanım olarak düzenlendiği Alman hukukunda BGB § 626'ya göre: "Hizmet ilişkisi, somut olayın tüm koşulları ve her iki tarafın çıkarlarının değerlendirilmesi sonucu fesheden taraftan fesih önelinin sonuna kadar veya kararlaştırılan sürenin bitimine kadar ilişkiye devam etmesini beklenemez kılan olguların varlığı halinde, önemli (haklı) nedenle bildirim süresine uyulmaksızın sona erdirilebilir". Görüldüğü gibi, bu hukuk sisteminde haklı fesih nedenleri ayrıntılı, kazuistik olarak sayılmamıştır¹². Madde hükmü hakime yollama yapan, düzenleyici bir kloz niteliğindedir¹³. Dolayısıyla haklı-geçerli fesih nedenleri bakımından yapılacak bir değerlendirme hakimnin yetkisindedir. Ayrım mahkeme kararları ile gerçekleşmektedir. Haklı nedenle feshi imkân veren hüküm daima bir çıkar değerlendirmesini gerektirir¹⁴.

Yasal düzenlemeden nitelendirme bakımından ayrıca şu sonuçlar çıkarılmaktadır: Haklı fesih hakkı istisnai, süreli fesih hakkı ise önceliklidir. Haklı fesih hakkında derhal sona erdirmeye zorunluluğu söz konusudur ki, bu durum özel bir yoğunlukta güven veya sözleşme ilişkisinin zedelenmesinden kaynaklanır. Haklı fesih nedenleri öncelikle sözleşmesel yükümlerin ağır şekilde ihlali niteliğini taşırlar. Ancak ihlal geleceğe yönelik ve olumsuz olarak iş ilişkisini zedelediği takdirde, haklı nedenle fesih nedeni oluşturur. Zira, fesih bir ceza niteliğini taşımaz¹⁵.

Tipik olgular çerçevesinde, bu hukuk sisteminde çoğu kez aynı nedenlerin hem haklı hem de geçerli fesih nedenleri altında değerlendirilebildiği görülmektedir. Kısaca mahkeme kararları ile ortaya çıkan örnekler bakıldığında; işçinin işe sık sık geç gelmesi kural olarak bir geçerli fesih nedeni oluşturur. Ancak uyarılara rağmen bu durumun sürdürülmesi artık bir haklı fesih nedeni oluşturacaktır. İşçinin iş görme edimini kusurlu olarak yerine getirmekten kaçınması kural olarak bir davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenidir. Kaçınmanın ısrarlı bir biçimde ortaya konması, yani bilinçli ve sürekli olması haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Bu noktada işverenin talimat yetkisi çerçevesinde verilen talimata bir kere aykırılık değil, yoğun bir şekilde iradenin ortaya konması aranmaktadır. Önceki uyarı bu konuda yeterlidir. Uyarıya rağmen işin ifasından kaçınma veya talimatlara aykırılık haklı fesih nedeni oluşturur. İşçinin kendiliğinden izne çıkması, izin süresini uzatması ise, haklı fesih nedeni niteliğindedir. İşçinin işverene ve amirlerine karşı ağır olarak nitelenebilecek aşağılayıcı, taciz edici davranışları haklı fesih nedeni oluşturmakla birlikte, bu davranışların daha hafif ölçüde ortaya çıktığı veya diğer işçilere yöneldiği hallerde -işletme barışını bozması koşuluyla- davranıştan kaynaklanan fesih nedeni de oluşturabilir. İşçinin işyeri telefonu ve interneti izinsiz olarak özel işler için kullanımı kural olarak geçerli fesih nedeni oluştururken, önceden uyarının bulunması ve çalışma saatlerinin bu yolla harcanması durumunda haklı fesih nedeni olarak değerlendirmeye de imkân verebilmektedir. İşçinin işveren tarafından verilen temsil yetkisini aşması her iki fesih türü altında değerlendirilebilir. Özellikle bu durumun tekrarlanması, işçinin yetkiyi keyfi kullanması haklı fesih nedeni oluşturur. Cinsel taciz yine

kimi hallerde süreli fesih, kimi hallerde ise haklı fesih nedeni niteliğindedir¹⁶. Nihayet, hastalık kural olarak haklı fesih nedeni olmamakla birlikte, iyileşmeyen, uzun süreli hastalık istisnai olarak haklı fesih nedeni olacaktır¹⁷.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda kimi hallerde hem haklı, hem de geçerli neden oluşturabilen durumlar bakımından ayırt edici kriter; "beklenmezlik"tir. Fesih nedeninin değerlendirilmesinde; öncelikle ileri sürülen nedenin bir haklı fesih nedeni oluşturup oluşturmadığı, ardından kapsamlı bir çıkar değerlendirilmesi gerçekleştirilir. Somut olayın koşulları çerçevesinde ve taraf çıkarlarını dikkate alarak yapılacak bir değerlendirmede, ortaya çıkan olgu artık işverenden bildirim süresince iş sözleşmesinin devamını beklenemez kılıyorsa, haklı fesih nedeninin varlığı kabul edilmelidir.

Türk Hukuku bakımından ayırımın önemi, her iki fesih türüne bağlanan hukuki sonuçlar arasındaki ciddi farklılıktadır.

Yapılacak çıkar değerlendirmesinde sözleşme ilişkisi ile bağlantılı tüm koşullar dikkate alınmalıdır. Buna; sözleşme ihlalinin ağırlığı ve yoğunluğu, kusurun derecesi, bir kereye mahsus veya tekrarlanan nitelikte oluşu, özel bir güven ilişkisinin kötüye kullanılması, iş ilişkisinin süresi ve bildirim süresinin uzunluğu dahildir¹⁸. Bildirim süresi ne kadar kısa ise sözleşmenin süreli fesihle sona erdirilmesi de o ölçüde beklenir durumdadır.

Süreli fesih olduğu gibi, haklı nedenle fesih hakkının da ölçülülük (verhaeltnismassigkeit) ve feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio) çerçevesinde kullanılması gereği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işçinin farklı koşullarla çalıştırılması, ihtar¹⁹, süreli fesih imkânı daha yumuşak vasıtalar oluşturur²⁰. Bu bağlamda, mutlak olarak geçerli veya haklı fesih nedenlerinden söz edilememektedir²¹.

Haklı fesih nedenleri ayrıntılı olarak sayılmayan Fransız hukukunda, iş sözleşmesinin feshi için ciddi ve gerçek bir nedenin bulunması aranmaktadır. Ancak fesih için bildirim sürelerine uyulması gerekip gerekmediği işçinin davranışlarının ciddi kusur (faute grave) ağırlığına ulaşıp ulaşmadığına bağlıdır. "Ciddi kusur"dan ne anlaşılması gerektiği yasa da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında genel olarak kabul edilen bir

tanım geliştirilmiştir. Buna göre; işçinin iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık oluşturan ve bildirim süreleri içerisinde iş ilişkisinin devamını beklenmez kılan davranışları bildirim sürelerine uyulmaksızın ve tazminatsız fesih hakkı verir. Görüldüğü gibi ayırım bakımından Alman hukukuna paralel olarak beklenmezlik kriteri kabul edilmektedir. Hakim somut olayın koşullarını dikkate alarak bir haklı fesih nedeninin bulunup bulunmadığını belirler. Dikkate alınması gereken kriterler arasında; işçinin kıdem, yaşı, mesleki nitelikleri, şimdiye kadarki işletme düzenine uyan veya aykırılık oluşturan davranışları, işletmedeki konumu ve işçinin davranışının diğer işçiler veya üçüncü kişiler karşısında ortaya çıkardığı olası riskler bulunur. Özellikle, işletmedeki kidemin uzunluğu ve önceki çalışma süresinin ba-

şarılı olması münferit durumda aykırılığın ağırlığının tespitinde olumlu yönde etkide bulunur. Belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme belirli davranış biçimlerinin yapısı gereği kusurlu neden oluşturduğunu kararları ile ortaya koymuşsa da, uygulamada somut meselede bir ciddi nedenin mi, yoksa ciddi kusura dayanan bir nedenin mi (faute grave) bulunduğu tespitini güçlük arz etmektedir²².

Alman ve Fransız hukuk sistemlerinden farklı olarak haklı fesih nedenlerine yasa da kazuistik olarak yer verilen İspanyol hukukunda ise, yine işçinin ağır ve kusurlu olarak iş sözleşmesine aykırılık halleri haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Bunlar iş edimine, işyeri ve iş disiplinine, sadakat yükümüne aykırılık başlıkları altında toplanmaktadır²³. Yasa da sayılan somut nedenlerin özelliği aykırılığın kusurlu olması yanında ağır olmasını gerektirdiğinden, esasen ölçütün yukarıda incelenen diğer hukuk sistemlerinden fazla bir farklılık göstermediği söylenebilecektir.

III. Ayırmda Kriter Olarak Beklenmezlik ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

İşK. mad. 25/II'de herhangi bir değerlendirmeye, hakimin takdir yetkisine imkân bırakmayacak

tarzda düzenlenmiş fesih nedenleri dışında kalan ve aynı zamanda davranıştan kaynaklanan fesih nedenleri ile paralellik gösteren hallerde fesih nedeninin niteliğinin tespiti mahkeme kararı ile gerçekleşecektir. Bu konuda, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin yanı sıra birçok hukuk sisteminde benimsenen²⁴ ve genel olarak borçlar hukukuna tabi tüm sözleşme ilişkileri için uygulanabilirliğe sahip "beklenmezlik" kriteri Türk iş hukukunda da kriter oluşturacaktır²⁵. Yabancı hukuk sistemlerinde beklenmezlik kriteri "bildirim süresi içerisinde işçinin çalıştırılmaya devamının beklenip beklenemeyeceği" çerçevesinde şekillenmektedir. Kuşkusuz, anılan ifade sadece bir formül niteliği taşımaktadır. Sorun, işçinin bildirim süresi içinde işyerinde fiili olarak istihdam edilebilirliğinin değerlendirilmesi değildir. Zira, bu anlayış ihbar tazminatı verilerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesi imkânı karşısında güçlülüğünü yitirir, savunulamaz hale gelir. Burada kastedilen, ilişkinin çekilmez hale geldiği, dürüstlük kuralları çerçevesinde işverenden ilişkiye devamı katlanılmaz, beklenmez kılan, güven ilişkisinin çöktüğü veya sarsıldığı²⁶ durumlarda hukuki ilişkiyi derhal sona erdirmeye gereğinin belirmesidir. Dolayısıyla beklenmezlik değerlendirmesinde somut olayın koşulları belirleyicidir.

Somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede; öncelikle işçinin borca aykırılık oluşturan davranışının ağırlığı dikkate alınmalıdır. Haklı fesih hakkının hukuki sonuçları bakımından süreli fesih karşısında istisna niteliğini taşıması, aynı zamanda fesih nedeni olgunun da ağır olmasını gerektirir. Bunun yanı sıra işçinin kusur derecesi, zararın türü ve yüksekliği, işyeri düzeni ve işyeri barışını, taraflar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde etkilediği veya etkileyebileceği dikkate alınmalıdır²⁷. Dolayısıyla; ilk planda davranışın özellikleri ve somut iş ilişkisine etkisi belirleyicidir.

İkinci olarak, somut olayda işçinin özel konumundan kaynaklanan durumların dikkate alınıp alınmayacağı tartışılabilir. Örneğin davranışın tekrarlanmış olup olmadığı, işçinin daha önce uyarılıp uyarılmadığı, genel tutum ve davranışları gibi. Kanımca, ayırımda dürüstlük kuralından kaynaklanan beklenmezlik kriterinin benimsenmesi, hakimin takdir yetkisinin kullanılması, somut mesele adaletin sağlanması bakımından benzeri durumların dikkate alınmasına imkân vermektedir. Ancak,

kuşkusuz bu noktada iş ilişkisinin kişisel niteliği, iş ilişkisinin diğer sözleşme ilişkilerinden farklı olarak işyeri, işletme, iş ortamı unsurları ile işçi - işveren arasında güven ve barış ortamını gerektirdiği dikkate alınmalı ve bu unsurların değerlendirmede oldukça dikkatli kullanılmasına önem verilmelidir. Taraflar arasındaki ilişkinin devamını beklenmez, çekilmez kılan, güven ilişkisini çökerten, ilişkinin devamını adeta tahammül edilmez kılan ağırlıkta bir davranışın varlığı durumunda, işçinin önceki tutum ve davranışları son derece takdire değer olsa da, fesih için haklı neden niteliğinde kabul edilmelidir. Ağır kusurun ve beklenmezliğin açık olduğu fiziksel sataşmalarda olduğu gibi (25/II d). Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi hırsızlığı haklı fesih nedeni sayarak bu durumda işçinin kişisel nitelikleri, kıdemi ve hatta zararın miktarının önem taşımadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; işçinin işyerinden izinsiz olarak üç tane kivi alması, üç tane mektup zarfını evine götürmesi haklı fesih nedeni oluşturur²⁸. Sonuç olarak, olgunun niteliği bu yönde bir değerlendirmeyi açıkça dışlamadığı sürece; işçinin davranışının daha önce tekrarlanmış olup olmadığı, daha önce uyarılıp uyarılmadığı, kıdemi, önceki tutum ve davranışları, işyerindeki görevi kural olarak yapılacak değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Uyuşmazlığa konu olayın koşulları çerçevesinde yapılacak değerlendirme hakimin takdir yetkisine dayanır. Somut olayın koşullarını dikkate alan bu değerlendirme objektif, feshedenin fesih nedeni olarak ortaya çıkan olgu karşısındaki duygusal veya tepkisel tutumundan arınmış bir değerlendirmeyi gerektirir. Objektif değerlendirme sonucu fesih nedeni oluşturan davranış, dürüstlük kuralları gereğince bildirim süreleri boyunca iş ilişkisinin devamını beklenmez kılacak ağırlıkta kabul edilebiliyorsa, haklı fesih nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir.

Ancak, mad. 25/II'de olguların açıkça tüm yönleri ile belirlendiği hallerde -tıpkı devamsızlıkta olduğu gibi- maddi olgu bakımından değerlendirme yapılabileceği, beklenmezlik değerlendirmesinin yapılamayacağı, zira bu noktada haklı nedenin varlığı yönünde bir varsayımın yasa koyucu tarafından öngörülmüş olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. İşK. mad. 18'in gerekçesinde de; bu madde bakımından geçerli nedenlerin 25. maddede belir-

tilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüşünü etkileyen haller olduğu, özellikle İşK. mad. 25'de yer alan haklı fesih olgusunu, geçerli fesih için aranan sebeplerden ayırma ve aradaki farkların ortaya konulmasının yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacağı belirtilmiştir.

Bu açıdan örneklendirecek olursak, işçinin sık sık işe geç kalmasının mutlak bir geçerli fesih nedeni olarak kabulü mümkün değildir³⁹. İşçinin uyarılara rağmen, kusurlu şekilde işe geç gelmesi haklı fesih nedeni de oluşturabilecektir. Kuşkusuz bu noktada hakimin takdir yetkisi devreye girebilecektir. Kıdemli ve o güne kadar iş görme borcunu düzenli olarak yerine getiren bir işçinin devamsızlık oluşturmayan hastalığı nedeniyle belirli bir dönem işe geç kalması ya da belediye otobüs seferlerindeki geçici aksama nedeniyle devamsızlık kimisi durumda geçerli fesih nedeni oluşturabilecekken, saat kurmayı unutması, gece geç saatte uyu-

Doktrinde, ayırım sorununa değinilerek 25. maddede yapılacak düzenleme ile bu konuda somut ölçütlerin getirilmesi ve nedenler arasındaki farklılıkların belirgin hale getirilmesi gerektiği⁴⁰, mevcut düzenlemenin 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırılık oluşturduğu savunulmaktadır⁴¹.

Öncelikle, yukarıda örnek olarak verdiğimiz hukuk sistemleri dikkate alındığında esasen yasal düzenleme ile bu yönde bir ayırım yapılmasının, 25/II bakımından kesin sınırların çizilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Zira, MK. mad.2'de temelini bulan beklenmezlik, bu yönde bir sınıflandırmaya ve mutlak ayırma imkân vermemektedir. Her olayın somut şartları belirleyicidir⁴².

158 sayılı Sözleşme ile uyum bakımından değerlendirme yapıldığında 25/II'nin genel yapı ve temel teşkil eden düşünce itibarıyla 158 sayılı Sözleşme'yle paralel olduğu söylenebilir. Bildirim süresine ilişkin 11. madde hükmüne göre; "hizmet

Sorun, fesih nedenlerinin Yasada açıkça düzenlenmesi değil, iş güvencesinin kabul edildiği sistemde kıdem tazminatının yeniden ele alınması gereğidir.

ması gibi özensiz, ihmali ve hatta kasti olarak geç kalmanın geçerli fesih nedeni olduğu söylenemeyecektir. Bu durumda bir haklı fesih nedeninin bulunduğu kolaylıkla kabul edilebilecektir.

İşçinin işverene sataşması yine değerlendirmeyi gerektirir. Sataşma kuşkusuz fiziki olabileceği gibi, sözlü de olabilir. Dolayısıyla, somut olayın koşulları çerçevesinde işçinin işyerindeki tartışmalarının, geçimsizliklerinin ortaya çıkardığı sonuçlar haklı fesih veya geçerli fesih nedeni olarak nitelendirilebilmesini mümkün kılacaktır. Bu bağlamda; gerekcede yer alan "amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça tartışmaya girmek" yine mutlak bir geçerli fesih nedeni olarak benimsenemez. İşyeri, iş akışı veya şirket politikası ile ilgili olarak eleştiri, görüş ayrılıkları kural olarak işyeri düzeni içerisinde olağan olarak karşılanabilir. Ancak, tüm bunların dışında iş akışını, işyeri ortamını, beraber çalışmayı olanaksız kılan durumlarda, tartışmanın boyutu haklı feshede de imkân verebilecektir.

ilişkinine son verilecek işçi, ciddi bir hizmet kusuru yani işverenin kendisini bildirim süresi zarfında çalıştırmaya devam etmesini istemenin makul sayılamayacağı türden bir hizmet kusuru atfedilmedikçe, makul bir bildirim süresine veya onun yerine bir tazminata hak kazanacaktır". Bir anlamda beklenmezlik kriterini dikkate alan düzenleme ciddi hizmet kusurunu öngörmektedir. 25/II bakımından yapılacak bir değerlendirmede anılan nedenlerin kusura dayandığı ve aynı zamanda bu kusurun ağır kusur niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Nitekim, işçinin sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında işvereni yanıltması, şeref ve namusa dokunan sözler sarfetmesi, cinsel taciz, sataşma, güvenin kötüye kullanılması, hırsızlık, suç işleme, görevlerin hatırlatıldığı halde yapılmaması, istek veya savsama ile işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi hallerinde ağır kusurun varlığı kabul edilmelidir. İşçinin haklı bir neden olmaksızın devamsızlığı (25/II-g) halinin ağır kusur koşulu karşısında yerindeliği tartışılabilir. Burada da bizzat haklı

nedenin takdiri noktasında hakimın takdir yetkisinin varlığının, kusur bakımından değerlendirme imkânı verdiği söylenebilir. 25/II kapsamında yer alan tüm nedenlerin "hizmet kusuru" oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. Ancak sadakat borcuna aykırılık oluşturan hallerin doğrudan görülen hizmet ile bağlantısı olsun veya olmasın haklı fesih nedeni oluşturması gerektiği, bu noktada geçerli nedenin kabul edilemeyeceği açıktır.

Türk hukuku bakımından geçerli nedene bağlı feshin işçiye kıdem tazminatı talep hakkı sağlama-sı ve bu bağlamda geçerli-haklı fesih ayrımının 25. maddenin kapsamının daraltılarak yeniden düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır³³. Bu görüş doğrultusunda; istifa ettiği zaman kıdem tazminatı alamayacak işçi, kasti olarak işe geç gelmek suretiyle iş sözleşmesinin işverence feshine yol açarak kıdem tazminatı talep edebilecektir. Bu noktada eleştiriye katılmamak mümkün değildir. Ancak, sorun fesih nedenlerinin yasada açıkça düzenlenme-

neklere mutlak geçerlilik tanımak da isabetli olmayacaktır. Zira, Alman hukukundan örnekler alınırken bunların aynı zamanda bizzat bu hukuk sisteminde somut olay çerçevesinde haklı neden oluşturabileceği gözden kaçırılmamaktadır.

Haklı fesih nedenleri bakımından Yasanın benimsemiş olduğu kazuistik yöntem değerlendirildiğinde sistemin hukuki açıklık, hukuk güvenliği noktalarında önem taşıdığı ve yararlı olduğu söylenebilir. Sistem, en azından Yasada açıkça belirtilen durumlar bakımından tartışmayı önlemektedir. Haklı fesih bakımından genel ifadelere yer veren bir yapıda, niteleme ve ayırım sorunu daha belirgin olabilecektir. Bununla birlikte, bazı nedenlerin özellikle hakimın somut olayın koşullarını dikkate alan bir takdir yetkisi kullanımına imkân bırakmayacak tarzda sayılmış olması, belli ölçüde katı bir yapıyı da beraberinde getirmektedir. Bu durumun ortaya çıkarabileceği sakınca, esasen olayların büyük çoğunluğunda haklı nedenin varlığı yönünde

Haklı fesih bakımından genel ifadelere yer veren bir yapıda, niteleme ve ayırım sorunu daha belirgin olabilecektir.

si değil, iş güvencesinin kabul edildiği sistemde kıdem tazminatının yeniden ele alınması gereğidir. Geçerli fesihte kıdem tazminatı talep hakkı öngörüldüğü sürece, nedenler bakımından yapılacak düzenleme farklı bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. Geçerli fesih nedenlerinin işçinin kusuruna dayanması durumunda kıdem tazminatı hakkının doğumu, bunun yerindeliliği ayrı konudur.

Sonuç olarak, güven ilişkisini ağır surette zedeleyen hırsızlık, rekabet oluşturacak davranışlar, amirlere ve işverene hakaret veya bir başka işçiye cinsel taciz ya da diğer işçilere sözlü veya fiili saldırı gibi açıkça haklı neden oluşturan durumlar dışında, haklı ve geçerli fesih nedenlerinin benzeşmesi ve hatta örtüşmesinin doğal ve her hukuk sisteminde kabul edilen esaslar olduğu belirtilmelidir.

Varılan bu sonucun önemli bir sonucu; gerek gerekcede, gerekse mahkeme kararları ve doktrinde geçerli neden olarak belirtilen durumların birer örnek oluşturduğu, ancak hiçbir şekilde her olay bakımından mutlak kabul edilmemeleri gerektiğidir. Dolayısıyla; Alman hukukundan nakledilen ör-

mahkeme kararlarının oluşmasıdır. Oysa, Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararlarında görüldüğü gibi, içtihatlar tam aksi yönde gerçekleşmiş, haklı neden olarak nitelenebilecek birçok durumda Yüksek Mahkeme geçerli nedenin varlığına hükmetmiştir. Öte yandan II. bentte sayılan nedenler yabancı hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında nedenlerin ağırlıklı olarak paralellik arzettiği söylenmelidir.

Sağlık nedenleri bakımından konu ele alındığında; genelde yabancı hukuk sistemleri ile farklılığın bu noktada yaşandığı, kusura dayanmayan hastalığın işyerinde olumsuzluğa sebebiyet vermesinin yabancı sistemlerde kural olarak geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiği, ancak istisnai durumlarda hastalık nedeniyle haklı feshine başvurulabileceği görülmektedir. Nitekim, doktrinde de İşK. 25/I-b de yer alan askı süresinden sonra haklı nedenle feshine imkân veren düzenlemenin isabetli olmadığı savunulmaktadır³⁴. Sağlık nedenleri ile yapılan fesihte işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı dikkate alındığında Türk hukuku bakımın-

dan sorun, bildirim süresinin tanınmamasıdır. Kuşkusuz bu noktada bir değişiklik gereği tartışmaya açıktır.

IV. Haklı-Geçerli Fesih Ayrımı ve Yargıtay Kararları

İş güvencesi sisteminin kabulünden sonra Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları değerlendirildiğinde dikkati çeken husus; haklı fesih nedeni olarak nitelenebilecek birçok durumda Yüksek Mahkeme'nin geçerli fesih nedeninin bulunduğu hükmetmesidir. Kararlar incelendiğinde bazı karar metinlerinde "feshin geçerli nedene dayandığı" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu noktada tereddüt yaratan husus; bu ifadenin genel anlamda feshin geçerli olduğunun belirtilmesi için mi kullanıldığı, yoksa İşK. mad. 18 anlamında geçerli neden içeren bir fesih işleminin mi bulunduğu? Zira, işçi tarafından İşK. mad. 20 uyarınca açılan davada talep "feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti ve işe iade" dir. Yüksek Mahkeme talep karşısında feshin geçerliliği ve talebin reddine ilişkin olarak mı geçerli fesih nedeninden söz etmektedir? Belirtmek gerekir ki, kararlardan bu hususun anlaşılması mümkün değildir.

Gerçekte haklı neden bulunmakla birlikte, feshin geçerli nedene dayandığı yönünde oluşturulacak kararlar bakımından çıkacak sonuç önemlidir. Zira, kararda varılan "geçerli nedenle fesih" olduğu yolundaki hüküm daha sonra açılan ihbar ve kıdem tazminatı davasında "kesin hükmün kesin delil etkisi" çerçevesinde feshin niteliğinin tartışılmasına imkân tanımayacaktır⁵⁵. Dolayısıyla, "geçerli fesih" veya "geçerli nedene dayanan fesih" olarak hükmün oluşturulduğu hallerde işçi ihbar ve kıdem tazminatı talep edebileceği gibi, işsizlik sigortasından da yararlanacaktır. Bu noktada, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında ayrımın açıkça ortaya konulması gerekliliği açıktır.

Yargıtay'a göre; işçinin işten çıkarılan taşeron işçilerini desteklemek amacıyla iş saatinin bitiminde işyerinden ayrılmayarak iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması ve işyerinde huzursuzluk çıkarması, üretimin engellenmemesi nedeni ile haklı fesih nedeni oluşturmamakla birlikte, geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır⁵⁶. Karara konu olayda değerlendirilmesi gereken husus, işçilerin davranışlarının İşK. mad. 18 anlamından işçinin davranı-

şından kaynaklanan bir geçerli sebep mi? Yoksa İşK. mad. 25/II anlamında güvenin kötüye kullanılması veya sadakat borcuna aykırılık niteliğinde bir haklı fesih nedeni mi oluşturmaktadır? Karara konu olayın özellikleri bilinmemekle birlikte, Yüksek Mahkeme'nin bizzat işyerinde "huzursuzluk çıkarma" ve "iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırtma" olgularını tespit ettiği dikkate alındığında, bu davranışların haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁵⁷. Nitekim, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen, sadakat borcuna aykırı davranışların haklı fesih nedeni oluşturmasında üretimin engellenip engellenmemesi başlıbaşına önem taşımayacaktır.

Yargıtay'ın yine benzer bir olaya ilişkin olarak verdiği kararda; işverenin bazı işçileri işten çıkarması üzerine, davacı işçinin de aralarında bulunduğu yaklaşık 40 işçinin işten çıkarılanları ve kendisinin de işten çıkarılıp çıkarılmadığını öğrenmek üzere işverenin açıklama yapması için mesai saatinin bitiminden saat 20.20'ye kadar yemekhane de toplanması nedeniyle yapılan feshin "geçerli nedene dayandığı"na hükmedilmiştir⁵⁸. Kararda işyerinin normal yürüyüşünün aksadığı ve bu davranışın işyerinde olumsuzluklara yol açtığı belirtilmiştir.

Yargıtay'a göre; eğitim vermekle yükümlü olan davacının, birden çok kez uyarıldığı halde seminer tarihinden iki gün önce rapor alması, önceden haber vermemesi, durumdan seminerin yapılması gereken gün geçtikten sonra işvereni bilgilendirmesi, savunma vermemesi "davranıştan kaynaklanan geçerli sebeptir"⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, tüm ayrıntıları ile olay incelendiğinde davacı işçinin seminer vermek istemediği, bu konuda iradesini açıkça ortaya koyduğu, defalarca kendisine durumun hatırlatılıp, gün seçiminin kendi ihtiyarına bırakıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, işçinin davranışının İşK. mad. 25/II -h uyarınca haklı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁰.

Yüksek Mahkeme işyerinde satış elemanı olarak çalışan davacı işçinin işyerinin amiri olan satış müdürüne "sen benim çocuğum yaşındasın, bana müdürlük mü yapıyorsun" sözlerini sarf ettiği elini müdüre doğru salladığı, ancak isabet ettiremediği için darp eylemini gerçekleştirmediğini tespit ettikten sonra bunu geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir⁶¹. Olayın ayrıntıları bilinmemekle birlikte, amirin tahrik niteliğinde davranışları bulunmadığı

takdirde, işçinin davranışı İşK. mad. 25/II d kapsamında "işçinin...işverenin başka işçisine sataşması" olarak nitelendirilebilir.

Yargıtay'ın bir diğer kararında güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin işyerini terk edip personel odasında televizyon seyretmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı belirtilmiştir¹². Yine, benzer bir olayda gece vardiyasında kanapede uyurken yakalanan koruma görevlisinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli fesih oluşturduğuna karar verilmiştir¹³. Oysa her iki olayda borca aykırılık söz konusu olup, bu aykırılık davacı işçilerin yapmakla yükümlü oldukları iş dikkate alındığında ağır niteliktedir. Kuşkusuz, somut olayın özellikleri çerçevesinde; aynı durumun tekrarlanmış olup olmadığı, işçinin daha önceki tutum ve davranışları, kıdemi dikkate alınabilir ve beklenmezlik kriteri çerçevesinde yapılacak değerlendirmede bildirim süresi içerisinde işçinin işyerinde çalışmaya devamının işverenden beklenip beklenemeyeceği değerlendirilir. Ancak, işyeri güvenliğinin söz konusu olduğu olayda, varılacak sonuç kural olarak bir haklı fesih nedeninin varlığı olmalıdır. Meğer ki, somut olayın özellikleri istisnai bir değerlendirmeyi haklı kılsın.

Bir başka kararda işçinin işyerine ait bilgisayarı kullanarak çalışma saatleri içinde aynı yerde çalışan başka bir hanım arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli fesih nedenine dayalı olduğu kabul edilmiştir¹⁴. Belirtmek gerekir ki olayın koşulları, işçinin davranışının İşK. mad. 25/II-c uyarınca "işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması" veya 25/II-d uyarınca "...işverenin başka işçisine sataşması" kapsamında değerlendirilmesine de imkân verebilmektedir. Kuşkusuz öncelikle davranışın ağırlığı, davranışa maruz kalan işçiye ve işyerindeki diğer işçilere etkisi bu konuda belirleyicidir.

Yargıtay'a göre; alkollü olarak işyerine ait aracı kullanarak maddi hasarlı kaza yapmak, İşK. mad. 18 anlamında geçerli fesih nedenidir¹⁵. Şoför olarak çalışan işçinin 8/8 kusurlu hareketi ile sebep olduğu trafik kazası sonucu araçta hasar meydana gelmesi ve yaralamanın vukuu geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır¹⁶. İşçinin çalışma saatleri içinde işvereni muhatap alan uygunsuz ifadeler içeren e-maili müdürünün bilgisayarına göndermesi, akabinde okunmasını engellemek maksadı ile izin almaksızın müdürün masasına giderek e-maili silme-

si Yüksek Mahkeme tarafından geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁷.

Yine bir başka kararda; işçinin ard arda üç gün işe gelmediği, bu tarihlerde hasta olduğunu ileri sürmesine rağmen rapor ibraz etmediği, gelmediği günler gelmiş gibi gösterilerek ücretlerini aldığı hususları tespit olunduktan sonra "işverenin feshi geçerli nedene dayanmakta" hükmüne varılmıştır¹⁸. Anılan durumun hem devamsızlık, hem de güvenin kötüye kullanılması çerçevesinde haklı nedenle fesih nedeni oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak burada Yüksek Mahkeme'nin işe iadenin reddi açısından mı feshin geçerli nedene dayandığı ifadesini kullandığı anlaşılabilir.

Tüm bu örnekler bir yandan haklı-geçerli neden ayrımının güçlüğünü ortaya koyduğu gibi, diğer yandan Yargıtay'ın haklı fesih nedenlerini oldukça dar yorumlama eğiliminde olduğunu da göstermektedir.

V. Sonuç

Genel olarak mevcut sistem karşılaştırmalı hukuk ışığında değerlendirildiğinde:

1. Türk hukukunda yaşanan ayırım sorununun diğer hukuk sistemlerinde de yaşandığı, bunun haklı ve geçerli fesih nedeni kavramlarının özünden kaynaklandığı ve doğal olduğu, ayırım için kriterlerin öncelikle mevcut İşK. mad. 25 ve MK. mad. 2 çerçevesinde ortaya konulabileceği, yasal düzenleme ile somut düzenlemelerin getirilmesinin olanaklı olmadığı görülmektedir. Nitekim, yabancı hukuk sistemlerinde de, ayırım yasa hükümleri ile değil, mahkeme kararları ile gerçekleştirilmektedir.

2. Ayırım sorunu esasen iş güvencesi sisteminin kabulüne özgü değildir. Türk hukukunda süreli feshin kıdem tazminatına hak kazandırdığı dikkate alındığında, 1475 sayılı Yasa döneminde de nitelenmenin önemli olduğu kuşku dışıdır. Doktrinde özellikle 25/II'nin kapsamının daraltılmamasının sorunu ortaya çıkardığı savunulmaktadır. Kapsamın geniş olmasının ortaya çıkarabileceği olası sonuç; birçok olayda haklı fesih nedeninin varlığının kabul edilmesidir. Ancak, uygulama tam tersi yönde gerçekleşmekte ve Yargıtay içtihatları haklı fesih olarak nitelenebilecek birçok halde geçerli fesih nedeninin varlığı yönünde şekillenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, 1475 sayılı Yasa döneminde tam tersi bir eğilimin söz konusu olduğu söylenebilir.

3. Türk hukukunda yaşanan çelişkilerin nedenlerinden biri: 18. madde gerekçesinde Alman hukukundan alınan örneklere yer verilmiş olmasıdır. Ancak bunların bizzat bu hukuk sisteminde kimi hallerde haklı fesih nedeni oluşturduğu, dolayısıyla mutlak anlam verilmemesi, birer örnek teşkil edebileceği dikkatten kaçırılmamalıdır.

4. Ayrımın gerçekleştirilmesinde beklenmezlik kriteri ve somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak değerlendirme belirleyicidir. Süreli fesih hakkının geçerli nedene bağlanmış olması, haklı nedenler konusunda farklı bir ölçütün kabulünü gerektirmez. Haklı nedenin varlığı; yani ilişkiyi tahammül edilmez, beklenmez, çekilmez kılan ağırlıkta bir borca aykırılık veya güven ilişkisinin çökmesi söz konusu olduğu durumlarda esasen süreli fesih için yasada neden öngörülmüş olması fark yaratmaz. Yasa yeni bir haklı neden kavramı getirmektedir. Esasen getirilmesi de mümkün değildir.

5. Her iki fesih nedeni bakımından paralellik bulunduğu hallerde, niteleme öncelikle işçinin kıdem tazminatına hak kazanması bakımından önemlidir ki, bu özellik 1475 sayılı Yasa döneminde de mevcuttur. Dolayısıyla, iş güvencesi sisteminin haklı nedenlerin daha dar yorumlanması gereğini beraberinde getirdiğini söylemek isabetli olmayacaktır. İş güvencesi sistemi feshin geçerliliği ve işe iade bakımından önemlidir. Oysa sözleşmeyi sona erdirmeye yeterli bir neden bulunduğu takdirde bunun geçerli veya haklı neden olarak nitelendirilmesi, iş güvencesi sisteminin dışında kıdem ve ihbar tazminatının ödenip ödenmeyeceği sorundur. Haklı fesih kurumunun sonuçları bakımından ağır olması ve bu nedenle genel bir ifadeyle olguların sözleşmeyi devamı beklenmez kılacak ağırlıkta olması gerekliliği, hakim takdir yetkisini kullanırken -iş güvencesi sistemi olsun veya olmasın- dikkate alması gereken öncelikli unsur niteliğindedir.

DİPNOTLAR

- 1 M. K. OĞUZMAN, Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 164-165; R. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 121-122.
- 2 SEROZAN, 122; Ö. SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 202.
- 3 SELİÇİ, 156.
- 4 K. TUNÇOMAĞ/T. CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, 200.
- 5 M. EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 201.

- 6 SELİÇİ, 186.
- 7 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. S. ODAMAN, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003. Yazar 1475 sayılı Yasa'nın 17-II bendi ile ilgili değerlendirmesinde, düzenlemenin sadakat borcunun ihlalinin yaptırımını düzenlediğini belirtmektedir, 85.
- 8 Ö. EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, MESS, Temmuz 2003, 138.
- 9 Alman hukukunda haklı neden yerine "önemli neden" (Wichtige Grund) ibaresi kullanılmakla birlikte, haklı neden kavramını tercih etmemiz kavram birliğinin sağlanması açısındandır.
- 10 R.ASCHEID/U.PREIS/I.SCHMIDT-DÖRNER, Kündigungsgesetz Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigungen Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl., München 2004, § 1 KSchG, RdNr. 265; U. PREIS, Neuere Tendenzen im Arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, DB, Heft 28, 1988, 1447.
- 11 Y.9.HD., 08.03.2000, E. 1999/109.K. 2000/2876. Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, S. 4-5, 59.
- 12 Kazuistik sayımın tercih edilmemesi, olası ihtimallerin yasa dışı tespitinin mümkün bulunmaması bu yüzden esnek bir düzenleme gereğine dayandırılmıştır. Alman hukukunda özellikle, Feshe Karşı Koruma Yasası'nın kabulünden sonra haklı-geçerli fesih ayrımı konusunda zorluklar yaşanmış ve ayrımın somutlaştırılmasına çalışılmışsa da, bu ayrımın hakim tarafından belirli bir somut davranış, özellik veya olgu bakımından her olayda ortaya konulabileceği gerek doktrin, gerekse yargı içtihatları tarafından benimsenmiştir. (H. GALPERIN, Der Wichtige Grund Zur Ausserordentlichen Kündigung, DB 1964, Nr. 31/31, 1114).
- 13 Alman hukukunda gerek Feshe Karşı Koruma Yasası çerçevesinde geçerli fesih nedenlerinin, gerekse BGB § 626'da düzenlenen haklı fesih nedenlerinin yasal düzenlemede yer almasının adeta bir görünüşte yanılma oluşturduğu, her iki düzenlemede de nedenlerin genel kloz halinde yer alması nedeniyle, esasen bir hakim hukukunun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür (B. RUTHERS, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuität, NJW 1998, 1433).
- 14 ASCHEID/PREIS/SCHMIDT -PREIS, Grundlagen, RdNr. 38.
- 15 BROX RUTHERS HENSSLER, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Stuttgart 2004, 175.
- 16 G.SCHAUB/U.KOCH/R.LINCK-LINCK, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. München 2005, 1331 vd.; A.BUSEMANN/H.SCHAEFER/F.BLEISTEIN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. Berlin 2002, RdNr. 362 vd.; F. GAMILLSCHEG, Arbeitsrecht I, 8. Auflage, München 2000, 555 vd.; SCHWERDTNER, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II, 3. Auflage, Band 4, §§ 607-704, 969 vd.
- 17 BAG, 18.10.2000, AP Nr.9 zu § 626 BGB Krankheit= DB 2001, 338.
- 18 SCHWERDTNER/ Münchener Kommentar, 959 vd.
- 19 BGB § 314'de 2002 yılında yapılan değişikliklerle sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshine ilişkin genel bir hüküm kabul edilmiş ve fesihten önce ihtarı yapılması koşulu kabul edilmiştir. İş ilişkisinde de, ihtarın yapılması gereği kabul edilmektedir. Ancak, ihtarın yapılmasının beklenemeyeceği, ağır sadakate aykırılık hallerinde böyle bir ihtar aranmaz.
- 20 BROX RUTHERS HENSSLER, 176.

- 21 SCHWERDTNER, 967.
- 22 M. AHRENDT, *Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich*, Baden-Baden 1995, 104 vd.; kusur ve hakimın takdir yetkisi için bkz. S. ODAMAN, *Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı*, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2003, 25.
- 23 İş edimine ilişkin sebepler altında; tekrarlanan şekilde ve mazeretsiz olarak işe gelmeme veya geç gelme, yasa dışı greve katılma, hastalık nedeniyle devamsızlıkta hastalığın işverene bildirilmemesi, sürekli ve bilinçli olarak işi yükümlenilen çerçeve dahilinde ifadan kaçınma, işverenin talimat yetkisi çerçevesinde kalan talimatlarla ve işletme normlarına aykırılık, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçiler ile ailelerine karşı taciz veya zor kullanım, işi olumsuz olarak etkileyen düzenli olarak sarhoşluk ve ilaç kullanımıdır. Sözleşmeden kaynaklanan sadakat yükümüne ve güven ilişkisine aykırılık oluşturan hallerde örnek olarak; işçinin raporlu olduğu süre içinde kendi hesabına veya bir başkası hesabına çalışması, işin bilinçli olarak ihmali (gece bekçisinin uyuması), iş süresi içinde başka işle uğraşma, işyeri aracının kendi özel amaçları için kullanılması, banka görevlisinin gece geç saatlere kadar yerel kumarhanede kumar oynaması, gazetede işyeri aleyhine yazı yayınlanması, otobüs şoförünün içkili olması, rekabet edici fillerde bulunma halleri verilmektedir.
- 24 İtalyan, İngiliz, Hollanda, Belçika, İsveç, Avusturya, Danimarka ve İrlanda hukuk sistemlerinde de haklı-geçerli fesih ayrımında aynı kritere dayanılmaktadır (R.REBHIAHN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*, ZfA 2003, 210 vd).
- 25 G. ALPAGUT, *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam İşverenleri Sendikası, 218.
- 26 Bkz. S. SÜZEK, *İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2005, 458; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 577. Yazar haklı fesih nedenlerini güven ilişkisinin sarsılması veya çökmesi bağlamında açıklamaktadır. Aynı yönde; SELİÇİ, 34 vd.; SEROZAN 172.
- 27 BUSEMANN/SCHAEFER/BLEISTEIN, RdNr. 343 vd.
- 28 BUSEMANN/SCHAEFER/BLEISTEIN, RdNr. 380. Ancak doktrinde bu gibi hallerde de kapsamlı bir çıkar değerlendirmesine gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre; işçinin işyerinden üç kivi alması kıdemi, yaşı, miktarın küçüklüğü dikkate alındığında süreli fesih nedeni veya sadece uyarıyı gerektiren bir davranış olarak da nitelendirilebilecektir (GAMILLSCHEG, 559).
- 29 Aksî görüş bkz. SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 583.
- 30 P. SOYER, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, GÜ-İB 2001 Yılı Toplantısı, 32-33; A. GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, GÜ-İB, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 40-41; P. SOYER, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, LEGAL 2005 Yılı Toplantısı, 46; SÜZEK, 458; Aynı yazar; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 582; Ö.EYRENCİ, 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, LEGAL İHSGHD, 2004/1, 34. Ayrıca bkz. D.ULUCAN, İş Güvencesi, 2. Baskı, 37 vd.; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 18. Baskı, İstanbul 2005, 207, Yazar yasal düzenlemeye gidilmediği sürece olaya göre durumun incelenmesi ve madde 25/II ile yapılacak karşılaştırma sonucu bir yargıya varılması gerektiğini belirtmektedir.
- 31 GÜZEL, 39 vd.
- 32 ALPAGUT, 220.
- 33 P. SOYER, III. Yılında İş Yasası, Genel Görüşme, 289.
- 34 ULUCAN, İş Güvencesi, 47; GÜZEL, 52.
- 35 ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 219. Bu bağlamda, yeniden aynı konuda açılacak bir dava kesin hüküm nedeniyle reddedileceği gibi, ihbar ve kıdem tazminatı talebine yönelik davada da kesin hükmün kesin delil etkisi söz konusu olacak ve bu husus tekrar ele alınamayacaktır. Krş. SOYER, Genel Görüşme, 290.
- 36 Y.9.HD., 31.01.2005, 2004/31609, 2005/2521, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 396.
- 37 Bu durumların bir haklı fesih nedeni oluşturduğu yönünde bkz. H. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2004, 566; SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 582.
- 38 Y.9.HD., 02.05.2005, 12359/15192, Tekstil İşveren D., S. 312 Aralık 2005, 44-45.
- 39 Y.9.HD., 04.03.2004, 1389/4190, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 452-453.
- 40 Aynı yönde; SÜZEK, 464.
- 41 Y.9.HD., 26.01.2005, 2004/30915, 2005/1538, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 505.
- 42 Y.9.HD., 08.12.2003, 19608/20354, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 434.
- 43 Y.9.HD., 02.03.2005, 2209/6706, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 492.
- 44 Y.9.HD., 16.12.2004, 18435/28069, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 484.
- 45 Y.9.HD., 10.01.2004, 2004/24037, 2005/413, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 493.
- 46 Y.9.HD., 10.01.2005, 2004/27215, 2005/158, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 562.
- 47 Y.9.HD., 10.02.2005, 424/3763, İşveren D., Temmuz 2005, Yargıtay Kararları Özel Eki, 9.
- 48 Y.9.HD., 26.01.2005, 2004/32207, 2005/1541, İBD, C.79, s.6, 2005, 2151.

Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Müşavir Avukatı

Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2004/31721
Karar No : 2005/26173
Tarihi : 16.06.2005

Karar Özeti

Her ay 10 gün ve günlük 24 saatlik periyodun 12 saatinde bir işçi, kalan sürede diğer işçinin çalıştığı durumlarda, çalışılan bu süre içinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözönüne alındığında günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan günler için günlük 11 saatten haftalık 33 saat çalışma mevcuttur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışmasının 32 saatten hesaplanması gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz ko-

nusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir.

İlgili Mevzuat: 4857 S.K. Md.41 ve 63, 1475 S.K.Md.35 ve 61

Yargıtay Kararı

DAVA: Davacı, fazla mesai ve vardiya prim alacağına ödeneğine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına iliskindir, istekler hüküm altına alınmış karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile davalı idare bünyesinde radyoling istasyo-

nunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

İstek konusu dönem 17.5.2002-4.5.2004 tarihleri arasındadır.

Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesince ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir.

Aynı Kanun'un 41. maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözönüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir.

10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun döneminde-

ki çalışması için örtülü bir denkleştirme sözü konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve esaslara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteği reddolunması (gerekirken) kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.6.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı, fazla çalışma yapmasına rağmen bu çalışma karşılığı ile vardiya (nöbet) priminin ödenmediğini ileri sürerek ücret alacağı talebinde bulunmuştur.

Davacının işyerinde ayda on gün süreyle ve 24 saat üzerinden çalıştırıldığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Dosyada ki bilgi ve belgelerden; radyolink istasyonunda 6 personelin görev yaptığı, onar günlük nöbetlerde 24 saat işyerinde kaldığı, on günü takip eden 20 günde işçinin işe gelmediği ancak ücretlerinin 30 gün üzerinden ödendiği anlaşılmaktadır.

Tarafların normal işyeri çalışmalarının karşılığının serbest zaman olarak kullanılması konusunda anlaşıldıkları ve davacının işe başladığı tarihten itibaren aynı yöntemin uygulandığı görülmektedir.

10.6.2003 tarihinden itibaren İş Kanunu (4857 41/4,5) ve yönetmelikte normal işyeri çalışmalarının ücret yerine serbest zamanla karşılanabileceği belirtilmiştir.

1475 sayılı Yasa zamanında açık bir düzenleme bulunmamakla beraber tarafların anlaşmasıyla bu şekilde bir düzenleme yapılabileceği görüşünderiz.

Dairemizin (19.12.1985, 11894/1225 ve 4.12.1995, 3626/3524) sayılı kararların da, yapılacak bir sözleşme ile fazla çalışılan süreye karşılık fazla çalışma yerine serbest zaman verebileceği kabul edilmiştir. Doktrinde de bu yönde görüşler bulunmaktadır. İşçi işe ilk başladığı andan itibaren 20 gün süreyle serbest zaman uygulamasını kabul etmiş ve taraflar arasında bu şekilde anlaşma olmuş ve ücret de bu çalışma şekline göre belirlenmiştir. İşçiye tanınan serbest zamanın fazla çalışmanın, üstünde de olduğu görülmektedir.

İsviçre Borçlar Hukukunda da bu şekil uygulamanın olabileceği kabul edildiği gibi, diğer ya-

bancı hukuklarda da aynı mahiyette düzenlemeler mevcuttur.

Davacı baştan itibaren serbest zaman uygulamasına göre hareket ettikten sonra bu kere fazla çalışma karşılığı ücret talep etmesi bir haktan iki kere faydalanması anlamına gelir ki, bu mükerreklik ve iyi niyet kurallarına da aykırıdır. Bu nedenle 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemleri için ayırım yapılarak sonuca ulaşılması da mümkün olamayacağından, davacının normal aşan çalışmaları karşılığı olarak ücret alacağına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kararın İncelenmesi

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen kararında üzerinde durulması gereken husus 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceğine ilişkin denkleştirme süresinin" uygulanmasında "örtülü denkleştirme süresinin" kabulüdür.

Örtülü denkleştirme süresi konusunda 4857 sayılı Kanun'da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Yargıtay'ımızın bu konuda bir içtihat geliştirmesi Yeni İş Kanunumuzun uygulama sürecinde önemli bir adım olarak görülmektedir.

Dava konusu olayda 30 gün üzerinden ücret ödenmekle birlikte her ay 10 gün çalışılan bir işyerinde bir saatlik ara dinlenmesi çıkartıldığında davacı açısından 11 saatlik bir günlük çalışma süresi bulunmaktadır. Ancak davacının kalan 20 günlük süre boyunca çalışmaması dikkate alındığında burada 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi anlamında bir fazla çalışmanın kabulü mümkün görülmemektedir.

Bilindiği üzere söz konusu 41. maddede "fazla çalışma Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşısa dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı" hüküm altına alınmıştır.

Esasen konu ile ilgili olarak 6.4.2004 tarih ve 25475 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin "Denkleştirme Esasına Göre Çalışma" başlıklı 5. maddesinde "Tarafların yazılı anlaşması ile haftalık çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabileceği" belirtilmiştir.

Gerçekten olayımızda olduğu gibi 30 günlük ücret üzerinden günde 11 saat, ayda 10 gün çalışılıp kalan 20 gün çalışılmaması esasıyla yapılacak bir iş sözleşmesinde "örtülü bir denkleştirme" varlığının kabul edilmesi en hakkaniyetli bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.

Aksi takdirde "karşı oy" yazısında da belirtildiği üzere söz konusu 20 günlük sürenin 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen fazla çalışma ücreti yerine kullanılabilir "serbest zaman" olarak görülmesi halinde "fazla çalışma"nın varlığının kabul edilmesi anlamına gelecektir. Ancak söz konusu davada "fazla çalışma" olgusunun bulunmadığı Karar'da isabetle belirtilmiştir. Çünkü günlük 11 saati aşmayan bir çalışma-

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun en önemli özelliklerinden biri, çalışma süresinin esnekleştirilmesine olanak sağlayan bir düzen getirmesidir.

Denkleştirme süresinin uygulanmasında işçinin onayı iş akdi yapılırken başlangıçta alınabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleriyle de işverene bu yönde bir yetki tanınabilir.

nın bulunması; bir hafta için haftalık 45 saati aşan bir çalışma olmakla birlikte ayın 20 gününün hiç çalışılmaması durumu dikkate alındığında burada 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi anlamında bir fazla çalışmadan söz etmek kanunun kabul edilmiş amacına da uygun olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun en önemli özelliklerinden biri, çalışma süresinin esnekleştirilmesine olanak sağlayan bir düzen getirmesidir⁴. 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışma kavramı ve bazı uygulanma şartlarını, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı ölçüt ve düzenlemelere tabi tutmuştur. Bunun başlıca nedeninin yeni İş Kanunu'nda, ülkemiz çalışma hayatı için gerekli esnek çalışma sürelerinin getirilmesi ve esnek bir çalışma düzeninin kurulması olduğu bilinmektedir. İşçinin normal ve fazla çalışma süreleri yönünden korunması, esnek çalışma düzeninin de temel ilkesi olup, buna uygun gerekli önlemler de yeni kanunda alınmıştır⁵.

Bu model, Çalışma Süresinin Belirli Yönlerinin Düzenlenmesi Hakkında 93/104 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne de büyük ölçüde uygundur⁶.

2. Burada belirtilmesi gereken önemli bir konu kanunda denkleştirme döneminin uygulanabilmesi için tarafların anlaşmasından söz edilmiş, bu anlaşmanın yazılı ya da sözlü olmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak yukarıda belirtilen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde denkleştirme süresinin uygulanmasında tarafların yazılı anlaşması şartı getirilmiştir. Yönetmelikler yasal esasların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılır ve kanuna aykırı olamazlar. Yazılılık koşulu ise sözleşme yapma özgürlüğünü sözleşmenin biçimi bakımından sınırlayan bir koşuldur ve bunun ancak kanunda düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla, kanunda olmayan bir sınırlamanın Yönetmelik'te öngörülmesi isabetli değildir⁷.

Denkleştirme süresinin uygulanmasında işçinin onayı iş akdi yapılırken başlangıçta alınabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleriyle de işverene bu yönde bir yetki tanınabilir⁸.

Kararda bu konuda açık bir ifade bulunmamasıyla birlikte 30 günlük ücret üzerinden günde 11 saat, ayda 10 gün çalışılıp kalan 20 gün çalışılmaması tarafların üzerinde anlaşılmış bir örtülü denkleştirme olarak kabul edilmektedir.

İncelediğimiz kararın ilgili bölümünde "Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir" ifadesi kullanılmıştır.

Söz konusu ifadeden kanunun 63. maddesinde yer alan "tarafların anlaşması" şartının; çalışılmayan 20 günlük süre üzerinde tarafların anlaşması nedeniyle gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

3. İncelenmekte olan karara konu olayda bir aylık denkleştirme süresi söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde denkleştirme süresinin uygulanmasında Yasa iki sınırlama getirmektedir: (1) günlük normal çalışma süresinin 11 saati aşmaması ve (2) iki aylık süre (denkleştirme süresi) içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, yasal veya sözleşme ile getirilen normal haftalık çalışma süresini aşmaması⁹.

Denkleştirme süresi maddede iki ay olarak belirtilmiş, fakat bu sürenin toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabileceği kabul edilmiştir. Buradaki "iki (veya dört) aylık süre içinde.." deyimini ile kastedilen, yoğunlaştırılmış iş haftasının uygulandığı ilk günden itibaren aynı güne rastlayan iki (veya dört) ay sonraki gün arasında geçen süredir¹⁰.

Yasada öngörülen iki veya dört aylık denkleştirme süreleri azami süreler olup, taraflar bu sürelerin altında bir denkleştirme süresi kararlaştırabilirler. Örneğin, haftalık normal çalışma süresi 45 saat olan bir işyerinde iki hafta 50 saatlik yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanmış ise, normal çalışma süresini aşan 10 saatlik süre için, daha sonraki iki hafta içinde işçiler haftada 40 saat çalıştırılmak veya daha sonraki altı hafta içinde işçilere ücretlerin-

de bir kesinti yapılmaksızın 10 saat izin verilmek suretiyle haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamış olur. Burada işçilere verilen 10 saatlik izin, İş K. m. 41 f. 4'de hüküm altına alınan fazla çalışma saati için verilen artırımlı serbest zaman değildir. Bu nedenle, buradaki izin süreleri artırımlı olmadığı gibi, 41. maddenin 5. fıkrasında düzenlendiği şekilde altı ay zarfında değil, denkleştirme süresi içinde kullanılması gerekir⁸.

Dava konusu olayda bir aylık süre içinde 10 günlük çalışmanın ardından 20 günlük ücretli bir izin söz konusudur. Dolayısıyla yasada öngörülen azami 2 aylık ve 4 aylık denkleştirme süreleri açısından da uygunluk bulunmaktadır.

4. Dava konusu olayda bir ay içinde günde 11 saati aşmamak üzere kesintisiz 10 günlük bir çalışma söz konusudur. Ancak 4587 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde "yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir." hükmü getirilmiştir. İş sağlığının korunması ve işgücünün yenilenmesi amacıyla bu tatilin verilmesi Anayasa'nın 50. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur⁹.

Bir işçinin günlük normal çalışma süresi 11 saati geçemeyeceği ve 46. madde uyarınca, yedi günlük bir zaman dilimi içinde işçiye kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi zorunluluğu nedeniyle, yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçi haftada en fazla 66 saat çalıştırılabilecektir¹⁰.

İncelenmekte olan kararda da belirtildiği üzere dava konusu olayda 7 günlük bir zaman dilimi içinde günde 11 saatlik çalışma söz konusudur. Bu durumda haftada çalışılan süre 77 saat etmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçinin haftada en fazla 66 saat çalıştırılabileceği gözönüne alındığında hafta tatili kullandırılmaksızın fazladan 11 saatlik çalışma bulunmaktadır. Kararda hak edilen hafta tatilinin dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

İşçinin 7 günlük zaman diliminde her gün çalıştırdıktan sonra, hafta tatili gününde dinlenmesi gerektiği halde tatil verilmeyip çalıştırıldığında, işçinin hukuken zorlanamayacağı böyle bir çalışması kanuna aykırı olmakla beraber, Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi zamlı ücret talebine hak kazanır¹¹.

Sonuç

Yukarıda açıklanmaya çalışılan gerekçeler ışığında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz olan kararını "örtülü denkleştirme süresi"nin kabulü açısından isabetli bulmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Prof. Dr. M. Polat Soyer, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 3 Sayfa: 797.
- 2 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Kamu-İş Dergisi C:7, S: 3/2004, Sayfa: 159.
- 3 Soyer, s. 787.
- 4 Doç. Dr. Nursen Caniklioğlu, III. Yılında İş Yasası Semineri, Sayfa: 161.
- 5 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Sayfa 606; Prof. Dr. Öner Eyrenci, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Sayı 1, Sayfa 41.
- 6 Prof. Dr. Devrim Ulucan, Yeni İş Yasası Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, Sayfa: 157.
- 7 Ulucan, s. 157.
- 8 Ulucan, s. 157.
- 9 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Sayfa: 643.
- 10 Ulucan, s. 157.
- 11 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Kamu-İş Dergisi C:7, S: 3/2004, Sayfa: 164.

Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

ILO Uzmanlar Komitesi Raporu'nda (2005) Türk Mevzuatının 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu

1980'den beri Türkiye Cumhuriyeti ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) arasında bunalımlı bir dönemin yaşandığı bilinmektedir. Basta 1982 Anayasası olmak üzere 1983 yılında Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 2821 ve 2822 sayılı Yasaların sendika özgürlüğünü kısıtlayıcı hükümleri, 1983-2005 yılları arasında Çalışma Konferansı'nda Türkiye'nin sık sık gündeme alınmasına neden olmuştur. Konferansta her yıl kurulan "Uygulamaları İzleme ve Denetleme Komisyonu"nda Türkiye ile ilgili sert tartışmalar yapılmış, hatta bazı yıllar ülkemiz özel paragrafa alınmıştır.

Sendika özgürlüğünün temel ilkelerini yaklaşık altmış yıl önce (1947) yasalarına geçirmiş, 1963'ten itibaren anayasasında sendika kurma, toplu pazarlık ve grev haklarını düzenlemiş bir ülke için bu durumu kabullenmek güçtür. Kaldı ki yarım yüzyıldan beri batılı örgütlerin ve ittifakların içinde yer alan, çoğulcu demokrasiyi benimseyen, son kırk yıldan beri Avrupa Birliği'ne tam üyelik için mücadele veren bir ülkenin insan hakları çerçevesinde ele alınan sendika özgürlükleri konusunda sorgulanması, Türkiye Cumhuriyeti'nin imajını zedelemekte, işini güçleştirmektedir.

Öte yandan sorunun Türkiye açısından son yıllarda öneminin artmasının kanımızca üç nedeni

vardır: Bunlardan birincisi T.C.'nin 1993 yılında sendika özgürlüğüne ilişkin 87 sayılı Sözleşme'yi onaylamış olmasıdır. Gerçi ILO, T.C.'nin 1951'de onayladığı 98 sayılı Sözleşme'ye dayanarak daha önceki yıllarda da ülkemizi birçok kez gündeme almıştır. Ancak 87 sayılı Sözleşme'nin onaylanması ülkemize daha ağır yükümlülükler getirmiştir. Kuşkusuz en çok onaylanan sözleşmelerden biri olan bu sözleşmeyi onaylamamanın da olumsuz etkileri vardır: Sayıları giderek azalan bu gibi ülkelerde sendika özgürlüğünün, hatta çoğulcu demokrasi-nin olup olmadığı kuşku yaratmaktadır. Bu bakımdan T.C.'nin 45 yıllık bir gecikme ile 87 sayılı Sözleşme'yi onaylaması çok isabetli olmuştur. Bu konudaki gecikmenin ana nedeni ise bilindiği gibi ülkemizde kamu görevlilerine sendikalaşma hakkının verilmesinde yaşanan tereddütlerdir. Zira 87 sayılı Sözleşme bu hakkı sadece işçilere değil tüm çalışanlara tanımaktadır. Sonuçta 87 sayılı Sözleşme'nin onaylanması (1993), Anayasa'da gerekli düzenlemelerin yapılması (1995) ve bu konuda özel bir yasanın yürürlüğe girmesi (2001) Türk mevzuatının hızla gelişmesine fırsat verirken, T.C.'nin yükümlülüklerini de artırmıştır.

İkinci önemli neden Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan (2004) bir değişikliktir. Buna göre usu-

lüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle ulusal yasaların çatışması halinde sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Böylece doktrinde ve yüksek yargı kararlarındaki farklı yorumlar geçerliliklerini kaybetmiştir. Konumuz bakımından ILO'nun insan haklarına ilişkin 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri'nin Türk mevzuatı ile çatışması halinde (örneğin, 2821, 2822, 4698 sayılı Yasalar) sözleşme hükümleri üstün hukuk kuralları olarak esas alınacaktır. Böylece T.C.'nin, ulusal mevzuatını ILO sözleşmelerine uyumlu hale getirme yükümlülüğü daha da artmış bulunmaktadır.

Üçüncü neden kamu görevlilerinin sendikal örgütlenme haklarına ilişkin yasal düzenlemelerdeki yetersizliklerdir. Gerçekten 1995 yılında Anayasa'nın 53. maddesine eklenen bir fıkra ile kamu görevlilerine örgütlenme ve toplu görüşme hakkı tanınmıştır. Ancak bu düzenleme hem uluslararası normlar açısından yetersiz kalmış, hem de kendi içinde çelişkili hükümler getirmiştir. 2001 yılında yürürlüğe giren 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nun ILO normları bakımından (87 ve 151 sayılı Sözleşmeler) tartışmalı birçok hüküm içerdiği anlaşılmıştır. Böylece ülkemizde kamu görevlilerine sağlanan haklar hem çok gecikmiş, hem de yapılan yasal düzenlemeler ILO Uzmanlar Komitesi'nin ısrarlı eleştirilerine neden olmuştur.

Öte yandan bilindiği gibi dünyanın çeşitli bölgelerinden seçilen ve iş hukuku alanında bilgi ve deneyimi ile temayüz etmiş 20 hukukçudan oluşan Uzmanlar Komitesi, üye ülkelerden gelen raporları ve diğer belgeleri incelemek suretiyle gözlemlerini her üye devlet açısından ayrı ayrı bir raporda toplamakta ve bu raporu her yıl Mart ayında İdare Konseyi'ne sunmaktadır. Biz bu raporların sadece 2005 yılında yayımlanmış olanını ele alacağız. Ayrıca incelememizi T.C.'nin onayladığı tüm sözleşmeler açısından değil, 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler bakımından yapacağız. Bu incelememiz sırasında son yıllarda 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda değişiklikler öngören yasa tasarılarındaki yeni düzenlemelere de değinmeye çalışacağız. Nitekim Uzmanlar Komitesi raporunda da bu tasarılarla yollama yapıldığı görülmektedir. Ayrıca örgütün her yıl toplanan konferansında teşkil edilen Sözleşmeleri İzleme ve Denetleme Komisyonu'nun ülkelerle ilgili olarak yaptığı yorumlar yanında 1952'den itiba-

ren faaliyete geçmiş olan "Sendika Özgürlükleri Komitesi"nin verdiği kararlar da günümüzde sendika özgürlüğü kavramının içeriğini açıklığa kavuşturmuş bulunmaktadır.

I- Çalışanların ve İşverenlerin Serbestçe Örgütlenme Hakları Bakımından

87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinde "Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler." denilmiştir. Bu hususta üye devletler sadece silahlı kuvvetler ve polis mensupları hakkında farklı yasal düzenlemeler yapabileceklerdir.

98 sayılı Sözleşme'nin 1. maddesinde ise sendika özgürlüğüne zarar verici her türlü ayırıcılığa karşı işçilerin tam bir korumadan yararlanabilecekleri hükme bağlanmaktadır.

T.C. Anayasası'nın 51. maddesinde de 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra tüm çalışanlara ve işverenlere önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, buralara serbestçe üye olma hakkı tanınmıştır.

ILO Uzmanlar Komitesi bu çerçevede 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun bazı hükümlerinin 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler'le uyumlu olmadığını 2005 raporunda açıklamaktadır. Bu konuda ileri sürülen eleştiriler şunlardır:

1. Sendikal Örgütlenmenin Zorunlu Olarak İşkolu Düzeyinde Olması ve Bir İşyerinin Hangi İşkoluna Gireceğinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca Belirlenmesi (2821/m 3, 4)

Uzmanlar Komitesi Raporu'nda 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca çalışanların ve işverenlerin "önceden izin almadan istedikleri sendikaları kurabileceklerine" işaret edilmekte ve 2821 sayılı Yasa'nın 4. maddesindeki hüküm bu ilkeye aykırı bulunmaktadır. Bunun nedeni bilindiği gibi 4. maddeye göre sendikaların ancak "işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette

bulunmak amacı ile" kurulabileceğidir. Sözü geçen Yasa'da bununla da yetinilmemiş, "meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz" hükmü getirilmiştir (m. 4/IV).

İlk bakışta Türk mevzuatındaki bu hükmün Sözleşme'ye aykırı olduğu sonucuna kolayca varılabilir. Ancak 1980 öncesi dönemde Türk sendikacılığında izlenen dağınıklık, yaşanan sendika enflasyonu, sayıları bine yaklaşan sendikaların ne kadarının gerçekten bağımsız olduğu düşünüldüğünde 1983'te yasa koyucusunun niçin böyle bir sınırlamaya gittiği anlaşılmaktadır.

Esasen dünyada da güçlü sendikacılığın işkolu esasına göre örgütlenme ile yakın bir ilişkisi olduğu görülmektedir. Nitekim yasal bir zorunluluğun bulunmadığı yıllarda da Türk sendikacılık hareketinin işkolu sendikacılığına yöneldiği bilinmektedir. Örneğin Türk-İş, 1965 yılında Genel Kurulu'nda bu modeli benimsemiştir.

Dünyada güçlü sendikacılığın işkolu esasına göre örgütlenme ile yakın bir ilişkisi olduğu görülmektedir.

Son olarak belirtelim ki işyeri düzeyinde kurulan küçük sendikalar hem işçi hareketini parçalamakta, hem de toplu pazarlıkta gerçekten güçlü ve özgür bir taraf olup olmadıkları kuşku kalmaktadır. Nitekim Almanya'da Federal İş Mahkemesi, işyeri sendikalarının yeterince bağımsız olmadıkları gerekçesi ile toplu pazarlıkta taraf teşkil edemeyeceklerine karar vermiştir.

Ülkemize özgü ve kanımızca haklı bu gerekçelere karşın sendikal örgütlenmede 3. maddedeki sınırların kaldırılması kanımızca mümkündür. Zira Türk sendikacılığında en önemli amaç, toplu pazarlık yolu ile üyelerinin hak ve çıkarlarını korumaktır. Şayet sendikanın toplu pazarlıkta taraf olabilmesi için bazı niteliklere sahip olması gerektiği kabul edilirse sendikaların örgüt yapısı da bu ölçütlere göre kendiliğinden biçimlenmektedir. Nitekim 1983'ten sonraki dönemde sendika sayısındaki azalmanın nedeni işyeri ya da meslek esasına göre sendikaların kurulma yasağından çok, sendikaların yetkili olabilmesi için işkolu düzeyinde en az %10 temsil gücüne sahip olmaları gerektiğine ilişkin hükümdür (2822/m.12). Kuşkusuz bu son hüküm de ILO tarafından yıllardan beri eleştirilmektedir. Aşağıda bu konu ayrıca ele alı-

nacaktır. Şu halde yetkili sendikanın belirlenmesinde temsil bakımından getirilecek bazı ölçütler sendikaların işyeri düzeyinde kurulmasını önemli ölçüde engelleyebilecektir.

Sendikal örgütlenme bakımından bir işyerinin hangi işkoluna girdiğinin Çalışma Bakanlığı tarafından belirlendiği eleştirisine gelince:

Uzmanlar Komitesi işkollarının objektif ölçülere göre belirlenmesini sözleşmelere aykırı bulmamakta, ancak bir işyerinin hangi işkoluna gireceğini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın belirlenmesini (2821/m.4) serbest örgütlenme hakkına aykırı görmektedir. Komitenin 4. maddeyi bir bütün halinde incelemeyen bu sonuca vardığı kanısındayız. Denizcilik İşletmeleri'ne ait tersanelerin Milli Savunma Bakanlığı'na devredilmesi üzerine işkolu değişen bu işyerlerindeki sendikanın ILO organlarına şikayette bulunmasının da Uzmanlar Komitesi'nin vardığı sonuç üzerinde etkili olduğu düşün-

lebilir. Ancak kanımızca en önemli eksiklik Hükümetin ILO'ya gönderdiği raporlarda 4. maddenin içeriği konusunda yeterince açıklama yapmamasıdır. Gerçekten bu maddeye göre Bakanlığın bu konuda verdiği karar Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra ilgililer önce iş mahkemesine daha sonra da Yargıtay'a başvurabilme hakkına sahiptirler. Yüksek yargı kararı ile işyerinin hangi işkoluna gireceği kesinleşmektedir. Esasen 274 sayılı Yasa döneminden beri mekanizma bu şekilde işlemektedir. Nitekim yukarıda sözü geçen somut olayda da aynı süreç yaşanmıştır.

2. Bazı Çalışan Grupların Serbestçe Örgütlenme Hakkına Sahip Olmamaları

2821 sayılı Yasa kabul edildiği yıllarda (1983) sendika üyesi olamayacaklar oldukça kapsamlı biçimde 21. maddede düzenlenmiş idi. Bu maddede 1988 ve 1995 yıllarında yapılan değişikliklerle birçok işçi ve işveren grubu yasak kapsamından çıkarılmıştır. Halen 21. maddede sadece askeri şahıslar kalmıştır. Aynı maddede askeri işyerlerinde işçi

Türk sendikacılığında en önemli amaç, toplu pazarlık yolu ile üyelerinin hak ve çıkarlarını korumaktır.

olarak çalışanlara da bu hak verildiğine göre, geriye sadece askerliği meslek edinmiş olan personel kalmaktadır. Bunlar ise ülkemizde kamu görevlisi statüsünde olduklarından 2821 çerçevesinde örgütlenme hakkına esasen sahip değillerdir. Bu nedenle de 21. maddeyi tümü ile yasadan çıkarmak uygun olacaktır. Nitekim hazırlanan yasa taslağında bu yola gidilmiştir (m.22).

Önemli bir yasak da 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Hakkındaki Kanun'da bulunmaktadır. Bu Yasa'nın 32. maddesine göre bu kurumlarda çalışan öğretmenlerin sendika kurma ve bunlara üye olma hakları yoktur. Bu yasağı en kısa zamanda kaldırmak gerekmektedir. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslakta bu amaçla gerekli düzenleme yapılmıştır.

Uzmanlar Komitesi'nin eleştirilerini yoğunlaştırdığı bir başka yasa da 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'dır. Bilindiği gibi 87 sayılı Sözleşme'de tüm işçi ve kamu görevlilerini kapsamak üzere çalışanlara ve işverenlere sendikal örgütlenme hakkı tanınmıştır. Bu kuralın tek istisnası polis ve silahlı kuvvetler mensuplarıdır. Üye ülkeler bu iki grup için yasalarında serbestçe düzenlemeler yapabileceklerdir. Halbuki Türk hukukunda özellikle kamu görevlilerinin örgütlenme hakkını düzenleyen 4688 sayılı Yasa'da çok sayıda kısıtlamalar vardır. Uzmanlar Komitesi bu bağlamda sözü geçen Yasa'nın 3/a ve 15. maddeleri üzerinde durmaktadır. Bunlardan 3/a maddesinde adaylık ya da deneme süresini henüz tamamlamamış olanların kamu görevlisi tanımı dışında kalacağı öngörülmüştür. 15. madde ise açıkça "sendika üyesi olamayacakları" kapsamlı bir liste halinde belirlemiş bulunmaktadır.

Uzmanlar Komitesi polis ve silahlı kuvvetler dışında kalanlar için konulan bu yasakları kesinlikle kabul etmemekte, bunlardan kamu erkini kullananların bile dilerlerse diğer kamu görevlilerinden ayrı olarak örgütlenebileceklerini, ancak mesleki menfaatlerini koruma bakımından bu haktan yoksun bırakılmayacaklarını hatırlatmaktadır.

Yine Komite, 98 sayılı Sözleşme'nin 1-3. maddeleri uyarınca çalışanların sendika aleyhtarı ayrımcılığa karşı korunması açısından 4688 sayılı Yasa'nın 18. maddesindeki güvenceleri yetersiz bulmaktadır. Gerçi bu maddede kamu görevlilerinin iş saatleri dışında ya da işverenin izni ile iş saatleri içinde sendikanın faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tabi tutulamayacağını ve görevlerine son verilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Komite, bu güvencelerin 18. maddede bir yaptırım bulunmadığını hatırlatmakta ve bu hususta yeterince caydırıcı yaptırımların bulunması gerektiğine işaret etmektedir.

II- Sendikaların Faaliyet Programlarını Serbestçe Düzenleme, Temsilcilerini Serbestçe Seçme Hakları Bakımından

87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine göre "Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler".

Uzmanlar Komitesi bu madde hükmünü üçe ayırarak yorumlamaktadır. Biz de bu sistematığa uyarak ileri sürülen eleştiri ve gözlemleri açıklamaya ve bunları değerlendirmeye çalışacağız.

1- Sendikaların Tüzük ve İç Yönetmeliklerini Düzenleme Hakkı Bakımından

Uzmanlar Komitesi'ne göre gerek işçi ve işveren sendikalarını düzenleyen 2821 sayılı Yasa, gerek kamu görevlileri sendikalarını ilgilendiren 4688 sayılı Yasa sendikaların işleyişi ve organları ile ilgili çok ayrıntılı düzenlemeler öngörmektedir. Gerçekte ise bu düzenlemelerin sendikaların tüzük ya da iç yönetmeliklerinde yer alması gerekmektedir. Komite'ye göre hükümet verdiği cevapta bu hükümlerin sendikaların demokratik işleyişlerini güvence altına almayı amaçladığını, sendikaların bağımsızlığını kısıtlama amacı taşımadığını ifade etmiştir.

Komite, sendikalarla ilgili yasalarda sendikaların işleyişini düzenleyen hükümlerin bulunabileceğini ancak bunların sendikaları zorlayamayacağını;

yol gösterici nitelikte olan bu hükümleri sendikaların tüzük ve iç yönetmelikleri ile kendi koşullarına uydurabilecekleri görüşündedir. Komite bu eleştirilerini 2821, 2822 ve 4688 sayılı Yasalarla ilgili olarak ortaya koyduğu gibi, bu yasalarda değişiklikler öngören taslaklarda da durumda bir değişiklik olmadığı gerekçesi ile tekrarlamaktadır.

Türk mevzuatında sendikaların organları ve işleyişine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verildiği bir gerçektir. Bilindiği gibi 1963-1980 döneminde bu ayrıntıların önemli bir kısmı 274 sayılı Yasa'da bulunmamakta idi. Ancak uygulamada tüzük hükümlerinde yapılan değişikliklerle sendika içi demokrasinin işleyişinde ciddi sorunların yaşandığı anlaşılmıştır. Örneğin genel kurula katılan delegelerin önemli bir kısmının doğal delegelerden oluştuğu, genel kurullarda yapılan seçimlere hile karıştırıldı-

kurullarına ilişkin hükümlerin gözden geçirilebileceğini sanmaktayız.

Uzmanlar Komitesi 4688 sayılı Yasa'nın 10. maddesini de sendika özgürlüğüne aykırı bulmaktadır. Gerçekten bu maddenin özellikle son fıkrasında genel kurulların toplantı zamanı ve karar yeter sayısını düzenleyen hükümlerine aykırı hareket eden yöneticilere yargı kararı ile işten el çektirileceği öngörülmektedir. Yargı mekanizmasının (iş mahkemesi) devreye girebilmesi için aynı maddede üyelere birinin veya durumu tespit eden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın başvurusuna ihtiyaç vardır. ILO Uzmanlar Komitesi adı geçen Bakanlığın devreye sokulmasını 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmaktadır.

Kanımızca idari makamın buradaki görevi sadece durumu yargı organına yansıtılmaktan ibarettir.

Uzmanlar Komitesi'ne göre işçi ve işveren sendikalarını düzenleyen 2821 sayılı Yasa ve kamu görevlileri sendikalarını ilgilendiren 4688 sayılı Yasa sendikaların işleyişi ve organları ile ilgili çok ayrıntılı düzenlemeler öngörmektedir.

ğı, zorunlu organların yetkilerinin başka organlara bırakıldığı görülmüştür. Bunun üzerine 2821 sayılı Yasa'da sendikaların zorunlu organları belirtilmiş, bu organların nasıl kurulacağı, yetki alanları tek tek açıklanmıştır. Özellikle genel kurulların oluşumu ve bu organda yapılan seçimlerde uygulanacak esaslar ayrıntıları ile düzenlenmiştir (2821/m.14).

Gerçekten sendikaların işleyişinde Türk mevzuatında yer alan bu hükümlerin amacının sendikaların demokratik niteliğinin korunması olduğu açıktır. Anayasa'nın 51. maddesinde (son fıkra) öngörülen "sendikaların yönetim ve işleyişlerinin demokrasi esaslarına aykırı" olamayacağı ilkesi de bu düzenlemeleri haklı kılmaktadır.

Yasal düzenlemenin amacına ilişkin bu gözlemlerimize karşın 2821 sayılı Yasa'nın ikinci bölümündeki düzenlemelerle 4688 sayılı Yasa'nın ikinci bölümünde yer alan (m.8-13) hükümlerdeki bir kısım ayrıntının sendika tüzüklerine bırakılmasının mümkün olduğu kanısındayız. Örneğin genel kurul tarafından organlara seçilen üyelerin ilan edilmesi, genel kurulda yapılacak seçimlerle ilgili hükümlerin bir kısmı: yönetim, disiplin ve denetim

Başka bir anlatımla idarenin sendikaların iç işleyişine doğrudan bir müdahalesi yoktur. Üstelik ülkemizde sendika üyelerinin yargıya başvurabilmele- rindeki zorluklar da gözden uzak tutulmamalıdır.

2- Sendikaların Kendi Temsilcilerini Serbestçe Seçme Hakkı Bakımından

Uzmanlar Komitesi sendika yöneticilerinin genel ya da yerel seçimlerde aday olmaları durumunda sendika organlarındaki görevlerinin askıda kalacağına, seçilmeleri halinde ise görevlerinin sona ereceğine ilişkin hükmü de 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmaktadır. Bilindiği gibi bu düzenleme 2821 sayılı Kanun'un 37. maddesinde yer aldığı gibi, 4688 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde de ifade edilmiştir.

Adı geçen Komite, Sendikalar Kanunu'nda yer alan bu hükmün Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslakla yasadaki çıkarıldığına dikkat çekmekte ve 4688 sayılı Yasa'dan da bu hükmün çıkarılması istemektedir.

Bilim Kurulu'nun 2821 sayılı Yasa'nın 37. maddesinde öngördüğü bu değişikliğin Anayasa'nın 82. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten Anayasa'ya göre TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler arasında sendika yöneticiliği de sayılmıştır. Anayasa'nın 82. maddesinde bir değişiklik yapmadıkça 37. maddede yapılacak aksine bir düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu nedenle bir an önce 82. maddede değişiklik yapılmasında yarar vardır. Bu değişiklik yapıncaya kadar 2821 ve 4688 sayılı Yasalarda yer alan yasakları sadece genel seçimlerle sınırlı tutmak mahalli idare seçimleri bakımından serbest bırakmak düşünülebilir.

Anayasa'nın 82. maddesindeki sınırlama kaldırıldıktan sonra bu hususun düzenlenmesini tamamen sendikaların tüzüklerine bırakmak isabetli olacaktır.

3- Sendikaların Hükümetin Müdahalesi Dışında Faaliyetlerini Düzenleme ve Programlarını Yapma Bakımından

Uzmanlar Komitesi, Sendika Özgürlükleri Komitesi kararlarından da esinlenerek, grev hakkına konulan yasakları veya sınırlamaları 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir.

Türk hukukunda 2822 sayılı Yasa'da grev hakkının kullanılmasına konulan çeşitli yasaklar ve sınırlamalar yıllardan beri Uzmanlar Komitesi'nin eleştirilerine neden olmaktadır. Öte yandan 4688 sayılı Yasa'da kamu görevlileri sendikalarının toplu görüşme sırasında çıkan uyuşmazlıklarda sadece uzlaştırma yolundan yararlanabilmeleri (greve başvurmamaları) de adı geçen Komite tarafından eleştirilmekte ve 87 sayılı Sözleşme açısından bu yasağın çok sınırlı olarak uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Biz de önce sorunu 2822 sayılı Yasa, daha sonra da 4688 sayılı Yasa açısından ele alacağız.

a- 2822 Sayılı Yasa Bakımından Grev Hakkına Konulan Sınırlamalar

aa- Yasal Grev İçin Öngörülen Süreç

Komite yasal bir grevin uygulamaya konulabilmesi için 2822 sayılı Yasa'da çok sayıda formalitelerin öngörüldüğünü ileri sürmektedir. Adı geçen Komite gerek grev kararı alınabilmesi (m./27), ge-

2822 sayılı Yasa'da grev hakkının kullanılmasına konulan çeşitli yasaklar ve sınırlamalar yıllardan beri Uzmanlar Komitesi'nin eleştirilerine neden olmaktadır.

rek resmi arabuluculuk (m./22) ve alınan grev kararının uygulamaya başlamasının abartılı önel ve formalitelere bağlandığı; bu durumun grev hakkının kullanılmasında fiili engeller oluşturduğunu açıklamaktadır. Bu sürecin 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine uygun biçimde gözden geçirilmesi istenmektedir.

bb- Grev Yasakları (m/29-30)

Sendika Özgürlükleri Komitesi (SÖK)'nin ve Uzmanlar Komitesi'nin yorumlarına göre grev yasağı, halkın tamamının ya da bir kısmının hayatının, güvenliğinin ya da sağlığının doğrudan tehlikeye sokulması halinde söz konusu olabilir. 2822 sayılı Yasa'nın 29 ve 30. maddelerindeki yasakların tümü bu niteliğe sahip değildir.

Komite, yasakların bir kısmının Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslakta kaldırıldığına işaret etmekte, ancak doğal gaz dağıtımı gibi işlerde bu yasağın devam ettiğini açıklamaktadır.

Öte yandan Komite'ye göre Anayasa'nın 54. maddesine paralel biçimde siyasal amaçlı grevler, dayanışma grevleri, işyeri işgali, işi yavaşlatma eylemleri de yasaklanmıştır. Bu gibi yasa dışı eylemler konusunda Komite raporunda herhangi bir yorum yapılmamakta, sadece grev hakkına konulan sınırlamalar sırasında bunlara da değinilmektedir.

cc- Grev Gözcüleri İle İlgili Sınırlamalar (m/48)

Grev gözcülerinin barınma araçlarından, asabilecekleri pankartların yazılarına kadar birçok kısıtlamalara 48. maddede yer verildiği bilinmektedir. Uzmanlar Komitesi'nin daha önceki yıllardaki raporlarında da bu düzenlemeler eleştirilmiştir. 2005 raporunda bu hususa değinilmekle yetinilmiştir.

dd- Yasa Dışı Grevlere Uygulanan Ağır Cezalar (m/70-73-77-79)

2822 sayılı Yasa'da öngörülen grev yasaklarının ya da yasak grevlerin en azından bir kısmı Uzmanlar Komitesi tarafından 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulunduğu göre bu gibi grevlere katılan işçilere uygulanması gereken cezalar

da komitenin dikkatini çekmektedir. Örneğin 72. maddede grev yasaklarına uymayarak grev kararı alanlar yanında, böyle bir greve katılanlara da dokuz aydan az olmamak üzere hapis ve ağır para cezası öngörülmüştür. Komite, grev yasağının ancak sendika özgürlüğünü tehdit ettiği hallerde geçerli olabileceğini hatırlatmaktadır.

b- 4688 Sayılı Yasa Bakımından

Uzmanlar Komitesi raporunda kamu görevlileri sendikaları ile hükümet arasındaki toplu görüşmelerde çıkan uyuşmazlıkların hangi hallerde greve varacağına ilişkin 4688 sayılı Yasa'da bir hüküm bulunmadığına işaret edilmektedir. Raporu göre hükümet "memur" tanımını yeniden düzenleme çalışmalarına devam etmektedir. Bu hususu not eden Komite'ye göre grev hakkına konulabilecek kısıtlamalar sadece devlet adına kamu erkini (otoritesini) kullanarak karar verme yetkisine sahip olanlarla, kelimenin dar anlamı ile halkın temel ihtiyaçlarını sağlayan hizmetlerde çalışanlara grev yasağı konulabilir. Bu sınırları aşan her yasak 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı düşecektir.

Grev hakkının sınırlandırıldığı ya da yasaklandığı çok istisnai hallerde kamu görevlileri uzlaştırma, arabulma gibi barışçı çözüm yolları yanında, görüşmelerin çıkmaza girmesi halinde bağımsız ve tarafsız bir tahkim sisteminden yararlanacaklardır.

III-Özgür Toplu Pazarlık Hakkı Bakımından

08.08.1951 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanan 98 sayılı ILO Sözleşmesi, sendika özgürlüğüne ilişkin 87 sayılı Sözleşme'yi tamamlayan bir belge niteliğindedir. Sözleşme'nin 1-3. maddeleri sendika özgürlüğünü zedeleyici her türlü ayırmacılığı yasaklamakta ve işçi-işveren örgütlerinin birbirlerinin işleyişlerine karışamayacaklarını, özellikle işçi kuruluşlarını bir işverenin ya da bir işveren kuruluşunun denetimine tabi tutamayacaklarını açıkça ortaya koymaktadır.

98 sayılı Sözleşme'nin en önemli hükümlerinden biri de kanımızca 4. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre üye devletler çalışma koşullarını işçi kuruluşları ile işverenler ya da işveren kuruluşlarını serbest toplu pazarlık sisteminden yararlanarak toplu iş sözleşmeleri ile düzenleyebileceklerdir. Bu usulün tam bir surette geliştirilmesini üye devletler teşvik edeceklerdir.

Uzmanlar Komitesi özellikle 4. madde kapsamında 2822 ve 4688 sayılı Yasaların bazı hükümleri üzerinde durmuş ve bunların 98 sayılı Sözleşme'ye uyumlu hale getirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir.

1- 2822 Sayılı Yasa'da Toplu Sözleşme Yetkisi Bakımından Öngörülen Çift Kriter

Bilindiği gibi yıllardan beri ILO'nun denetim organları, 2822 sayılı Yasa'nın 12. maddesindeki ikili ölçüte itiraz etmekte, bunun özgür ve ihtiyari toplu pazarlık hakkını kısıtladığını ileri sürmektedirler. Örneğin bir işyerinde ya da işletmede çalışanların tümü belirli bir sendika içinde örgütlenmiş olsa bile bu sendika, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil edemiyorsa, toplu sözleşme yetkisini alamayacaktır. Başka bir ifade ile yetkiyi alabilmek için işyeri ya da işletme düzeyinde en az %50 +1, işkolu düzeyinde ise en az %10 temsil gücüne sahip olan sendikalar yetkili olabilmekte ve toplu pazarlık yapabilmektedirler.

Uluslararası Çalışma Konferansı'nda birçok kez Türkiye Cumhuriyeti'nin "Sözleşmeleri Denetleme Komisyonu"nun gündemine alınmasına neden olan bu hüküm, 2005 Uzmanlar Komitesi raporunda da yinelenmiştir. Aynı raporda Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan taslakta bu kriterlerden biri olan %10 temsil gücünün hafifletilerek %5'e çekilmesinin iyi bir gelişme olarak not edildiği kaydedilmekte, ancak çift sayısal kriterin varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir.

Komite'ye göre çift kriterin özgür toplu pazarlık sistemi ile bağdaşması mümkün değildir. Bunun için Komite'ye göre örneğin bir işyeri ya da işletmede çoğunluğu temsil edebilecek bir sendika bulunmuyorsa işyerinde faaliyet gösteren her sendikaya kendi üyeleri için ayrı ayrı toplu sözleşme yapma yetkisi tanınmalıdır. Komite için önemli olan hükümetin gerekli önlemleri alarak çalışanların özgür toplu pazarlık sisteminden yararlanmasını sağlamak ve bu sistemin gelişmesini teşvik etmektir.

Türk endüstri ilişkilerinin en tartışmalı alanlarından biri olan ikili kriter sistemi, 1983 yılında kabul edilen 2822 sayılı Yasa ile Türk hukukuna girmiştir.

Yetkili sendikanın belirlenmesinde dikkate alınan işkolunda %10. işyerinde (işletmede) %50+1 sadece toplu pazarlık mekanizmasını değil, sendikal örgütlenme alanını da yakından etkilemektedir. Bunun nedeni Türkiye'de sendikaların faaliyet alanının hemen hemen toplu pazarlıkla sınırlı olmasıdır.

Sendikaların kuruluşunda sağlanan özgürlükler ne kadar geniş olursa olsun bunların yaşayabilmesi yetkiyi alarak toplu pazarlık yapabilme ve toplu iş sözleşmesinde taraf olmalarına bağlıdır. Aksi halde sendikanın ne işyerinde temsilcileri atayabilme ne de üyelerine yeni haklar sağlayabilme olanağı vardır. Başka bir anlatımla Türkiye'de sendikanın yetki alabilmesi adeta bir varlık nedenidir. Nitekim 1983 yasası ile işkolunda %10 temsil koşulu konulur konulmaz bine yaklaşan işçi sendikalarının sayısı yüz civarına inmiştir.

Güçlü sendikacılığın aynı zamanda özgür sendikacılık anlamına geldiği düşünülürse %10 barajının Türk sendikacılığında yararlı olduğu söylenebilir. Aksi takdirde işyeri düzeyinde faaliyet gösteren sendikaların işverenlerin etkisi ile kurulmuş olması ya da işçilerin haklarını yeterince savunamaması olasıdır.

Su halde işyeri (işletme) düzeyinde çoğunluğu temsil yanında işkolunda da %10 temsil koşulu hem güçlü kuruluşlar arasında toplu pazarlığın yapılmasına olanak vermekte, hem de sendika enfasyonunu önlemektedir.

Kuşkusuz bu hükmün 98 sayılı Sözleşme karşısında savunmasını yapmak güçtür. Uzmanlar Komitesi raporlarında da sık sık vurgulandığı gibi bir kısım sendika bu iki koşuldan birini sağlayamadığından dolayı çok sayıda işçi toplu pazarlık hakkından yoksun kalmaktadır. Halbuki sözleşmeyi onaylayan her üye devlet toplu pazarlık sistemini sadece uygulamakla değil, bunu teşvik etmekle yükümlüdür.

Bu ikilem bilim çevrelerini olduğu kadar Türk sendikalarını da yıllardan beri meşgul etmekte, farklı işçi konfederasyonları soruna farklı yaklaşımlar içinde bulunmaktadır. Kendilerine göre haklı olan her iki görüşü bağdaştırmanın kolay olmadığı bir gerçektir.

Bilindiği gibi soruna çözüm bulabilmek için şimdiye kadar çeşitli formüller üzerinde durulmuştur. Örneğin Bilim Kurulu işkolunda %10 olan tem-

sil gücünü %5'e çekmiştir. Kanımızca 2822 sayılı Yasa'da yetkili sendikanın belirlenmesinde birbirine alternatif formüllere yer verilmesi de mümkündür. Bu ölçütlerden herhangi birine uyan sendikaya yetki verilebilmelidir.

Önemli olan işçilerin toplu pazarlık hakkından daha fazla yararlanabilmeleri için yeni alternatifler yaratmak, başka bir deyimle toplu pazarlık sisteminin yaygınlaşmasını teşvik etmektir.

Örneğin işyeri (işletme) düzeyinde çoğunluğu temsil eden bir sendikanın işkolundaki temsil gücü %3'e indirilebilir. Bunun yanında işkolunda temsil gücü %3'ün altında kalan sendikalarda da işyeri (işletme) düzeyinde daha yüksek bir temsil gücü aranabilir.

Ancak işyerinde faaliyet gösteren her sendikaya kendi üyeleri için toplu görüşme yapmalarına olanak vermek ya da sendikaların birlikte hareket ederek toplu pazarlığı ortaklaşa yapabilmelerini kabul etmek kanımızca ülkemizin koşullarına uymadığı gibi, yasaların iç dengesi ve tutarlığı ile de bağdaşmamaktadır.

2- 4688 Sayılı Yasa Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık Hakları

Uzmanlar Komitesi, 2005 yılı raporunda 4688 sayılı Yasa'da toplu görüşmeler sırasında görev alacak organların işlevlerinin açık olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle Kurul hükümetten "Kamu İşveren Kurulu" ile idari komisyon niteliğindeki "Yüksek İdari Kurul"un rolleri ve sistemin işleyişi hakkındaki bilgi vermesini istemektedir.

Bilindiği gibi Yüksek İdari Kurul toplu görüşmelerde bulunmamakta sadece "toplular görüşmelere esas olmak üzere Kamu İşveren Kuruluna görüş" bildirmekte ve toplu görüşmelerde belirlenen mutabakat metninin uygulanmasını izlemekle görevli bulunmaktadır. Bu organda kamu işveren temsilcileri yanında kamu görevlileri sendikalarının temsilcileri de eşit sayıda bulunmaktadır. Şu halde toplu görüşme Kamu İşveren Kurulu ile yetkili kamu görevlileri sendikaları arasında yapılmaktadır.

Kanımızca toplu görüşme sürecinde önemli bir işlevi olmayan Yüksek İdari Kurul'un yasadan çıkarılması sistemin işleyişini basitleştirecektir.

Öte yandan ILO Uzmanlar Komitesi 4688 sayılı Yasa'nın 28. maddesini de 98 sayılı Sözleşme'nin 40. maddesine aykırı bulmaktadır. Sözü geçen 28. madde toplu görüşmenin kapsamını, kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeleri, aylık ve ücretleri, zam ve tazminatları, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, tedavi yardımı ve cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ile sınırlandırmıştır.

Uzmanlar Komitesi özgür toplu görüşmelerin yukarıda sayılan ekonomik koşullarla sınırlanamayacağını, tüm çalışma koşullarına ilişkin sorunları kapsayacağını hatırlatmaktadır.

Son olarak Komite 4688 sayılı Yasa'nın 3/a ve 15. maddeler ile örgütlenme hakkından yoksun bırakılan kamu görevlilerinin toplu görüşme hakkından da yoksun kalmalarından endişe etmektedir. Bu vesile ile Komite toplu görüşmenin kapsamına tüm kamu görevlilerinin dahil olduğunu, çok istisnai hallerde Devletin yönetiminde doğrudan görev alan üst kademedeki memurların kapsam dışı bırakılabileceği görüşünü burada da yinelemektedir.

SONUÇ

Türk sendikalar hukukunun ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri karşısındaki durumunu belirlemeye çalışan bu çalışmada kanımızca aşağıdaki sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

ILO'nun insan haklarına ilişkin tüm sözleşmelerini onaylayan T.C., daha çok sendika özgürlüğüne ilişkin 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler açısından sorunlar yaşamaktadır. Özellikle 1982 Anayasası ve buna bağlı olarak kabul edilen 2821, 2822 ve 4688 sayılı Yasaların birçok hükmü ILO'nun yetkili organlarınca sözleşmelere aykırı bulunmaktadır. Bu yüzden T.C. son yirmi yıl içinde birçok kez gündeme alınarak sorgulanmış, hatta bazı seneler özel paragrafa alınmıştır.

Bu durumu sona erdirmek için T.C. son yirmi yıl içinde oldukça yoğun bir yasama faaliyeti içine girmiş, Anayasa'nın 51 ve 53. maddelerinde önemli değişiklikler yaparken 52. maddeyi tümü ile Anayasa'dan çıkarmıştır. Buna karşılık yoğun eleştirilerin bir başka kaynağı olan 54. maddede hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

Bu dönemde 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda da önemli değişiklikler yapılmıştır. ILO'ya uyum sağ-

layabilmeyi de içeren bu değişiklik çalışmaları halen devam etmektedir. Çalışmalar daha çok 2821 ve 2822 üzerinde yoğunlaşmaktadır. Halbuki ILO'nun en ağır eleştirileri 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na ilişkindir. Gerçi hükümet ILO'ya gönderdiği raporlarda 4688 üzerinde yapılan çalışmalardan da bilgi vermektedir.

Değişiklik çalışmalarından memnunluk duyduğunu ifade eden ILO organları elde edilen sonuçların yeterli olmadığını belirtmekte ve bunların neler olduğunu tek tek açıklamaktadırlar. Kuşkusuz Uzmanlar Komitesi raporlarında yer alan eleştirilerin hepsinin isabetli olduğu da söylenemez. Zira bunlardan bazılarının şikayette bulunan çevrelerin görüş ve yorumlarına dayalı olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan ILO organlarının T.C. ile ilgili yorumlarının Türk sendikalar hukukunun çağdaşlaşmasına ciddi katkılar yaptığına da kuşku yoktur. Bundan sonra nelerin yapılması gerektiği de her yıl yayımlanan raporlarla ayrıca ortaya konulmuştur. Yapılması gerekenlerin Türk çalışma hayatınca kabul edilemez şeyler olduğu kanısında değiliz. Anayasa'da ve ilgili yasalarda değişiklik yaparak ILO normları ile çalışma mevzuatımızı bağdaştırmak mümkündür. Özgür sendikacılık ve toplu pazarlık alanında kırk yılı aşkın deneyime sahip olan T.C.'nin mevzuatındaki bazı eksiklerini gidermesi kanımızca zor olmayacaktır. T.C.'nin daha çağdaş bir iş hukukuna sahip olma amacıyla 4857 sayılı İş Kanunu ile attığı adımın sendikal mevzuatında yapacağı değişikliklerle tamamlanmasında sayısız yararlar vardır. Ülkelerin demokrasi alanındaki konumunu belirleyen ölçütlerden biri de özgür sendikacılık ve toplu pazarlık düzeni olduğuna göre Avrupa Birliği'ne üye olma amacını taşıyan bir ülke açısından bu eksiklerin giderilmesi zorunludur.

Kuşkusuz yapılması gerekenler sonuçta Avrupa Birliği'nden çok ülkemizin ve Türk demokrasisinin yararına olacaktır.

Av. Mesut Ulusoy

MESS Hukuk Müşaviri

TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragât Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay İlamı

Esas No : 2005/19012
Karar No : 2005/24835
Tarihi : 11.5.2005

Dava: Davacı ücret alacağından yapılan indirim miktarının tespiti ile bu işlemin hükümsüzlüğü ikramiye, ücret farkı ve kıdem tazminatı faiz alacağının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Yargıtay Kararı

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika yetkilileri ile davalı şirketin yönetim kurulu başkanı arasında

4.9.2003 tarihinde imzalanan toplantı tutanağı ile ücretlerinin 1.9.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yeniden belirlendiği görülmektedir. Davalı işveren tarafından toplu iş sözleşmesinin değişikliğini öngören toplantı tutanağı, geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmuş ve 1.9.2003 tarihinden sonraki dönem için davacı işçinin ücretleri düşürülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini imzalayanlar tarafından sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi mümkün ise de, kural olarak bu değişiklik geçmişe etkili olarak yapılamaz. Buna göre, protokolün yapıldığı tarihe kadar olan dönem için davacı işçiye toplu iş sözleşmesi ile belirlenen haklarının ödenmesi gerekir.

Öte yandan davacı işçinin 31.8.2003 tarihinde imzaladığı ibraname de bu yönüyle geçersizdir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmeleri mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, davacı işçiye ücretinin düşürüldüğü 1.9.2003 tarihi ile anlaşma tutanağının imzalandığı tarih arasında geçen süre için toplu iş sözleşmesinden doğan istek konusu hakları hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.7.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

ADANA 2. İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2004/1319

Karar No : 2005/503

Karar Tarihi : 11.5.2005

Davacı tarafından davalı aleyhine açılan alacak davasının yapılan yargılaması sonunda:

GEREKÇE: Davacı vekili mahkememize verdiği dava dilekçesinde, müvekkilinin davalıya ait işyerinde 1.7.1987 tarihinden itibaren çalışmakta olduğunu, işyerinde uygulanan 1.9.2002-1.9.2004 yürürlük süreli TİS.ni bağitlayan İşçileri Sendikasına üye olduğunu, sendika ile işverenin "temel ücretlerin indirilmesi" konusunda ve TİS.den sağlanan ücret zammı ve diğer sosyal hakların uygulanmasını engelleyici bir protokol imzaladıklarını, bu mutabakatın hükümsüzlüğüne ve İş Yasası'nın 62.maddesine göre ücretten indirim yapılamayacağından ve bu konudaki Yargıtay kararları doğrultusunda sendika ile yapılan bu protokolün işçiyi bağlamayacağından, öncelikle XIX. dönem TİS. ile iktisap olunan haklardan feragât edilerek yeni çalışma şartları ile yeniden işe girişinin yapılmasına ilişkin mutabakat ve işlemin hükümsüzlüğüne, müvekkiline noksan ödenen ikramiye ve sosyal yardım ve hakları ile ücret alacağıının her ay eksik ödenen miktar için faizi o aydan başlamak üzere şimdilik 800.000.000 TL. ile 400.000.000 TL. kıdem tazminatı faiz alacağı farkı olmak üzere toplam 1.200.000.000 TL.'nin mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili mahkememize verdiği cevap dilekçesinde, müvekkili firmanın ülkede tekstil sektöründe yaşanan ekonomik kriz nedeni ile işyerinde yürürlükte bulunan 1.9.2002- 1.9.2004 yürürlük süreli XIX. Dönem TİS.nin ücret ve diğer sosyal haklarının getirdiği külfet nedeni ile

işçilerle görüşülerek bu TİS.'nin bağitlandığı İşçileri Sendikası yetkilileri ile yapılan mutabakat sonrasında; 1.9.2003 tarihinden itibaren ücretlerin düşürüldüğünü ve davacıya önceki çalışmaları karşılığındaki kıdem tazminatının taksitlerle faizi ile birlikte ödendiğini ve bu konuda davacının ibraname imzaladığını, ayrıca son taksiti alana kadar faiz talebinde bulunmadığını ve 4857 sayılı yasaya göre davacının serbest iradesi ile eski hizmet akdinin feshedilerek yeni hizmet akdinin yeni şartlarla yapılmasına muvafakat ettiğini, buna ilişkin eski sözleşmenin ortadan kalktığını ve yeni iş sözleşmesinin yeni iş şartları ile yürürlüğe girdiğini, davacının beyanının aksine TİS'deki sosyal hak ve alacakların ortadan kalkmadığını, ayrıca yeni iş sözleşmesi ile tespit edilen ücretinin TİS.nin ücret zammına ilişkin hükmü gereğince % 2 zamlı olarak ödendiğinden ve ayrıca davacının 12 ay ücretini itirazı kayıt ileri sürmeksizin aldığından bahisle yasaya aykırı olarak açılan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Taraflarca ibraz olunan tüm belgeler delil olarak dosyaya konulmuş, davacının işyerinde mevcut şahsi dosyası ile en son almış olduğu ücret bordrosu ve ödeme belgeleri getirilmiş, SSK Kurumunda mevcut şahsi dosyası celp edilmiş, davacının sendika üye kayıt fişi ile 1.9.2002 - 1.9.2004 yürürlük süreli İşçileri Sendikası ile İşverenleri sendikası arasında bağitlanan XIX.dönem TİS.metni ibraz edilmiş, yeminli tanık beyanlarına da başvurulmuştur.

Dinlenen davacı tanıkları yeminli ifadelelerinde, davacı ile birlikte davalı işyerinde çalıştıklarını, işverenin girdi çıktı yaparak TİS.de belirlenen daha az ücretten % 40 aşığına olmak üzere yeniden ücret belirlemesi yapıldığını ve bunu yapmayanların hizmet akitlerinin sona erdirileceği bilindiğinden birçok kişinin bu protokolü imzalamak zorunda kaldığını, öncelikle sendika ile işverenin görüşüğünü, bunu kabul etmeyen işçilerin hizmet akitlerinin sona erdirilip, tazminatlarının ödendiğini kabul edip imzlayanların ise kıdem tazminatlarının taksitler halinde ödendiğini, davacıların bu davaları açma-

ları nedeni ile işverenlikçe baskı yapıldığını, protokoldeki şahitlerin de baskı ile şahitlik yaptıklarını ifade etmişlerdir.

Dinlenen davalı tanıkları ise ifadelerinde, işyerinde ekonomik kriz olması nedeni ile bir kısım bölümlerin kapanması gündeme geldiğinden, sendikanın işverene teklif götürerek ücret ayarlaması yaptıklarını, bunu işçilerin serbest iradesi ile baskı altında kalmaksızın imzaladıklarını, protokol imzalayanların kıdem tazminatı ödenerek yeni ücret uygulaması ile işe devam ettiklerini, bu ücret uygulamasına karşı çıkan işçilerin hizmet akitlerinin sona erdirilip tazminatlarının ödendiğini eğer bu protokol uygulanmasa idi işyerinde birçok bölümün kapanacağını ve işçilerin işsiz kalacaklarını, işyerinde önceden de taşeron işçisi bulunduğunu ve yeni uygulama olmadığını ifade etmişlerdir.

Toplanan delillere göre davacının davalı şirkette 1.7.1987 tarihinde işe başladığı, Sendikasına üye olup, 1.9.2002 - 1.9.2004 yürürlük süreli TİS.den faydalandığı, davacıya 28.9.1983-31.8.2003 dönemi çalışması karşılığında 15.754.877.214 TL.olarak hesaplandığı ve bunun yine davacının izni alınarak 11 ayrı bono düzenlendiği ve 11.ayın bonosunda faizin de dahil edilerek hesaplama yapıldığı (15.11.2003-15.9.2004) arasında 10 eşit taksitle ve aylık % 2,1 oranındaki faizin uygulanması ile birlikte toplam 17.745.388.306 TL. olarak ödendiği ve davacının bu ödemenin son taksitine kadar faiz ihtirazi kaydında bulunmadığı,

Dosyada mevcut 31.8.2003 tarihli "İbraname" adlı belgenin davacı tarafça imzalandığı ve bu belgenin içeriğinden; davacının 4857 sayılı yasanın 22.maddesine göre davalı ile arasındaki iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenerek sona erdirilmesine ve daha sonra mutabakat ile kararlaştırılan yeni çalışma şartları ile yeniden işe girişinin yapılmasına muvafakat ettiğine, bu işlemin kötü niyetli fesihle bulunduğu iddiası ile her hangi bir dava açmayacağına, hizmet sürelerinin birleştirilmek suretiyle kıdem tazminatı farkı yada faizi için dava açmayacağına, mutabakata göre yapılacak çıkış ve giriş işlemlerinden dolayı her hangi bir istemle talepte bulun-

mayacağına, bu işlemin 4857 sayılı yasanın 22. maddesine uygun işlem yapıldığına ve bu işlemlerden dolayı davacının serbest iradesi, arzusu ve rızası ile kabul ve taahhüt edip kıdem tazminatı yönünden ibra ettiği anlaşılmaktadır.

Eylül/2003 ve takip eden aylarda ücretlere DİE. Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları Genel Endeksindeki artış oranının uygulandığı, ayrıca TİS.'de belirtilen ikramiye alacağı, yakacak yardımı, yemek yardımı, çocuk yardımı gibi sosyal hakların da davacıya ödendiği anlaşılmıştır.

Davalı A.Ş. ile İşçileri Sendikası arasında bağitlanan 1.9.2003 tarihli toplantı tutanağından ve ekindeki protokolden; davacıların hizmet akitlerinin sona erdirildiği ve kıdem tazminatlarının 15.11.2003- 15.9.2004'te biteceği, ücrette indirim yapılacağından düşük ücret uygulamasının 1.9.2003 de başlayacağı, işçi için aylık-brüt 375.000.000 TL. usta için 450.000.000 TL. ve teknisyen için 600.000.000 TL. olacağı, yıllık % 25,2 faizin uygulanacağı, TİS. zamlarının geçerli olduğuna ilişkin protokol altına alındığı ve imzanın A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı, Sendikası Genel Başkanı ve Şube Başkanı tarafından imza altına alındığı belirgindir.

..... İşçileri Sendikası (.....- İş) ile İşverenleri Sendikası arasında bağitlanan 1.9.2002-1.9.2004 yürürlük süreli XIX. Dönem grup TİS'nin dosyada bulunduğu ve işçileri Sendikasını temsilen ile'ın da imzaya yetkili oldukları anlaşılmıştır.

Toplanan delillerden, davacının şahsi dosyası içeriğinden, yeminli tanık anlatımlarından, dosyada mevcut tüm bilgi ve belgelerden, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasa'nın 22/1. maddesine göre "İş Sözleşmesinin işyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği ve yeni iş şartlarının geçerli olabilmesi için işçinin yazılı izninin gerektiği ve bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından 6 iş günü içerisinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin bağlamayacağı" ayrıca 22/2 maddesine göre " taraflar arasında anlaşarak çalışma koşullarının her zaman değiştirilebileceği" hükmü ve ay-

rica TİS.ile sağlanan ve iktisap olunan kazanılmış haklardan vazgeçmesi için sendika ile işverenlik arasında yapılan protokole ki bu protokol TİS. bağtılamaya yetkili kimseler tarafından imzalanmış olduğundan, bu TİS.den yararlanan tüm işçilerin onayının, izninin gerekeceğinden,

Davacının iş sözleşmesinin çalışma koşulu olan ücrette indirim yoluna gittiği ve bu ücretteki indirimin davacı işçi tarafca 31.8.2003 tarihinde "İbraname" adlı belgenin imzalanması ile yazılı onay verildiği ve ayrıca sendika ile davalı işverenlik arasında yapılan mutabakat da davacı tarafca yazılı onay verildiği aleni olup, ayrıca davacının iş sözleşmesinin fesih edileceği müzayakası altında bu ibranameyi imzaladığı iddiasının 4857 sayılı Yasa'nın 22/1-3 maddesine göre ve ücret indirimi ve ibra ve muvafakatnamenin üzerinden yaklaşık bir yıllık süre geçtiğine göre mümkün olmadığından, zira İş Yasası'nın 22.maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde "... bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından 6 iş günü içerisinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz..." hükmü karşısında davacı işçinin 6 iş günü içerisinde bu ücret değişikliğine bir itirazı yada ihtirazı kaydı bulunmadığından, işverenlikçe işçinin onayı alınarak yapılan çalışma koşullarındaki değişikliğin 22. maddenin amir hükmü olması nedeni ile 6 işgünü içerisinde itiraz edilmediğinden uygulanacağı ve davacının ücret farkına hak kazanamayacağı sonuç ve kanısına varılmıştır.

Tüm deliller toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yaptırılmış bilirkişi tarafından hazırlanan 18.4.2005 tarihli rapor dosyaya sunulmuştur. Bilirkişi tanzim ettiği raporunda, davacının hizmet akdinin davacının talebi üzerine 31.8.2003 tarihinde çalışma koşulları değiştiğinden ve kıdem taz-

minatı faizinin ödenmesi için ihtirazı kayıt dermeyan etmediğinden, davacının ikramiye ve sosyal haklar alacağı ile ücret alacağına ve kıdem tazminatı faiz alacağına hak kazanamayacağı kanısında olduğunu bildirmiştir. Bilirkişi raporu gerekçeli ve yeterli görülmüştür. Rapor dikkate alınarak, hizmet akdinin davacının talebi üzerine 31.8.2003 tarihinde çalışma koşulları değiştiğinden ve davacı 4857 sayılı yasanın 22.maddesine göre 6 iş günü içerisinde itirazda bulunmadığı anlaşıldığından, davacının ücretinin düşürülmesinde yasaya aykırı bir durum bulunmamakla, davacının yeni çalışma şartları ile yeniden işe girişinin yapılmasına ilişkin mutabakat ve işlemin hükümsüzlüğüne, davacının 1.9.2003 tarihinden 27.8.2004 tarihine kadar noksan ödenen ikramiye ve sair sosyal yardım ve hakları ile ücret alacağının her ay eksik ödenen miktar için faiz alacağı istemi ile kıdem tazminatı faiz alacağı farkına ilişkin sübut bulmayan davasının reddine karar verilmesi gerekmele aşağıdaki hükmün tesisi uygun bulunmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlere dayanılarak,

1- Davacının sübut bulmayan davasının REDDİNE.

2- Ret harcı önceden alındığından başkaca harç alınmasına yerolmadığına,

3- Davacı tarafından harcanan yargı giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

4- Davalı vekili için, reddedilen miktar üzerinden ölçümlenen 350 YTL.ücreti vekaletin davacıdan alınıp davalıya verilmesine,

Yargıtay yolu açık olmak üzere davacı vekili ile davalı vekilinin yüzlerine karşı verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 11.5.2005

Mahkeme ve Yargıtay Kararı ile İlgili Temel Tespitlerimiz

○ İşyerinde 01.09.2002 - 31.08.2004 yürürlük tarihli bir TİS mevcuttur.

○ TİS'in 2. yılında, tekstil sektöründe faaliyette bulunan davalı işverenin, sektörün yaşadığı derin ekonomik krizin işletmesini etkilemiş olması nedeniyle çare arayışları ve bu çerçevede muhatap işçi sendikası ile yaptığı protokol ve davacı işçilerle yapılmış bulunan ibranameler söz konusudur.

○ Yargıtay kararından anlaşıldığı şekliyle, davalı işveren ve TİS tarafı işçi sendikasının protokol düzenleme tarihi 04.09.2003 tarihidir (Yürürlük tarihi 01.09.2003). Bu protokole istinaden de davacı işçilerle yapılmış bulunan 01.09.2003 tarihli ibranameler söz konusudur. Davalı işveren ile muhatap işçi sendikası arasındaki protokolün esasları şu şekildedir:

1) İşyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri 31.08.2003 tarihi itibarıyla mevcut ücretleri üzerinden fesh olunacak ve hak etmiş oldukları kıdem

tazminatları faiziyle birlikte taksitler halinde bir takvime bağlı olarak ödenecektir.

2) Bu işçiler, protokolde belirlenmiş ücret seviyesinde 01.09.2003 tarihi itibarıyla yeniden işbaşı yapacaklar ve belirlenen yeni ücret zammı tarifesi-ne göre zamlarını alacaklardır.

○ Davacı işçiler ile davalı işveren arasında düzenlenen ibraname sözleşmesinden anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçinin 4857 sayılı Yasa'nın 22. maddesine göre davalı ile arasındaki iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenerek sona erdirilmesine ve daha sonra mutabakat ile kararlaştırılan yeni çalışma şartları ile yeniden işe girişinin yapılmasına muvafakat ettiği ve kötü niyetli fesihle bulunduğu iddiası ile herhangi bir dava açmayacağı, hizmet süreleri birleştirilerek kıdem tazminatı farkı

leşmede tanınan haklardan vazgeçmelerinin mümkün olamayacağını kararlaştırmıştır.

Yargıtay kararında bizim temel olarak incelemeye aldığımız husus, 2 no'lu bentte ifade edilmiş bulunan gerekçedir. Hiç şüphesiz gerek mahkeme, gerekse Yargıtay kararı değişik açılardan tartışılabilir. Ancak bizim incelememiz münhasıran "TİS düzeninin olduğu bir işyerinde sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçip vazgeçemeyecekleri" üzerine odaklanacaktır.

Karar incelememiz hiç şüphesiz hukuksal bir değerlendirme perpektifinde yapılacaktır. Ancak yapacağımız tüm yorumlar ve değerlendirmeler yeni gelişmekte olan "rekabetçi iş hukuku", "esneklik içinde güvence" paradigmaları referans alınarak yapıla-

Günün değerlerini, işletme ve istihdamın günümüzdeki kader birliğini göz ardı eden anlayışın orta ve uzun vadede istihdama ve işçinin istihdam edilebilirliğine olan yansımalarını tahlil edebilmek iş hukukçularının öncelikli sorunudur.

ya da faiz için dava açmayacağı, mutabakat gereği yapılan çıkış ve giriş işlemlerinden dolayı herhangi bir talepte bulunulmayacağı davacı işçi tarafından taahhüt edilmiştir.

○ Mahkemece bu protokol ve ibraname belgesine geçerlik tanınarak dava reddolunmuştur. Yüksek Mahkeme ibranameye geçerlilik tanımazken, protokole geleceğe yönelik olarak hukuki sonuç bağlamıştır. Yargıtay kararında altı çizilmesi gereken ve incelememize de konu teşkil edecek tespitler ise şunlardır:

1) TİS'i imzalayanlarca sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak bu kural geçmişte etkili olarak yapılamaz. Bu nedenle protokolün yapıldığı tarihe (04.09.2003) kadar olan dönem için TİS gereği belirlenen haklar ödenmelidir. (01.09.2003 - 04.09.2003 arası) Yargıtay bu karar ile işçi tarafından istenebilir, tahakkuk etmiş bulunan toplu iş sözleşmesi haklarının, toplu iş sözleşmesi taraflarınca değiştirilebileceğini hükme bağlamıştır.

2) Toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak söz-

caktır. Temel normların, yasa metinlerinin ve yasa gerekçelerinin hukukçu ve de somut uyumazlığa çözüm arayan iş yargısı açısından önemi ve önceliği tartışma dışıdır. Ancak günün değerlerini, işletme ve istihdamın günümüzdeki kader birliğini göz ardı eden bir anlayışın, iş hukukunun tarihsel misyonu olan işçiyi koruyucu vasfına da uygun olmadığını düşünerek, bulunan çözümlerin orta ve uzun vadede istihdama ve işçinin istihdam edilebilirliğine olan yansımalarını tahlil edebilmenin iş hukukçularının öncelikli sorunu olduğunu düşünmekteyiz. Bu bağlamda kapalı ekonomiden küresel ekonomiye geçen, istikrarlı piyasa koşullarında üretim yapılan ve buna göre "işçi - işveren - sendika" ilişkilerinin geliştiği ve kodifikasyonların buna göre yapıldığı bir dönemden, istikrarsızlığın belirleyici olduğu ve bu nedenle "esneklik, güvence, güvence içinde esneklik" gibi iş hukukuna son zamanlarda hakim olmaya başlayan tartışmanın göz ardı edilemeyeceğini düşünüyor ve iş hukukçularının bireysel ve toplu iş mevzuatına yönelik lafzi ve amaçsal yorumlarını yaparak, istihdamın ve işletmenin ihtiyaçlarını, işletmenin ve istihdamın birlikte rekabet edebilirliği açısın-

dan tartışmanın, iş hukukunu ekonominin ihtiyaçlarından bağımsız algılama ve yorumlamanın eksik bir değerlendirme olacağını vurgulamak istiyoruz. İş hukukçusu için hiç şüphesiz Anayasa, bireysel ve toplu iş kanunları ve ilgili mevzuat son derece önemlidir ve belirleyicidir. Ancak bugünü, dünün değer ve algılamalarıyla yorumlamaya ve çözümlenmeye çalışmak, bizatihi iş hukukunun evrensel olan işçiyi koruma vasfına günümüzde zarar verebilmektedir. Zira işçi karşısında güçlü olduğu varsayılan işletme, küresel rekabet paradigmaları karşısında işçisiyle birlikte ya güçlüdür ya da güçsüzdür. O nedendir ki zaten günümüzde kaçınılmaz olarak "aynı geminin içindeyiz", "kaderde kıvançta beraberiz", "esneklik ve güvencenin birlikteliği" söylemleri, işçi ve işveren kuruluşlarınca birlikte terennüm edilmeye başlanmıştır. Biz incelememizi hukuksal bir zemi-

çek anlamda koruyup korumadığını, çağdaş endüstriyel ilişkilere geçit verirken, tercihini sendikacı, toplu iş sözleşmeli düzenden yana kullanmış işletmelere neler getirdiğine bakmanın kaçınılmaz olarak iş hukukçusunun temel paradigmalarından birisi olmak gerektiğine inanıyoruz. Rekabetçi bir küresel dünya düzenine karşı, rekabet edilebilir stratejilerinin oluşturulabilmesi, yalnızca işverenlerin ve işçilerin ortak sorumluluğu ve becerisi olmayıp, sivil toplum kuruluşları, devlet (yasama-yürütme-yargı) ve hatta tüm yurttaşlarca birlikte düşünülmesi gereken bir var olma ve ayakta kalabilme sorunudur. Bu bir "kaderde ve kıvançta bir olabilme" ve ortak bir bakış açısıyla "müşterek bir meydan okuma" becerisidir. Zira temelde söz konusu olan "Ulusal Bir Rekabet Gücü" olgusunun tüm dünyaya karşı ortaya konulabilmesidir.

Bugünü, dünün değer ve algılamalarıyla yorumlamaya ve çözümlenmeye çalışmak, bizatihi iş hukukunun evrensel olan işçiyi koruma vasfına günümüzde zarar verebilmektedir.

ne oturarak yapmaya çalışmakla birlikte, değerlendirmemize esin kaynağı oluşturan temel felsefe, işçinin ve işverenin birlikteliği ve feshe en son çare olarak bakma anlamında soruna ortak çözüm bulma arayışları olacaktır.

Yaşam günümüzde işçi ve işveren için zorlaşmış bulunmaktadır. Bu zorluklar dünün kabul ve anlayışlarıyla aşılamaz. Ancak ve ancak samimi, güvene ve iyi niyete dayalı, uzun soluklu çözüm arayışlarına ihtiyaç vardır. Bu nedenle İş Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Sendikalar Kanunu mütalaa edilirken, büyük resmi görmek ve rekabetçi bir iş hukuku anlayışının önünü açacak, yorum ve içtihatlarla ihtiyaç kaçınılmaz gözükmektedir. Rekabet edemeyen işletme ve o işletmenin işçisi, birlikte kaybedecektir. O zaman akıl, sağduyu, basiret, güven, iyi niyet, sosyal diyaloga dayalı yepyeni bir endüstriyel ilişkiler anlayışı, bizi rekabetçi bir iş hukuku arayışında buluşturabilecektir.

Artık tartıştığımız, desteklediğimiz, eleştirdiğimiz kararların arka planını iyi okuyarak, mikro anlamda vardığımız sonuçların, makro planda iyi niyetli işçi ve işverenlere hizmet edip etmediğini, istihdamı ger-

Değişimin ortaya çıkardığı rekabet gücü etkeni, sanayi toplumunun çatışma kavramlarını geçersiz kılarak, tüm ortak amaçlar için sosyal diyalog ve işbirliği düşüncesini günümüzde ön plana çıkmış bulunmaktadır. İşçinin korunması kavramı günümüzde anlamını değiştirmiş olup, işçinin korunması ancak çalışabileceği bir işe sahip olduğunda anlam taşıyabilmektedir.

Ülkemizde iş hukuku alanında yaşanan sorunların temelinde hukuk kurullarının ekonomik gerçekleri yeterince dikkate almaktan ve hemen hemen daima olağanüstü dönemlerde hazırlanmış olması yatmaktadır. Bu dönemde ekonomik büyümeye ve istikrarlı piyasa koşullarına uyumlu ve hep sosyal ilerlemeye paralel gelişme gösteren iş hukuku, bugün için bu dinamizmini ve anlamını gözden geçirmek durumunda kalmaktadır. Artık günümüzde ihtiyaç duyulan şey, "ekonomik kriz koşullarına uyum gösterecek, rekabet edebilen ve ettirebilen" bir iş hukukunun oluşturulabilmesidir.

Türk iş hukuku geleneksel anlayışı ve tarihsel serüveni içinde işçileri, işverenlere ve sendikalara karşı korumayı amaçlayan bir perspektif ve derinliğe sahip olmuştur. Oysa ki endüstriyel ilişkilerin

Rekabetçi bir küresel dünya düzenine karşı, rekabet edilebilir stratejilerinin oluşturulabilmesi, yalnızca işverenlerin ve işçilerin ortak sorumluluğu ve becerisi olmayıp, sivil toplum kuruluşları, devlet ve tüm yurttaşlarca birlikte düşünülmesi gereken bir var olma sorunudur.

günümüzde "devletin koyduğu" yasalarla düzenlenmesi yerine, sosyal tarafların beraberce belirlediği, işçinin daha fazla inisiyatif kullanabildiği anlayışla düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır².

Yargıtay gerek incelediğimiz bu kararında ve gerekse daha önce vermiş olduğu birçok kararda, toplu iş sözleşmesinin düzen ilkesi gereği, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmesinin mümkün olamayacağına vurgu yapmaktadır.

Kararın İncelenmesi

Yüksek Mahkeme kararları böylesi bir vazgeçmeyi TİSGLK m. 6/1 fıkraya aykırı görmekte ve hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırılık teşkil edemeyeceğini ve de özellikle düzen ilkesinin bunu kaldırmayacağını ifade ederek, böylesi ibraname ya da feragâtlere geçerlik tanımamaktadır. Yani bu geçersizliğin teorik arka planını TİSGLK m. 6 oluşturmakta ve Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde bu görüşünü sürdürmektedir³.

Toplu iş sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesi;

"Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır.

Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.

Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yeni yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hükmü olarak devam eder."

hükmünü içermektedir.

Zorlayıcı etki olarak da adlandırılan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet akitleri üzerindeki emredici etkisi 2822 sayılı TİSGLK madde 6/1'de düzenlenmiştir. Maddeden anlaşıldığı üzerine, toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi tarafların toplu iş sözleşmesine aykırı hüküm kararlaştıramamaları ve toplu iş sözleşmesine aykırı hizmet sözleşmesi hükümlerinin yerine toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasıdır. Kural olarak toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin tümü emredici etkiye sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi sayesinde;

a) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında mevcut olan hizmet akitlerinin sonradan toplu sözleşmeye aykırı olarak değiştirilmesi,

b) Toplu iş sözleşmesine aykırı yeni hizmet akitlerinin yapılması,

c) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında mevcut bulunan hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin bulunması,

d) Normatif hükümlerin emredici etkisini bertaraf etmek için, toplu iş sözleşmesine karşı hile teşkil eden şartların, hizmet akitlerine konulması önlenmektedir.

İşverenin, vasıflı veya kıdemli işçileri toplu iş sözleşmesiyle tanınan hakları bertaraf etmek için, vasıfsız işçi veya çırak statüsünde göstermesi, toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan feshi ihbar sürelerini bertaraf etmek için, işçilerle süresi belirsiz hizmet akitleri yerine zincirleme kısa süreli hizmet akitleri yapması, toplu iş sözleşmesine karşı hile teşkil eden uygulamalara örnek olarak gösterilebilir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin emredici etkisi, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği andan itibaren, geçmişe etkili hükümlerin toplu iş sözleşmesinde yer alması halinde ise kararlaştırılan tarihte başlar ve toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesiyle birlikte sona erer⁴.

2822 sayılı Kanun'un 7. maddesi, toplu iş sözleşmesinin süresinin sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamayacağı, kısaltılamayacağı ve sözleşmenin süresinden önce sona erdirilemeyeceğini hükme bağlamış, ancak sözleşmede

değişiklik yapılabilmesine yönelik özel bir düzenleme getirmemiştir. Ancak gerek öğretideki ağırlıklı görüşler ve gerekse Yargıtay'ın yerleşik kararları toplu iş sözleşmesinde süre dışında tarafların karşılıklı rızasıyla bu değişikliklerin yapılabileceğini ortaya koymaktadır ki ve bu konuda zaten temel bir tartışma da bulunmamaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerini, kanunların "mutlak emredici" sınırları içerisinde, sendikalar üyelerinin iş ilişkileri olarak, kanundaki hükümlerden ayrı biçimde ve fakat aynı hukuki değerde düzenleyebilmektedirler. Yargıtay geçmiş zamanlarda vermiş olduğu değişik kararlarda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin "objektif hukuk kuralları" ve "maddi anlamda yasa hükümleri" niteliğinde olduklarını ifade etmiştir⁵.

Bilindiği üzere toplu iş sözleşmesi normatif (düzenleyici) kısım ve borçlar hukukuna ilişkin (borç doğurucu) kısım olmak üzere iki temel bölümden

lehte ya da aleyhte olup olmadığına bakılmaksızın geçerliliğini yitirdiğinin kabulü gerekmektedir.

Hiç şüphesiz toplu iş hukukunda toplu iş sözleşmesinin tarafları, değişen ekonomik şartlar karşısında sözleşmede değişiklik yapma ve onu yeni koşullara uyarlama olanağına sahiplerdir. Bu konuda gerek doktrinde ve gerekse Yüksek Mahkeme kararlarında büyük bir uyum söz konusudur⁶. Bunu gerçekleştirebilmek için toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşme süresinin sona ermesini ve yeni sözleşme yapma koşullarının doğmasını beklemleri de gerekmemektedir.

İnceleme konusu yapmış olduğumuz Yargıtay kararı, özellikle 2001 krizi sonrası yaşanan ve halen de kimi etkileri de sürmekte bulunan ekonomik gelişmeler sonrasında gündeme gelen önemli bir tartışmaya ilişkin bulunmaktadır.

Söz konusu dönem iyi analiz edildiğinde görülecektir ki, bu dönemde çalışma koşullarında iş

Günümüzde ihtiyaç duyulan şey, "ekonomik kriz koşullarına uyum gösterecek, rekabet edebilen ve ettirebilen" bir iş hukukunun oluşturulabilmesidir.

oluşmaktadır. Normatif kısım toplu iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlerken, taraflar buraya emredici nitelikte kurallar koyabilme hak ve serbestisine sahip bulunmaktadırlar. Zorunlu unsur olan normatif hükümler, toplu iş sözleşmesinin olmazsa olmaz bölümlerini oluştururlar⁶.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin doğrudan etkisi, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği anda var olan ya da toplu iş sözleşmesinin sona ermesine kadar ki zaman dilimi içinde kurulmuş hizmet ilişkileri hakkında söz konusu olabilmektedir.

Eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri açısından gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, sona eren toplu iş sözleşmeleri hükümleri kazanılmış hak teşkil etmezler ve yeni toplu iş sözleşmeleri hükümleri karşısında geçerliğini koruyamazlar. Bu sonucun aynı şekilde toplu iş sözleşmeleri değişikliklerinde de geçerli kabul edilmesi ve yapılan değişiklik sonrasında getirilen yeni hükümler karşısında eski düzenlemelerin,

sözleşmeleriyle ve de toplu iş sözleşmeleriyle değişiklik yapılması samimi bir ihtiyaç olarak gündeme gelmekte ancak, hangi sınırlar çerçevesinde kimlerin bu değişikliği yapabileceği ciddi bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Özellikle son dört yıldır önüne gelen birçok davada vermiş olduğu kararlarda Yüksek Mahkeme'nin de bu konuda bir arayış içinde olduğu görülmektedir⁷.

Yakın zamana kadar tarafların toplu iş sözleşmesi yapma yetkilerinin sınırsız olmadığı kabul edilirken, belirli sınırlarda bu değişikliklerin yapılabileceği kabul edilmekteydi. Toplu iş sözleşmesinin tarafları, işçiler için henüz hak olarak doğmamış, tahakkuku gerçekleşmemiş olan sözleşmenin paraya ilişkin hükümlerini değiştirebilirler. Ancak, doğmuş bir hakkın üzerinde toplu iş sözleşmesi tarafları olarak tasarrufta bulunamazlar. Toplu iş sözleşmesi taraflarına ait bulunan yetki, hakların doğumu anından itibaren işçilere geçer⁸. Aynı sonuca yine işçinin toplu iş sözleşmesinde henüz doğmamış hakkından feragât edemeyeceğini belirten Yargıtay kararının karşı anlamından da ulaşılabilmek-

tedir¹⁰. Bu değerlendirmelerin doğal sonucu olarak işçi için artık doğmuş bir hak niteliğinde olan zamlı ücret, sözleşme taraflarının (işveren-işçi sendikası ya da işçi sendikası-işveren sendikası) anlaşmasıyla düşürülemez. Başka bir ifadeyle, tarafların bu yolda yapacakları bir kararlaştırma, işçilerin sözleşmede öngörülen zamlı ücreti talep etmelerini önleyemez¹¹.

Bu bağlamda işçilerin ibra sözleşmeleri çerçevesinde yürürlüğe girmiş bulunan zamma ilişkin alacaklarından vazgeçmelerinin mümkün sayılması gerektiği, Prof. Dr. Nuri Çelik ve Prof. Dr. Ali Güzel tarafından ifade olunmuştur. Fakat Yargıtay 9. H.D.'nin 2005/407 E. 2005/14507 K. sayılı ilamında şu gerekçelere yer verilmiştir:

"Toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçinin düzen ilkesi ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi,

katılabilmemiz mümkün değildir. Zira toplu iş sözleşmesi hizmet akdi ilişkisi TİSGLK m. 6'da düzenlenmiş olup, III. fıkrada, "her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder" şeklinde düzenlenmiş bulunan hüküm gereği, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin otomatikman hizmet akdi hükmü haline gelmediği, bu durumun III. fıkra hükmü gereği ancak ve ancak, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder şekliyle, Yasa'da açık ve amir hüküm olarak belirlemiştir. Ondan önceki ilişki tamamen (sui generis) kendine özgü bir ilişki olup, aksinin kabulü bizi toplu iş sözleşmesinin özerkliği çerçevesinde, her toplu iş sözleşmesinin bir öncekinden

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, işçiler için henüz hak olarak doğmamış, tahakkuku gerçekleşmemiş olan sözleşmenin paraya ilişkin hükümlerini değiştirebilirler. Ancak, doğmuş bir hakkın üzerinde toplu iş sözleşmesi tarafları olarak tasarrufta bulunamazlar.

Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesi gereği toplu iş sözleşmesinde kabul edilmediği takdirde aleyhine bir düzenleme yapılması ve işçinin toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümlerinden vazgeçmesi mümkün olmadığı gibi, doğmayan bir haktan feragâttan de söz edilemez. Bu itibarla davacı işçinin toplu iş sözleşmesi ücret artışlarından bireysel olarak vazgeçmesi hukuken geçerli değildir."

İncelememize konu teşkil eden Yargıtay kararı ile yukarıda zikrolunan kararı birlikte mütalaa ettiğimizde, Yüksek Mahkeme toplu iş sözleşmesinin düzen ilkesi ve de TİSGLK m. 6/1 fıkra hükmü gereği, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmelerinin mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla işçi tarafından hak olarak doğmuş, istenebilir hale gelmiş bulunan bir ücret zammı hakkından vazgeçilmesi, hizmet sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı savıyla kabul edilmemektedir. Bunun istisnasını toplu iş sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılması hali oluşturmaktadır.

Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu gerekçesine

bağımsız olduğu ilkesinin kabul edilemezliği sonucuna götürür. Şöyle ki;

Toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret zammının hakkın doğumu ile birlikte hizmet sözleşmesinin bir unsuru haline geldiğini ve TİSGLK madde 6/I hükmü gereği de, ibra sözleşmesi ya da feragâtname yoluyla işçinin hakkından vazgeçmesinin mümkün olamayacağını kabul ettiğimiz takdirde, toplu iş sözleşmesinin yürürlük döneminde örnek olarak dört ikramiye uygulamasının yapılması halinde, takip eden toplu iş sözleşmesinde de en az dört ikramiyenin mutlak ve mutlak olarak uygulanması gerektiğini kabul etmemiz gerekir. Zira TİSGLK m. 6/II fıkra hükmü olan "*Toplu iş sözleşmesinde hizmet akütlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lebindeki hükümleri geçerlidir*" hükmü gereği, toplu iş sözleşmesinin tarafları istese dahi bu dört ikramiyeyi ya da bir önceki dönemde uygulanmış yan ödeme, sosyal yardım vb. herhangi bir hak uygulamasını işçinin muvafakatı olmaksızın değiştiremeyeceklerdir. Zira bu mantığa göre bir önceki TİS'de uygulanan haklar artık hizmet sözleşmesi hükmü haline

gelmiştir. Hiç şüphesiz bu durumun toplu iş sözleşmesi özerkliği ve de her toplu iş sözleşmesinin birbirinden bağımsız olması ilkesi açısından kabul edilebilirliği mümkün değildir. Eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri açısından gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, sona eren toplu iş sözleşmeleri hükümleri kazanılmış hak teşkil etmezler ve yeni toplu iş sözleşmeleri hükümleri karşısında geçerliliğini koruyamazlar¹². Bu sonucun aynı şekilde toplu iş sözleşmeleri değişikliklerinde de geçerli kabul edilmesi ve yapılan değişiklik sonrasında getirilen yeni hükümler karşısında eski düzenlemelerin lehte ve aleyhte olup olmadığına bakılmaksızın geçerliliğini yitirdiğinin benimsenmesi gerekecektir.

Kanımızca, toplu iş sözleşmeleri hukuki niteliği gereği toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında yapılmakta olup, bunun doğal sonucu olarak da işçilerin tek başlarına imzalanan sözleşmeyi aleyhlerine değiştirme yetkileri bulunmamaktadır. Ancak işçilerin toplu iş sözleşmesi değiştirme yetkisi olmasa da, toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarını talep etmeme hakkı mevcuttur. Burada aranması gereken temel husus, işçi bu hakkını kullanırken hür iradesiyle mi yoksa iradeyi fesata uğratan hallerden birisiyle mi hareket etmektedir sorusuna verilecek cevapta yatmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçinin düzen ilkesi ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesi gereği, toplu iş sözleşmesinde kabul edilmediği takdirde işçi aleyhine bir düzenleme yapılmasının ve işçinin toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümlerden vazgeçmesinin mümkün olmadığını, hizmet sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı mantığıyla kabul etmeyip, öte yandan işçi tarafından hak olarak doğmuş bulunan TİS ücret zammının bir protokolle geleceğe yönelik olarak değiştirilebileceğini kabul etmesi ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Zira mademki bir TİS ücret zammı yürürlüğe giriş tarihi itibarıyla hizmet sözleşmesi haline gelmiştir, yukarıda izah etmeye çalıştığımız nedenler dolayısıyla, TİSGLK madde 6/II fıkra hükmü gereği, hizmet sözleşmesi haline gelmiş bir hükmü, işçinin muvafakati olmaksızın toplu iş sözleşmesinin tadili suretiyle işçi aleyhine değiştirilebilmesinin de mümkün olması gerektiğini düşünüyoruz. Oysa Yüksek Mah-

keme gerek bu kararı, gerekse daha önce vermiş olduğu birçok kararı ile, ücret zammının yürürlüğe girmesi ve bu durumun işçiler açısından bir hak olarak doğmasından sonra, mevcut hukuki durumu işçiler açısından toplu iş sözleşmesinin hizmet sözleşmesini etkilemesi olarak ele almakta ve fakat, ücret zammının hizmet sözleşmesinin bir unsuru haline gelmesinden sonra, toplu sözleşme taraflarının yapacakları bir protokolle bu ücret zammının, geleceğe yönelik olarak işçi aleyhine değiştirilebileceğini kabul etmektedir (1 Eylül 2002'de yürürlüğe giren ücret zammı 5 Ekim 2002'de yapılan bir protokol hükmü ile bu tarihten sonrası için işçi aleyhine değiştirilebilmektedir).

İncelemeye konu teşkil ettiğimiz kararlar doğrudan ilgisi olmak bakımından 9. HD.'nin 2005/1407 E., 2005/14507 K. sayılı ilamında yer alan Sayın Utku Öztürk'e ait karşı oy yazısını aynen almayı uygun görmekteyiz .

"Taraflar arasındaki anlaşmazlık konularından birincisi, Toplu İş Sözleşmesinin 1.7.2001 - 31.12.2001 tarihleri arasında ki döneminde ücret ve sosyal yardımlara uygulanacak zammın işveren tarafından ödenmemesidir.

2001 yılı Mart/Nisan aylarında düzenlendiği anlaşılan feragâtnamede işçi, ".....Sen ile işveren arasında bağutlu 1.7.2000 -30.6.2002 dönemi TİS uyarınca Temmuz 2001 ayında başlayacak 3. altı aylık diliminde artışlar nedeniyle doğacak tüm parasal haklarından, ülkenin ve bankanın da içinde yer aldığı bankacılık sektörünün yaşamakta olduğu kriz döneminin aşılmasına katkıda bulunmak amacıyla kendi arzumla ve hiçbir baskı altında kalmaksızın feragât ettiğimi, yukarıda belirttiğim feragâtimin TİS'de taraf sıfatıyla ve beni temsilen imza sahibi olan sendikamı da bağlayacağını, keza sendikamın işbu feragât kapsamında bulunan parasal haklarını talep ve dava hakkı ve yetkisi" bulunmadığını belirtmektedir.

Daire çoğunluğu tarafından bu feragâtnamenin iki yönden geçersiz olduğu kabul edilmektedir.

Birincisi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 6. maddesindeki düzenlemedir. Bu maddede açık bir hüküm yer almamaktadır. Düzenlenen busus hizmet akitleri ile TİS arasındaki münasebetlerdir. Toplu iş sözleşmeleri düzenledikleri hükümler bakımından da tarafları bağlar. Bu bağlama tarafların birbirine karşı olan hak ve borç-

ları yönündendir. Taraflardan birinin diğeri yararına hakkının bir bölümünden vazgeçmesi mümkün olup, diğeri tarafın bunu kabul etmeme yükümlülüğü de olamaz. Ancak işverenin işçiye karşı olan borçları devam etmekte ve işveren bu borcunu yerine getirmekten kaçınmamakla beraber işçinin kendi serbest iradesiyle borcun yerine getirilmemesini istemesi halinde, işvereni sözleşmeyle bağlı kalmadığı gerekçesiyle sorumlu tutmak mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmeleri birbirinden bağımsız iki ayrı şart taşırlar. Bunlardan biri, emredici nitelik taşıyan hükümler olup, her iki taraf için zorunlu uyulması gereken ve aksine sözleşme yapılamayan kurullardır. Diğeri ise, taraflar arasında Borçlar Hukuku esaslarına bağlı hükümlerdir. Bu hükümler üzerinde tarafların tasarrufla bulunma yetkileri mevcuttur. Davacı işverenden bir kısım borçlarını yerine getirmemesi yönünde irade beyanında bulunmuş olup bu beyanın toplu iş sözleşmesi düzenine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Davacının bu yönde tek bir iddiası olabilir. O da belgenin zorla ve baskıyla alındığı şeklindedir. Ancak, davacı taraf bu yönde herhangi bir kanıt ve belge getirmediği gibi, feragâtle bulunmanın gerekçesi de ortaya konmaktadır. Bu gerekçenin doğruluğu olayların gelişiminden de anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Daire çoğunluğu tarafından tümüne değer verilen protokolde de sendika temsil eden sıfatıyla feragati teyit etmektedir.

Yine davacı işçinin feragât tarihinden dava tarihine kadar geçen uzunca süre içinde zamlı ücret ve diğeri sosyal haklarının ödenmediğini iddia etmemesi de feragât iradesinin kendisince benimsenmediğinin ve devam ettirdiğinin açık bir kanıtıdır.

Yine Daire çoğunluğu tarafından doğmamış bir haktan vazgeçilemeyeceği belirtilmektedir.

Toplu iş sözleşmesi imza edilmekle davacı işçinin işverenden talep edebileceği haklar doğmuştur. Toplu iş sözleşmesindeki haktan işveren tek başına vazgeçemez. İşçinin davalı işverenden zamlı ücret hakkı doğmakla beraber, bu hakların yerine getirilmesi bir takvime bağlanmıştır. Hakkın doğumu başka, muaccel olması başkadır. Hakkın doğmakla beraber vadesi gelmeden talep edilemez. Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde borcun istenebileceği zaman gösterilmiştir. Borcun istenebileceği tarih 1.7.2001 gününden başlamaktadır. Davacı işçi mevcut olan ve işverence kabul edilen ve

daba doğrusu TİS imzalanmakla doğan hakkını ancak bu tarihte isteyebilir. O halde ortada doğmuş ancak, ifa zamanı gelmemiş bir hak ve alacak mevcut olup, davacı işçi de serbest iradesiyle bu hakkından vazgeçmiştir.

Bu durumda vazgeçen davacı işçinin 1.7.2001 tarihinde başlayan ücret zammını ve bu zamdan doğan ücret ve sosyal hakları talep etmesi mümkün değildir.

Ayrıca, işverence sendika arasında düzenlenmiş 20.2.2002 tarihli bir protokol bulunmaktadır.

Bu protokolde yukarıda da belirtildiği şekilde, işçilerin feragâtları doğrulanmakta ayrıca, 1.1.2002 tarihinde ödenmesi gereken 4. dönem ücret zamları konusunda işçi aleyhine düzenleme yapılmaktadır. Daire kararında 20.2.2002 tarihinden sonra protokolün uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

1.1.2002 tarihinde dördüncü 6 aylık ücret zammı uygulanmaya başlanmıştır. Davacı işçi yönünden kazanılmış bir hak durumu oluşmuştur. Bu hakka aykırı olarak taraflar anlaşmayla hüküm getiremezler. Doktrinde de kabul edildiği üzere tabakkuk etmiş ve kazanılmış hakkın protokolle ortadan kaldırılması mümkün değildir.

Ayrıca, sendika işçiyi temsil eden tüzel kişiliktir. Yasaya göre işçinin sosyal hak ve ekonomik menfaatini korumak ve iyileştirmek için işçiden yetki almıştır. İşçinin sonradan icazeti olmadan işçi aleyhine yaptığı tasarruflar işçiyi bağlamaz.

Temel kural olarak temsil eden temsil edilen aleyhine işlem yapamaz.

Yine 3. Dönem toplu iş sözleşmesinin "Uyuzmazlıklarının Çözümü" başlıklı 87. maddesindeki prosedüre uyulmadan düzenlenen protokol bu yönden de davacı işçi aleyhine hüküm doğuramaz.

Yukarıda belirtilen bu nedenlerden dolayı Daire bozma kararına katılamıyorum."

Karşı oy yazısında bizce altı çizilmesi gereken temel hususlar şunlardır:

1) İşçinin kendi serbest iradesiyle borcun yerine getirilmemesini isteme halinde, işvereni sözleşmeyle bağlı kalmadığı gerekçesinden hareketle sorumlu tutmak mümkün değildir.

2) Davacı işçi, işverenden bir kısım borçlarını yerine getirmemesi yönünde irade beyanında bulunmuş olup, bu beyanın toplu iş sözleşmesi düzenine aykırı olduğu ileri sürülemez.

3) Ortada doğmuş ancak ifa zamanı gelmemiş bir hak ve alacak mevcut olup, davacı işçide serbest iradesiyle bu hakkından vazgeçmiştir.

İncelemeye konu teşkil eden Yargıtay kararları özellikle 2001 krizi sonrası yaşanan ve halen de kimi etkileri sürmekte olan gelişmeler sonrasında gündeme gelen önemli bir tartışmaya ilişkin bulunmaktadır.

Somut olayda ekonomik sıkıntıların yaşandığı bir dönemde sorunlara çözüm bulma arayışları çerçevesinde, davalı işverenin önerisiyle ya da karşılıklı bir mutabakat sonucu oluşan ve imzalanan bir ibraname ile ücretlerin geriye çekilmesi, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmelerinin mümkün olamayacağı gerekçesiyle reddolunmaktadır. Üzerinde tartışma olmayan temel kabul, toplu iş sözleşmesi taraflarının, işçiler açısından kazanılmış olan haklar üzerinde düzenleme yapma yetkilerinin bulunmadığı şeklindedir. Ancak hangi hakların kazanılmış hak niteliğinde sayılacağı konusunda görüş ayrılığı ortaya çıkabilmektedir.

Bir görüşe göre, altı aylık ya da yıllık olarak saptanan ücret zamlarının uygulama tarihinden önce tarafların her türlü değişikliği yapması, bu arada zamları tamamen kaldırması mümkündür. Ancak, zamların uygulama tarihinden sonra bunlar iş sözleşmesine doğrudan ve emredici olarak etki edecek ve tarafların değişiklik olanağı ortadan kalkacaktır.

Diğer bir görüşe göre ise, ücret zamlarının uygulama tarihinin gelmesi, tarafların bunlar üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldıran bir neden olarak görülemez. Örnek olarak, ücreti aylık 500 YTL olan bir işçi olduğunu ve TİS'de Ocak başında %50 zammın öngörülmüş olduğunu varsayalım. Bu durumda 1 Ocak tarihinde işçinin bu ücreti 750 YTL'ye yükselecektir. İlk görüşe göre Nisan ayında tarafların bu zam üzerinde bir değişiklik yapma yetkileri olmayacaktır. Oysa ikinci görüşe göre, taraflar Nisan ayında TİS'de değişiklik yapabilirler ve bu zammı geleceğe yönelik olarak kaldırabilir ya da miktarını azaltabilirler. Ancak bu değişiklik Ocak - Nisan arasını kapsamayacak, Nisan'dan geleceğe yönelik etkili olacaktır.

İncelemeye konu teşkil ettiğimiz kararda, protokol hükümleri 1 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren ücret zamlarını 4 Eylül 2003 tarihi itibarıyla değiştirmiş ve de Yüksek Mahkeme 4 Eylül sonra-

sı için bu protokole geçerlilik tanımıştır. Biz yukarıda izah etmeye çalıştığımız açıklamalar çerçevesinde, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında bir tutarlı mantığı oluşturabilmek bakımından, hak olarak doğmuş bulunan bir TİS ücret zammının normatif nitelikteki emredici bir hüküm olarak, hizmet sözleşmesini doğrudan etkilediğini ve de bu durumda TİSGLK m. 6/I fıkra hükmü gereği, hizmet sözleşmelerinin TİS'de aksine hüküm olmadıkça TİS'e aykırı olamayacağı gerekçesiyle, işçi açısından ibra sözleşmeleri ve/veya feragâtname yoluyla değiştirilemeyeceğini kabul ediyor isek, aynı hukuki gerekçeyle bu sefer TİSGLK m. 6/II hükmü gereği, uygulanmaya başlamış bulunan bir ücret zammının, toplu iş sözleşmesi taraflarınca geleceğe yönelik olarak da değiştirilemeyeceğini kabul etmemiz gerekmektedir. Aksinin kabulü ciddi bir hukuksal çelişkinin ve tutarsızlığın sürdürülmesi anlamına gelebilecektir.

Her ne kadar Yüksek Mahkeme TİS düzen ilkesi ve TİSGLK m. 6/I fıkra hükmü gereği toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmesini mümkün görmemişse de, bunun dışında iş sözleşmesi devam ederken düzenlenecek böylesi bir ibra sözleşmesinin, işçinin korunması bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurabileceği ileri sürmektedir. Buna göre hakkın kazanılma/doğumu anına göre yapılan bir ayırım, işçiyi koruma açısından yeterli değildir. Zira ekonomik açıdan işveren karşısında güçsüz durumda bulunan işçinin, toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından vazgeçebilmesi konusunda bu hakkın kazanılma tarihine göre ayırım yapılması, işçinin işverenin baskıları karşısında güçsüzlüğünü gözardı etmektedir, denilmektedir¹⁵.

Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na göre, "bir kimsenin doğmuş hakları üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği prensibi burada toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı ve doğrudan doğruya tesirini ve işçiyi himaye gayesini tamamen bertaraf edeceğinden kabul edilemez. İşçinin işini kaybetmesi tehlikesi karşısında, kolayca işverene karşı taleplerinden feragât etmesi mümkündür"¹⁶. Yaşamını çalışarak sürdürebilen işçiler için işten çıkarılma, en temel tehdit olarak görülebilir. Gerçekten de işçiler, normal şartlarda kabul edemeyecekleri birtakım koşulları bu durum karşısında kabul etmek zorunda kalabi-

lirler. Fakat Yargıtay kararları dikkatle incelendiğinde görüleceği üzere işveren genel ekonomik ya da sektörel kriz nedeniyle içine düştüğü durum karşısında, daha önce belirlenen ücretleri veremeyeceğini, aksi halde oluşacak maliyeti karşılamak adına işçi çıkarmaya kadar gidebilecek tedbirleri alabileceğini ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işverenler, ülkede yaşanan genel ekonomik ya da sektörel krizin kendi işletmesi üzerindeki etkileri karşısında sözleşmeleri feshetme noktasına gelinebileceğini, ancak daha önce kararlaştırılan zammın verilmemesi ya da düşürülerek verilmesi durumunda bu kaçınılmazlıktan kurtulunabileceğini ve sistemin çalıştırılabileceğini ileri sürmektedirler. Yani işveren İş Kanunu'ndan kaynaklanan fesih hakkını kullanmamak için işçilere ibra sözleşmesi ve/veya feragâtname seçeneği sunmaktadır. Son tahlilde işverenin yaşadığı somut kriz karşısında iş sözleşmelerini yasal koşullara uygun olarak feshedebilme olanağı zaten vardır.

İş güvencesinin yürürlüğe girdiği, yani işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için geçerli neden gösterme zorunluluğunun getirildiği bir hukuksal zeminde, ülkede yaşanan ekonomik kriz ve bunun işletmeyi etkilemiş olması geçerli bir fesih nedeni olarak görülmektedir. Yani sonuç olarak, işveren bu çözüm seçeneğini sunmadığında da tehdit olarak ifade edilmeye çalışılan ve ikraha neden olduğu söylenen fesih olanağını elinde zaten bulundurmaktadır.

Hiç şüphesiz bir dönem için geçerli olan ve doğru olduğuna inandığımız bu görüş, küresel rekabet ortamındaki işçi ve işveren paradigmasını yeterince kavrayamamakta ve bu yeni anlayışın ve gelişmelerin önümüze koymuş olduğu "aynı geminin içindeyiz" felsefesini ya da kaçınılmazlığını gözardı etmektedir.

İşverenin işçi karşısında üstünlüğü göreceli olup, günümüzde işçi ve işveren birbirlerinin rakipleri değillerdir. İşverenin rakipleri kendisiyle aynı konuda üretim yapan tüm dünya işletmeleridir ve bunlar o işletmede çalışan işçilerin de rakipleridir aynı zamanda. Zira o işveren ve işletme bu rekabet ortamında başarılı olamadığı takdirde, bunun işçilere yansımaması düşünülemez. Fatura birlikte ödenmektedir. Dolayısıyla samimi bir ihtiyaçtan kaynaklanan toplu iş sözleşmesinin tadili yoluyla ya da işçinin bireysel tasarrufuyla hakların bir

kısından vazgeçilebilmesi, kimi zaman işçinin doğrudan istihdam edilebilirliği ile ilgili bulunmakta olup, bunu her zaman için işverenin suiistimali ya da toplu iş sözleşme yükünden kurtulma ve kanuna karşı dolanma olarak değerlendirmek akılcı, insafli ve basiretli bir tutum olmayacaktır. Zira dünya maalesef dünkü dünya değildir ve yakın gelecekte de olacağına dair bir emare gözükmemektedir. Toplu iş sözleşmesi düzeni dışında çalışan bir işletmede zam uygulaması sonrası ortaya çıkan gelişmeler üzerine işveren ve işçi anlaşarak, sözleşmelerini tadil edip, yeni koşullara uyum sağlayabilirken, toplu iş sözleşmesine dayalı sendikal düzenin, bir sendikal disiplinin ve onun yarattığı organize bir gücün olduğu işyerinde, işçilerin işveren karşısında güçsüzlüğü gerekçesini kullanarak, yapılacak ibra sözleşmesinin geçersizliğini her zaman için ileri sürmenin pek doğru ve adil bir yaklaşım olamayacağını düşünüyoruz.

İşverenin ekonomik sıkıntıları nedeniyle işçi çıkarmak zorunda olması veya mevcut durumdan bu konunun davacı tarafından bir şekilde algılanması ise tehdit olarak değerlendirilemez. 4857 sayılı İş Kanunumuzun 18. maddesi işletmenin, işin ve işyerinden kaynaklanan fesih nedenlerini geçerli fesih sebebi olarak hükme bağlarken, madde gerekçelerinde; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesinin geçerli fesih sebebi oluşturabileceği örnekleme yoluyla ifade olunmuştur. Yine madde gerekçelerinde belirtildiği üzere, bu uygulamalara giden işverenden beklenen, feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken, sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerektiği Kanun gerekçelerinde belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu birçok kararda, işverenden feshe en son çare olarak bakma anlamında beklenti olduğunu ve feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti bu anlamda neler yapıldığının ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir.

İşçinin ibra sözleşmesini ya da feragât dilekçesini verdiği tarihten itibaren iş sözleşmesinin son bulduğu tarihe kadar geçen süre içindeki ücret ödemeleri ile ilgili ücret bordrolarını hiçbir ihtirazi

Bir hak olarak doğmuş bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, somut olayın verilerine göre işçiyle sağlanacak bir karşılıklı ibra sözleşmesi ve/veya feragâtname alınması yoluyla ortadan kaldırılması ya da değiştirilmesi mümkün olmalıdır.

kayıt koymadan imzalamış olmasını da, bu belgeyi rızası ile imzaladığı ve ücret artışından doğan farkların ödenmemesine kendi hür iradesiyle, eksik ücrete razı olduğu yönünde önemli bir delil olarak kabul etmek gerekliliğine inanmaktayız.

Sonuç

Tüm bu değerlendirmelerden sonra konuya ilişkin kişisel yorum ve çözüm önerimiz ise şu şekildedir:

1) Toplu iş sözleşmesi düzeni içinde bir hak olarak doğmuş ve işçi açısından talep edilebilir durumda bir alacaktan işçinin hür iradesi ile vazgeçmesinin, TİSGLK m. 6 ile bir ilgisinin bulunmadığını düşünüyoruz. Eğer iradeyi fesata uğratan bir hal söz konusu ise, Borçlar Kanunu m. 31 çerçevesinde hiç şüphesiz konu bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

2) İşyerinde çalışan işçilerin büyük bir çoğunluğu ibra sözleşmesi ve/veya feragâtname ile doğmuş bulunan bir alacaktan vazgeçiyorlarsa toplu iş sözleşmesi düzeni ilkesinin bundan zedelenmeyeceğine, işyerinde yeni bir düzenin kurulmuş olduğunun kabul edilmesi gerektiğine inanıyoruz.

3) Özel dönemlerde, ekonomik kriz, sektörel kriz, öngörülme haller vb. gibi nedenler sonrası gündeme gelebilecek bu gelişmeler karşısında (incelemeye konu teşkil eden kararda sektörel krizden bahsedilmektedir) yargıç, Medeni Kanun m. 2'de öngörülen esaslar çerçevesinde, takdir hakkını kullanarak, ortada toplu iş sözleşmesi düzeninden kaçınma ve de kanuna karşı dolanma arayışı mı, yoksa işletmenin yaşadığı sorunlara samimi bir çözüm arayışı mı olduğunu tespit etmelidir. Yargıç somut olayda hiç şüphesiz bunu aramalı ve hakkın kötüye kullanımı anlamına gelebilecek

uygulamaların önüne elbetteki geçmelidir. Ancak yargıç olağanüstü dönemlerde gündeme gelebilen bu arayışların 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü feshe en son çare olarak bakma anlamında, işletmeden kaynaklanan sıkıntılara bir çözüm arayışı olup olmadığını somut olayda araştırarak hükmünü ona göre oluşturmalıdır.

4) Yüksek Mahkeme bize göre tutarlı olabilmek bakımından, eğer işçiler açısından hak olarak doğmuş bulunan, örnek olarak 1 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe giren bir ücret zammı sonrası, işçi ve işverenin bu zammı kaldırmaya, değiştirmeye yönelik ibra sözleşmesini ve/veya feragâtnameyi TİSGLK m. 6 gereği kabul etmiyor ise, bu tarihten sonraki toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapan protokole de hukuki geçerlilik tanımamak durumdadır. Yargıtay kararının kendi içinde tutarlı bir hukuk mantığı oluşturabilmesi açısından, toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin, işçiler için bir hak olarak tahakkuk etmiş bulunan ücret zammını ortadan kaldırmaya veya azaltmaya imkân veremeyeceğini kabul etmemiz gerekir. Mademki konu TİSGLK m. 6 hükmü ile doğrudan ilintilidir, bu durumda sözleşme ile öngörülen zam tarihinde ücret zammına ilişkin normatif nitelikteki emredici hükmün hizmet sözleşmesini doğrudan etkilediğini ve ücretlerin o tarihten itibaren zamlı düzeye yükseltilmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun doğal sonucu olarak da, işçi için doğmuş bir hak niteliği kazanan zamlı ücretin, artık toplu iş sözleşmesi taraflarının anlaşmasıyla düşürülemeyeceğinin kabulü kaçınılmazdır.

Oysa Yargıtay toplu iş sözleşmesi ile öngörülen zam tarihinde ücret zammına ilişkin normatif nitelikteki emredici hükmün hizmet sözleşmesini doğrudan etkilediğini kabul etmekte ve fakat daha sonra yapılacak bir protokol ile işçi için doğmuş/kazanılmış bir hak niteliği haline gelmiş bulunan zamlı ücretin protokol ile geleceğe yönelik olarak indirilebileceğine geçerlik tanımaktadır. Ancak, bize göre böylesi bir yaklaşım genel olarak ve bir karar incelemesinde rastlanmayacak tarzda post modern bir yaklaşımla ifade olunmaya çalışılan sebepler dolayısıyla, hem hukuki hem de ekonomik aklın gereği doğru olmayacaktır. Böylesi bir çözüm, sorunlarına ortak çözüm arayan işçi ve işveren açısından da uygun değildir. Bize göre, bir

hak olarak doğmuş bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, somut olayın verilerine (ekonomik kriz, olağan üstü haller, sektörel kriz vb.) göre işçiyle sağlanacak bir karşılıklı ibra sözleşmesi ve/veya feragâtname alınması yoluyla ortadan kaldırılması ya da değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Aynı husus bu dönemde yapılacak bir protokol ile toplu iş sözleşmesinin taraflarınca da geçerli kılınabilmelidir. Buna TİSGLK m. 6 hükmü engel teşkil etmemektedir. Rekabet kültürünün yarattığı paradigmlar ve feshe en son çare olarak bakma arayışının getirdiği akılcı, insani, hukuki ve adil çözümlün bu olduğunu düşünmekteyiz.

Yüksek Mahkeme'nin son zamanlarda istikrar kazanmaya başlayan ve içlerinden birisini incelemeye çalıştığımız kararın doğal sonucu olarak, böylesi ekonomik kriz yaşayan ve toplu iş sözleşmesi düzeni içinde endüstriyel ilişkilerini yürütmeye çalışan işletmelerin, eğer toplu iş sözleşmesini değiştiremiyorlarsa, işçiyi işten çıkarmaktan başka bir şansları kalmamaktadır. Gerek kanun koyucunun, gerek doktrinin ve gerekse de Yüksek Mahkeme'nin böylesi nihai bir sonuç istemediği sanırım herkesin ortak görüşüdür. Denilebilir ki işveren sıkıntılarında samimi ise, muhatabı işçi sendikasını ikna ederek pekâlâ toplu iş sözleşmesinin tadilini gerçekleştirip sorununa çözüm bulabilir. Ancak özellikle grup toplu iş sözleşmesi düzenine tabi bir işyeri için bu hiç de kolay bir şey olmayıp, işveren ve sendika bu imkânı bulamamış olabilirler. Bu durumda işverenin kalifiye işgücünü ve işletmesini, işçilerin de kendi istihdam edilebilirliklerini korumak adına, akıl, sağduyu ve basirete dayalı olarak bulmuş oldukları bu ortak çözümü kabul etmemek, bizce hem hukuki değildir ve sonucu itibarıyla iş hukukunun işçiyi koruma, feshe en son çare olarak bakma arayışlarıyla da uyum sağlamamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Av. Mesut Ulusoy, Mercek, 2006 Ocak, "İstihdam ve Rekabet Edebilirlik Bakımından 4857 Sayılı İş Kanunu".
- 2 Av. Mesut Ulusoy, MESS İşveren, Mayıs 2005, "Endüstriyel Demokrasi ve Global Rekabet".
- 3 9.H.D. 2005/4256 E., 2005/14535 K., 9.H.D. 2005/2072 E., 2005/14533 K., 9.H.D. 2004/10655 E 2004/27188 K, 9.H.D. 2004/24505 E., 2004/25999 K.
- 4 Av. Ertan İren, "Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hizmet Aktileri Üzerindeki Etkileri".

- 5 9.H.D. 9.4.1968 Tarih E. 157, K. 4628.
- 6 Yrd. Doç. Dr. Murat Şen, TÜHİS Dergisi, Ağustos 2005.
- 7 Prof. Dr.Can Tuncay, "Toplu İş Hukuku", Prof. Dr. Ercan Akyiğit "İş Hukuku".
- 8 9. H.D. 2004/27585 E., 2004/24589 K., 9.H.D. 2003/130 E., 2003/19057 K., 9.H.D. 2004/2500 E., 2004/14218 K., 9. H.D. 2003/5911 E 2003/18274 K., 9. H.D. 2001/19469 E., 2002/4655 K., 9. H.D. 2004/2500 E., 2004/14218 K.
- 9 Prof. Dr. Ali Güzel, 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri. Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku - 2004, Prof. Dr. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yargıtay 9.H.D. 24.2.1998 tarih ve 1998/2118-2443 sayılı kararı.
- 10 9.H.D. 9.10.2003 tarih E. 9562, K. 16768.
- 11 Prof. Dr. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Baskı, Prof. Dr. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, Prof. Dr. Algun Çifter, Toplu İş Sözleşmesinin Taraflarca Değiştirilmesi.
- 12 9. H.D. 27.3.1985 tarih, E., 1985 K., 2859, 9.H.D. 30.9.1985 tarih, E., 1985 K., 6189, 9.H.D. 25.11.1985 tarih, E., 11492 K., 423.
- 13 Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir Karar İncelemesi, Toplu İş Sözleşmede Sonradan Değişiklik Yapma Yetkilerinin Kapsamı - Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3/2004.
- 14 Prof.Dr. Seza Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi.

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Tüzel Kişi İşverenlerin Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerinin Prim Ödemedi Doğan İşverenleri ile Birlikte Müştereken ve Müteselsilen Sorumluluğu

Sunuş

Sosyal sigorta bir sosyal güvenlik tekniğidir. Sosyal sigorta tekniği, modern sosyal güvenlik sistemlerinin en yaygın biçimde kullandığı bir tekniktir. Sosyal sigorta tekniği, hukuken sosyal sigorta ilişkisi temelinde işleyen bir sosyal güvenlik tekniğidir.

Sosyal sigorta ilişkisi kanundan doğan bir hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişki sigortalı, sigorta kurumu (devlet) ve işveren arasında şartları kanunla belirlenmiş zorunlu bir ilişkidir. Sosyal sigorta ilişkisi, bu ilişkinin tarafları için birtakım haklar ve yükümlülükler doğurur. Sosyal sigorta ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Bu ilişki ile ilgili olarak "sözleşmele-re, sosyal sigorta yardım ve yükümlülüklerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz" (SSK m. 6)¹.

Sosyal sigorta ilişkisinin ne zaman doğacağı ve ne zaman sona ereceği ve bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülükler kanunla düzenlenir. Sosyal sigorta ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler sigortalı, işveren ve Kurum yönünden ayrı ayrı sayılmış ve tespit edilmiştir.

İşveren bakımından bu ilişkiden doğan yüküm-

lülüklerden birisi de prim ödeme yükümlülüğüdür. Prim ödeme yükümlülüğü, kanunda öngörülen esaslar içerisinde işverenin çalıştırmakta olduğu işçilerin (sigortalının) ücretlerinden prim kesilmesi, belirli zamanlarda Kuruma prim belgelerinin verilmesi ve kesilen primlerin kendi payı ile birlikte Kuruma ödenmesini öngören bir yükümlülüktür.

Sosyal sigorta sistemi, riskler gerçekleştiğinde, sigorta yardımlarının tam ve zamanında yapılmasını öngörür. Sistemin sürdürülebilir olması ve sigortalılarda beklenen tatmini sağlayabilmeleri için sistemin gelir ve gider dengelerinin iyi kurulmuş olması; aktüeryal hesapların doğru ve düzgün bir şekilde yapılması gerekir. Sigorta sisteminin gelir gider dengesinin sağlanması ve yardımların kesintisiz ve zamanında, yeterli bir şekilde yapılabilmesi için primlerin zamanında tahsil edilmesi şarttır.

Sosyal sigorta sisteminin en önemli meselelerinden birisi sigortalıların zamanında tescili ve primlerin zamanında toplanmasıdır. Primlerin zamanında toplanmasını temin etmek için hem hukuki hem de cezai müeyyideler konulmuştur. Ancak bu tedbirler de meseleyi çözmeye yetmemiştir.

Bu alanda yeni bir adım atmak ve primlerin zamanında toplanmasını temin etmek için bir adım daha atılmış ve işverenlerle birlikte sigortalının ça-

lıştığı tüzel kişiliği haiz işverenlerin üst düzey yönetici ve yetkilileri ve kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, saymanlarının kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaları hükme bağlanmıştır (SSK m. 80/13).

Primlerin zamanında ödenmesini garanti altına alınmasını sağlamak maksadı ile 14.05.1985 tarih ve 3203 sayılı Kanun'la SSK m. 80'e eklenen bu düzenleme üzerinde durulması gereken bir düzenlemedir. Bu düzenlemeden doğan hukuki uyumsuzluklar, yargının bu konudaki içtihatları ve düzenlemenin yerindeliliği tartışılması gereken konulardır.

Biz bu kısa çalışmamızda yargı içtihatları ışığında söz konusu düzenlemeyi değerlendirmeye çalışacağız. Ancak kamu ve özel sektör ayırımı yapılmaksızın konu kendi bütünlüğü içerisinde ele alınacaktır.

1- Müşterek ve Müteselsil Sorumlulukta Kişi Unsuru

İşverenler bir ay içerisinde çalıştırdığı sigortalıların primlerini hesaplamak, ücretlerinden kesmek kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur (SSK m. 80/1). Prim borcunu zamanında ödemeyen işveren kuruma karşı sorumludur². Kanun asıl işverenin sorumlu olması ile yetinmemiş; işverenin çalıştırdığı ve hukuken işveren vekili konumunda bulunan bazı kimselerin de prim borcundan işverenle birlikte müşterek ve müteselsilen sorumlu olmalarını öngörmüştür. İşverenle birlikte sorumlu olacak şahıslar, hem kamu kesiminde hem de özel kesimde olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir.

SSK'da sigortalı "Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar" (SSK m. 2) şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda işveren ise Kanunda tarif edilen anlamda sigortalıyı çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır (SSK m. 4). Kanun, "İşveren nam ve hesabına işin yönetimi görevini yapan kimseler "işveren vekilidir", "Bu Kanunda işveren deyimi işveren vekilini de kapsar" (SSK m. 4/2) ve "İşveren vekili bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı aynen işveren gibi sorumludur." (SSK m. 4/3) hükümlerine yer vermiştir.

Kanun primlerin zamanında ödenmemesi ile ilgili işveren ve işveren vekili için öngördüğü sorumluluk ile yetinmemiştir. Ayrıca işveren/işveren vekili yanında onlarla birlikte bazı şahısların da müşterek ve müteselsil sorumluluğunu öngörmüş ve bu suretle işverenlerin primlerini zamanında ödemelerini kuvvetlendirici bir düzenleme yapmıştır.

Kurumun işveren/işveren vekili dışında bazı kamu görevlileri ile tüzel kişiliği haiz işyerlerinin üst düzey yöneticileri işverenle birlikte sorumlu tutularak hem prim ödememenin müeyyideleri kuvvetlendirilmiş hem de primlerin zamanında ödenmesini destekleyici bir mekanizma kurulmuştur.

A- Kamu Kesiminde Kamu İşvereni ile Birlikte Sorumlu Olanlar

Kural olarak kamu kesiminde SSK m. 2 anlamında sigortalı çalıştıran ve prim ödeme yükümlülüğünü ifa etmeyen kamu kurum ve kuruluşu Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı sorumludur. Burada işveren, kamu kurum ve kuruluşudur. Tüzel kişiliği olup olmaması sosyal sigorta mevzuatı bakımından önemli değildir. Zira İş Kanunu m. 2'de iş sözleşmesinin işveren tarafı olan kamu kurum ve kuruluşunun tüzel kişiliğe haiz olması gerekmemektedir.

Kanun asıl işveren ile birlikte prim borçlarından belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip (ve) saymanları da sorumlu tutmuştur (SSK m. 80/13). Kanun düzenlemesi incelendiği zaman, kamu işvereni yanında kamuda çalışan bir kimsenin sorumlu olabilmesi için belirli özellikleri haiz olması gerekir. Bu anlamda kamu kurum ve kuruluşları bakımından işveren ile müşterek ve müteselsilen sorumluluk yönünden bir kimsenin;

- Kamu görevlisi statüsünde çalışmakta olması,
 - Primlerin tahakkuk ve tediyesinden sorumlu olması,
 - Sorumlu muhasip veya sayman statüsünde çalışmakta olması
- öngörülmektedir.

Madde incelendiği zaman; primlerin ödenmesi bakımından kamu işvereni birlikte müşterek ve müteselsilen sorumlu olacak kimsenin öncelikle kamu görevlisi statüsünde olması gerekir. Kanu-

nun lafzından kamuda işçi statüsünde çalışan kimseler, velev ki mesul muhasip ya da sayman da olsa sorumlu tutulamaz.

Düzenleme şekli bir başka sorunun da cevaplandırılmasını gerekli kılmaktadır. Primlerin tahakkuk ve tediyesi ile sorumlu ve görevli kamu görevlilerinin mesul muhasip ve/veya sayman mı olması gerekir? Kanun metni çok açık bir şekilde kaleme alınmış gözükmemektedir. Düzenlemede kamu kurumları bakımından sorumluluğun yalnızca primlerin tahakkuk ve tediyesinden sorumlu muhasip ya da sayman ile sınırlandırıldığı şeklinde yorumlamak mümkündür. Bu mesele yargıya intikal eden hukuki uyuşmazlıklarda da ele alınmıştır. Yargıtay bu madenin yalnızca mesul muhasip ya da saymanla sınırlı bir sorumluluk olarak anlaşılamayacağı görüşündedir. Yargıtay bu görüşle prim borçlarının tarh ve tahakkuku ile mesul kimselerin belediye mevzuatı ile açıkça belirlenmiş olduğu bir davada belediye başkanının şahsi sorumluluğuna hükmetmiştir⁴. Dağıtım ise belediye başkanlarının SSK m. 80 kapsamında şahsi sorumluluğuna gidilemeyeceği görüşündedir⁵. Biz Kanunun lafzından bu şekilde bir sonucun çıkmasının mümkün olmadığı, bu şekilde anlaşılması için Kanun metni kaleme alınırken "kamu görevlileri" ifadesinden sonra bir virgül konulması gerektiği, halbuki metinde sözünü ettiğimiz yerde virgül olmadığı zamanda düzenlemedeki ifadeyi kamu görevlisi statüsündeki mesul muhasip ve saymanla sınırlı olarak anlamak gerektiğini düşünüyoruz⁶. Yargıtay'ın tespiti elbette doğrudur. Belediye başkanının şahsi sorumluluğuna gidilmediği bir durumda mesul sayman ya da muhasibin şahsi sorumluluğuna gidilmesi Kanunun gayesi ile bağdaştırılmaz. Ancak Kanun lafzından Yargıtay'ın anladığı şekilde bir sonucu çıkarmak da bize doğru gelmemektedir. Doğrusu metnin yeniden düzenlenmesidir.

Sosyal Sigortalar Kurumu da maddeyi yorumlar iken aynen Yargıtay gibi düşünmektedir. Kurum maddenin mesul muhasip ve saymanlarla sınırlı bir muhtevada anlaşılamayacağı görüşündedir. Kurum bu görüşünü yayınladığı bir genelge ile ortaya koymuş ve "Kamu kurum ve kuruluşlarında, Genel Müdür, Yönetim Kurulu üyeleri, Belediye Başkanlığı ile tahakkuk ve tediyeye ile görevli muhasip-muhasebe ve hesap işleri müdürleri, saymanları" şahıs bakımından kamu görevlileri kapsamında telakki ettiğini açıklamıştır⁷.

Yargıtay şahıs yönünden işveren ile birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluk tespitinde kişilerin sorumlu muhasip veya sayman olup olmadıklarının iyice araştırılmasını; yalnızca muhasip ya da sayman olmasını yeterli görmemekte, sorumluluk yönünden de araştırma yapılmasını ve araştırma sonucuna göre karar verilmesini şart koşmaktadır⁸.

Kamu kurum ve kuruluşları bakımından sorumlu şahısların tespitinde bu dört şartın birlikte varlığını aramak gerekir. Sorumlu muhasip ya da sayman eğer kamu görevlisi statüsünde çalışmamakta ise Kanunun lafzından bu kimselerin sorumluluğuna gidilemez. Türk kamu hukuku bakımından sorumlu muhasip ve saymanlar yönünden bugüne kadar aksine bir çalışma statüsü söz konusu olmadığı için mesele tartışmaya açılmamıştır. Ancak kamuda hizmet satın alınmaya başlandığında, kamu görevlisi statüsünde çalışmayan mesul muhasebeci veya saymanlarla karşılaşılacaktır.

B- Özel Sektör İşverenleri Bakımından

Kanun tüzel kişiliği haiz işverenlerin üst düzey yönetici veya yetkililerinin de prim borçlarının zamanında haklı sebep olmaksızın ödenmemesi halinde asıl işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olmalarını hükme bağlamıştır (SSK, m. 80). Şu halde tüzel kişiliği haiz olmayan özel sektör işverenlerinin üst düzey yönetici veya yetkililerinin primlerin ödenmemesinden doğan bir sorumlulukları bulunmamaktadır⁹.

Sorumluluk için SSK m. 2 anlamında sigortalıyı çalıştıran (SSK m. 4 anlamında) işveren sayılmak ve özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olmak gerekmektedir. Türk hukukunda tüzel kişiliği bulunan özel hukuk tüzel kişileri kapsamında dernekler, vakıflar ve ticaret şirketleri yer alır¹⁰. Ticaret şirketleri, tüzel kişiliği haizdir. Tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri kanunda kapalı sınırlı ortaklık ile belirlenmiş olup bunlar kolektif şirket, komandit şirket, limited şirket, anonim şirket ve kooperatif şirkettir¹¹.

Özel işverenler bakımından asıl işveren dışında çalışan kimselerin de işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için:

- İşverenin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olması.
- Kişinin ise böyle bir işverenin üst düzey yöneticisi veya yetkilisi durumunda bulunması gerekir. Kanunun düzenlenmesinde özel sektörde asıl işveren dışında sorumluluk bu madde anlamında

yalnızca tüzel kişiliği bulunan işverenlerin üst düzey yönetici veya yetkilileri için öngörülmüştür.

Düzenlemede açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan birisi Kanun düzenlemesinden sorumlu üst düzey yetkililerin münhasıran prim tediye ya da tahakkukundan sorumlu üst düzey yetkili ya da yönetici olup olmayacağı hususudur. Kamu kurum ve kuruluşları bakımından sorumluluk için ilk şart, tahakkuk ve tediye sorumlu kişi olmaktır. Bu husus kamu için açıkça ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmiştir. Çünkü kamuda tahakkuk ve tediye sorumlu olanlar çoğunlukla görev ve yetkileri düzenleyen mevzuat ile belirlenmektedir; çoğu kez de bizzat görev ünvanından prim tediye ya da tahakkuktan sorumlu kişi olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklığa kavuşturulması gereken ikinci husus ise tüzel kişi işverenlerin üst düzey yönetici ve yetkilile-

nun cevabında işverenin üst düzey yönetici veya yetkililerden birisini primlerin ödenmesi ile görevlendirilmiş olup olmadığı önem taşır. Mesela kolektif şirkette ortaklar şirketin borç ve yükümlülüklerinden dolayı sınırsız sorumludur. (TTK m. 153). Şirketin sorumlu muhasebecisi şirket tarafından primlerin ödenmesiyle yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiş iken prim ödemesi bakımından kolektif şirket ortakları sınırsız sorumlu olacaktır denebilir mi? Bu sorunun benzerlerini diğer tüzel kişiliği haiz işverenler bakımından da ayrı ayrı sormak mümkündür.

Üst düzey yönetici ve yetkililerin belirlenmesinde Ticaret Kanunu hükümleri esas alınır. Ortaklar kurulu kararları, ticaret siciline gönderilen yazılar, ticaret sicil gazetesindeki ilanlar, üst düzey yönetici ve yetkili niteliğinin tespitinde yol gösterici olmaktadır. Tereddüt halinde bu belgeler incelenme-

Şirket yönetimi kişinin şirketi temsil ve idareye yetkili olduğuna dair bir karar almış ise bu kişi üst düzey yönetici sayılır.

rin kim ya da kimler olduğudur. Ticaret hukukumuzda üst düzey yönetici ya da yetkili kavramı yer almamaktadır. Bunun yerine tüzel kişi işverenin ortaklarından, yönetim kurulu üyesi ortakları, müdürleri, müdür ortakları, yönetim kurulu Murahhas üye ortaklarından söz edilmektedir. SSK anlamında işveren durumundaki tüzel kişi şirketlerin üst düzeydeki yönetici ve yetkilileri, şirketi temsile ve şirketi bağlayıcı karar almaya, şirket adına hukuki işlem yapmaya yetkili kimseler olmaları gerekir. Her bir şirket bakımından şirket türüne göre bu anlamda üst düzey yönetici ve yetkili kavramı farklılaşmakta ve farklı bir şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Prim borçlarından işveren ile birlikte sorumluluk söze konu olunca üst düzey yönetici veya yetkili statüsünün nasıl kazanıldığı önemli değildir. Önemli olan üst düzey yönetici veya yetkili kimsenin, işverenin yetkili karar organlarıncı prim ödemenin gerektiği ödeme kararını almak ve primleri ödemek için (yani tahakkuk ve tediye için) gerekli yetkilerle donatılmış olmasıdır.

Tartışma tüzel kişiliği haiz işverenin üst düzey yönetici veya yetkilisinin birden çok olması halinde bu kimselerin tamamı mı, yoksa bir kısmı mı sorumlu olacaktır sorusunda ortaya çıkmaktadır. Bu soru-

li ve bu belgelerden yahut da ortaklar kurulu kararlarından üst düzey yönetici ve yetkili olup olmadığı tespit edilmelidir.

Üst düzey yöneticinin sorumluluğu bu statünün devam ettiği sürece devam eder¹¹. Üst düzey yöneticinin görev süresi içerisindeki sorumluluğu, bu statünün sona ermesinden sonra da görev süresi ile sınırlı olmak üzere devam eder¹².

Prim tahakkuk ve tediyesinden sorumlu üst düzey yönetici veya yetkililerin tüzel kişi işveren tarafından tespit edilmiş olduğu durumlarda diğer üst düzey yöneticiler sorumlu tutulmayacak mıdır? Yahut da tüzel kişilikte sorumlu üst düzey yönetici veya yetkili belirlenmiş olup da sorumlu bulunmayan üst düzey yöneticilerden birisi şirket yönetimine hakim ortak durumunda ise ne olacaktır? Hatta üst düzey yönetici olmayan, ancak tüzel kişilikte hakim durumda bulunan kimseler var ise bu durumda ne yapılacaktır?

Bütün bu sorular yargıya intikal eden davalarda tartışılmıştır. Yargıtay konu ile ilgili kararlarında bu alandaki pek çok soruya da cevap vermektedir. Yargıtay kararları ile düzenleme daha bir anlaşılır hale gelmektedir. Ancak bazı kararlarda ise Yargıtay kendisini prim tahsiline destek vermek gibi bir

görev yüklemişçesine karar vermekte ve tüzel kişiliği haiz şirketlerdeki karar mekanizmalarından yola çıkarak bir sonuca varmaktadır. Elbette bu tartışmalarda öncelikle tüzel kişiliği bulunan işveren şirketler, dernek ve vakıflarla, kooperatif kuruluşlarda üst düzey yönetici ve yetkilinin kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Yargıtay üst düzey yönetici tespitinde ticaret sicil dosyası ve ticaret siciline gönderilen yazılar ticaret sicil gazetesinde yayınlanan yönetim kurulu kararları dikkate alınmasını gerekli görmektedir¹³. Ticaret sicili gibi kayıtlar üst düzey yönetici olma bakımından aksi ispat edilinceye kadar doğru olduğu kabul edilmesi gereken belgelerdir; aksi iddia edildiğinde bu belgelere dayalı hüküm tesis edilemez¹⁴.

Şirket yönetimi kişinin şirketi temsil ve idareye yetkili olduğuna dair bir karar almış ise bu durumda bu kişi üst düzey yönetici sayılır. Şirketin mali

finansman veya muhasebe müdürü gibi üst düzeyde sorumluluk taşıyan görevli olması gerekir. Bunun dışında kalan ve şirketin idari ve mali işlerinde doğrudan söz sahibi veya yetkili olmayan karar organında yer almayan kişilerin işverenle müşterek sorumluluğu düşünülemez." diyerek bu konuda bir ilke oluşturmaya çalışmaktadır¹⁵.

Yargıtay aynı görüşünü kooperatif yönetim kurulu üyeleri ile ilgili bir kararda da sürdürmekte ve kişinin yalnızca kooperatif yönetim kurulu üyesi olmasının kooperatif üst düzey yöneticisi sayılmak için yetmeyeceğini, kooperatif yönetim kurulunda başkan, ikinci başkan ya da Murahhas üye veya muhasip üye olmayan kimsenin üst düzey yönetici veya yetkili sayılamayacağına hükmetmiştir¹⁶.

Yargıtay'ın 21 ve 10. Hukuk Daireleri arasında üst düzey yöneticilerinin sorumluluğu yönünden bir görüş ayrılığı bulunduğu, 21. Hukuk Daire-

Şirketi borç altına sokma ve yönetme yetkisi olmayan kimseler, üst düzey yönetici sayılmamaktadır.

konularında işlem yapmaya yetkili olmayan ya da şirkete mali yük getirebilecek konularda işlem yapmaya yetkili olmayan şahıslar üst düzey yönetici sayılamaz.

Yargıtay ilk zamanlar anonim şirketler bakımından anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin yalnızca yönetim kurulu üyesi olmak itibarı ile sorumlu olmalarını kabul etmekteydi¹⁷. Yargıtay yönetim kurulunda imza yetkisi olmayan yalnızca toplantılara katılan yönetim kurulu üyelerinin şahsen sorumlu olmayacağını kabul ederek eski içtihadından dönmüştür¹⁸. Yeni tarihli bir başka kararında ise Yüksek Mahkeme bir üst düzey yöneticinin prim borçlarından sorumlu tutulabilmesi için prim borçlarının tahakkuk ve tediyesi ile görevlendirilmiş olmasını şart koşmakta; anonim şirketin yalnızca yönetim kurulu üyesi durumunda bulunan ve şirketin leh ve aleyhinde hiçbir işlemde bulunmayan kimsenin sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁹. Yargıtay anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin üst düzey yönetici sayılmaları için "...bu kimsenin yönetim kurulunda başkan veya başkan yardımcısı gibi unvan taşıması veya imza yetkisine sahip üye olması veya şirketin yönetiminde parasal konularda yetkili genel müdür,

şinin üst düzey yöneticilerden yalnızca primlerin ödemesinden sorumlu olanların şahsi sorumluluğuna gidilebileceğini, 10. Hukuk Dairesi'nin ise böyle bir ayrımı kabul etmediği bilinmektedir²⁰.

Üst düzey yönetici ve yetkili sayılmak için öncelikle tüzel kişi işvereni temsil ve ilzama yetkili olmak gerekir²¹. Öte yandan şirketi borç altına sokma ve yönetme yetkisi olmayan kimseler, üst düzey yönetici sayılmamaktadır²².

Özellikle limited şirketler bakımından müdür ortağın üst düzey yönetici olduğu tartışmasızdır. Ancak bu tür şirketlerde birden çok üst düzey yönetici mevcut olabilir²³. Limited şirkette ortaklar kurulu kararı ile işletme müdürü ortağa primlerin ödenmesi hususunda sorumluluk yüklenmiş ise şirketin diğer ortaklarını üst düzey yönetici sıfatı ile sorumlu tutmak mümkün değildir²⁴.

Kanun üst düzey yönetici yanında üst düzey yetkilileri de sorumlu kimseler arasında saymaktadır. Üst düzey yetkili kimdir? Üst düzey yetkililer, tüzel kişinin üst düzey yöneticilik sıfatını taşımayan ancak tüzel kişi tarafından kendisine bazı yetkiler verilen kimsedir. Belirli ve sınırlı yetkilerle donatılmış olup da bu yetkiler içinde prim ödeme de var ise, bu kimseler üst düzey yönetici olmasa

dahi üst düzey yetkili olarak sorumlu olurlar²⁶.

2- Prim Ödeme Borcunun İfa Edilmemiş Olması

3203 sayılı Kanun sorumluluğu düzenler iken ilk şart olarak, işverenin SSK'dan doğan prim borcunun tahakkuk ve tediye edilmemiş olması şartını koymaktadır. Bu durumda aylık prim bildirgelerinin doldurulmuş ve SSK'ya verilmiş olması yeterli değildir; ayrıca tahakkuk eden primlerin de Kuruma zamanında ödenmiş olması gerekir. Zamanında ödenmemiş primleri şirket daha sonra Kuruma ödemiş ise bu durumda bu hüküm uygulanmaz. Prim borçlarından müşterek ve müteselsil sorumluluk, prim borcunu tüzel kişi işverenin ödeyememesi halinde söz konusu olmaktadır .

3- Primlerin Ödenmemesinin Haklı Sebebe Dayanmaması

İşveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen kuruma karşı prim borçlarından sorumlu tutulmak için kişinin prim borcunun ifa edilememesinin haklı bir sebebe dayanmaması icap eder.

Sorumluluktan kurtulabilmek için primlerin ödenmemesinin haklı bir sebebe dayalı olarak yapılamadığının ispat edilmesi gerekir. Haklı sebep nedir? Kanuna, ahlâka yahut da hüsnüniyet kurallarına aykırılık gibi borçlarını ifa etmemek noktasında kişiyi haklı gösteren her hal haklı sebep sayılabilir²⁷. Hangi sebeplerin haklı sebep olduğu ve haklı sebebin var olup olmadığı hakim tarafından takdir ve tespit edilecektir. Kanunda hangi sebeplerin haklı sebep olacağı gösterilmediği için taraflar anlaşamazlar ise somut olaya göre sorunun çözülmesi hakime kalmaktadır²⁸.

Sorumluluktan kurtulmanın temel şartı, kişinin haklı bir sebebe dayanması ve bu haklı sebebi inandırıcı delillerle ispat edebilmesidir. İnandırıcı delillerle ispat edilmiş bir haklı sebep var ise, bu durumda kişinin sorumluluğuna gidilemez²⁹.

Borcun ifasını engelleyen zorunlu haller, üst düzey yönetici veya yetkililer açısından primlerin ödenmesi yönünden de haklı sebep teşkil eder. Yargıtay kararları bize haklı sebep konusunda ışık tutmaktadır.

Mesela Yüksek Mahkeme üst düzey yönetici veya yetkili kişi, prim borcunun ve gecikme zammının eksiksiz olarak ve geciktirilmeksizin ödenmesi

konusunda işveren nezdinde gerekli girişimlerde bulunmuş ise bu durumda bu kimsenin sorumluluğundan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁰.

Şirketin maddi sıkıntı içinde olması durumu da haklı sebep olarak ileri sürülebilmektedir. Yargıtay belediye yetkililerinin prim borçlarını belediyenin maddi sıkıntı çekmesi nedeniyle ödeyemedikleri iddiasının maddi ve inandırıcı bilgi ve delillerle ispatlanmasını gerekli görmektedir. Kararda prim borcunun bir belediyenin öncelikli borçlarından birisi olduğu, diğer bütün borç ve ödemelerden öncelik taşıdığı olgusu göz önünde tutulmalı; eğer belediyenin gelirleri yeterli ve prim borcunu ödemeye yetmekte iken işveren primlerin ödenmesi için uygun tedbirleri aldığı ispatlayamaz ise haklı sebeplere dayanamaz³¹.

Maddi sıkıntı ile ilgili bir başka olayda ise işçilerin ücretlerinin ödendiği, ancak primlerin kesilerek Kuruma ödenmemiş ve ödenek yetersizliği haklı sebep olarak öne sürülmüştür. Yargıtay bu durumda haklı sebep söz konusu olmayacağına hükmetmiştir³². Maddi sıkıntının haklı sebep sayılmaması yolunda verilen yargı kararları üzerinde durulmak gerekir. Şirketler açısından maddi sıkıntı gerekçesi ile prim borçlarının ödenmemesi durumunda bu maddi sıkıntı haklı sebep olamaz. Zira işveren, mesela kredi alarak primleri pekala ödeyebilir. Bu sebeplerle maddi sıkıntının durumu dikkate alarak bir sonuca varılmak gerekir. İşverenin kesin ödeme imkânsızlığının inandırıcı delillerle ispat edilmesi halinde maddi sıkıntı haklı sebep olarak kabul edilebilir. Aksi takdirde maddi sıkıntının haklı sebep olarak kabul edilmesi Kanunun amacına aykırı olur³³.

Haklı sebep bakımından üzerinde durulması gereken bir başka konu, amirin yazılı emir vermesi sebebiyle prim borcunun ifasının mümkün olmamasıdır. Yargıtay genel müdürün primlerin ödenmemesi konusunda yazılı emir vermesi sebebiyle prim ödemesinin yapılmaması halinde ödemeden sorumlu genel müdür yardımcısı ve sorumlu muhاسبin sorumluluğuna gidilemeyeceğine karar vermiştir³⁴. Sözer'e göre de, düzenlemede sorumluluk şartlarından birisinin de muhاسب ve saymanın prim ödeme işlerini kendi başına bir üst makamdan talimat almaksızın yürütülebilme haklarının bulunmasıdır³⁵. Elbette bu konuda tek başına ifa etme imkânı var iken bu görevi ifa etmemesi sorumluluğu gerekli kılar.

4- Yeni Tasarı ve Sistemin Sürdürülebilirliği Meselesi

A- Düzenlemenin Eleştirisi

Kanuni düzenleme çok geniş bir dayanışmalı sorumluluk getirmektedir⁵⁶. Kanunun lafzındaki özensizlik, yargı içtihatlarına da yansımakta, düzenlemenin getirdiği sorumluluk alanının daha da genişletilebilmesine imkân vermektedir. Kaldı ki, mali bakımdan hiçbir sorumluluğu bulunmayan kimselerin dahi (anonim şirket yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi) sorumluluğuna gidilmesi bu düzenleme ile mümkün olabilmektedir⁵⁷.

Yargıtay kimi kararlarında ise Kanun düzenlemesini amacına en uygun bir şekilde yorumlamak suretiyle düzenleme eksikliğinden doğan boşluğu yorum yolu ile doldurmaya çalışmaktadır. Mesela son kararlarından birinde üst düzey yönetici kavramı ile ilgili olarak Yargıtay "Üst düzey yönetici veya yetkiliden amaç ise, tüzel kişinin mali ve idari işlerinde görevli ve yetkili üst düzey yöneticilerdir. Tüzel kişinin prim ve vergi işlemlerini doğrudan yürüten veya bu alanda emir ve direktif verme yetkisine sahip kılınmış kişi yetkili ve sorumlu olarak kabul edilmelidir" şeklinde bir tanımlama yapmaktadır⁵⁸. Yargıtay bir başka kararında ise "Üst düzey yöneticisi ve yetkilisinden amaç ise; şirketin yönetim ve idaresinde etkili ve söz sahibi olan kişilerdir. Şirketin idare ve borçlarının ödenmesinde, güncel işlerinin yürütümünde inisiyatif elinde bulunduran kişiler, üst düzey yönetici sayılırlar" ifadesi ile yönetim kurulu başkan yardımcısı olan ve gerektiğinde başkanlığa vekalet eden şahsın üst düzey yönetici olarak sorumlu olacağına hükmetmiştir⁵⁹.

B- Düzenlemenin Sürdürülebilirliği Meselesi

3202 sayılı Kanun'la 506 sayılı Kanun m. 80'e eklenen düzenlemenin sigorta primlerin düzenli ve sürekli bir şekilde toplanmasına ne ölçüde katkı sağladığı sorgulanması gereken bir konudur.

Sosyal sigorta sistemi kanunla kurulur ve kanun sistemin işleyişini sağlamak için zorlayıcı düzenlemeler yapabilir; yükümlülükler getirebilir. Düzenlemenin dayanağı devletin A.Y. m. 60 hükmüdür. Kanuni düzenlemenin primlerin düzenli bir şekilde toplanmasına olumlu katkısının olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Kanun hükmü

mevcut hali ile yeniden düzenlemeye muhtaçtır. Hükümetin sosyal güvenlik reformu kapsamında kanunlaştırmaya çalıştığı ve halen TBMM'de komisyon aşamasında bulunan ve kısa zamanda kanunlaşması beklenen "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısı" bu alanda küçük bir değişiklikle eski düzenlemeyi aynen koruması gözükmektedir. Tasarı'nın yeni şekli şu şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır: "Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise, kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri görevleri ile ilgili olarak Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur." (Tasarı m. 88/14). Tasarı'da eski durumda tartışmalara sebep olan "mesul muhasip ve sayman" ifadesi metinden çıkarılmak suretiyle mesela belediye başkanının bu kapsama girip girmeyeceğine dair tartışmalar, kanun metninden doğan farklı yorumlama ve farklı algılamaya yanlışları büyük ölçüde giderilmiş olacaktır.

Biz sorumluluğun kamu kurum ve kuruluşlarında aynen kalmasının uygun olacağını, ancak özel sektör bakımından tüzel kişi ya da tüzel kişi olmayan işveren ayırımına gitmek yerine özel sektörde borsaya kota edilmiş şirketler ile halka açık anonim şirketlerle sınırlandırılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz.

Kamu kurumlarında görevlilerin bu yükümlülüklerini titizlikle ve özenle yerine getirmek için böyle bir düzenleme savunulabilir. Keza borsaya kayıtlı ve/veya halka açık kuruluşlar bakımından da aynı sorumluluk devam etmelidir. Her ikisinde de toplumun ve vergi ödeyen vatandaşların çıkarlarının korunması ve güvenin sağlanması için böyle bir yükümlülük açıklanabilir.

İster tüzel kişiliği bulunsun, isterse bulunmasın; özel sektörde faaliyet gösteren işverenler bakımından üst düzey yönetici veya yetkililer bakımından bir sorumluluğun sürdürülmesinde bir fayda olduğunu düşünmüyoruz. Esasına bakıldığında Kanun'daki bu sorumluluk kuvvetlendirici bir vurgulamadır. Çünkü bu kuruluşlarda primlerin zamanında ödenmemesinden doğan işveren zararlarının buna kusuru ile sebep olan kimselerden rücu yolu ile tahsili genel hükümlere göre her zaman mümkün-

dür. Elbette bu düzenleme üst düzey yöneticilere ve yetkililere kişisel sorumluluk getirmektedir; bu suretle bu kimseler prim ödeme yükümlülüğünün ifası için daha fazla gayret, dikkat ve özen göstereceklerdir. Kamu kurum ve kuruluşlarında memurların; özel sektörde ise halka açık ya da borsaya kayıtlı büyük kuruluşlarda üst düzey yönetici veya yetkililerin ise bu konuda daha dikkatli olmalarını temin bakımından düzenleme daha fazla yarar sağlayacaktır. Biz Kanun Tasarısı'nda, "tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri" ifadesinin de "borsaya kayıtlı ve/veya halka açık tüzel kişiliği olan diğer işverenlerin üst düzey yönetici veya yetkilileri" şeklinde değiştirilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Sonuç

3203 sayılı Kanun'la 506 sayılı SSK m. 80'e eklenen ve amacı sigortalıların kuruma olan prim borçlarının zamanında toplanmasını sağlamak olan düzenleme pek çok hukuki uyumsuzlığa kaynaklık etmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının primlerin tahakkuk ve tediyesi ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip ve saymanları ile tüzel kişiliğe haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluğunu öngören Kanun hükmü yeniden düzenlenmelidir. Öncelikle kamu kurum ve kuruluşlarında sorumlu olacakların tespiti bakımından maddenin lafzı yanlış anlamalara imkân verecek niteliktedir. Kamu kurum ve kuruluşları bakımından tahakkuk ve tediye ile görevli bütün kamu görevlileri mi, yoksa yalnızca mesul muhasip ve saymanlar mı sorumlu olacaktır. Yargı kararlarında da maddenin bu ifadelendirilmesinden doğan farklı yorumlara rastlanabilmektedir¹.

Müşterek ve müteselsilen sorumluluk uygulamasında hangi sebeplerin haklı sebep sayılacağına dair ipuçları da Kanunda yer almalıydı. Özel sektör işverenleri bakımından Kanun kapsamı borsaya kayıtlı şirketler ve/veya halka açık şirketler olarak bu sorumluluk sınırlandırılarak yeniden düzenlenmeli; bunların dışındaki şirketler bakımından sorumluluk kaldırılmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Prim ödeme yükümlülüğünün ayrıntısı için bkz: TUNGAY, A. C.- EKMEKÇİ, Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Baskı, İstanbul

2005, s.176-201; GÜZEL, A. - OKUR, A. R., Sosyal Güvenlik Hukuku, 155 - 193.; ŞAKAR, Müdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 1994, s.80-87.

- 2 Primleri ve idari para cezalarını süresinde Kuruma ödememenin müeyyidesi gecikme zammı ve müşterek ve müteselsil sorumluluk olarak SSK m. 80'de düzenlenmiştir. Bkz: GÜZEL-OKUR: a.g.e. s.185 vd.
- 3 Bu kararda Yargıtay ile Danıştay Birinci Dairesi farklı görüşü benimsemişlerdir. Yargıtay bu kararı verirken Kanun metnindeki "tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri ifadesi" üzerinde vurgu yapmakta ve kamu görevlisi kavramının mesul muhasip ve saymanla sınırlı olarak anlaşamayacağını; Kanunun evveliyetle mesul muhasip ve saymanı ihtiva edeceğini ifade etmektedir. Kararda "Gerçekten de tahakkuk ve tediye ile görevli ve bu işlemlerde görevli muhasip ve saymanlardan başka kamu görevlileri de mevcuttur. Yasa koyucu primin ödenmesini güvenceye bağlamak ve prim tahsilinde görevli işverenin çalıştırdığı tüm kişilerin, prim tahakkuk ve tediyesindeki görevlerini eksiksiz yapmalarını ve bu kişilerin söz konusu görevlerinde daha dikkatli ve özenli çalışmalarını sağlamak amacıyla, kendilerine sorumluluk yükleyen böyle bir düzenlemeyi bilinçli ve kapsamlı bir şekilde gerçekleştirmiştir. Belediye reisi, 1580 sayılı Kanun'un m.120 uyarınca belediye bütçesini hazırlayacak, belediyenin o bütçe yılı içerisinde ödemek zorunda kalacağı prim miktarlarını tahmin edecek ve gider bütçesinde gerekli ödeneği ayıracaktır. 126. madde uyarınca belediye reisi, belediye bütçesinin amiri itası sıfatıyla, primlerin tahakkuk ve tediyelerini sağlayacak, denetleyecek, temin edecektir. O halde, "tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri.." sözcüklerinin kapsamına, Belediye Reislerinin de girdiğinden kuşku yoktur." (Y. 10.HD. 25.6.1992 T., 866 E., 7270 K. - ÇAKMAK, İ., Serhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C.2, Ankara 2004, s.2141-2143).
- 4 Danıştay 1580 sayılı Belediye Kanun'un 127. maddesinde, "Belediye muhasebecileri, hesap işleri müdürleri belediye bütçesinin muhasibi mesulleridir. Belediye muhasibi mesulleri, zimmetindeki matlubatın takip ve tahsil hususunda ifa olunacak muamelat Devletin bu kabil muhasipleri hakkındaki muamelenin ayıdır" hükmünden 1050 sayılı Muhasebe-i Umumi Kanunu'nun m. 20 ile birlikte düşünülmesi gerektiğini ve bu maddenin kusurlu hareketi ile ödemeleri zamanında yapmayan ve geciktiren muhasibin bu gecikmeden doğan kamu zararını şahsen ödemesini öngördüğünü bu sebeple de belediye başkanının şahsi sorumluluğuna gidilmesinin hukuki temelini bulunmadığını belirtmektedir. Danıştay bu gerekçelerle "Prim asıllarının belediye başkanına ödetilmesinin yasal dayanağı yoktur. Gecikme zammı ödemeye mecbur kalınması halinde de bunun birinci derecede sorumlusunun belediye başkanı değil muhasip olması gerekir" görüşüne varmaktadır. Danıştay görüşünde SSK m. 80 hükmünün yalnızca "mesul muhasip ve saymanlar" şeklinde sınırlı olarak anlaşılması gerektiği "vergi kanunlarında da benzer hükümlerin" yer aldığını vurgulamaktadır. Bkz: Danıştay 1. Daire., 27.6.1989 T., 85 E., 93 K. (ASLANKÖYLÜ, R., Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, C.2., 2. Baskı, Ankara 2004, s. 1773).
- 5 ASLANKÖYLÜ de bu virgül meselesine dikkat çekmektedir. Ancak noktanın konmamasının tahakkuk görevlilerinin sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanabileceğine; bu şekilde yorumlanmasının uygun olmayacağına işaret etmektedir. "Bize göre hem tahakkuk görevlisi, hem tediye görevlisi, hem mesul muhasip hem de sayman sorumludur" sonucuna varmaktadır. Bkz: ASLANKÖYLÜ, R., Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, C.2., 2. Baskı, Ankara 2004, s.1742.

- 6 Sosyal Sigortalar Kurumu'nun 11.8.1997 tarih ve 16-145 Ek sayılı Genelgesi, GÜZEL-OKUR, a.g.e., s. 190.
- 7 Yargıtay kararında "Muhasebe müdür yardımcısı sıfatını taşıyan davacının ... tahakkuk ve tediyeye ile görevli olup olmadığı, keza mesul muhasip veya sayman görevi ile yükümlü kılınıp kılınmadığı ilgili mercilerden araştırılıp saptanmalıdır" demek suretiyle bu konuya dikkat çekmektedir. Y. 10.HD., 7.11.1995 T., 9322 E., 9335 K. - ÇAKMAK, İhsan, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu C.2, Ankara 2004, s. 2174-2175.
- 8 Tüzel kişiliği olmayan işverenler adı şirket, donatma iştiraki, yapı ortaklığı, aile şirketi emvali, mal ortaklığı ve miras şirketi olarak sayılmaktadır. Bkz. PULASLI, Hasan, Şirketler Hukuku - Temel Esaslar, 3. Bası, Adana 2005, s. 6.
- 9 DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C.II - Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 193 vd.
- 10 Geniş bilgi için bkz: PULASLI, Hasan: Şirketler Hukuku - Temel Esaslar, 3. Bası, Adana 2005, s. 7 - 8.
- 11 Yargıtay bir kararında anonim şirket yönetim kurulu üyesinin istifa etmeden önceki döneme ilişkin prim ödeme yükümlülüğünün devam edeceğine hükmetmiştir. Y. HGK., 19.2.2003 T. 2003/74 E., 2003/81 K. (Hukukturk.com).
- 12 Y. 10.HD., 22.09.1997 T., 1997/5849 E., 6013 K. (ÇAKMAK, İhsan, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu C.2, Ankara 2004, s.2222-2223).
- 13 Y. 10.HD., 18.02.1997 T., 10513 E., 902 K. (ÇAKMAK, İ., a.g.e., s. 2194-2195).
- 14 GÜZEL bu hususa Y. HGK 22.10.1997 T., 1997/126617 E., 1997/ 858 K. kararına vurgu yaparak özellikle dikkat çekmektedir. Geniş bilgi için bkz. GÜZEL, A., "Sosyal Sigortalar", MESS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, (s. 289-377), 328.
- 15 Y. 21.HD., 17.06.2003 T., 2003/4801 E., 2003/5741 K. (Hukukturk.com.).
- 16 Y. 10.HD., 25.10.1993 T., 4739 E., 11445 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul: a.g.e. s. 814).
- 17 Y. 10.HD., 16.3.1998 T., 1926 E., 2005 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, a.g.e., s. 814); Aynı yönde Y. 10.HD 2.05.2005 T., E. 2005/2042, K. 2005/4858 (Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sa. 7, 2005, s. 277.
- 18 Y. 10.HD., 2.5.2005 T., 2005/2042, 2005/4858 K. (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sa.8., 2005, s.1793 - 1794).
- 19 Y. 21.HD., 21.12.2002 T., 2002/9012.E., 2002/9985 K. (GÜZEL, A., Yargıtay Kararları 2002, s. 311-312).
- 20 Y. 21.HD., 1.4.2002 T., 2002/517 E., 2002/2702 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. GÜZEL, A., "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri", ÇMİS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, s. 265-336, s. 311.
- 21 ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 815.
- 22 Y. 10.HD., 5.7.2001 T., 4861 E., 324 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul, 2003, a.g.e., s. 817).
- 23 Y. 10.HD., 16.3.1998 T., 1926 E., 2005 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul, 2003, a.g.e., s. 819).
- 24 Y. 10.HD., 30.12.1997 T., 9335 E., 9497 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul, 2003, a.g.e., s.819 - 820).
- 25 Y. 10.HD., 24.3.1997 T., 2287 E., 2262 K. (ASLANKÖYLÜ, Resul, 2003, a.g.e., s. 821).
- 26 ASLANKÖYLÜ, Resul, a.g.e., s. 815.
- 27 MOLLAMAHMUTOĞLU, H., İş Hukuku, Ankara 2004, s. 457.
- 28 ASLANKÖYLÜ, R., 2003, a.g.e., s. 812.
- 29 ASLANKÖYLÜ, R., 2003, a.g.e., s. 815.
- 30 Y. 10.HD., 7.11.1995. T., 9322 E., 9335 K. (ÇAKMAK, İhsan, a.g.e., s. 2175).
- 31 Y. 10.HD., 8.4.1997 T., 804 E., 2631 K. (ÇAKMAK, İ., s.2207-2208).
- 32 ASLANKÖYLÜ, R., 2003, a.g.e., s. 812.
- 33 TUNCAY, A. Can., a.g.m., s. 1999.
- 34 Y. 10.HD., 3.10.1995 T., 8159 E., 7789 K. (ÇAKMAK, İ., 2173-2174); Y. 10.HD., 3.2.1997 T., 755 E., 682 K. (ÇAKMAK, İ., s. 2191-2193).
- 35 SÖZER, A. Nazım, "Sosyal Sigortalar", MESS: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, (s.181 - 221), s. 202.
- 36 TUNCAY, A. Can, "Sosyal Sigortalar", Kamu-İş: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s. 181 - 240, s.197.
- 37 Konu ile ilgili kararlar ve eleştirisi için bkz. GÜZEL, A., "Sosyal Sigortalar", MESS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s.(289 -337), s. 328.
- 38 Y. 21.HD., 27.4.2004 T., 2004/457 E., 2004/4186 K. (Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi No.5, 2005 2, s. 316 - 319).
- 39 Y. 21. HD., 17.06.2002 T., 2002/4264 E., 2002/5767 K.; GÜZEL, A., Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri, ÇMİS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s. 311.
- 40 Can Tuncay bu konu ile ilgili olarak, "düzenlemede hiçbir ayırım yapılmaksızın haklı bir sebeple prim borçlarının ödenmemesi durumunda tüzel kişiliği haiz işverenlerin mali işlerini yürütmekle yetkili ve görevli kılınan ve belirli bir sıfatı bulunan kişiler olmalıdır" demektedir. Bkz: TUNCAY, A. Can, "Sosyal Sigortalar", Kamu-İş Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s. 181 - 240, s. 197.

KAYNAKÇA

- ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.
- ASLANKÖYLÜ, R. Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, C.2., 2.Baskı, Ankara 2004.
- TUNCAY, A. Can, "Sosyal Sigortalar", Kamu-İş: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s. 181 - 240.
- ÇAKMAK, İ., Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C.2, Ankara 2004.
- DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku C.II - Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.
- GÜZEL, A., "Sosyal Sigortalar" MESS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 289-377.
- GÜZEL, A., "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri", ÇMİS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, s.265-336.
- GÜZEL, A., "Sosyal Sigortalar", MESS: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 289-337.
- PULASLI, Hasan, Şirketler Hukuku - Temel Esaslar, 3. Bası, Adana 2005.
- TUNCAY, A. C.- EKMEKÇİ, Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005.
- GÜZEL, A. - OKUR, A. R., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2003.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H., İş Hukuku, Ankara 2004.
- SÖZER, A. Nazım, "Sosyal Sigortalar", MESS: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, (s.181 - 221).
- ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 1994.

Prof. Dr. Berin ERGİN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bireysel Emeklilik Sistemi Nedir, Ne Değildir?

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Türk Hukuk sistemi içine giren ve ilk bakışta sosyal güvenlik sisteminin önemli bir kurum ile biçim değiştireceği zan edilerek emeklilik dönemlerinde refah çitasının yakalanmasa bile muhtaçlık durumundan kurtulmayı mümkün kılacak asgari ücret ile çalışanlardan başlamak üzere yüksek gelir grubuna kadar seyredebilen bir sistem yaratılmak istenmiştir. Ancak bu amaçla çıkılan yolda bu yeni kurumun eskimiş sosyal güvenlik sistemi kabuğundan çıkarak ve çağdaş, insan onuruna, haysiyetine yarasır bir yapılanma içinde, hak sahibi bireylerin çalışmadıkları dönemlerde insan gibi bir yaşam içinde olmalarını sağlayacak bir sistemin, mevcut kamu emeklilik sistemine ek olarak emeklilik hakkının sağlanabileceği zannedilmiştir. Yasa çıkmadan önce yeni kurum hakkında ve özellikle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca tasarı üzerinde Hazine ile birlikte çalışıldığını farz ederek bu açıdan olumlu düşünmüştük.

Değişim, boyut değiştiren düşünce özgürlüğünün yarattığı yeni kurumların oluşumundan kaçınılmazlığın sonucu olarak, emeklilik sistemi üzerinde de etkisini göstermeliydi. Bu nedenle Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, büyük bir beklenti olarak umut kapısı olmuştur.

Sosyal Sigortalar Kurumu yapısında emeklilik sisteminin ne kadar çağ dışı olduğunu bilerek ve görerek bireysel emekliliğin özellikle sigortalılar açısından yeni bir boyut getireceği inancı ile des-

teklediğimiz, ancak şimdi, "Bireysel Emeklilik Sistemi Nedir, Ne Değildir?" demeye başladığımız bu kurum hakkında bazı açıklamaları ve sorgulamaları yapmak zamanı gelmiştir.

Türkiye'de her geçen gün daha hızlı bir ivme ile sosyal güvenlik kuruluşları, emeklilik devresi güvencesini sağlayamayacağı görüntüsünü sergilemektedir. Bu kehanet değildir. Esasen bu nedenle sosyal güvenlik sisteminde köklü bir değişiklik için start verilmiş ve ilk aşamada Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu Tasarısı TBMM gündeminde bulunmaktadır.

Bundan sonraki aşamalarda da yasaların alacağı şekle göre ne kadar iyileşme olacağı ve çalışanların emeklilik evresinde alacakları emeklilik hakkı karşılığının onurlu bir yaşam için yeterli olup olmayacağı konusu son derece tartışmalı olacaktır.

Biz bu yazı ile birkaç yıldan beri izlemekte olduğumuz Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde bu kurumun yapısı ve risklerinin neler olduğunu irdelemeye çalışacağız.

Hemen belirtelim ki, 4632 sayılı Kanun ile sigortacılık sektöründe yeni bir ürün olarak emeklilik tasarruf ve yatırım sistemi oluşturulmuştur. Başka deyişle belirli bir süre, belirli bir katkıdan sonra katılımcıların geri dağıtım olarak aylık veya toptan tasarrufların geri alınmasına imkân vereceği umulan bir sistem geniş anlamda sosyal güvenliği sağlamaya yönelik olarak yapılandırılmaya çalışılmıştır.

Kısaca, bireylerin karşılaşacakları sosyal risklere karşı ekonomik olarak korunmaları ve belirli hizmetleri almaları için yeniden dağıtım¹ sistemini ifade eden sosyal güvenlik sisteminde, yeni kurumlara olan gereksinme karşısında, eskimiş sosyal güvenlik sisteminin evrensel boyuttaki tüm kurumlardaki yapılanmaya ve gelişmeye paralel olarak değiştirilmesi gerektiği tartışmasıdır. Bu nedenle öyle yeni bir yapılanma gerekmektedir ki, giderek zayıflayacak ve ödeme güçlüklerinin kaçınılmaz olacağı sosyal güvenlik sisteminde hak sahipleri pasif dönemlerinde emeklilik hakları bakımından güvencelerini yitirmesinler.

Değişim, dünyadaki teknolojik ve ekonomik yapılanmanın sonucu olarak sosyal güvenlik sisteminde de özellikle hak sahibi bireylere çalışmadığı dönemlerde asgari bir gelir imkânı sağlamanın sürekliliği için kaçınılmazdır. Zira uluslararası kuruluşlar istatistikleri ve çeşitli ülke programları, sosyal güvenlik sistemi içindeki bireylerin pasif dönemlerinde, 2010 ve devamı yıllar itibarıyla ekonomik açmaza gireceği sinyallerini çoktan vermeye başlamışlar ve bunun için önlemler almak üzere yeni emeklilik hakkı sağlayan programlar yapmaktadırlar. Sosyal güvenlik sisteminin devrini tamamlamış bulunduğu, emeklilik sisteminin hızla düşen bir ivme içinde güvenceden yoksun kalacağı, uzun zamandır kabul edilen bir gerçektir. Nitekim sosyal güvenliğin sağlanmasında genel temayül, Devletin finansmana katılmadaki aktif rolünün azalması yönündedir. Bu sistem değişikliğinin elbette Türkiye'de de yapılanması kaçınılmazdır. Ancak sosyal güvenlik sisteminin, yeniden yapılanma içinde olduğu bu dönemde, yeniden yapılanma tartışmalarından ayrık olarak bireysel emeklilik tasarruf sisteminin henüz kamu sosyal güvenlik sistemi içinde veya yanında ek emeklilik sağlama niteliği ile yer almadığını en başta belirtelim. Çünkü yapısı ve işleyişi itibarıyla belirli gelir düzeyi olan sınıfa hitap ettiği ve asıl emeklilik dönemlerinde fakirleşecek ve yaşamı çok zorlanacak olan sınıfa hitap etmediği mevzuatın incelenmesi ile sabit olmaktadır. Ayrıca tekniği açısından belirli bir eğitim ve kültür düzeyini gerektiren ve kolay olmayan bir yapılanma içinde düzenlenmiş bulunması da hitap ettiği ve edeceği sınıfa daraltmaktadır.

Bu sistemin Türk toplumunun emeklilik evresinde insan haysiyetine ve onuruna layık bir emeklilik

Sosyal güvenliğin sağlanmasında genel temayül, Devletin finansmana katılmadaki aktif rolünün azalması yönündedir.

evresi sağlamaya yönelik olmadığı, gerek gerekçesinde ve gerekse mevzuatında kullanılan ibarelerden, ek niteliğinde olmak üzere kurulduğunun açıkça belirtilmesinden anlaşılmaktadır. O nedenle bir sigorta dalı olarak birikimlerin değerlendirilmesi amacına yönelik ve belirli vergi istisnaları ile diğer benzer sigortalardan daha fazla imkân sağladığı söylenebilirse de, nihai aşamada diğerleri kadar garantisinin olmadığını söylemek ve sistemin ucunun açık olduğunu belirtmek gerekmektedir.

1) BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİ MEVZUATI

4632 sayılı Yasa ile ve 28.03.2001 tarihinde kabul olunmuş RG'nin 07.04.2001 tarihli 24366 sayılı nüshasında neşrolunmuş Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, ana kanun olarak sistemi kurmuştur. Bu sistemin nasıl işleyeceğine ve kimlerin bu sistem içinde faaliyette bulunacağına, emeklilik şirketleri kuruluşu ve çalışma esaslarına ilişkin olarak çeşitli yönetmelikler, genelgeler, tebliğler çıkarılmış ve çıkarılmakta, sistem tekamül ettirilmekte ve sistemde oluşan aksaklıkların giderilmesine çalışılmaktadır. Hazine Müsteşarlığı ve SPK tarafından özellikle emeklilik fonlarının kuruluş ve faaliyetleri ve emeklilik planlarının yapılması ile ilgili yönetmeliklerin açıklamaları niteliğinde kanun ve yönetmelik maddelerine atfen çeşitli genelgeler ile sistem yürütülmeye gayret edilmektedir².

Bu mevzuat değerlendirildiğinde ilk bakışta görülen şudur ki, bu yapı bir sosyal güvenlik sistemi içinde iş sözleşmesine dayanarak işveren tarafından çalıştırılan veya SSK'nın 2. maddesinde belirtilmiş grup içinde olanların veya Emekli Sandığı veya Bağ-Kur mensubu olanların doğrudan yararlanacağı bir sistem olarak yapılanmamıştır. Oysa 4632 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu Kanun'un amacının kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak bireylerin emekliliğine yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek gelir

sağlanmasının amaçlandığı açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Bireysel emeklilik sisteminin yapılanmasındaki mevzuatın düzenlenmesinde Hazine Müsteşarlığı, sigorta dallarının kuruluşuna ilişkin sistemi diğer benzer sigorta dallarından farklı olarak ve katılımcı lehine getirdiği farklarla değişik düzenleyerek, bireysel emeklilik sistemini, sigorta hukuku sistemi içinde bir sigorta dalı olarak kurmuştur.

Bu yapılanma ile geniş anlamda sosyal güvenlik olarak yaşlılık riskine karşı sosyal güvence sağlamayı amaçlamıştır. Ancak sosyal sigortadan farklı bir sistemdir⁴.

2) 4632 SAYILI KANUN'LA KABUL EDİLEN BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİNİN AMACI NEDİR?

4632 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaç bağlamında; kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak ortaya konulmaya çalışılmış ve bireylere emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak emeklilikte refah düzeylerinin yükseltilmesi için getirilen ve ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratmak ve istihdamı arttırmak, ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmak ve gönüllü katılım esasına dayalı katılanın katkısı esasına dayanan bu sistem ile ulaşılmak istenen hakların ne olacağı, nasıl garanti edildiği, hukuki korunmanın yeterli olup olmadığı, benzer sistemlerden avantajlı olup olmadığı, devletin fonksiyonunun denetleme ile sınırlı olması, bireysel emeklilik kurumunun sosyal güvenlik sistemi içinde mütalaa edilip edilmemesi bakımından amaç kısmında belirtilen sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olma niteliği açısından tereddüt doğurup doğurmadığı, fonların teminatının ne olduğu, sistemin katılımcıların hak ve menfaatlerinin korunması açısından nasıl değerlendirilebileceği, bireysel emekliliğin sosyal güvenlik sistemi içindeki bireylerin bu sistem içinde haklarını güvenceye alıp almadığı, yasanın açıklanan amacına ulaşabilme oranının ne olduğu hususları zihinleri meşgul eden konulardır.

Kanunun Genel Gereğesine baktığımızda; gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere ülke gündemini sosyal güvenliğin oluşturduğu ve sanayileşmiş ülkelerde nüfusun yaşlanması ile sosyal güvenlik sistemlerinin aktif-pasif dengelerinin bozulmaya

başladığı, bu nedenle reform gerektiği belirtilerek, bireylerin daha nitelikli ve daha yüksek sosyal güvenlik hizmetinin verilmesinin amaçlandığı görüşünden hareketle, dünyada yaşlılık aylığı veya emekliliğe yönelik sosyal güvenlik alanında sorunların çözümüne yaklaşımda, tüm hizmetlerin standartlaşması yerine çok basamaklı emeklilik sistemlerinin tercih edildiği, nimet-külfet dengesinin tam olarak oluşturulmasını sağlamak için maaş esasına dayanan veya dağıtım sistemi yerine pirim esaslı fonlu sistemlerin tercih edildiği, bireylerin kendi tasarrufları üzerinde söz hakkının olduğu ve yatırım riskinin üstlenildiği, bireylerin emeklilik sistemine aktif olarak katılıp rol oynadıkları kamu sosyal güvenlik kurumları tarafından oluşturulan ve birinci basamak olarak kabul edilen zorunlu katılıma dayalı ve asgari bir emeklilik gelirinun sunulduğu ve asgari bir gelir sağlama amacına yönelik dağıtım esasına göre işleyen bir yapı yerine, ikinci basamak emeklilik sistemi dışında üçüncü basamak olarak kabul edilen bireylerin emekliliğe yönelik gönüllü katkıları ile oluşturdukları bireysel hesaplarda takip edilen fonlu bir sistem içinde bireye emeklilik geliri sağlanması amaçlandığı belirtilmiştir. Türkiye'de SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı aracılığı ile sunulan emeklilik hizmetlerinin birinci basamağı oluşturduğu, üçüncü basamağın ise kısmen hayat sigorta şirketlerince oluşturulan ürünlerle gerçekleştirildiği açıklanmıştır⁵. Bu yasa ile kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı niteliğinde olmak üzere Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanunu Taslağı hazırlandığı belirtilmiştir. Mevcut sosyal güvenlik sistemi içinde sağlanan emeklilik gelirlerinin yeterli olmadığı, bu nedenle sanayileşmiş ülkelere bakıldığında emeklilere ek gelir sağlamak amacı ile birikimli hayat sigortaları, ikinci ev kirası, döviz veya mevduat geliri gibi ürünlerin bulunduğu ve bu ülkelere tasarrufların önemli bir kısmını emekliliğe yönelik fonların oluşturduğu, emeklilik fonlarının uzun vadeli yapısı, fon miktarının büyüklüğü ve kurumsal yatırımcı kimliği ile sermaye piyasalarındaki etkinliği ülkelerin ekonomik gelişmelerinin ana nedenlerinden birisini oluşturduğu hususları gerekçe olarak açıklanan hususlardandır.

İşte bu ve buna benzer açıklamalar ile bireysel emeklilik sisteminin, sosyal güvenlik kurumlarının, başka deyişle Türkiye'de SSK, Bağ-Kur ve Emekli

Gönüllü katılım sistemi içinde oluşturulan bir emeklilik sisteminden yararlanmanın fiil ehliyeti koşuluna bağlanması yanlış olmuştur.

Sandığı katılımcısı olanların pasif dönemlerinde elde edecekleri ve birinci basamak tabir edilen zorunlu ve kamu sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenecek, gelirin yeniden dağıtılması sistemi yanında, üçüncü basamak tabir edilen ve bireylerin emekliliğe yönelik olarak kendilerinin gönüllü katkıları ile oluşturulan fon sisteminden sağlanacak bir ürün, bu yasa ile sisteme sokulmak istenmiştir.

Bu ürün her ne kadar sosyal güvenlik kuruluşlarına ek olarak lanse edilmiş ise de, aşağıda şartlarını açıklarken değineceğimiz gibi dar anlamda sosyal güvenlik sistemi içinde mütalaa edilebilecek bir kurum olarak kabul etmek doğru olmayacaktır.

Yasa gerekçesindeki amaç ve yapılan açıklama ile yasa hükümleri ve yasanın uygulamasının sağlanmaya yönelik yönetmelik, tebliğ ve genelge hükümlerinin aynı amacı hedeflediği söylenemez.

3) BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİ KANUNU'NUN KAPSAMI

4632 sayılı Yasa'nın 4. maddesi, emeklilik sözleşmesi yaparak medeni hakları kullanma ehliyetini haiz olan kişilerin emeklilik sistemine katılabileceğini belirtmiştir. Bunun anlamı MK'nın 9. maddesinde belirtilmiş, fiil ehliyetine sahip olma halinin, kısıtlı olmama ve 18 yaşın dolması ile de ergin olunacağı belirtildiğinden, 4632 sayılı Kanun kısıtlı olmayan ve 18 yaşını doldurmuş olanları kapsamına almıştır.

Kapsam bakımından yasanın eleştirilmesi kaçınılmazdır. Yasa, hem sistemden yararlanmayı çalışan ve çalışmayan herkes açısından olanaklı görmüş, ancak fiil ehliyetini kullanma hakkı olmayanları bu haktan mahrum bırakmıştır ki bu büyük eksikliklerdir. Akıl hastaları veya tutuklu bulunanlar açısından bir kanunun ayrımcılık yapmasının anlaşılır bir yanı yoktur. Gönüllü katılım sistemi içinde oluşturulan bir emeklilik sisteminden yararlanmanın fiil ehliyeti koşuluna bağlanması yanlış olmuştur. Anayasa'nın

10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik prensibine ve madem ki bu kanun ile bireylerin sosyal güvenlik haklarına ek olarak tamamlayıcı nitelikte bir sistem yaratmak amaçlanmıştır, bu takdirde yasanın bu hükmünün amaca aykırı düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Sistemin, veli ve vasi ile daha da yaygınlaştırılması düşünülmelidir.

Diğer bir konu da bu sistemin, kamu sosyal güvenlik sisteminin bir tamamlayıcısı olarak takdim edilmiş olmasıdır. Oysa 4632 sayılı Kanun'un 4. maddesi, sisteme katılacak kişilere ilişkin sadece fiil ehliyeti açısından bir sınırlama getirmiş, kamu sosyal güvenlik sistemi içinde olanlara yönelik tamamlayıcı nitelikte bir kurum olduğuna ilişkin tanımlama yapmamıştır. Kanunun çıkarılma döneminde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın devrede olması ve kanun tasarisının 1999 yılında bu Bakanlıkça oluşturulan ve Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı Sermaye Piyasası Kurulu ve ilgili sektör temsilcilerinin katıldığı bir komisyonda yapılan çalışmalar sonucunda oluşması, sistemin sadece hizmet sektöründeki kişilere yönelik olduğu anlamını taşımamaktadır. Sözde SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı mensupları veya isteğe bağlı sigortalılar açısından ek bir emeklilik imkânı sağlanmak istenmiştir. Yasanın çabuk çıkması ve Hazineye girdi sağlanması açısından devreye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sokularak ek emeklilik kavramı üzerinde durulmuştur. Pazarlamasının daha kolay yapılabileceği ve grup emeklilik sözleşmelerinin cazip olacağı inancı ve işverenlerin de katkısının sağlanacağı ümidi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın o dönemde devrede olmasının sonuçlarıdır. Aksi halde sigorta ürünü çıkarmak gerektiğinde, bu yeni ürün ile ilgili yasa Hazine Müsteşarlığı, Maliye Bakanlığı ve SPK'nın görevi dahilinde bulunmaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın devreye girmesi bu sigorta dalının sanki çalışma mevzuatı içinde değerlendirilmesi gerektiğine neden olmaktadır.

Sonuç olarak açıklamak gerekirse; bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sistemi ile getirilmiş düzenleme, fiil ehliyetini haiz olmak koşulu ile herkesin katılabileceği bir sistem olup, sadece emeklilik gelirin ek bir gelir niteliğinde yapılandırılmış değildir.

Aslında bu husus eleştirilebilir değildir. Ancak ek gelir şeklinde nitelendirilmesine gerek bulun-

mamaktadır. Ayrıca, kapsamın fiil ehliyeti ile sınırlı tutulması ve Kanunun gerekçesinde belirtilen amaçları içermemesi elbette eleştiriye açıktır. Başka deyişle sadece kamu sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında olanlara yönelik bir yapılanma olmadığı halde bu izlenimin verilmesi ve fiil ehliyeti konusu yanlış olmuştur. Ayrıca kamu sosyal güvenlik kapsamında olanların bu sistem içinde yer almalarını mümkün kılabilen bir sistem de değildir. Zira asgari ücretle çalışan veya gelir düzeyi geçimini dahi sağlamaya yönelik olmayan emekçilerin, bu sistemde tasarruf yapması ve böylece ek emeklilik geliri sağlaması gibi bir olasılığın olduğundan bahsetmek mizah konusu olabilir.

4) SİSTEMİN İŞLEYİŞİ

A) BİREYSEL EMEKLİLİK ŞİRKETİ VE KATILIM HESABI

4632 sayılı Yasa, bireysel emeklilik sisteminin organizasyonu için 8. maddede emeklilik şirketi kurulmasını öngörmüştür. Buna göre; bireysel emeklilik sisteminde faaliyet göstermek için kanunda emeklilik branşında ruhsat almış bir şirketin olması aranmıştır. Bu şirketin, Sigorta Murakabe Kanunu hükümleri gereğince hayat ve ferdi kaza sigortaları branşlarında da ruhsat alabileceği belirtilmiştir. Başka deyişle, kurulacak ve bireysel emeklilik sistemi içinde çalışacak şirket aynı zamanda Murakabe Kanunu gereğince hayat ve ferdi kaza dalında da ruhsat alarak faaliyet gösterebilecektir.

Bu şirketin anonim şirket olarak kurulması, öngörülmüş ve sermayesinin de yirmi trilyon TL'den az olmaması aranmıştır. Ödenmiş sermaye bakımından sınır getirilmiş ve on trilyonun altında olmayacağı vurgulanmış ve hisse senetlerinin nakit karşılığında çıkarılarak nama yazılı olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kurucular ile ilgili olarak tasfiyeye tabi tutulan bankerler, bankalar ve sigorta şirketleri ile para ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren diğer kurumlarda doğrudan ve dolaylı % 10 ve daha fazla pay sahibi olmamak ve faaliyetlerinin tamamen veya kısmen sürekli veya bir ay gibi geçici süreyle durdurma kararına uğramış olması, müflis veya konkordato ilan etmemiş olmak, taksirli suçlar hariç affa uğramış olsalar bile ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis yahut ba-

sit veya nitelikle zimmet, cürüm işlemek için teşekül oluşturmak, irtikap, rüşvet ve hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ve kaçakçılık suçları, kara para aklama, Devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı gibi suçlardan dolayı kesinleşmiş mahkumiyet kararı almamış olanların ancak kurucu olabileceği belirtilmiştir.

Yasa şirket sermayesinin % 51'inin mali piyasalar konusunda bilgi ve tecrübesi olan tüzel kişilere ait olması aranmıştır.

Toplumda önemli bir işlevi olacak bireysel emeklilik sisteminin işleminde Devletin görevinin özel kişiler tarafından yürütülmesinde bir takım kriterler koyarak güvence sağlamak istenmiştir. Ancak bu güvencenin bankacılık mevzuatı açısından da esasen mevzuatta yer almış olduğu gözetilirse buna rağmen geçmişte yaşanan olaylara ve Türk ekonomisi ile halkın birikimleri ve vergilerinin hedef olmasına engel olmadığı bir gerçektir.

Yasa, kuruluştaki aranacak nitelikleri haiz olan şirkete kuruluş izninin Hazine Müsteşarlığı tarafından verileceğini ve bir yıl içinde kuruluş izni alan şirketin, iki yıl içinde en az yüzbin katılımcıya hizmet verecek biçimde planlama yapmasını, iş planı ve sistem tasarımında öngörülen düzenlemeleri yapmasını ve fiziksel mekan, teknik ve idari alt yapı ile insan kaynakları uyumunun sağlanmış bulunmasını aramış ve aksi halde verilmiş bulunan kuruluş izninin geçersiz olacağını hükme bağlamıştır. Faaliyet ruhsatı olmayan ve alamayan şirketin faaliyette bulunması mümkün değildir. Sonuçları yasa da yer almıştır.

Şirketin sorumlulukları ve teşkilat ile organları, Kanunun 11 ve 12. madde bağlamında düzenlenmiş ve kesin şeffaflık ve yasa hükümlerine uyulmasına yönelik emredici kurallar ve uygulanacak cezai müeyyideler hükme bağlanmıştır.

Katılımcı, emeklilik sözleşmesi esasları dahilinde şirket nezdinde açılacak bireysel emeklilik hesabına taahhüt ettiği katkı payını ödeyecektir. Yine katılımcı, yaptığı sözleşmeye göre katkı payının şirketin kurduğu birden fazla fon arasında paylaşılmasını isteyebilecektir.

Kanunun 5. maddesi ve 28.02.2002 tarihli Bireysel Emeklilik sistemi Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesi katılımcının birikimlerini başka şirkete aktarmak hakkını da düzenlemiştir. Emeklilik söz-

leşmesinin yürürlüğünden bir yıl geçmesinden itibaren katılımcının emeklilik hesabındaki birikimleri başka bir şirkete aktarma hakkı da bulunmaktadır. Bu aktarmada, giriş aidatı alınmayacağı hükmü konmuştur. Bu madde, emeklilik şirketleri arasındaki rekabeti düzenlemeye ve katılımcının serbest iradesi ile tasarruflarının en az birer yıllık zorunlu muhafaza etmesi sonrası bir şirketten diğerine götürme serbestisinin bulunduğunu ve böylece sistemin güvenilirliğini göstermektedir.

Katılımcının tasarruflarını bir şirketten diğerine götürmesi ve giriş aidatı vermemesi katılımcının menfaatine bir olay mıdır? Borsada işlemlerin nasıl ve hangi sistem içinde ve incelikte yapıldığını bilmeyen, eğitim ve kültür düzeyi bu tür çalıştırma işlemlerine yabancı olan bireylerin, konuyu nasıl çözümleyecekleri merak konusudur. Kanun'un 11. md ve Bireysel Emeklilik Aracıları Hakkında

da oynatılmaktadır. Tasarruflarının değerlendirilmesi yapılarak, belirli bir sistem içinde hem şirketlere kazanç sağlanmakta ve hem de belirlenen dönemin sonunda katılımcıya getiri sağlayacağı vad edilerek sisteme çekilmektedir. Bu sistemde, seçeneklerin sunulmakta olması, araçlar vasıtası ile katılımcıya yardım edilmesi, sisteme ödenen katkı payından daha az veya çok az bir miktarın, katılımcıya geri dönmeyeceği hususu garanti edilmemiştir. Garanti edilmediği bir yana esasen sistem, katılımcının da risk almasını öngörmüştür.

B) BİREYSEL EMEKLİLİK SÖZLEŞMESİ

4632 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde ve Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında 28.02.2002 tarihli Yönetmeliğin 5 ve devamı maddelerinde emeklilik sözleşmesi ile ilgili hükümler düzenlenmiştir.

Katılımcının tasarruflarını bir şirketten diğerine götürmesi ve giriş aidatı vermemesi katılımcının menfaatine bir olay mıdır?

03.03.2004 tarih ve 25391 sayılı RG'de yayınlanmış Yönetmelik ile Bireysel Emeklilik Aracılığı ihdas edilmiş ve bu kişilerin görevlerinin ne olduğu 22. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre aracılardan görevleri, mevzuata uygun olarak, katılımcıların talimatlarına, mesleğin gereklerine ve iyi niyet kurallarına uygun olarak hareket etmek ve katılımcıların hak ve menfaatlerini korumaktır.

Aracıların yapamayacakları işlemler ve mevzuata aykırılıkları halinde sorumlulukları etraflıca düzenlenmiştir. Bu konularda mevzuatın yapılması hakkında bir eleştiride bulunmaya gerek yoktur. Ancak aracılardan, fonlar ile ilgili katılımcıların haklarını en iyi şekilde değerlendirebilecekleri ve hiç zarara uğratmayacakları konusunda kesin bir garanti verilmesinin teorik olarak imkânsız olduğunu vurgulamak gerekir.

Mevzuat düzenlemesi, olması gereken nitelikte olup, bu alanda faaliyet göstereceklerin istihdam edileceklerin en ince detaylara kadar çizgilerinin belirtildiği bir sistem içinde bireysel emeklilik sisteminin yapılandırılmış olduğu bir gerçektir. Ancak bütün bu yasal düzenlemeler, sistemin katılımcılara geri döndüğünde beklenen düzeyde olacağını garanti edemez. Katılımcılar emeklilik için borsa-

Buna göre bireysel emeklilik sisteminden yararlanmak isteyenlerin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmak koşulu ile şirket ile emeklilik sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. Yönetmelik md. 6 bağlamında emeklilik sözleşmesinin taraflarının, fiil ehliyetine sahip ve şirket nezdinde açılacak bireysel emeklilik hesabına katkı yapan veya adına şirket nezdinde bireysel emeklilik hesabı açılan katılımcı ile şirket olduğunu belirtmiştir. Böylece tarafları katılımcı ve şirket olan emeklilik sözleşmesi, katılımcının gönüllü katılıp ve belirlenmiş katkı payı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sistemine girmesi, çıkması, emekli olması, katkıların ödenmesi, katkıların hesaplarda izlenmesi, fonlarda yatırıma yönlendirilmesi ve katılımcı veya lehdara yapılacak ödemelere ilişkin esasları ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir sözleşmedir.

Emeklilik sözleşmesi, yukarıda belirlenen hususlarla ilgili olarak tarafların aralarında yasada belirtilmiş emredici nitelikteki kurallar çerçevesinde serbest iradeleri ile düzenledikleri bir plan formu anlaşmasıdır. Bu sözleşme, emeklilik planı, fonlar ile ilgili bilgileri, emeklilik sözleşmesi teklif formunu, emeklilik sözleşmesi metnini, lehdar tayinine ilişkin hükümleri, sistemin işleyişine dair mutabık

kalınan sistemi, sistem içinde tarafların hak ve yükümlülüklerini içerir.

Sisteme girebilmek için 28.02.2002 tarihli Yönetmelik md. 11 hükümleri gereğince, şirket, katılımcının emekliliğe yönelik beklentilerini, gelir düzeyini ve kamu sosyal güvenlik sistemi içinde olup olmamasına göre ve risk getiri profili formundaki bilgileri esas alarak katılımcıya uygun bir teklif hazırlar. Katılımcıya ayrıca emeklilik sistemi, şirket ve fonlar ile ilgili bilgilerin de verilmesi gerekmektedir. Katılımcı sistemi inceleyerek kendisine sunulan emeklilik sözleşmesi teklifini kabul eder ve imzalarsa bu takdirde katılımcı sisteme girmiş olmaktadır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ise yönetmelik md. 12'de düzenlenmiştir. Buna göre, emeklilik sözleşmesi yapıldıktan sonra katkı payının ödemesi ve hesaplara intikal etmesini takiben en geç 15 iş günü içinde şirket emeklilik sözleşmesini imzalayarak katılımcıya verecektir. Ancak sözleşme katkı payının ödendiği gün yürürlüğe girmektedir. Bu tarih, katılımcının bireysel emeklilik sistemine girdiği tarih olarak kabul edilir.

Katkı payı olarak belirlenen miktar, şirketin, katılımcının dahil olduğu planın yönetim ve fon giderlerini kapsayacak asgari bir tutar olup emeklilik sözleşmesinde belirtilmektedir. Katkı payı, katılımcının emeklilik hesabına düzenli olarak yapmakla yükümlü olacağı paradır. Şirket, emeklilik döneminde katılımcının asgari bir gelir sağlayabilmesini teminen katılımcının verdiği bilgiler ve gelir düzeyine ve arzusuna göre oluşturacağı bir portföy içinde asgari katkı payını belirler. Asgari katkı payı TÜFE esas alınmak sureti ile şirket tarafından yılda bir kere belirlenmektedir. Katılımcının ödediği katkı payları sistem içinde ve bireysel emeklilik hesabında tercih edilmiş fonlar içinde takip edilip yönlendirilmektedir.

Yönetmeliğin 16. maddesi grup emeklilik sözleşmesi adı altında emeklilik sözleşmesi düzenlenmiş ve bunun için en az on kişiyi kapsamı gerektiğini belirtmekle beraber, on kişiden az kişinin çalıştığı işyerinde veya tüzel kişiliği olan meslek kuruluşlarında, derneklerde ve sair kuruluş ve grupta çalışan veya üye olanların tamamını kapsayacak şekilde düzenlenen emeklilik sözleşmelerinin, grup emeklilik sözleşmesi olarak değerlendirileceğini belirterek grup emeklilik sözleşmelerinin yapılmasında esneklik tanımıştır. Grup emeklilik sözleşmesi

Aracıların fonlar ile ilgili katılımcıların haklarını en iyi şekilde değerlendirebilecekleri ve hiç zarara uğratmayacakları konusunda kesin bir garanti verilmesinin teorik olarak imkânsız olduğunu vurgulamak gerekir.

leşmesi prosedürü de bireysel emeklilik sözleşmesi sistemi hükümlerine göre işlem görmektedir.

Aslında grup emeklilik sözleşmeleri bireysel emeklilik sisteminin yapılanmasında özendirilen bir emeklilik sistemi olarak, işverenlerin de katılımı ile kamu sosyal güvenlik sistemi içinde olanların ek bir emekliliğe kavuşma beklentisini yaratmıştır. Ancak bunun böyle olamayacağı ve olmasının da beklenemeyeceği anlaşılacak gerekirdi. İşletmelerde işverenlerin, işçilerine hizmet akdinin bir şartı olarak bireysel emeklilik hakkı sağlaması elbette işçiler için olumlu bir sosyal güvencedir. Ancak bunun yaygınlaştırılarak kamu sosyal güvenlik sistemi içinde olanlara uygulanması için işverenlerin katkısını sağlamaya yönelik girişimlerin bir sonuç vermesi düşünülemez. Böyle bir yapılanma istendiyse de gerçekleştirilememiş olması isabetli olmuştur. Başka türlü bir yapılanma ile işletmelerde vergi indirimi ve teşviklerle, ithalat ihracat sisteminde yeni yapılanmalar ile işverenlere ekonomik hareket serbestisi getirilerek, gerek istihdam yaratmada ve gerekse sosyal güvenlik sistemi içindeki ek emeklilik sisteminde katkıda bulunma imkânı yaratılabilirse ve SSK rücu konusu çözümlenebilirse ek emeklilik için belki işverenlere katkıda bulunma yükümlülüğü getirilebilir. Ancak bugünkü konjonktür içinde işverenin grup emeklilik sözleşmesi için katkıda bulunmasını talep etmenin mümkün olmadığı açıklamak gerekir.

C) BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİ İLE SAĞLANAN HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Sistem, katılımcıların yaşlılıkta düzenli bir

emeklilik geliri almalarını sağlamaya yönelik olarak hükümler getirilmiştir. Gönüllülük esasına göre kurulmuş bu ürünün sağladığı hak ve menfaatler, 4632 sayılı Kanun'un 5 ile 6. maddelerinde ve 28.02.2002 tarihli Yönetmeliğin 14 ile 25. maddelerinde açıklanmıştır. Buna göre, katılımcıya, sisteme giriş tarihinden itibaren en az 10 yıl sistemde kalmak ve 10 yıl süre ile emeklilik şirketinin emeklilik planının yönetim ve fon işletim giderlerini kapsayacak asgari katkı payını ödemek veya tercih ettiği emeklilik planlarına göre on yıllık asgari katkı payı ödemesine karşılık gelecek toplu bir katkı payını ödemesi koşulu ile 56 yaşını tamamladıktan sonra emekli olma hakkı tanınmıştır. Öyleyse Kanunun 4. maddesi kapsamına giren bireylerin gönüllü olarak 10 yıl dan az olmamak koşulu ile sisteme para yatırarak tasarruflarda bulunmaları ve 56 yaşına geldiklerinde de emekli aylığı adı altında ta-

mak için öngörülen imkândır. Ancak 28.02.2002 tarihli Yönetmelik md. 18/3 hükmü gereği, katılımcının katkı payını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, sözleşmede hüküm bulunması şartı ile, Yönetmelik md. 27/3-a bendi doğrultusunda, yasal bildirim ve sunulan standart hizmetler dışında emeklilik sözleşmesinde tanımlanmış özel hizmetlerin talebi halinde, katılımcıya bildirecek ve aylık asgari ücret tutarının en fazla % 25'i nispetinde bir miktar, kesinti tutarına karşılık olarak, katılımcının fon adetlerinden indirim yapılabilmektedir.

Ancak süreklilik arz etmeyen ve sistemde değerlendirilmesine ara verilmiş tasarrufların getirisinin daha az olacağı düşünüldüğünde, bu şekildeki toplu ödemelerin veya ara vermelerin tekrarlanması katılımcının nihai alacak miktarını olumsuz etkileyecektir.

Emekliliğe hak kazanabilmek için ödenmeyen süreye ilişkin katkı payının toplu olarak ödenmesi imkânı getirilmiştir.

sarruflarının geri ödeneceği hususunda hak ve yükümlülükleri yasa ile sağlanmıştır. Ancak belirlenen süre sonunda ne miktar bir geri dönüşüm olacağı ve sisteme katılırken ödemekle yükümlü olunan katılım payının ve masrafları düşüldükten sonra geri ödeme durumunda balığ olacak miktarın beklenenden az mı, fazla mı veya enflasyona göre para paritesine göre ne değer alacağı şimdiden belli değildir. Başka deyişle riskin paylaşılması esası kabul edildiğinden, katılım payının getirisinin olup olmayacağı ve/veya olursa ne miktarlarda olacağı peşinen belli olmayan bir sistemdir. Diğer sigorta dallarından özellikle benzer sigorta ürünü hayat sigortasından ayrılan niteliği de esasen buradadır.

Bu sistemde hak ve yükümlülükler açısından farklı özellikler göze çarpmaktadır. Örneğin katılımcının diğer sigorta dallarından farklı olarak emekliliğe hak kazanma süresi dolmadan sisteme katkı payı ödemesine ara verme imkânı Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkındaki Yönetmelik md. 18 ile sağlanmıştır. Böylece katılımcı düzenli katkı payı ödeme yükümlülüğü altına sokulmamıştır. Ancak emekliliğe hak kazanabilmek için ödenmeyen süreye ilişkin katkı payının toplu olarak ödenmesi imkânı getirilmiştir. Bu sistemde kolaylıklar sağla-

Diğer bir imkân olan 28.02.2002 tarihli Yönetmelik md. 19'da düzenlenmiş olan, emekliliğe hak kazanmadan katılımcının sistemden ayrılabilme hakkıdır. Mevzuat, emeklilik sözleşmesi süresi içinde katılımcının herhangi bir anda veya sürekli iş göremezlik halinin ortaya çıkması durumunda birikimlerini alarak sistemden çıkmasını mümkün kılmıştır. Bu durumda birikimlerin ödenmesi ile ilgili olarak emeklilik şirketi ile katılımcı arasında yapılmış olan emeklilik sözleşmesi hükümleri çerçevesinde birikimlerin ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Burada Yönetmeliğin 19. maddesi, katılımcının sistemden sürekli iş göremezlik nedeniyle ayrılabilmesi için katılımcının genel sosyal güvenlik sistemi içinde olup olmamasına göre farklı yöntem uygulamıştır. Sayet katılımcı sosyal güvenlik kuruluşlarından birinden sürekli iş göremezlik nedeniyle gelire hak kazanmış ise sistemden ayrılması mümkün görülmüştür. Katılımcı sosyal güvenlik kuruluşları dahilinde değilse bu takdirde, resmi sağlık kurumları tarafından verilecek bir rapor ile sürekli iş göremezlik halinin saptanması aranmıştır. Sürekli iş göremezlik nedeniyle sistemden ayrılmaya hak kazanabilme, SSK'nın isteğe bağlı sigor-

Bireysel Emeklilik Sistemi vergi açısından da özel hükümler ile avantajlı hale getirilmiştir.

talılar hakkında uygulanan esaslarına bağlanmıştır⁵. Sonuç olarak yasanın ve ilgili mevzuatın imkân verdiği ölçüde akit serbestisine göre yapılmış emeklilik sözleşmesi hükümleri gereğince kabul edilmiş hükümlere göre sistemden çıkabilmesi ve birikimlerinin ödenmesi mümkün olmaktadır. Katılımcının vefat etmesi halinde Yönetmeliğin 19. maddesi gereğince lehdar veya kanuni mirasçılarının, emeklilik hesabındaki birikimleri talep etme hakkı vardır.

Bireysel Emeklilik Sistemi, vergi açısından da özel hükümler ile avantajlı hale getirilmiştir. Böylece bireysel emeklilik sistemine girmek katılımcılara cazip hale getirilmiştir⁶. Bireysel emeklilik sisteminin gelişmesi için iyi bir pazarlama gerektiği açıktır. Ancak bireysel emeklilik sisteminin sağlayacağı fonların ülke ekonomisindeki önemi tartışıldığında nedenli gerekli olduğu ekonomistler ve hükümetçe açıklanmaktadır. Bu sistemin gelişmesinde en önemli etken vergi sistemi olacaktır. Halen sistem, vergi açmazındadır. Yapılan değişiklikler beklenen düzeye erişmediği için sistemde sıkıntılar vardır. Tasarruf ve fonları değerlendirilmesinin daha ucuz yolları aranmaktadır ve aranacaktır. Devlet tahvillerinin yaygınlığının bireysel emeklilik sistemi içinde kullanılması daha avantajlı hale gelmedikçe bu sistemden hükümetin yararlanarak birikim elde etmesi uzun sürecektir. Gerek vergi sistemi ve gerekse Türkiye'deki gelir düzeyinin düşük olması ve işsizlik sorununun giderek artması ve artmaya devam edecek olması, bireysel emeklilik sistemine katılmayı giderek azaltacaktır. Asgari ücret ile çalışanların sisteme girmesinin mümkün olmadığı açıktır. Orta gelir düzeyinin de sisteme katılması belki vergi konusundaki yeniden yapılanma ile mümkün olabilir. Şu anda indirimler cazip değildir.

D) EMEKLİLİK YATIRIM FONLARI⁷

Sermaye Piyasası Kurulu, 4632 sayılı Kanun'un 5. Bölüm 15. maddesi, emeklilik şirketlerinin, emeklilik sözleşmesi çerçevesinde katılımcıların katkılarından oluşan malvarlığının, emeklilik yatırım fonu olarak düzenlenmesini öngörmüştür. Bu

maddeye göre, katılımcılar adına emeklilik şirketleri bireysel emeklilik hesaplarındaki katkıları, katılımcıların da riske katılmak suretiyle dağıtılması esası ile, inançlı mülkiyet esaslarına göre işletmek için bir mal varlığı oluşturmaktadırlar. Yasada tüzel kişiliği olmayan bu fonun nasıl kurulacağı kuruluş ve işleyişi ve denetlenmesi ile ilgili olarak SPK tarafından belirleneceği hüküm yer almıştır. Buna göre de SPK, emeklilik yatırım fonlarının kuruluş ve faaliyetlerini belirlemek üzere Yönetmelik çıkarmıştır.

Yönetmeliğin 5. maddesi emeklilik yatırım fonunun emeklilik şirketi tarafından emeklilik çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların riskin dağıtılması ve inançlı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla oluşturulan malvarlığına "Fon" denildiği tekrarlanmıştır. Fonun tüzel kişiliğinin bulunmadığı hususunun anlamı ise doğrudan doğruya fonu esas alan bir hukuki işlem yapılması ve/veya yargı sisteminin işletilmesinin mümkün olmadığı ifadesidir.

Fonun nasıl yapılandırılacağına ilişkin esaslar gerek Kanun ve gerekse yönetmelikte etraflıca belirtilmiş ve emeklilik şirketlerine en az üç ayrı fon kurma yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun üzerinde fon kurulmasına bir engel yoktur. Böylece katılımcılar sunulan paketlerin çokluğu nedeniyle riskli, orta riskli veya az riskli havuzlardan seçme imkânına sahip olacakları düşünülmüştür.

Fonun, Türk ekonomisine ne kazandıracığı üzerinde de durmak gerekmektedir. Bu yasanın oluşturulması ve oluşturan bakanlıklar açısından durum değerlendirildiğinde, fon oluşturmanın Devlet için kaçınılmaz cazibesi bulunduğu bir gerçektir⁸. Esasen 4632 sayılı Kanun'un 1. maddesi bu hususu açıkça ifade etmiştir.

Fonlar ile ilgili ekonomi dünyasında söylenen şudur ki, SPK tarafından düzenlenecek fonlar sayesinde ekonomik siyasi ve sosyal istikrarın sağlanacağı, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratılacağı ve istihdamın artacağı, ekonomik kalkınma olacağı, sosyal güvenliğin kapsamının genişleyeceği, kamunun yükünün azalacağı, yatırımlar olacağı gibi düşünsel özgürlüğün soyutlaması yapılmaktadır. Bütün bu düşünceler, ütöpik anlamda son derece hayırlı ve beklenendir. Ancak gerçeğin böyle olmadığını ve olamayacağını, beklenen oluşumun bir yerde tıkanacağını açıklamak gerekmektedir.

Hükümet Programlarına baktığımızda⁹ Bireysel emeklilik sisteminin oluşturduğu fonun, Devlet Hazine Bonosunu tercih etmesi ve havuzun Hazine Bonosu paydasının fazla olduğu bir oluşumda ki halen sistem Hazine Bonosu ağırlıklı çalışmaktadır. ekonomiye ne büyük bir katkı yapıldığı aşikardır. Zaten bu sistemin çok hızlı bir şekilde oluşturulmasının en önemli nedeni de Hazine Bonosu satışı sureti ile ekonomiye büyük girdi sağlanmasının amaçlanmış olmasıdır. Devletin borçlarının altından kalkılmaz bir durumda olduğu tartışmasız olup bu açık ve borçların kapanması için kaynak gereklidir. İşte bireysel emeklilik sistemi, uzun vadede olarak Devletin Hazine Bonosu satışları sebebiyle faiz ödemeyeceği bir borçlanmadır.

Fonları bekleyen tehlike ne olabilir? Fonların birikiminin piyasa derinliğinden daha hızlı büyümesi söz konusu olacaktır. Ülkedeki sermaye piya-

uygulamanın sürekliliğinin devam etmesi halinde dev fonların oluşması yönetiminde zorluklar meydana getirecek ve planlanan yönetim kadrolarından daha fazlasının istihdamı kaçınılmaz olacak ve bu da ek maliyet getirecektir. Tüm bunlar gerek fonların getirisine ve gerekse katılımcının beklentilerine olumsuz olarak yansiyacaktır. Katılım sayısında düşmeye neden olabilecektir.

5) SİSTEMİN GÜVENLİĞİ

En önemli husus katılımcıların katkı paylarının belirlenen süre sonunda birikimlerinin değer kaybetmemiş ve nemaları ile birlikte kendilerine veya hak sahiplerine dönebilmesidir.

Sistemin güvenli olması ve katılımcıya güven vermesi ilkesi, Yasanın üzerinde durduğu en önemli konu olarak çeşitli düzenlemeler ile katılımcının haklarının güvence altına alınması için

Bu yasanın oluşturulması ve oluşturan bakanlıklar açısından durum değerlendirildiğinde, fon oluşturmanın Devlet için kaçınılmaz cazibesi bulunduğu bir gerçektir.

sasının şu andaki hacmi, gelecek 10 yıl içinde emeklilik fonlarında biriken miktarı karşılayıp karşılamayacağı bilinmeyen bir denklemdir. Emeklilik fonları büyüdükçe çünkü 4632 sayılı Kanun'un 9. maddesinde şirketin faaliyet ruhsatı alabilmesi için iki yıl içinde yüz bin katılımcıya ulaşması ve bunun için gerekli alt yapının yapılması ve planlamanın hazır olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Durum böyle olunca şirketlerin pazarlama konusundaki hedeflerinin çok büyük olması gerekmektedir. Hem hedefin büyümesi çabası içinde olunacak ve hem de fonların hantallaşması engellenecek bir sistem var mıdır? Çünkü, fonlar büyüdükçe piyasanın da büyümesi gerekmektedir, gerekli önlemler alınmadığı takdirde fonların hantallaşması karşısında getirileri azalacaktır. Bunun sonucu olarak fonlar arası sirkülasyona başka ifade ile katılımcıların şirket içi ve şirketler arası fon hareketi yapmalarına neden olacaktır. Kısa vadede şirketler fon sayısını artırarak helki bu olumsuzlukları bertaraf edebilirler ancak sabit getirili tahviller bakımından bunların vadesi uzun olmadığı takdirde fonların yönetimi son derece güç olacaktır. Bu şekilde bir

emredici nitelikte hükümlerle sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak ne kadar hüküm konulursa konulsun sistemde delikler açılması her zaman teorik olarak mümkündür.

Bireysel emeklilik sistemi ile ilgili mevzuat emeklilik yatırım fonuna ilişkin çeşitli düzenlemeler yaparak fonun yönetimini olduğunca şeffaf oluşturmaya çalışmıştır.

Emeklilik şirketinin, SPK'dan izin alarak kurduğu fon her ne kadar tüzel kişiliği sahip değilse de yeni bir hukuki statü yaratılarak şirket merkezinin bulunduğu ticaret siciline fon iç tüzüğü ilan etmek suretiyle aleniyet kazandırılmıştır.

Emeklilik şirketinin en az üç fon kurması ve bu fonların her birinin şirketin ödenmiş sermayesinin 1/20'sinden az olmaması hükme bağlanmıştır. Yasanın 15 ve devamı maddeleri ile SPK'nın Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 7 vd. maddeleri gerek kuruluş ve gerekse fonun örgüt yapısını ve kontrol sistemini düzenlemiştir. Buna göre, emeklilik şirketi kurduğu fona en az üç kişiden oluşan bir fon kurulu atayacaktır. Her bir fon

için ayrı ayrı kurul olabileceği gibi tek bir kurul da oluşturulabilir. Bu kurul, üyelerinin yüksek öğrenim görmüş olması sermaye piyasası, bankacılık veya sigortacılık alanlarında en az beş yıllık tecrübeye sahip olması aranmıştır. Ayrıca bu kimselerin faaliyet izinleri sürekli veya geçici kaldırılmış kuruluşlarda veya borsa üyeliğinden geçici veya sürekli çıkarılmış olan kuruluşlarda sorumluluğu saptanmış kişilerden olmaması da aranmıştır. SPK'nın 46. maddesi gereğince işlem yasaklı bulunmalarını gereklidir. En önemlisi bu kurulda görev yapacakların SPK, sigortacılık, bankacılık mevzuatı açısından, kara para aklanmasının önlenmesine dair mevzuat ile ödünç para verme işleri hakkında mevzuata aykırılıktan ve/veya taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis yahut zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs ya da iştirak suçlarından dolayı hüküm giymemiş olmaları gerekmektedir.

Açıklandığı üzere Devlet fonların yönetiminde oluşturacak kurul üyelerinin, belirli nitelikte olmasını aramış ve bu konuya çok önem vermiştir. Çünkü fon kurulunun görevleri son derece önemlidir. Şöyle ki, fon kurulu, fon faaliyetlerini, emeklilik şirketi yönetim stratejisine göre verimli, etkin ve mevzuata uygun olarak yürütmekle, muhasebe ve belge kayıt sistemini düzenli tutmakla, fon adına yapılacak sözleşmeleri mevzuata uygun yapmakla, fon portföyünün mevzuata uygun şekilde değerlendirmesini ve birim pay değerini doğru şekilde hesaplamakla, fon mali tablolarını hazırlamakla, fon performansını takip etmekle, kamuyu aydınlatma belgelerinin mevzuata uygun şekilde hazırlamakla, fon faaliyetine ilişkin raporları hazırlamakla, savaş, doğal afetler, ekonomik kriz, iletişim sistemlerinin çökmesi, portföy varlıklarının ilgili olduğu piyasanın kapanması, şirketin mali durumunu etkileyen önemli bilginin ortaya çıkması gibi olağanüstü durumlar ile ilgili kararların alınmasında görevli olacakları belirtilmiştir.

Kurul üyelerinin görevlerini gereği gibi yapmaları, katılımcıların menfaatinin korunması için son

derece önemlidir. Fonun denetimi sadece kurulun faaliyetleri ile sınırlı tutulmamış, aynı zamanda fonun iç kontrolü için de esas ve usuller saptanmıştır. Buna göre, emeklilik şirketi fon kontrol sistemine ilişkin tüm usul ve esasları yazılı yapmak durumundadır. Tüm işlemlerin yazılı yapılması esası getirilmiştir. Emeklilik şirketi, bu konuların denetimi için en az bir fon denetçisi tayin edecektir. Denetçi tarafından iç kontrolün usulüne uygun yapıp yapılmadığı denetlenir.

Devletin sistem içinde düzenleyici ve denetleyici bir rolü vardır. Bireysel emeklilik sistemi hem devlet tarafından, hem de bağımsız kuruluşlar tarafından yoğun bir denetim ve gözetime tabi tutulacaktır. Kanun ve yönetmeliklerde de yer aldığı üzere emeklilik şirketlerinin, emeklilik ve sigortacılık faaliyetleri Hazine Müsteşarlığı tarafından yılda bir defa olağan olarak denetlenecektir. Ayrıca Müsteşarlık gerekli görürse olağan dışı denetimler de yapabilir. Yine emeklilik şirketi faaliyetlerinden dolayı yıl sonlarında aktüer tarafından yapılacak aktüeryal denetime, Hazine Müsteşarlığı tarafından görevlendirilen Emeklilik Gözetim Merkezinin günlük gözetimine ve denetimine tabidir. Şirket fonlarının, portföy yöneticilerinin ve saklayıcının faaliyetleri en az yılda bir kere Sermaye Piyasası Kurulu tarafından denetlenecektir. Tüm bunların dışında bağımsız dış denetim ve iç denetim söz konusudur. Ayrıca kurulan emeklilik yatırım fonları emeklilik şirketlerinin varlıklarından bağımsızdır. Bireysel emeklilik fonlarının yatırıldıkları menkul kıymetler Takasbank'ta saklanacak olup mülkiyeti tamamen katılımcıya aittir. Bunun yanında bireysel emeklilik hesapları Takasbank nezdinde de izlenebilecektir. Dolayısıyla bireysel emeklilik sistemi, yasal bağlamda bütün bu sayılan denetim mekanizmalarının hukuki yapısı sayesinde şeffaf ve güvenilir bir sistem olarak düzenlenmiştir.

SPK'ya 4632 sayılı Kanun'la verilmiş görev ve yetkiler bağlamında emeklilik yatırım fonlarının faaliyeti açısından gözetim ve denetim altında olduğunu göstermektedir. SPK'nın görev ve yetkileri teknik bir faaliyet olarak çok önem arzeder. Katılımcıların bilgilendirilmesi esasları, şirketin ve fonların denetimi, fonların kayda alınması, fon portföyünün oluşturulmasındaki ilkeler, fon varlıklarının değerlendirilmesi ve saklanması ile ilgili esaslar, fonların birleştirilmesi ve devri konuları ve kamunun aydınlatılması

SPK'nın denetimde ve görevinde olarak hukuki güvence altına alınmak istenmiştir.

DEĞERLENDİRME

Türkiye'de emekliliğin özelleştirilmesi veya özel kurumlara verilmesi konusu sosyal güvenlik sisteminin temel bir yapıya kavuşturulması ile birlikte birçok konu sorun olmaya devam edecektir. Devletin fonksiyonunun küçülmesi ve emeklilik sorununun uzun süre toplumu meşgul edeceği günler yakındır. Emekçilerin ve kuruluşlarının olaya bakış açısı ve taleplerinin Hükümet tarafından değerlendirilmesi ve sosyal dialog ile toplumun beklenti ve isteklerinin saptanması zorunludur. Bireysel emeklilik sistemi ile toplumun beklentilerinin çözüme kavuşmadığı ve henüz büyük şehirlerde bireysel emeklilik pazarlamasının yapılabildiği, hedef kitlelerin şirketler arasında paylaşılmasında rekabet yaşandığı ve bu sistemin uzun vadede beklentilere cevap veremeyeceğini ve bir takım değişikliklerin yapılması gerektiğini belirtmek isteriz.

Şu anda bu sistemin yanlış eksik ve iyi işletilemediğini tartışmak yanlıştır. Ancak sonuçlarını göstermeye başlamamış ve fakat fonların değerlendirilmesi açısından zaman diliminin kısa olması nedeniyle fazla prim yapmamış olan ve fonların sözleşme sonuna doğru alacağı seviyenin şimdiden belli olmaması nedeniyle riskin olduğu açıktır. Bu sistemin başarılı olmaması halinde katılımcıların tasarruflarının bir garantisinin bulunmaması da sistemin en zayıf noktasıdır. Daha başarılı bir sistem geliştirildiği takdirde bu kurumun yerini alacağı muhakkaktır.

Bireysel Emeklilik Sisteminin benzer yabancı ülke uygulamalarında olduğu gibi olumsuzluklara sahne olmaması için öncelikle Türk ekonomisinin sağlam olması ve Devletin borçlanmaması ve borçlarını doğal kaynakların işletilesi tarım sektörüne önem vermek suretiyle geliştirerek ödemesi ve hazine bonosundaki fonların akıbetinin iyi düşünülmesi ve savrukluktan imtina edilmesi gerekmektedir. Fonlardan toplanan meblağların sarf yerlerinin titizlikle hükümet tarafından belirlenmesi ve şeffaf olunması asıdır. Aksi halde Hazine Bonolarının geri ödenmesinin kazaya uğraması kaçınılmaz olabilir. Bireysel Emeklilik Sisteminin işleyişinin şeffaf olması, hukuki yapılanmanın mükemmel olması,

aksayan yanların dikkatle takip edilerek eksikliklerinin giderilmesi ve değişikliklerin yapılması yetmeyecektir. Daha önceleri uygulanmış ve sözde tasarruf adı altında çalışanlardan kesilen paraların akıbeti gibi bir son, bireysel emeklilik için de söz konusu olmaması için, gerek sistemde faaliyet gösteren şirketlerin ve gerekse katılımcıların ve özellikle halkın hükümet politikalarını daha sıkı takip ederek demokratik kuralları işletmesi ve hukuka uygun bir sistem içinde duyarlı olunması kaçınılmazdır. Bireysel emeklilik sisteminin ek emeklilik olarak yapılandırılmış bulunması sebebiyle Türkiye'de yapılanmakta olan yeni sosyal güvenlik sistemine göre Devletin katılımının azaltıldığı ve özel emeklilik şeklindeki yapılanma açısından dünya uygulamasındaki örnekler ile bağlantı yapılarak eleştirilmemesi ve kendi sistemi içinde katılımcıların güvenliğinin sağlanması gerektiğini açıklamak isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 Güzel Ali-Okur Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 2003, 9. baskı s. 8, vd.'deki açıklamalara bakınız.
- 2 4632 sayılı ve 07.04.2001 tarih ve 24366 sayılı RG Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 28.02.2002 tarih 24681 sayılı RG, Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik; 28.02.2002 tarihli ve 24681 sayılı RG, Hazine Müsteşarlığının, Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik; 28.02.2002 tarih 24681 sayılı RG, Sermaye Piyasası Kurulunca çıkarılmış, Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik; 03.03.2004 tarihli 25391 sayılı R.G. Bireysel Emeklilik Araçları Hakkında Yönetmelik; 31.10.2001 tarihli ve 24569 sayılı RG'de neşrolmüş Bireysel Emeklilik Danışma Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik; Bireysel Emeklilik Aracılığı Faaliyetinde Bulunacak Kişilere İlişkin 2004/ 1 Nolu Tebliğ; Hazine Müsteşarlığından, Emeklilik Planları Hakkında 2003/1 nolu Tebliğ; Emeklilik Şirketlerindeki Birikimli Hayat Sigortalarından Bireysel Emeklilik Sistemine Aktarımlara İlişkin 2004/2 nolu Tebliğ; Gelir Vergisi Kanunu; Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair 4697 sayılı ve 29.06.2001 tarihli ve 07.10.2001 tarihli ve 24458 sayılı RG'de neşrolmüş BES ile ilgili mevzuat hükümleri; Mük Md 21.- Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25'i, Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalılarından yapılan ödemeler gelir vergisinden müstesnadır. İstisna edilen tutar üzerinden 94. maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılmaz. Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair 4697 sayılı ve 29.06.2001 tarihli ve 07.10.2001 tarihli ve 24458 sayılı RG'de neşrolmüş BES ile ilgili mevzuat hükümleri; Mük Md 21.- Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye

gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25'i, Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemeler gelir vergisinden müstesnadır. İstisna edilen tutar üzerinden 94. maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılmaz. Md. 4. - 193 s. K. 40. md.1 f. (9) numaralı bent eklenmiş, 63. md. (2) ve değişik (3) numaralı bentleri değiştirilmiştir. 9. İşverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları. (Gerek işverenler gerekse ücretliler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahının tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı bu Kanunun 63. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde belirlenen oran ve haddi aşamaz.) 2. Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklara ödenen aidat ve primler. 3. Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, indirim konusu yapılacak prim, aidat ve katkıların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için ödenen primlerde, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 5'ini) ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir. Md 5. - 193 s.K. değişik 75. md/2 f. (15) . bent eklenmiştir. 5. Tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından; a) On yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemedi ayrılanlara yapılan ödemeler, b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlar ile diğer sandık ve sigortalardan on yıl süreyle prim veya aidat ödeyenlere ve vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler, c) Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler. Md. 6 c) 75. maddenin ikinci fıkrasının (15) numaralı bendinde yer alan menkul sermaye iratları ile tevkif yoluyla vergilendirilmiş bulunan ve gayrisafi tutarları toplamı 103. maddede yazılı tarifenin birinci ve ikinci gelir dilimleri toplamının yarısını aşmayan menkul sermaye iratlarından ve vergi alacağı dahil kurumlardan elde edilen kâr paylarından; Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan % 10 oranını % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir. Md. 7. - 193 s K 89. md değişik (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. I. Beyan edilen gelirin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları (Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim ve katkı tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin

ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında ayrıca indirilmemiş bulunması şartıyla; eşlerin veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim ve katkı payları kendi gelirlerinden indirilir.), Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan % 10 oranını % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir. Md. 9. - 3.6.1949 tarihli ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun değişik 8. md 1 f. (4) numaralı bendine aşağıdaki alt bent eklenmiştir. e) Emeklilik yatırım fonlarının kazançları (Bu kazançlar Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesine göre tevkifata tabi tutulmaz.); Md. 12. - 13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri K. istisnalar ile ilgili 29.md. (i) (t) ve (u) bentleri eklenmiş ve değiştirilmiştir. i) Emeklilik sözleşmeleri, hayat sigortaları (hayat sigortalarında ferdi kaza, hastalık sonucu malûliyet ve tehlikeli hastalıklar teminatlarının da ek teminat olarak verildiği sözleşmeler dahil) ve sağlık sigortaları ile ihracata ait nakliyat sigortalarında sözleşme ve poliçe üzerinden alınan paralar. t) Emeklilik yatırım fonlarının, sermaye piyasalarında yaptıkları işlemler nedeniyle elde ettikleri paralar, u) Banka ve sigorta şirketleri ile emeklilik şirketlerinin kuruluşlarında veya sermayelerini artırdıkları sırada çıkardıkları hisse senetlerinin itibari değerlerinin üzerinde elden çıkarılması sonucu kendi lehlerine kalan paralar. Banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisna edilmiştir.

3. Güzel-Okur: a.g.e., s. 567 vd.'deki açıklamalara bkz.
1. Güzel-Okur: a.g.e., s. 571; Korkmaz Selda: Ülkemizde bireysel emeklilik sistemi üçüncü ayak emeklilik olarak uluslararası literatürde yer almaktadır. Toprak İşveren, 2004, s. 61, s. 7 vd.
5. İsteğe bağlı sigortanın sona ermesi ile ilgili olarak SSK m. 85/D hükümlerine bkz
6. Bkz dip not 2'de belirtilen mevzuat.
7. Emeklilik fonları ve dünya örnekleri, fonların yönetimi, asgari emeklilik maaşı garantisi ve ek niteliğinde olmayan özel emeklilik yapılması için bkz. Çağatay Ergenekon: Özel Emeklilik Fonları Şili Örneğinden Alınacak Dersler, 1998 İst.
8. Öğütgen Mesut: Bireysel Emeklilik Sistemi: Toprak İşveren 2004 s. 61, s.9.
9. Başbakan Abdullah Gül, Hükümet Raporu (23.11.2002) www. antimai.org/eko/58hukmetprog. Başbakan Recep T. Erdoğan tarafından sunulan Hükümet Programı (18.03.2003) www. basbakanlik.gov.tr/docs/hukümetprgr.doc - Konukman Aziz Doç. Dr: AKP Hükümeti Karar Aşamasında: IMF ile Tamam mı? Devam mı? www.bagimsizsosyalbilimciler.org

Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Danıştay'ın Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Hukuki Etkileri

1. Genel Olarak

İşyerlerinde sağlık birimi oluşturulması ve işyeri hekimi bulundurulması konusu çalışma yaşamının hâlâ pek çok sorunu bünyesinde barındıran konularından biri olmaya devam etmektedir¹.

1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte iken işyeri hekimi bulundurulması yükümü konusunda görülen hukuka aykırı uygulamaları ortadan kaldırmak üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesinde, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran işverenlerin, Sosyal Sigortalar Kurumu'na sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına ve işin tehlike derecesine göre bir veya daha fazla işyeri hekimi çalıştırmak ve bir işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü buldukları hükme bağlanmıştır.

Öte yandan işyeri hekimi istihdamının esaslarını belirlemek üzere; işyeri hekimlerinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri ile işyeri sağlık birimlerinin Sağlık Ba-

kanlığı ve Türk Tabipler Birliği'nin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte düzenleneceği öngörülmüştür. Maddede sözü edilen yönetmelik, "İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" adıyla 16 Aralık 2003 tarihli ve 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Eski Yönetmelik de yürürlükten kaldırılmıştır.

Yapılan bu düzenlemelerle konu büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu konuda yargının da çok önemli katkıları olmuştur. Nitekim; öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan işyeri hekimliği asgari ücret tarifelerinin bağlayıcı olmadığı yolunda oldukça yeni tarihli bir karar vermiş, bu konudaki tereddütleri önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır². Öte yandan; İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin bazı hükümlerinin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından açılan davada, Danıştay 10. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu yürütmeyi durdurma talebini incelerken önemli

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan işyeri hekimliği asgari ücret tarifelerinin bağlayıcı olmadığı yolundaki kararı ile bu konudaki tereddütleri önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır.

tespitler içeren kararlar vermiştir. Bununla birlikte verilen yürütmeyi durdurma kararları uygulamada belli başlı konularda tereddütlerin doğmasına neden olmuştur.

II. Yönetmelik Hükümlerine Genel Bakış

16 Aralık 2003 tarihli ve 25318 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te, hangi işyerlerinde sağlık birimi kurulacağı ve işyeri hekimi bulundurulacağı, işyeri sağlık birimlerinin yapısı ile çalışma usul ve esasları, ortak sağlık birimi kurulması, kimlerin işyeri hekimi olabileceği, işyeri hekimlerinin eğitimi, eğitim ve sertifikanın hangi makam tarafından verileceği, işyeri hekimlerinin asgari görev süresi ile işyeri hekimlerinin görev ve yetkileri, işyeri hekimi ile yapılacak sözleşme, ayrıca işyeri hemşiresi ve sağlık memurunun nitelikleri, görevleri ve eğitimleriyle ilgili önemli hükümlere yer verilmiştir¹.

Bu bağlamda; Yönetmeliğin 18. maddesine göre, işyeri hekimi olarak görevlendirilecek hekimlerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilmiş bir işyeri hekimliği sertifikasına sahip bulunması gerekmektedir. Kimlerin bu sertifikayı alabileceği konusunda ikili ayırım yapılmıştır (m.19). Buna göre; eğer, iş müfettişliği yapmış veya üniversitelerden iş sağlığı bilim doktorası veya bilim uzmanlığı almış, iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığı veya işyeri hekimliği yan dal uzmanlığı almış bir hekim söz konusu ise, bu hekimleri istekleri halinde işyeri hekimliği sertifikası verilmektedir. Bu kapsama girmeyen hekimlerin işyeri hekimliği sertifikasına sahip olabilmesi için ise, Bakanlıkça düzenlenen işyeri hekimliği sertifika eği-

tim programlarına katılması ve eğitim sonunda düzenlenecek sınavda başarılı olması gerekmektedir.

İşyeri hekimliği sertifika eğitim programlarının hazırlanması, uygulanması, sınav komisyonunun oluşturulması ve sınavın yapılış şekli ile ilgili usul ve esaslar İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu tarafından belirlenmektedir. Bu Komisyon tarafından teorik ve pratik şeklinde en az 180 saat olan bu sertifika eğitiminin ve sınavın yapılması Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM) tarafından yürütülmektedir.

İşyeri hekimlerinin hizmet süresi Yönetmeliğin 21 ve 25. maddelerinde, işyerinin girdiği risk grubu ve işyerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenmiştir.

Yönetmelikte ayrıca sağlık birimlerinde iş sağlığı hizmetleri dışında kalan birinci basamak tedavi hizmetleri ile usul ve esasların SSK ile işveren arasında yapılacak protokole göre belirleneceği öngörülmüş (m.15), buna ilişkin usul ve esaslar SSK Başkanlığı Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan 25.12.2003 tarih ve 3 - 222 sayılı "Hekim Yetkisi" konulu Genelge ile belirlenmiş, ancak Danıştay'ın verdiği yürütmeyi durdurma kararlarından sonra 2.1.2006 tarih ve 3 - 255 sayılı Genelge yürürlüğe konulmuştur.

III. İptal Talebinin İçeriği

TTB tarafından açılan davada;

- "Tanımlar" başlıklı 4. maddede yer alan işyeri hekimi tanımı ile "İşyeri hekiminin nitelikleri" başlıklı 18. madde, "Sertifikalandırma" başlıklı 19. madde, "Eğitim ve sınav" başlıklı 20. maddelerinin; yetki, sebep ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırı oldukları,

- 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da tıp fakültesi mezuniyeti sonrası işyeri hekimi sertifikasyon eğitiminin davalı idarece yapılmasına yetki veren bir düzenleme bulunmadığı,

- bu Kanunda değişiklik yapan 4957 sayılı Kanuna ilişkin Tasarımın 12. maddesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında "işyeri hekimlerine eğitim ve sertifika vermek" sayılmış iken, komisyon aşamasında taslaktan çıkarıldığını,

- İş Kanunu'nun 81. maddesinde öngörülen eğitimleri yönetmelikle düzenleme görev ve yetkisinin, eğitimin de Bakanlık tarafından verileceği an-

lamına gelmediği, Yönetmeliğin 20. maddesinde işyeri hekimi sertifika eğitim programı ve sınavını yürüteceği belirtilen ÇASGEM'in de böyle bir yetkisinin bulunmadığı,

- 6023 sayılı Kanun uyarınca mezuniyet sonrası tıp eğitiminde Türk Tabipler Birliği'nin yetkili ve görevli olduğu,

- Sertifika eğitimini 15 yıldan bu yana sürdüren TTB tarafından 28.509 hekime sertifika verildiği,

- Danıştay kararlarının da bu yönde olduğunu ileri sürerek iptali ve öncelikle yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

IV. Danıştay 10. Dairesi'nin Kararı

Yönetmeliğe ilişkin yürütmeyi durdurma ve iptal talebini inceleyen Danıştay 10. Dairesi 28.5.2004 tarih ve 2004/1253 esas sayılı kararında özetle;

tülmesinin normal tıp eğitiminin yanı sıra iş hukuku, sosyal politika ile kimya ve sanayi sektörünü ilgilendiren konularda da bilgi sahibi olmayı gerektirdiğinden, işyeri hekimliğine atanacak kişilerin yetiştirilmesine yönelik eğitim programı uygulamasında kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle işyeri hekimliği sertifikası verilmesi uygulamasına son verilmesi istemi yönünden davanın reddedildiği,

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi öncesinde işyeri hekimliği eğitimi ve sertifikası vermeye yetkili makamın açıkça düzenlenmemiş olması ve İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 6/c maddesinin işyeri hekimliği sertifikası verecek makamı açıkça göstermemesi nedeniyle yukarıda belirtilen Danıştay kararıyla iptal edilmesi sonrasında, 4857 sayılı Kanunun 81. maddesi ile işyeri he-

İşyeri hekimi eğitimi ve sertifikası verme konusunda Türk Tabipler Birliği'ne açıkça yetki veren bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır.

- İşyeri hekimi eğitimi ve sertifikası verme konusunda Türk Tabipler Birliği'ne açıkça yetki veren bir düzenlemenin mevzuatımızda yer almadığı,

- 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükte bulunan İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 6/c maddesinde yer alan "yetkili bir makam tarafından verilmiş bir iş hekimliği sertifikasına sahip olmak" hükmünün iptali istemiyle açılan davada Danıştay 10. Dairesi'nin 8.11.2001 tarih ve E.2001/1467 K.2001/38+1 sayılı kararıyla, işyeri hekimliği verecek makamın açıkça belirlenmediği gerekçesiyle Yönetmeliğin 6/c maddesinin iptaline karar verdiği,

- doktor olan bir davacının işyeri hekimliği sertifikası verilmesi uygulamasına son verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin ve dayanağı Yönetmelik hükmünün iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay 8. ve 10. Daireleri'nin müşterek heyetince verilen 20.2.2002 tarih ve E.1998/794 K.2002/1186 sayılı kararla; çalışma ortamından ve koşullarından kaynaklanan sağlık riskleri, iş kazaları ve meslek hastalıkları, acil yardım ve diğer koruyucu sağlık hizmetlerinin yürü-

kimlerinin eğitimleri konusunda Yönetmelik çıkarılarak düzenleme yapmak yetkisinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilmek suretiyle boşluğun doldurulduğu dikkate alındığında davacının bu konuda Türk Tabipler Birliği'nin yetkili olduğu yolundaki iddiasının yerinde görülmediği;

- İşyeri hekimliği sertifika programının hazırlanıp uygulanması ve yapılına ilişkin usul ve esasların Yönetmeliğin 20. maddesi uyarınca konuya ilişkin tüm tarafların katılımını sağlayacak şekilde "İşyeri Hekimi Eğitim Komisyonu" tarafından belirlenmesinde ve 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanunu'nun 31. maddesiyle kurulan ÇASGEM'in (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim Merkezi'nin) bu Komisyonca belirlenen program ve sınavın yürütülmesiyle görevlendirilmesinde 4857 sayılı Kanunun 81. maddesiyle verilen yetkiye, 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilatı Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen amacına ve hizmet gereklerine bir aykırılık görülmediği,

- İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca 50 ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran bütün işyerlerinde bir sağlık birimi kurulması ve işyeri hekimi istihdam

edilmesi zorunluluğuna Yönetmeliğin 5. maddesinde açıkça yer verilmiş olduğu, işyeri ortak sağlık birimi kurulmasının 5. maddede öngörülen işyeri sağlık birimi kurulması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı, 5. maddedeki yükümlülük dışında ayrıca isteğe bağlı olarak ortak sağlık birimi kurulmasını düzenlediği, Yönetmeliğin kapsamının en az 50 işçi çalıştıran işyerleri olması nedeniyle 50'den az işçi çalıştıran işyerlerinin düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

- Ülkemizde işyerlerinin hangi risk grubuna gireceğine ilişkin yeterli bilimsel veri ve istatistik bulunmadığı ve işyeri hekimlerinin görevleri dikkate alındığında öngörülen sürelerin oldukça yetersiz olduğu ileri sürülmüş ise de, 21. maddede öngörülen komisyon çalışmaları sonucu hazırlanan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin risk gruplarının ilgililerce ayrıca dava konusu yapılabileceği, işyeri hekimi iş sağlığı hizmetlerine ilişkin olarak öngörülen sürenin koruyucu sağlık hizmetiyle işe giriş ve periyodik sağlık kontrolleri için öngörülen asgari süre olduğu, işçi sayısı ve işin tehlike derecesi dikkate alınarak belirlendiği dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelerde herhangi bir hukuka aykırılık saptanamadığı,

- Eski Yönetmeliğin 22. maddesinde işyeri hekimlerinin görevleri arasında yer verilen "iş kazası soruşturmaları ile bunlara karşı alınacak tedbirlerin tespiti ile ilgili araştırmalara katılma" görevine yeni Yönetmelikte yer verilmemesinde yürütmenin durdurulmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık bulunmadığı,

- Yönetmeliğin 15. maddesinde, sağlık biriminde iş sağlığı hizmetleri dışında kalan birinci basamak tedavi hizmetleri ile ilgili usul ve esasların SSK ile işveren arasında yapılacak protokolle belirleneceğinin öngörülmüş olmasının işyeri hekiminin iradesinin bir yana itilmesi sonucunu doğurmayacağı,

- İşyeri hekimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları gereği çalışma ortamının verimliliğine doğrudan ve dolaylı olarak katkıda bulunacakları açık olduğundan, Yönetmeliğin 24. maddesinde işyeri hekimlerinin sorumlulukları arasında, verimli bir çalışma ortamının sağlanmasına katkıda bulunma sorumluluğuna yer verilmesinde hukuka ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı,

- İşyeri hekimlerinin tabib odası aracılığıyla gö-

revlendirilmesine ilişkin hükme yeni Yönetmelikte yer verilmemesinin tabib odasının denetim yetkisinin yok sayılması, işyeri hekimlerinin mesleki bağımsızlığının ortadan kaldırılması ve işverenin keyfiyetine bırakılması sonucunu doğurmadığı, Türk Tabipler Birliği'nin 6023 sayılı Kanun'dan doğan denetim hakkı ile yetkilerinin kullanılmasına engel bir düzenleme bulunmadığı, tabiplerin ikinci görev yapmalarında tabib odalarından izin alınmasının arandığı, işyeri hekimlerinin yetki ve mesleki bağımsızlıklarının Yönetmeliğin 23. maddesinde açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle söz konusu düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı,

- Yönetmeliğin işyeri hemşiresi ve sağlık memurunun görevlerinin belirtildiği 30. maddesinin bazı bentlerinde sayılan görevlerin, bazı kayıtların tutulması ve sevk işlemleri gibi yardımcı hizmetler olarak bu kişilerin kanunen yapabilecekleri görevler kapsamında kaldığından, bu görevlerin hekimin çalışma alanında bulunduğundan söz edilemeyeceği sonucuna varmış ve yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir.

V. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun Kararı

Danıştay 10. Dairesi'nce verilen ve yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin karara Türk Tabipler Birliği'nce itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2.12.2004 tarih ve YD İtiraz No 2004/600 sayılı kararında;

- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre; ancak idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi mümkün olup, Yönetmeliğin 4. maddesindeki "ortak sağlık birimi" tanımı ile 5, 9, 15, 17, 21, 22, 24, 25, 26. maddeleri ve 30. maddesinin (b), (c) ve (e) bentleri açısından yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için Kanunun aradığı koşulların gerçekleşmediği,

- Her ne kadar davacı tarafından, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu uyarınca mezuniyet sonrası sürekli tıp eğitiminde Türk Tabipler Birliği'nin görevli ve yetkili olduğu, işyeri hekimliği sertifikası eğitiminin 15 yıldan beri Türk Tabipler Birliği tarafından sürdürüldüğü ileri sürülmüş ise

de, hekimlere işyeri hekimliği eğitimi ve bu eğitim sonrasında sertifika verilmesi konusunda Türk Tabipler Birliği'ni yetkili kılan açık ve tartışmaya yol açmayacak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden davacının bu iddiasının yerinde görülmediği.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesinin ikinci fıkrasında, Sağlık Bakanlığı ve Türk Tabipler Birliği'nin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek hususlar arasında işyeri hekimlerinin eğitimlerinin yer aldığı, anılan madde gereği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işyeri hekimliği eğitimi konusunda düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu ve bu kapsamda hekimlere yönelik işyeri hekimliği ile ilgili usul ve esasları belirleyebileceğinin kuşkusuz olduğu,

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bu konuda sahip olduğu düzenleme yetkisine dayanarak, hekimlere yönelik işyeri hekimliği eğitiminin Bakanlık ve Bakanlığa bağlı eğitim kuruluşu aracılığıyla verilmesi şeklinde düzenleme yapmasının mümkün olduğu.

- Dava konusu Yönetmelikle belirtilen şekilde bir düzenleme yapılmış olmakla birlikte, yapılan bu düzenlemenin hukuka ve hizmet gereklerine uygunluğunun denetiminin yargı yerince yapılacağı.

- 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görevleri sayılmış olup maddenin (e) bendinde, çalışanların mesleki eğitimlerini sağlayıcı tedbirler almak, (g) bendinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirler almanın Bakanlığın görevlerinden olduğu, ancak bu maddede işyeri hekimlerinin eğitimlerini verme ve işyeri hekimi sertifikası verme konusunda Bakanlığa verilmiş bir görev bulunmadığı, zira Bakanlığın ana hizmet birimlerinden olan İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün görevlerinin sayıldığı Kanununun 12. maddesinde de, işyeri hekimlerine eğitim ve sertifika verme görev ve yetkisinin adı geçen Genel Müdürlüğe tanınmadığı,

- Diğer yandan 7460 sayılı Kanun ile kurulan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi'nin görevleri arasında sayılan eğitim verme yetkisinin, hekimlere işyeri hekimliği konusun-

da verilecek eğitim yetkisini kapsamayıp, burada Bakanlık personeli ile işçi, işveren ve yönetici personeli işyeri hekimliği konusunda bilgilendirmeyi amaçlayan bir eğitimin kastedildiği,

- İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'nun herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın dava konusu Yönetmelikle oluşturulduğu ve işyeri hekimliği eğitim programı, sınav komisyonu, sınavın yapılaş şekli gibi kamu hizmetlerinde görevli ve etkin bulunduğu,

- Halbuki mevzuatta işyeri hekimliğinin 19.6.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış bulunan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü ile yan dal uzmanlığı şeklinde düzenlendiği, yine aynı Tüzük ile iş ve meslek hastalıklarının da yan dal uzmanlığı şeklinde düzenlendiği, bunun yanı sıra üniversitelerde iş sağlığı konusunda bilim doktora-sı veya bilim uzmanlığı almanın mümkün bulunduğu, işyeri hekimliğinin uzmanlık eğitimi vermekle yetkili olan eğitim ve araştırma hastanelerinde ya da üniversitelerde hekimlere verilecek belli bir eğitim süreci sonucunda elde edilmesi mümkün bir uzmanlık seviyesi olduğu,

- Kanununun 81. maddesinde, hekimlere özgü olan işyeri hekimliği eğitiminin bizzat Bakanlık ya da Bakanlığa bağlı kuruluşlar tarafından verilebileceği şeklinde münhasır bir yetki Bakanlığa verilmediğine göre; işyeri hekimliği konusunda eğitime ve sertifikalandırma yetkisinin dava konusu Yönetmelikle uzmanlık eğitimi veren kurum ve kuruluşlar devre dışı bırakılmak suretiyle, bu konuda örgütsel ve bilimsel donanımı olmadığı anlaşılan ÇASGEM ve İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'na verilmesi şeklindeki düzenlemede hizmet gereklerine uyarlık görülmediğinden, Yönetmeliğin 4. maddesindeki işyeri hekimi tanımı ile "İşyeri hekimlerinin nitelikleri" başlıklı 20. maddenin uygulanması halinde telafisi güç zararların doğacağı,

- Bu nedenlerle, Yönetmeliğin 4. maddesindeki işyeri hekimi tanımı ile 18, 19 ve 20. maddelerin yönünden yürütmenin durdurulması gerektiği sonucuna oyçokluğuyla, Yönetmeliğin 4. maddesindeki "ortak sağlık birimi" tanımı ile 5, 9, 15, 17, 21, 22, 24. maddeleri ve 30. maddenin (b) (c) ve (e) bentleri yönünden yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için Kanunun aradığı koşulların gerçekleşmediği sonucuna oybirliğiyle ve Yönetmeliğin 25 ve 26. maddeleri yönünden yürütmenin

durulması kararı verilmesine gerek olmadığı sonucuna oyçokluğuyla varmıştır.

Öte yandan Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararına ekli iki ayrı karşı oy yazısı bulunmaktadır.

Bunlardan birinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesi ile işyeri hekimlerinin eğitimleri konusu yanında işyeri hekimlerinin niteliklerini belirleme konusunda da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na düzenleme yapma yetkisi verildiğine göre, dava konusu Yönetmeliğin 4, 18 ve 19. maddeleri ile işyeri hekimi olarak görevlendirilecek hekimlerin Bakanlıkça verilmiş işyeri hekimliği sertifikasına sahip olmaları gerektiğinin öngörülmesi olmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı, iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak her türlü tedbiri almakla görevli bulunan Bakanlığın, üstlendiği yasal yükümlülükleri gerçekleştirmek adına, işyeri hekimi olarak çalışabilecek hekimleri, eğitimi bizzat versin veya vermesin sertifikalandırabileceği belirtilmiştir.

Diğer karşı oy yazısında ise; 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 4. ve 5. maddeleri uyarınca işyeri hekimliği sözleşmesinin içeriğinin mesleki ve deontolojik yeterliliğine ilişkin tabib odalarının denetim yetkisinin bulunduğu, işyeri hekiminin atanmasında tabib odasının onayının bulunması gerektiği, tabib odasının denetim ve atama yetkisini ortadan kaldıran Yönetmeliğin 25. maddesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, ayrıca Yönetmeliğin 26. maddesinde işyeri hekiminin görevine son vermede işverenin fesih yetkisinin her koşulda varlığı ve geçerliliğinin kabul edildiği, halbuki ILO'nun 161 sayılı Sözleşmesi'nin 10. maddesinde, işçi sağlığı konusunda hizmet veren personelin görevlerini yerine getirirken tam bir bağımsızlık içerisinde olması gerektiği, Yönetmeliğin 26. maddesinde ise haksız işten çıkarmaları önleyici, mesleki bağımsızlığı sağlayıcı bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmiştir.

VI. Kararların Değerlendirilmesi

Danıştay'ın yukarıda yer verilen kararlarında kanımca son derece önemli tespitlere yer verilmiştir. Kuşkusuz bu tespitlerin önemli olması, bunların tamamının tarafımızca benimsendiği anlamını taşımamaktadır. Nitekim özellikle İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararında yer alan bazı gerekçeler eleştiriye değer niteliktedir. Bu noktala-

ra aşağıda değinilmiştir. Bununla birlikte; son dönemlerdeki bu yargı tespitleri, işyeri hekimliği gibi son derece önem taşıyan ve yıllardır çalışma yaşamının önemli sorunlarını bünyesinde barındıran bir konuda düzenleme yapılırken daha hassas davranılması gerektiğinin vurgulanması bakımından isabetli olmuştur.

1) İşyeri hekimliği konusunda yıllardır tartışılan konulardan biri, Türk Tabipler Birliği'nin işyeri hekimliği sertifikası verme yetkisi bulunup bulunmadığıdır. Bu tartışma; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükte bulunan "İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik"te işyeri hekimi olabilmek için "yetkili bir makam tarafından verilmiş bir iş hekimliği sertifikasına sahip olmak" koşulu aranmışken, yetkili makamın neresi olduğu konusunda bir açıklama bulunmamasından kaynaklanmıştır. Yönetmelik 1980 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, çalışma yaşamının denetim ve teftişi ile görevli ve yetkili olan Bakanlığın bu konuda kayda değer hiçbir gayreti olmayınca, konu Türk Tabipler Birliği tarafından sahiplenilmiş ve belirli bir bedel karşılığında işyeri hekimliği sertifika kursları düzenlenmeye başlanmıştır¹.

TTB'nin işyeri hekimliği sertifikası verme konusundaki yetkisizliği bu kararlarla açıklığa kavuşturulmuştur. Gerek 10. Dairenin gerekse İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararlarındaki ortak bir husus, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda işyeri hekimliği eğitimi ve bu eğitim sonrasında sertifika verilmesi konusunda Türk Tabipler Birliği'ni açıkça yetkili kılan ve tartışmaya yol açmayacak herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığıdır. Böylelikle ilk baştan beri savunduğumuz, Türk Tabipler Birliği'nin sertifika verme konusunda hukuki bir yetkisinin bulunmayıp, fiili durum yaratıldığı yolundaki görüşümüzün haklılığı Danıştay kararlarında da yerini bulmuştur². Ayrıca bu konudaki sorunların temelini oluşturan İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 6/c maddesinde yer alan "yetkili bir makam tarafından verilmiş bir iş hekimliği sertifikasına sahip olmak" hükmünün iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi 8.11.2001 tarih ve E.2001/1467 K.2001/3841 sayılı kararıyla, işyeri hekimliği verecek makamın açıkça belirlenmediği gerekçesiyle Yönetmeliğin 6/c maddesinin iptaline karar vermiştir. Bu konuda zaten var olan ve 10. Daire'nin kararıyla da hukuki ifa-

desini bulan boşluk da 4857 sayılı Kanunun 81. maddesi ile işyeri hekimlerinin eğitimleri konusunda Yönetmelik çıkartılarak düzenleme yapma yetkisinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilmesinin öngörülmesi suretiyle doldurulmuştur.

2) Buna bağlı bir başka konu, TTB'nin işyeri hekimi ile işveren arasında yapılacak sözleşmesinin içeriğini ve işyeri hekimine ödenecek ücreti belirleme yetkisi bulunup bulunmadığıdır.

Bilindiği gibi, tabib odaları işverenleri, içeriğini TTB'nin oluşturduğu sözleşmelerle hekim çalıştırmaya zorunlu tutmakta ve bu konuda gerek izin verilmesini gerekse çalışma onayının devamını ve kaldırılmasını kendileri tarafından belirlenen koşulların yerine getirilmesine bağlamakta ve işyeri hekimine ödenecek ücret konusunda da Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan ücret tarifelerinin uygulanmasını istemekteydiler⁸.

Öğretideki çoğunluk görüşü, tabib odalarının işyeri hekimleri ve işverenleri bağlayıcı asgari ücret tarifesi düzenleme yetkisi bulunmadığı yolunda olmuştur⁷. Buna karşılık öğretideki bu çoğunluk görüşü "isabetsiz" olarak nitelendirilerek, Türk hukukunda işyeri hekiminin ücretinin taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecekleri kabul edilmekle birlikte, 6023 sayılı Kanunun 28/II. maddesinin hekimlik hizmetlerinin asgari karşılığını belirleme yetkisini tabib odalarına verdiği, bunun tıbbi deontoloji kurallarının bir gereği olduğu ileri sürülmekte ve örnek olarak da Türk Diş Hekimleri Kanunu'nun ve Avukatlık Kanunu'nun asgari tarife belirleme yetkisi verdiği ifade edilmektedir⁸. Bu görüşte gözardı edilen herhalde, söz konusu asgari tarife yetkisinin bağımsız mesleki faaliyete ilişkin olduğudur⁹.

Tabib odalarının bu uygulamaları belli başlı Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Esasen son kararlardan sonra, Türk Tabipler Birliği'nin işyeri hekimleri için hazırladığı asgari ücret tarifelerinin bağlayıcı nitelikte olmadığı da açıklığa kavuşmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önce, 5.4.2004 gün ve 2003/19606- 2004/7404 sayılı kararında¹⁰; Türk Tabipler Birliği'nin, işyeri hekimliği asgari ücret tarifelerini 6023 sayılı Kanunun 28/II maddesine göre belirlediği, bu düzenlemeyle Birliğe bağlı bulunan işyeri hekimleri için asgari ücret tarifesi belirleme yetkisi verildiği, belirlenen tarifiedeki ücretin, sözleşmelerde alt sınır olarak kabul edilmesi zorunluluğu bulunduğu, yasal olan bu düzenlemenin hem işyeri hekimi-

ni hem de taraf olan işvereni bağladığı, işyeri hekimi ile davalı işverenin tarifiedeki ücretin altında ücret kararlaştırmalarının ve davacının uzun süre bu ücreti kabul etmesinin, tarifenin bağlayıcılığını ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır.

Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2.2.2005 -9-2005-753/12 sayılı kararında¹¹;

- uyuşmazlığın Türk Tabipler Birliği tarafından 6023 sayılı Kanunun 28/II. maddesine dayalı olarak belirlenip yayımlanan işyeri hekimleri asgari ücret tarifesinin, işverenler bakımından uyulması zorunlu ve emredici bir kural olup olmadığı noktasında toplandı,

- belli sayıda işçi çalıştıran işverenlere işyeri hekimi istihdam etme zorunluluğu getiren İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesine dayanılarak çıkarılan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik'te; işyerlerinde işyeri hekimi olarak çalışacak doktorların nitelikleri ve işyeri ile işyeri hekimi arasında yapılacak sözleşmede zorunlu olarak bulunması gereken unsurlar açıklanmış olup, ücret konusunda herhangi bir hüküm getirilmediği,

- sözleşmede zorunlu olarak bulunması gereken unsurların, işyerinin yer aldığı risk grubu, çalışan işçi sayısı, çalışma süresi, hekimin sertifika numarası ve uzmanlık alanı olduğu,

- öte yandan Türk Tabipler Birliği'nin yayımladığı tarifelerin yasal dayanağını oluşturan 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun İdare Heyetinin Diğer Vazifeleri başlıklı 28. maddesinin 7.6.1985 gün ve 3224/54 sayılı Kanun ile değişik II. bendindeki: "Tabip odalarının veya birlik teşekküllerinden herhangi birisinin göstereceği lüzum üzerine, bazı mıntıkalarda odalarla tabip tedavisi ücretlerinin en az miktarını gösteren tarifeler düzenlemek..." şeklindeki düzenlemeden de açık bir biçimde anlaşılacağı gibi, Türk Tabipler Birliği'ne; işyeri hekimleri bakımından uyulması zorunlu bir şekilde asgari ücret belirleme yetkisi verilmediği.

- bir tarifenin uyulmasının zorunlu olduğunun söylenebilmesi için, mutlaka yasal dayanağının gösterilmesi gerektiği, bu anlamda işçiler için Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen ve uyulması zorunlu olan asgari ücretin, yasal dayanağını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39 ve 102. maddelerinden aldığı.

- 6023 sayılı Kanununun 28/II. maddesinde belirtildiği şekilde, talep üzerine bazı mütakalar ve odalar için tarife düzenlenebilmesinin, bu tarifeleri emredici ve uyulması zorunlu hale getiremeyeceği.

- Kanunda, bu tarifenin dışına çıkılamayacağı yönünde bir düzenleme de bulunmadığı,

- hal böyle olunca, doktrinde de kabul edildiği üzere Türk hukukunda işyeri hekimi ile işverenin uygulayacakları ücreti serbestçe kararlaştırabilecekleri, işyeri hekiminin tarifenin altında ücretle çalışmayı kabul etmesinin işyeri hekiminin tıbbi deontoloji kurallarına uymaması nedeniyle, hakkında meslek içi disiplin kurallarının uygulanmasının gerekçesi olabileceğinden, Türk Tabipler Birliği tarafından saptanan işyeri hekimleri asgari ücret sözleşmesinin uygulanması zorunlu ve bağlayıcı bir tarife olmadığı yönündeki direnme kararı doğru olup, onaylanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Hukuk Genel Kurul kararı büyük ölçüde isabetlidir ve yukarıda yer verilen öğretilerdeki çoğunluk görüşüne uygundur. Bununla birlikte kararda; "...işyeri hekiminin tarifenin altında ücretle çalışmayı kabul etmesinin işyeri hekiminin tıbbi deontoloji kurallarına uymaması nedeniyle, hakkında meslek içi disiplin kurallarının uygulanmasının gerekçesi olabileceğinden..." söz edilmesi isabetli olmamış ve kararı da kanımca kendi içerisinde çelişkili hale getirmiştir. Şöyle ki;

Anayasa'nın m.135/I fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlara uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan kurumlar olduğu hükme bağlanmıştır.

Buna uygun olarak her meslek kuruluşunun, mesleki disiplini ve ahlâkını korumak için üyeleri üzerinde belirli oranda disiplin cezası verme yetkisi bulunmaktadır. Bu cezalar genellikle, yazılı ihtar, para cezası, geçici veya sürekli olarak meslekten men cezası şeklinde görülmektedir. Nitekim 6023 sayılı Kanununun 39. maddesinde de TTB Haysiyet Divanı'nın, mensuplarına karşı verebileceği cezalar düzenlenmiştir. Kuşkusuz mesleki etik ku-

rallar sadece hekimlere özgü değildir. Nitekim diğer meslek kuruluşlarının, örneğin baroların da mesleki disiplin ve etik kurallara uymayan üyelerine disiplin cezası uygulama hakkı bulunmaktadır.

Bununla birlikte meslek kuruluşlarının üyeleri üzerindeki kural koyma ve disiplin cezası uygulama yetkisi mevzuatta yer alan kurallar çerçevesinde hüküm ifade eder. Bir meslek kuruluşunun kendisinde olmayan bir yetkiye dayanarak koyduğu kurallara üyelerin uymaması halinde mesleki etik kurallara aykırılıktan söz edilemez. Nitekim Danıştay 8. Dairesi, 15.2.2000 -1996/5077-2000/1420 sayılı kararıyla; bir dönem Türk Tabipler Birliği'nin yürürlüğe koymuş olduğu İşyeri Hekimliği Atama Yönetmeliği'nin "Disiplin cezalarının işyeri hekimliğine etkisi" başlıklı 9. maddesi, 6023 sayılı Kanun'da yer alan disiplin cezası uygulama yetkisini aşacak nitelikte ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Şu halde hiçbir meslek kuruluşunun kanunda olmayan bir yetkiyle kural ihdas ederek, buna uymayan üyelerine disiplin cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır.

Bu duruma göre, Hukuk Genel Kurul kararında, işyeri hekimliği için yayımlanan asgari ücret tarifelerinin işyeri hekimi ve işvereni bağlayıcı bir gücünün bulunmadığı, Türk Tabipler Birliği'ne; işyeri hekimleri bakımından uyulması zorunlu bir şekilde asgari ücret belirleme yetkisi verilmediği, işyeri hekimi ile işverenin, uygulayacakları ücreti serbestçe kararlaştırabileceklerinden söz edildikten sonra, işyeri hekiminin tarifenin altında ücretle çalışmayı kabul etmesinin işyeri hekiminin tıbbi deontoloji kurallarına uymaması nedeniyle, hakkında meslek içi disiplin kurallarının uygulanmasının gerekçesi olabileceğinden söz edilmesi çok açık bir çelişkidir. İşyeri hekiminin uymak zorunda olmadığı bir kuralın nasıl olup da Türk Tabipler Birliği'ne, buna uymayan işyeri hekimine meslek içi disiplin kuralları uygulama yetkisi vereceğini anlamak mümkün değildir. Eğer buradaki tıbbi deontoloji kurallarından, işyeri hekimlerinin farklı ücretlerle çalışmasının meslekdaşlar arasında haksız rekabet yaratacağı anlaşılıyorsa, aynı durumun herhalde özel hastanelerle emsal durumda bulunup da farklı ücretlerle çalışan hekimler bakımından evleviyetle söz konusu olacağı herhalde izahtan varestedir.

Mamafih bir meslek kuruluşunun, üyesi üzerindeki disiplin cezası uygulama yetkisi adli yargının

değil, idari yargının konusudur. Bu bakımdan Hukuk Genel Kurulu kararında, meslek içi disiplin kurallarının uygulanmasından söz edilmesi dava konusu olayla ilgisiz ve yersiz olmuştur¹².

3) İptal talebine konu hususlardan bir başkası, Yönetmelikteki ortak sağlık birimine ilişkin düzenlemedir.

Ortak sağlık birimi kurulmasına ilişkin düzenleme esasen yeni yönetmelikteki en isabetli hükümlerden biri olmuştur. Gerçekten; eski Yönetmelikte birden fazla işverenin bir araya gelerek ortak sağlık birimi kurması sadece elliden az işçi çalıştıran işyerleri için öngörülmüştü. Ancak elliden az işçi çalıştıran işyerleri zaten sağlık birimi kurmak ve işyeri hekimi bulundurmakla yükümlü olmadığı için, bir araya gelerek sağlık birimi oluşturmaları yolundaki bir uygulamaya da hemen hemen hiç rastlanılmamıştır¹³.

Yeni Yönetmelik bu uygulaması olmayan hükümü ortadan kaldırarak, elli veya daha üzerinde işçi çalıştıran işverenlerin de bir araya gelerek birlikte bir ortak sağlık birimi oluşturmaları konusunda serbesti tanımıştır. Böylelikle, daha donanımlı ortak sağlık birimleri kurulması mümkün olabileceği gibi, bu konuda işverenler arasında gerçek anlamda bir işbirliğinin sağlanması mümkün olabilecektir¹⁴. Esasen Alman hukukunda da işverenlerin ortak sağlık birimi oluşturmaları olanağına yer verilmiştir¹⁵.

Yönetmeliğin bu hükmünün İş Kanunu'nun 81. maddesine aykırı olduğu yolundaki itiraz da Danıştay tarafından isabetli olarak kabul görmemiştir. Gerçekten; eski Yönetmelikteki, 50'nin altında işçi çalıştıran işyerlerinin birlikte ortak sağlık birimi kurabilecekleri yolundaki hükmün kaldırılması son derece isabetlidir ve bu gereksiz hükmün kaldırılmasıyla durumda esasen bir değişiklik meydana gelmemiştir. Gerçekten mevcut mevzuat hükümleri karşısında da 50'nin altında işçi çalıştıran işyerlerinin ortak sağlık birimi kurmalarına hiçbir engel bulunmamaktadır.

Esasen 50'nin üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinin ortak sağlık birimi kurabilecekleri yolundaki hükme karşı itiraz yöneltmesini de anlamak çok mümkün değildir. Zira işyeri sağlık birimi oluşturmakla ve işyeri hekimi istihdam etmekle yükümlü bulunan işverenlerin birlikte daha donanımlı bir ortak sağlık birimi oluşturmalarının son derece yararlı olacağı herhalde açıktır. Nitekim uygulamada da 50'nin üzerin-

de işçi çalıştırsın çalıştırmasin, alt işverenlerle ortak sağlık birimi kurularak, alt işveren işçilerinin de asıl işverenin sahip bulunduğu sağlık hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmaktadır.

Bunun gibi, ortak sağlık birimi kurulması olanağının işyeri hekimi istihdamına ilişkin yükümlülüğün ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu da iddia edilemez. Zira Yönetmeliğin m. 17/III. fıkrasında; ortak sağlık biriminde çalışacak personel sayısı ve nitelikleri, hizmet verilecek işyerlerinin yer aldığı risk grupları ve çalışanların toplam sayısı dikkate alınarak bu Yönetmelikte belirtilen diğer kriterlere göre tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Bunun anlamı, Yönetmeliğin 21 ve 25. maddelerinin esas alınarak ortak sağlık birimini oluşturan işyerlerinin girdiği risk grubu ve bu işyerlerinin toplam işçi sayısına göre ortak sağlık biriminde bulundurulacak personel sayısının tespit edilecek olmasıdır.

4) Danıştay'da açılan davada risk gruplarına ilişkin olarak da itiraz ileri sürülmüştür.

Risk grubu kavramı, yeni dönemde işyerinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin örgütlenmesinde belirli bazı uygulamalara temel oluşturmaktadır. Nitekim işyeri hekimi, işyeri hemşiresi veya sağlık memurunun ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili teknik personelin asgari çalışma süresinin belirlenmesinde, işyerinde çalışan işçi sayısının yanı sıra, işyerlerinin girdiği risk grubu rol oynamaktadır.

İş Kanunu'nun işyeri hekimini düzenleyen 81. maddesinde ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili teknik personeli düzenleyen 82. maddesinde işyerinin girdiği tehlikelilik derecesinden söz edilirken, risk grubu kavramı ilk olarak İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinde yer almıştır. Gerçekten, söz konusu maddede, işyeri hekimlerinin Yönetmelikte belirtilen görevlerini eksiksiz yerine getirebilmeleri için, işyerinin girdiği risk grubuna göre bir ayda en az kaç gün çalışacakları belirtilmiş ve işyerinin girdiği risk grubunun çoklu yapıya sahip bir komisyon tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Yönetmelikte, işyerlerinin girdiği risk gruplarının her yıl belirlenmesi öngörülmüştür. Buna uygun olarak, işyerlerinin girdiği risk grupları ilk olarak 13.4.2004 tarih ve 25432 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Risk Grupları Tebliği ile belirlenmiş, daha sonra 6.3.2005 tarih

ve 25747 sayılı Resmi Gazete'de yeni Tebliğ yayınlanarak ilk Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk Tabipler Birliği tarafından İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin bazı hükümlerinin iptali için açılan davada ileri sürülen hususlardan biri de ülkemizde işyerlerinin hangi risk grubuna gireceğine ilişkin yeterli bilimsel veri ve istatistik bulunmadığı ise de, Danıştay 10. Dairesi yukarıda yer verilen kararında isabetli olarak, 21. maddede öngörülen Komisyon çalışmaları sonucu hazırlanan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin risk gruplarının ilgililerce ayrıca dava konusu yapılabileceği, işyeri hekimi iş sağlığı hizmetlerine ilişkin olarak öngörülen sürenin koruyucu sağlık hizmetiyle işe giriş ve periyodik sağlık kontrolleri için öngörülen asgari süre olduğu, işçi sayısı ve işin tehlike derecesi dikkate alınarak belirlendiği dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelerde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

5) Eski Yönetmeliğin 22. maddesinde işyeri hekimlerinin görevleri arasında yer verilen "iş kazası soruşturmaları ile bunlara karşı alınacak tedbirlerin tespiti ile ilgili araştırmalara katılma" görevine yeni Yönetmelikte yer verilmemesinin hukuka aykırı olduğu yolundaki iddia da temelsizdir. Zira yeni Yönetmelikte işyeri hekiminin görevleri eski Yönetmelik hükmünden çok daha geniş çizilmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 11. maddesinin son fıkrasında, sağlık biriminin büyük kazalara ve doğal afetlere karşı acil eylem planı hazırlanması ve uygulamasında ilgili diğer birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapacağı, 14. maddenin son fıkrasında, sağlık birimlerince iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili kayıt ve takip işlemlerinin yapılacağı ve bu kayıtların değerlendirilmesi suretiyle iş kazaları ve meslek hastalıklarının kaynaklarının belirleneceği ve bunlara yönelik önlemlerin geliştirileceği, bunların yanı sıra 23. maddede işyeri hekiminin görevleri ve 23. maddedeki işyeri hekiminin yetkilerine ilişkin hükümlerde, zaten iş kazası soruşturmaları ile bunlara karşı alınacak tedbirlerin tespiti ile ilgili araştırmalara katılma gibi hususların işyeri hekiminin görevleri arasında yer aldığı çok açıkça anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan aynı görevlerin yeni Yönetmelikte çok daha kapsamlı olarak düzenlendiğinden kuşku bulunmamaktadır.

6) Bunun gibi herhalde, Yönetmeliğin 15. mad-

desinde, sağlık biriminde iş sağlığı hizmetleri dışında kalan birinci basamak tedavi hizmetleri ile ilgili usul ve esasların SSK ile işveren arasında yapılacak protokolle belirleneceğinin öngörülmüş olmasının, işyeri hekiminin iradesinin bir yana itilmesi, hekimin kabulü ve onayı olmaksızın konunun halledildiği yolundaki iddia da hukuki bir temele dayanmamaktadır. Zira bilindiği gibi, işveren ile işyeri hekimi arasında işverenin poliklinik hizmeti talep etmesi durumunda, buna ilişkin ek süre sözleşmeye eklenmekte ve hekim tarafından da imzalanan bu sözleşme SSK'nın 3-222 Ek sayılı Genelgesi'nde belirtilen esaslar çerçevesinde yetki talebiyle Kuruma sunulmaktadır.

Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, Yönetmeliğin 4. maddesindeki işyeri hekimi tanımı ile 18, 19 ve 20. maddeleri yönünden yürütmenin durdurulması gerektiği yolundaki kararından sonra Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından Kurum aleyhine açılan 2005/2732 esas sayılı davada Danıştay 10. Dairesi'nin verdiği yürütmeyi durdurma kararı sonucunda 3-222 Ek sayılı Genelge'nin 1/A-a-b ve 1/B maddelerinin birinci fıkralarında değişiklik yapılarak 2 Ocak 2006 tarih ve 3-255 Ek sayılı Genelge yürürlüğe konulmuş ise de, benzer esaslara bu Genelgede de yer verilmiştir.

Bu bakımdan, tedavi hizmetlerine ilişkin protokolün işyeri hekiminin iradesinin bir yana itilmesi anlamını taşımadığı yolundaki Danıştay tespiti son derece isabetlidir.

Bu arada, Danıştay 10. Dairesi'nin 3-222 Ek sayılı Genelge'ye ilişkin yürütmeyi durdurma kararına değinmek gerekirse;

Bu kararında Danıştay; dava konusu Genelgenin dayanağının İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik olduğu, bu Yönetmeliğin 4. maddesi ile 18, 19 ve 20. maddeleri hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun YD İtiraz No: 2004/600 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması kararı verildiği, bu nedenle anılan Yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan dava konusu Genelgenin 1/A - a - b ve 1/B maddelerinin 1. fıkralarının yürütmesi durdurulan Yönetmelik maddelerine paralel düzenleme getirdiğinden Genelgenin bu maddelerinde de hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle anılan maddelerin yürütülmesinin durdurulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kanımca Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararına ilişkin gerekçeleri hiç de isabetli olmamıştır. Gerçekten, kararda yürütmeyi durdurma gerekçesi olarak; İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi ile 18, 19 ve 20. maddeleri hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun YD İtiraz No: 2004/600 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması kararı verilmiş bulunması ve Genelgenin 1/A - a - b ve 1/B maddelerinin 1. fıkralarının yürütmesi durdurulan Yönetmelik maddelerine paralel düzenleme getirmiş bulunmasıdır.

Halbuki Yönetmeliğin yürütmeyi durdurma kararı verilen maddeleriyle Genelgenin yürütmeyi durdurma kararı verilen hükümleri arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Gerçekten, Yönetmeliğin yürütmeyi durdurma kararı verilen hükümleri, Bakanlığın işyeri hekimi sertifikası verme yetkisini düzenleyen hükümleridir. Genelgenin yürütmeyi durdurma kararı verilen hükümleri ise tabib odası ona-

tabib odalarından izin alınmasının arandığı, işyeri hekimlerinin yetki ve mesleki bağımsızlıklarının Yönetmeliğin 23. maddesinde açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle söz konusu düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Esasen işyeri hekimlerinin tabib odaları aracılığıyla görevlendirilmesine ilişkin eski Yönetmelikteki hüküm, işverenlere işyeri hekimi bulma konusunda bir yardım niteliğinde idi¹⁷. Ancak eski Yönetmelikte sertifika verme yetkisine sahip makam konusunda bulunan boşluktan da yararlanılmak suretiyle tabib odaları söz konusu hükmü bir fiili uygulamayla, işverenin hangi işyeri hekimiyle çalışacağına kendileri tarafından belirlenmesi, işyeri hekimlerinin münhasıran kendileri tarafından ve hukuka aykırı hükümler içeren sözleşmelerin imzalanması ve ücret tarifelerinin ve sözleşme yenileme dönemlerinde işyerinde çalışan işçi sayısı ve benzeri nitelikteki pek çok bilginin kendilerine verilmesi koşuluyla istihdam edilmesi şeklinde uygulamışlardır. Böylelikle

Hiçbir meslek kuruluşunun, kural olarak üyeleri üzerinde kiminle çalışacağını belirleme yetkisi yoktur.

yı olmaksızın SSK yetkisi verilmesine ilişkindir. Genelgede, Bakanlığın sertifika verme yetkisine ilişkin bir hüküm yer almamıştır ki, Yönetmeliğin, işyeri hekimi sertifikası verilmesine ilişkin maddelerine paralel düzenleme getirdiğinden söz edilebilir. Kararda kullanılan gerekçe son derece ilgisiz olmuştur¹⁸.

7) İtiraz konusu yapılan bir başka husus, işyeri hekimlerinin tabib odası aracılığıyla görevlendirilmesine ilişkin hükme yeni Yönetmelikte yer verilmemesinin tabib odasının denetim yetkisinin yok sayılması, işyeri hekimlerinin mesleki bağımsızlığının ortadan kaldırılması ve işverenin keyfiyetine bırakılması anlamını taşıdığıdır. Bu konuda da Danıştay, son derece isabetli olarak, işyeri hekimlerinin tabib odası aracılığıyla görevlendirilmesine ilişkin hükme yeni Yönetmelikte yer verilmemesinin tabib odasının denetim yetkisinin yok sayılması, işyeri hekimlerinin mesleki bağımsızlığının ortadan kaldırılması ve işverenin keyfiyetine bırakılması sonucunu doğurmadığı, Türk Tabipler Birliği'nin 6023 sayılı Kanun'dan doğan denetim hakkı ile yetkilerinin kullanılmasına engel bir düzenleme bulunmadığı, tabiplerin ikinci görev yapmalarında

geçmiş dönemde bir meslek odasının, üyelerinin dışında kalan bir kesim üzerinde bu denli büyük bir baskısına tanık olunmuştur.

Kaldı ki; hiçbir meslek kuruluşunun, kural olarak üyeleri üzerinde kiminle çalışacağını belirleme yetkisi yoktur. Baronun, bir avukatın hangi işverenle hangi koşullarla çalışacağını belirleme yetkisi olmadığı gibi, tabib odalarının da bir meslek kuruluşu olarak baroların üzerinde bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, tamamen fiili bir uygulamaya yol açan, işyeri hekimlerinin tabib odaları aracılığıyla görevlendirilmesine ilişkin eski Yönetmelikteki hükmün yeni Yönetmeliğe alınmaması son derece isabetli olmuştur. Ayrıca tabib odalarının, bir hekimin imzalayacağı sözleşmenin içeriğini belirlemesinin hekimin mesleki bağımsızlığıyla ilgisi tartışmaya son derece açıktır. Hekimin sadece işverene karşı olan bir mesleki bağımsızlığından söz etmek herhalde mümkün değildir. Kaldı ki; hekimin bağımsızlığı konusu yeni Yönetmelikte de unutulmamış ve işyeri hekimlerinin yetki ve mesleki bağımsızlıklarına Yönetmeliğin 23. maddesinde açıkça yer verilmiştir.

8) Danıştay 10. Dairesi ile İdari Dava Daireleri Genel Kurulu arasındaki görüş ayrılığı esas itibarıyla, işyeri hekimlerinin sertifika programlarının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslara ilişkindir.

- Nitekim Danıştay 10. Dairesi; işyeri hekimliği sertifika programının hazırlanıp uygulanması ve yapılmasına ilişkin usul ve esasların Yönetmeliğin 20. maddesi uyarınca konuya ilişkin tüm tarafların katılımını sağlayacak şekilde "İşyeri Hekimi Eğitim Komisyonu" tarafından belirlenmesinde ve 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanunu'nun 31. maddesiyle kurulan ÇASGEM'in (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim Merkezi'nin) bu Komisyonca belirlenen program ve sınavın yürütülmesiyle görevlendirilmesinde 4857 sayılı Kanun'un 81. maddesiyle verilen yetkiye, 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen amacına ve hizmet gereklerine bir aykırılık bulunmadığı görüşünde iken,

- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bu konuda sahip olduğu düzenleme yetkisine dayanarak yaptığı düzenlemelerin hukuka ve hizmet gereklerine uygunluğunun yargı denetimine tabi olduğu, bu bağlamda 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da işyeri hekimlerinin eğitimlerini verme ve işyeri hekimleri sertifikası verme konusunda Bakanlığa verilmiş bir görev bulunmadığı gibi, 7460 sayılı Kanun ile kurulan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi'nin görevleri arasında da bu hususun bulunmadığı, İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'nun herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın dava konusu Yönetmelikle oluşturulduğu ve işyeri hekimliği eğitim programı, sınav komisyonu, sınavın yapılış şekli gibi kamu hizmetlerinde görevli ve etkin kılındığı, halbuki işyeri hekimliğinin uzmanlık eğitimi vermekle yetkili olan eğitim ve araştırma hastanelerinde ya da üniversitelerde hekimlere verilecek belli bir eğitim süreci sonucunda elde edilmesi mümkün bir uzmanlık seviyesi olduğu, Kanunun 81. maddesinde, hekimlere özgü olan işyeri hekimliği eğitiminin bizzat Bakanlık ya da Bakanlığa bağlı kuruluşlar tarafından verilebileceği şeklinde münhasır bir yetki Bakanlığa verilmediğine göre; işyeri hekimliği konusunda eğitime ve sertifikalandırma yetkisinin dava konusu Yönetmelikle uzmanlık eğitimi veren kurum ve ku-

ruluşlar devre dışı bırakılmak suretiyle, bu konuda örgütsel ve bilimsel donanımı olmadığı anlaşılan ÇASGEM ve İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'na verilmesi şeklindeki düzenlemenin hizmet gereklerine uygun olmadığı görüşünde olmuştur.

Belirtmek gerekir ki; İş Kanunu'nun 81. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek konular arasında, işyeri hekimlerinin eğitimleri de yer almıştır. Şu halde işyeri hekimlerinin eğitimlerinin ne surette yapılacağı hususu, Sağlık Bakanlığı ve Türk Tabipler Birliği'nin görüşleri de alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu yetki esasen İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından da kabul edilmektedir. Nitekim Genel Kurulun kararında açıkça; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu konuda sahip bulunduğu düzenleme yetkisine dayanarak, işyeri hekimliği eğitiminin Bakanlık veya Bakanlığa bağlı bir eğitim kuruluşu aracılığıyla verilmesi şeklinde bir düzenleme yapabileceği açıkça zikredilmiştir. Ancak Bakanlığın yetkisi bu denli açık olarak ortaya konulduktan sonra, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da işyeri hekimlerinin eğitimlerini verme ve işyeri hekimleri sertifikası verme konusunda Bakanlığa verilmiş bir görev bulunmadığından ve 7460 sayılı Kanun ile kurulan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi'nin görevleri arasında da işyeri hekimliği eğitimi bulunmadığından söz edilmesi kanımca bir çelişki niteliğindedir. Söz konusu yetki Bakanlığa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesiyle zaten açık olarak tanınmıştır. Böyle açık bir yasal düzenleme varken, Danıştay 10. Daire kararında, 3146 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Bakanlığın iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirleri alma görevi bulunduğu ve 7460 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki amaçtan söz edilmesine dahi gerek bulunmamaktaydı. Bunun gibi, İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'nun herhangi bir yasal dayanağı olmadığı yolundaki tespit de ayrı bir çelişki niteliğindedir. Bu bakımdan Genel Kurul kararında anılan bu gerekçeye katılmak mümkün olmamıştır.

Genel kurul kararında kullanılan şu gerekçe ise tartışmaya açıktır. Genel Kurula göre; işyeri hekimliğinin uzmanlık eğitimi vermekle yetkili olan eğitim ve araştırma hastanelerinde ya da üniversiteler-

de hekimlere verilecek belli bir eğitim süreci sonucunda elde edilmesi mümkün bir uzmanlık seviyesidir ve işyeri hekimliği konusunda eğitime ve sertifikalandırma yetkisinin uzmanlık eğitimi veren kurum ve kuruluşlar devre dışı bırakılmak suretiyle, bu konuda örgütsel ve bilimsel donanımı olmadığı anlaşılan ÇASGEM ve İşyeri Hekimliği Eğitim Komisyonu'na verilmesi hizmet gereklerine uygun değildir.

Esasen Yönetmelikle yapılan düzenlemeyle, bu konuda uzmanlık eğitimi veren kurum ve kuruluşların devre dışı bırakıldığından söz etmek çok mümkün değildir. Nitekim Yönetmeliğin m.20/II. fıkrasında; İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlü'nün başkanlığındaki Eğitim Komisyonu'nda; İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'ndan bir hekim iş müfettişi, İş Sağlığı ve Güvenliği Merkezi Müdürlüğü'nden bir hekim, Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi, Sosyal Sigortalar Kurumu Sağlık İşleri Genel Müdürlüğü, Türk

teknik eleman sertifikası eğitimini tam anlamıyla yerine getiremediği, 20.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi gereken bu yükümlülüğün süresinin iki kez ertelendiği göz önünde bulundurulursa, Genel Kurul kararındaki ÇASGEM'in işyeri hekimliği eğitimi verebilecek donanımına sahip bulunmadığı yolundaki tespitin göz ardı edilebilecek nitelikte olmadığı ortaya çıkar. Kuşkusuz burada işaret edilen kurum üniversiteler ve eğitim ve araştırma hastaneleridir. Gerçekten; Genel Kurulun, işyeri hekimliğinin uzmanlık eğitimi vermekle yetkili olan eğitim ve araştırma hastanelerinde ya da üniversitelerde hekimlere verilecek belli bir eğitim süreci sonucunda elde edilmesi mümkün bir uzmanlık seviyesi olduğu, Yönetmelikle uzmanlık eğitimi veren kurum ve kuruluşların devre dışı bırakılmasının hizmet gereklerine uygun olmadığı yolundaki sözlerinden, işyeri hekimliği sertifikası verilmesi konusunda bu kurumlara daha fazla yetki verilmesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır¹⁸.

İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek konular arasında, işyeri hekimlerinin eğitimleri de yer almıştır.

Tabipler Birliği'nden birer üye ile Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından görevlendirilecek iş sağlığı konusunda çalışmaları olan bir öğretim üyesinin yer alacağı belirtilmiştir. Bu şekilde oluşturulan bir komisyon tarafından belirlenecek sertifika eğitim programlarının bu konuda uzmanlık eğitimi veren kuruluşların devre dışı bırakılması anlamına gelmeyeceği açıktır. Bunun yanı sıra zaten Yönetmeliğin 19. maddesinin (a) bendinde; üniversitelerden iş sağlığı bilim doktorası almış, iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığı veya işyeri hekimliği yan dal uzmanlığı almış hekimlere başkaca bir koşul aranmaksızın işyeri hekimliği sertifikası verileceği öngörülerek, üniversitelerden eğitim alan hekimlere zaten yer verilmiştir.

Buna karşılık ÇASGEM'in örgütsel ve bilimsel bir donanımı olmadığı ve bu nedenle Merkezin tek yetkili olmasının "hizmet gerekleri"ne uygun bulunmadığı yolundaki tespite katılmamak olanağı yoktur. Nitekim, ÇASGEM'in olanaksızlıklar nedeniyle daha iş güvenliği ile görevli mühendis veya

9) Nihayet; Yönetmeliğin işyeri hemşiresi ve sağlık memurunun görevlerinin belirtildiği 30. maddesinin bazı bentlerinde sayılan görevlerin, işyeri hekimlerinin görev alanına müdahale niteliğinde olduğundan söz etmek mümkün değildir. Nitekim, işyeri hemşiresi veya sağlık memurunun Yönetmelikte öngörülen tüm görevleri, işyeri hekimine yardımcı nitelikteki hizmetlerdir.

Nitekim; 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 4. maddesinde, hemşirelerin görev ve yetkileri sayılmış, (C) bendinde hemşirelerin dispanserler ve sağlık kurumlarınca görevlendirildikleri koruyucu hekimlik işlerinde halka tüm sıhhi tedbirleri, sağlık korunma çarelerini ve başvurmaları gereken sağlık kurumlarını bildirecekleri öngörülmüştür. Ayrıca, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesinde "Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sıhhiye memurları ve iş bu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri

Sihhiye ve Muaveneti İċtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara münhasır kalmak şartıyla küçük ameliyeleri yapabilirler.” hükmü bulunmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2001, 73 vd.
- 2 Y HGK , 2.2 2005-2004/9-753-2005/12, Legal İHSGHD, 2005/6, 688 - 691.
- 3 Bak. EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 80 vd.
- 4 Bak. EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, 74.
- 5 Bak. EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, 73 vd.
- 6 Bak. EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, 80 vd; işyeri hekimiyle yapılacak sözleşmenin tabib odalarınca oluşturulmasının tıbbi deontoloji kurallarının bir gereği olduğu görüşünde bak. GÜZEL, “Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 53.
- 7 SÜZEK, İş Hukuku, 683; aynı görüşte, A. DURAN, AB Perspektifinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları, Genel Görüşme, 68; UŞAN, “Türk Tabipler Birliğinin İşyeri Hekimlerine İlişkin Ücret Belirleme Yetkisi Var mıdır?”, 62 - 63; MENGİN, “Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, 15 - 16; MUÇUM, “İşyeri Hekimi İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri”, Genel Görüşme, 97 - 98; Ayrıca TUNCAY, “İşyeri Hekimliğine Alternatif Model - Uluslararası Uygulamalar”, 88; N. YÜKSEL, “İşyeri Hekimi İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri”, 69 - 72; EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, 83-84; Ayrıca Bak. L. AKIN “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, AÜHFH c.54, s.1 2005'ten ayrı bası, 25. Yazar Tabipler Birliği asgari tarif düzenleme yetkisinin bulunmadığını kabul etmekle birlikte, meslek etiği ile bağdaşmayacak uygulamalara sebebiyet verecek ücret uygulamalarına Tabipler Birliği tarafından müdahale edilmesinin mümkün görülmesi gerektiği kanısındadır.
- 8 Bu görüşte GÜZEL, “Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 57 - 58.
- 9 Bak. UŞAN, “Türk Tabipler Birliğinin İşyeri Hekimlerine İlişkin Ücret Belirleme Yetkisi Var mıdır?”, 63.
- 10 Daha sonra Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu görüşte olmuştur. Bak. Y 9 HD., 1.2.2005 - 2004/7476 - 2005/2741, Legal İHSGHD 2005/7, 1363 - 1366.
- 11 Legal, İHSGHD, 2005/6, 688 - 691.
- 12 Karş. UŞAN, “Türk Tabipler Birliğinin İşyeri Hekimlerine İlişkin Ücret Belirleme Yetkisi Var mıdır?”, 62 - 63.
- 13 Bak. GÜZEL, “Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 44 - 45.
- 14 Ortak sağlık birimi konusunda Fransa örneği için bak. GÜZEL,

“Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 41 - 42.

- 15 Bak. EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, 157.
- 16 Bunun gibi kararda Danıştay Savcısının yürütmeyi durdurma talebinin temelini oluşturan gerekçe de son derece hatalı ve 6023 sayılı Kanunun lafzına aykırı ifadeler içermektedir. Anılan Gerekçede yürürlükten kalkmış işçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesi zikredildikten sonra, “... yasal düzenlemede öngörülen nitelikte olan işyerlerinde işveren tarafından işyeri hekimi çalıştırılması zorunlu olup, işyeri hekimlerine bu görevlerin yanında, davalı idarenin üstlendiği sağlık hizmetlerini yerine getirebilme olanağı da tanınmıştır. Ancak özel kurum ve işyeri hekimlerinin çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinden ayrı olarak, başka bir işyerinde ya da başka bir kurum adına ikinci bir görev yapmalanna elverişli bulunduğunun tabib odalarınca kabul edilmeleri zorunluluğu da getirilmiştir. Böylece, işyeri hekimliğini üstlenen doktorların, bu görevlerini aksatmadan Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan da hekim yetkisi alarak, bu Kurumun üstlendiği muayene ve tedavi hizmetlerini de sağlık standartlarına uygun olarak yerine getirip getiremeyeceğinin tabibler odasında değerlendirilmesi amaçlanmıştır “.. Bu durumda işyeri hekimi atanması konusunda tabibler odasından izin belgesi alınması yolundaki yasal zorunluluğu kaldırır nitelikte dava konusu Genelge maddelerinde 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'na uyarık bulunmamaktadır ...” “... Kanımca bu gerekçe 6023 sayılı Kanunun 5. maddesine açıkça aykırıdır. Gerçekten 5. maddede “özel kurum ve işyeri tabiplerinin çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmaları ...”nda sakınca olup olmadığının değerlendirilmesi tabib odasının iznine bağlanmışken, Gerekçede, “...özel kurum ve işyeri hekimlerinin çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinden ayrı olarak, başka bir işyerinde ya da başka bir kurum adına ikinci bir görev ...” yapmalarından söz edilmesi açık bir çelişkidir. Nitekim 5. maddede ikinci bir işyerinde görev yapmaktan söz edilmişken, Gerekçede, başka bir işyerinde ikinci bir görev veya aynı işyerinde başka bir kurum adına ikinci bir görevden söz edilerek, 5. maddenin lafzının dışına çıkmıştır. Halbuki 5. maddede aynı işyerinde ikinci bir görevden değil, başka bir işyerinde yapılacak görevden söz edilmiştir. Kaldı ki; işyeri hekiminin SSK yetkisi kullanmasının aynı işyerinde ikinci bir görev olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Zira, işyeri hekiminin, SSK yetkisini kullanması dahil, tüm görevleri Yönetmelikten kaynaklanmaktadır ve SSK yetkisi alınması yeni bir görev olmayıp, sadece işverenin talebine bağlı bir görevdir. Bu bakımdan, anılan gerekçe 6023 sayılı Kanunun 5. maddesiyle açık çelişki içerisinde.
- 17 Bak. EKMEKÇİ, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar” 76.
- 18 Bak ve karş. H. BAŞÇIL, “İşyeri Hekimi İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri”, 76'daki önemli tespitler; Ayrıca bak. GÜZEL, “Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 37 - 39

Yrd. Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri

I. GİRİŞ

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2005 yılında yayınladığı rapora göre, dünyada yılda 270 milyon iş kazası ve 160 milyon meslek hastalığı görülmektedir. Bu olaylar sonucunda 350.000'i iş kazalarından, kalanı ise meslek hastalıklarından olmak üzere her yıl 2.2 milyon insan yaşamını yitirmektedir. Aynı rapora göre, iş kazaları ve buna bağlı harcamalar, dünyadaki toplam üretimin %4'ünün kaybına yol açmaktadır¹.

Dünya genelindeki bu durum, büyük ölçüde Türkiye için de geçerlidir. Ancak 2004 yılı verilerine göre Türkiye'de iş göremezlik yaratan iş kazası sayısı yaklaşık 84.000, meslek hastalığı sayısı ise sadece 384 olarak tespit edilmiştir². Söz konusu istatistikler yalnızca bildirilen kaza ve hastalıkları içerdiğinden, Türkiye'nin genel durumunu yansıtmamaktadır. İş güvenliği bilincinin henüz yeterli düzeye ulaşmadığı ülkemizdeki kayıtlara geçmeyen kazalar da dikkate alınırca, gerçek rakamların bunların çok daha üzerinde olduğunu söylemek abartılı bir değerlendirme olmaz.

İstatistiklerin gerçeği yansıtmama düzeyi konusunda yaşanan bu sıkıntı, Türkiye'ye özgü değildir. Ülkemizdeki kadar olmasa da birçok batı ülkesinde de iş kazası istatistiklerinin gerçeği tam olarak yansıtmadığı dile getirilmektedir. Bununla birlikte söz konusu ülkelerdeki sorun, kazaların gerçek sayılarının tespit edilememesinden çok, kaza sebeplerinin sistemli ola-

rak analiz edilememesidir. Zira, kaza sebeplerinin yeterince aydınlatılmaması, alınacak önlemlerin etkinliğini olumsuz etkilemektedir. Nitekim İngiltere'de yapılan bir çalışmada, iş kazalarında hazırlanan raporların yalnızca yetkili makamları bilgilendirmekle yetindiği, kazaya sebep olan riskleri belirleyemediğini ortaya koymuştur. O sebeple risk analizi ile ilgili ayrı bir inceleme ihtiyacı olduğu dile getirilmiştir. Benzer değerlendirmelere, Kanada İş Sağlığı ve Güvenliği Merkezi tarafından yapılan çalışmada da rastlanmaktadır³. Bu durum, aslında multidisipliner bir yapı olan ve organize hareket edildiğinde çok daha etkili sonuç verebilecek iş sağlığı ve güvenliğini, herkesin kendisini ilgilendirdiği oranda katkı sağladığı bir alan haline getirmektedir. Yasama organı kanun çıkarmakla, yürütme onu uygulayıp denetlemekle, yargı ise önüne geldiği oranda sorunları çözmekle yetinmektedir. Bu yapının doğal bir uzantısı olarak da işverenler en iyi ihtimalle kendi işletmelerini, işçiler de sadece yaptıkları işi ilgilendirdiği oranda iş sağlığı ve güvenliğinin parçası olmaktadır. Böyle bir durumda ortaya çıkan zarardaki kusur düzeyleri de, sözü edilen yaklaşım tarzının bir sonucu olarak yalnızca somut olay üzerinden değerlendirilmektedir. Bu çalışmada üzerinde duracağımız Yargıtay kararında, işyerinde meydana gelen bir iş kazasındaki kusur dağılımının özellikle de işveren açısından hangi esaslar dahilinde yapıldığını ortaya koymaktadır.

II. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ile ilgili olarak verilen ve bu çalışmada değerlendirilmeye çalışılacak Yargıtay kararında şu görüşlere yer verilmiştir¹:

“DAVA: Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.7.2003 gün ve 2002/791-2003/465 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 4.12.2003 gün ve 2003/97 91-9903 sayılı ilamı ile, zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi olay günü işyerinde buhar kazanı borulama işinde kaynakçı olarak çalışırken oluşan iş kazası sonucu ölmüştür.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksanz bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur. ... günlük bilirkişi raporunda; 3/8 işverenlerin, 5/8 ise işçinin kusurlu olduğu belirtilmiştir. Oysa, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman oldukları gibi İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususları ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez. Mahkemece yapılacak iş; olayın oluşu ve niteliğine göre işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyetine konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor sonrasında, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan asgari ücrete göre yeniden hesap raporu düzen-

lemek, alınan raporlar dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek sonuca göre karar vermektir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan kusur raporunu hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, iş kazası nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacılar vekili, iş kazasında vefat eden muris nedeniyle davalılardan maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemektedir. Yerel Mahkeme, meydana gelen iş kazasının oluşumunda davalılardan İ.H.D.'yi 3/8, davacılar murisi işçi K.B.'yi 5/8 oranında kusurlu bulan raporu ve bu oranları dikkate alarak hesaplanan maddi tazminat tutarını gözeterek, istemin kısmen kabulüne karar vermiş, Yüksek Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçelerle hükmün bozulması üzerine, önceki kararında direnmiştir.

Somut olayda, davacılar murisi, davalılardan ÇÇM. A.Ş.'ye ait boru atölyesinde iş alan diğer davalı müteahhit İHD işçisi (kaynak operatörü) olarak, buhar kazanı borulama sistemine ait "spool" adı verilen iki ucu dirsekli bir parçanın imalinde çalışmakta iken, kaynak kontrolü amacıyla girdiği borunun içerisinde, kaynaklama sırasında boruya basılan ve yoğunluğu havadan daha fazla olan argon gazının boğucu etkisine maruz kalması sonucunda oluşan "hematoz" nedeniyle vefat etmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinde "yaşama hakkı" güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korun-

ması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir. Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve ekinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan; işvereni işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin tamamını almaya zorlamayarak, yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin vücut tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir. Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının tespiti işidir.

Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak tedbirlerin neler olduğunun tespiti işidir. Mevzuat hükümlerince öngörülmemiş, fakat alınması gerekli başkaca bir tedbir varsa, bunların dahi tespiti zorunluluğu açıktır. Bunların işverence tam olarak alınıp alınmadığı (işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin tedbirlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı saptanacaktır. Sorumluluğun saptanmasında kural, sorumluluğu gerektiren ve yasada belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini göz önünde bulundurma ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir. Kaynak işlemi sırasında, boruya argon gazı basıldığı tartışmasızdır. Belirtilen işlemin tamamlanmasından sonra boşucu etkisi bulunan bu gazın ölçümünün yapılarak, tehlikeli boyutta olduğu saptandığında ise ortamdan tahliyesinin basınçlı hava

yardımıyla ya da gazın yoğunluğu nedeniyle borunun dikey konuma getirilip, akışkanlık sağlanarak yapılması gereklidir. Tüm bu önleyici tedbirlerin alınmadığı, iş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliğini sağlama konusunda inisiyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. Aksi bir düşünce, işçinin, öldürücü etkisi sabit bir ortama bilerek ve isteyerek girdiği sonucu doğurur ki, bu durum, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı, hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce, iş güvenliği açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabileceği yadsınamaz bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getiremez. Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanımına sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde ağırlıklı (baskın) kusurun davalı tarafa ait olduğunu göstermektedir. Belirtilen nedenlerle, yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak, açıklanan maddi ve hukuki olgular doğrultusunda kusur raporu düzenlenilerek, belirtilen şekilde hüküm kurmak gerekirken, direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır...”

III. DEĞERLENDİRME

Yargıtay kararına konu olay bir iş kazasıdır ve kazalanan işçinin ölümüyle sonuçlanmıştır. Kaza

sonrası açılan tazminat davasında işveren 3/8, ölen işçi ise 5/8 kusurlu bulunmuştur. Kararın temyizi sonrasında daire, kusur raporunun hükme dayana-

Gözetme borcu, hem kamu hem de özel hukuk hükümleri ile düzenlenmiştir.

nak alınacak nitelikte olmadığı, daha ayrıntılı rapor alınarak konunun hiçbir kuşkuya yer vermeyecek düzeyde aydınlatılması gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Mahkemenin direnme kararı sonrasında olayı ele alan Hukuk Genel Kurulu ise özel daireyi haklı görüp direnme kararını bozmuş ve ağırlıklı kusurun işçide değil işverende olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bozma kararında esasen, iş kazalarında işverenin kusur derecesinin takdirinde dikkate alınması gereken noktalara işaret etmiştir. O nedenle karar incelenirken bu noktaların her birini ayrı ayrı ele almakta yarar görmektediriz.

1- Bu bağlamda değerlendirilip açıklığa kavuşturulması gereken ilk konu, işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamıdır. Zira Yargıtay kararına da konu olan iş kazasından doğan tazminat davalarında karşımıza çıkan en temel işveren yükümlülüğü, işçiyi gözetme borcudur.

Gözetme borcu işverene, işçinin çıkarları doğrultusunda davranma, onu koruma ve yardımcı olma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınma borcu yükler⁵. Anılan borcun kapsamına hangi hususların girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Kuşkusuz bunların başında işçinin kişiliğini koruma ve ona saygı gösterme yükümü gelir. Bundan başka işçiye bilgi vermek, yol göstermek, işçinin çıkarlarının zedelenmemesi için kendisine düşen yükümleri yerine getirmek, bu konuda yetkili makamlara zamanında bildirimde bulunmak, işçiye kendisini ilgilendiren bazı belgeleri inceleme olanağı tanımak, ona ait eşya ve araçları korumak gibi hususlar aynı kapsamda sayılabilir. Bu konuda yasalarla getirilen düzenlemeler dışında gözetme borcunun sınırı, iyiniyet kurallarına göre çizilebilmektedir⁶. İşverenlerin işçileri gözetme borcu kapsamında yer alan başlıca yükümlerden biri de, iş güvenliği önlemlerini alma zorunluluğudur.

Hizmet akdinden doğan gözetme borcu işverenleri işyerlerinde işçilerin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması için gerekli önlemleri al-

makla yükümlü kılar. Dolayısıyla işçiyi gözetme borcunun, işverenlerin yukarıda belirtilen yükümleri ile birlikte iş güvenliği önlemlerini alma yükümlünü de kapsayacak ölçüde geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Buna karşın işçiyi gözetme borcu gerek öğreti gerekse Yargıtay içtihatlarında daha dar bir anlamda kullanılmaktadır. Bu dar anlamı dikkate alındığında gözetme borcu sadece, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma yükümlünü ifade etmektedir⁷. Nitekim biz de bu çalışmada gözetme borcunu bu anlamı ile kullanacağız.

Gözetme borcu, hem kamu hem de özel hukuk hükümleri ile düzenlenmiştir. Özel hukuk kapsamında yer alan düzenlemelerden ilki iş akdidir. Gerçekten de iş akdi, tarafların kişiliklerinin önem taşıdığı bir sözleşme türü olması nedeniyle diğer sözleşmelerden farklı bazı borçları bünyesinde bulundurur. Gözetme borcu da bunlardan biridir. İşverenin işçiyi gözetme borcunun özel hukuk alanındaki diğer dayanağı, Borçlar Kanununun 332. maddesidir. Buna göre: *"İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittibaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekteyse, sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur"*. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı gibi işveren, işletme tehlikelerine karşı gereken önlemleri almak ve işçiye işçi sağlığı ve iş güvenliğine uygun çalışma yerleri sağlamak zorundadır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün kamu hukuku dayanakları da bulunmaktadır. Bunların bir kısmı Anayasada yer alır. Sosyal devlet ilkesi, yaşama, çalışma, dinlenme ve sosyal güvenlik hakkı, iş sağlığı ve güvenliğinin en temel dayanakları arasındadır (Anayasa, m. 2, 17, 50, 60). Bunlar, yasa ve hukuksal işlemlerin yorumunda dikkate alınması gereken ölçütlerdir. O nedenle yargıç, uygulayacağı normu takdir ederken bu ilkeleri göz önünde bulundurmalı, yani bütün mevzuata anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakabilmelidir⁸. Gözetme borcunun Anayasa dışındaki diğer kamu hukuku dayanağı İş Kanunu'nun 77. maddesidir⁹. Anılan hükme göre: *"İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereç-*

leri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uygulamakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar...” Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamı oldukça geniştir. Yani, iş sağlığı ve güvenliği açısından bir önlemin alınması gerekli ise bu önlemin işverence alınması zorunludur. Dolayısıyla işverenin iş güvenliği konusunda “gerekli olanı yapmak” yükümlülüğünün kapsamına, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyulması kadar, bilim, tecrübe ve teknolojinin gereklerinin sağlanması da girer¹⁰. Bununla birlikte işçi sağlığı ve güvenliği konusunun

kusurun derecesidir. Bu sebeple, iş kazalarında kusurun ne şekilde değerlendirildiğinin ortaya konulması büyük önem taşımaktadır.

İş Kanunu'nun yukarıda değindiğimiz 77. maddesinin işverene getirdiği yükümlülükler göz önünde bulundurulduğunda, işveren için kusur olarak değerlendirilebilecek en temel davranışın, işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamak olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte bu konuya ilişkin tek düzenleme, İş Kanunu'nun 77. maddesi değildir. Çoğu Avrupa Birliği direktiflerine göre hazırlanan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yeni yönetmeliklerde de, işverenin gözetim borcuna ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır. Dolayısıyla, İş Kanunu yanında, yönetmeliklerle getirilen yükümlülüklerin ihlalleri de işvereni kusurlu duruma sokmaktadır. Bu durum karşısında, sözü edilen düzenlemelerle, kusurun kodifikasyo-

Çoğu Avrupa Birliği direktiflerine göre hazırlanan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yeni yönetmeliklerde de, işverenin gözetim borcuna ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır.

da işverenden beklenen sadece gereken her türlü önlemi almak değildir. İşverenden ayrıca, bu önlemlerin uygulanmasının denetimi, doğabilecek tehlikeler konusunda işçilerin sürekli eğitilmesi ve uyarılması da beklenmektedir¹¹. Nitekim önceden sadece İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün 4. maddesinde düzenlenen ve yargı kararlarında da açıkça vurgulanan bu durum artık 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer almaktadır (İK.77/II)¹².

Hukuksal temellerini kısaca belirtmeye çalıştığımız işverenin iş sağlığı ve güvenliği sağlama (işçiyi gözetme) borcunun ihlali çeşitli yaptırımların uygulanmasına yol açmaktadır. Bu yaptırımlar en genel anlamda, hukuksal, idari ve cezai yaptırımlar olarak sınıflandırılabilir. İnceleme konusu yüksek mahkeme kararı hukuksal yaptırıma (destekten yoksun kalma tazminatına) ilişkin bulunduğundan, aşağıdaki açıklamalarımız bu konuya ilişkin olacak, diğer yaptırımlara yer verilmeyecektir¹³.

2- Yüksek Mahkemenin inceleme konusu kararında daire ile yerel mahkeme arasında görüş ayrılığına sebep olan konu, yukarıda da belirttiğimiz gibi gözetme borcunu ihlal eden işverene verilen

nunun sağlandığı sonucuna varabiliriz¹⁴. Ancak hemen ekleyelim ki işveren, Yasanın 77. maddesindeki hüküm dikkate alındığında, salt mevzuatın belirlediği önlemleri değil, bilim, teknik ve tecrübenin o anda ulaştığı seviyede alınabilecek önlemleri de almak durumundadır. İşverenin mali durumundaki yetersizlik¹⁵, tecrübesizlik ve bilgisizlik, bu yükümlülüğün ihmalinde mazeret oluşturmaz¹⁶.

İşverenin söz konusu sorumluluk düzeyini bu şekilde belirleyen bir hukuksal düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Zira, bilim kurulu tarafından hazırlanan İş Kanunu taslağında yer verilen ve işverenin “bilim ve teknolojiye gelişmeleri izlemek ve uygulamak zorunda” bulunduğu dair hüküm 4857 sayılı İş Kanunu'na alınmamıştır. Ancak bu durum, yukarıda yer verilen değerlendirmeyi etkilememektedir¹⁷. Zira İş Kanunu'nun 77. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “...gerekli her türlü önlemi almak...” ifadesi, aynı sonuca ulaşmak için yeterlidir¹⁸. Nitekim işverenin gereken her türlü önlemi alması gerektiği konusundaki bu değerlendirmeler, Yargıtay tarafından da paylaşılmaktadır¹⁹.

İncelediğimiz Hukuk Genel Kurulu kararında da bu durum isabetli bir değerlendirmeye ortaya konulmaktadır. Karara göre "...Kamu düzeni dü-şüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir...Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının tespiti işidir. Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak tedbirlerin neler olduğunu tespiti işidir. Mevzuat hükümlerince öngörülmemiş, fakat alınması gerekli başkaca bir tedbir

maddesine göre işveren, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının tesis edilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu amaçla çalışanları, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, onların karşı karşıya buldukları mesleki riskler ve bunlarla ilgili alınması gerekli tedbirler konusunda işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim programlarını hazırlamak, eğitimlerin düzenlenmesini, çalışanların bu programlara katılmasını sağlamak ve verilecek eğitim için uygun yer, araç ve gereç temin etmekle yükümlüdür²⁰. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden, alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumludur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilere de gerekli eğitimi vermek durumundadır. İşverenlere yüklenen bu ödev, çalışanların iş sözleşmesi türlerine bakılmaksızın yerine getirilmek zorundadır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden, alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumludur.

varsın, bunların dahi tespiti zorunluluğu açıktır. Bunların işverence tam olarak alınıp alınmadığı (işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin tedbirlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı saptanacaktır..."

İş kazalarında işverenin kusurlu sayıldığı tek durum, gereken her türlü önlemi almamak ve/veya araç gereci eksik bulundurmamak değildir. İş Kanunu, işverenlere gereken önlemleri almak dışında, denetim, eğitim ve bilgilendirme yükümlülüğü de getirmiştir. Kanuna göre işveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler ile alınması gereken tedbirler, yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek, gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadır (İK.77/II). Konuyu düzenleyen Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4.

İşçilere yönelik olarak uygulanması istenen söz konusu eğitimin amacı, işyerlerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması ile birlikte temelde işçilerde iş güvenliği bilincini yerleştirmektir. Zira, işverenin gereken önlemleri almış olması, o önlemlerin uygulandığı anlamına gelmemektedir. Nitekim ülkemizdeki birçok işyerinde, işverenlerin zararı önleyen araç gereci işyerinde bulundurmaları, kazaları önlemeye yetmemiştir. Ancak buna rağmen iş kazası sonrası açılan tazminat davalarında işverenler sık sık, gereken malzemeyi sağladıklarını, örneğin baret ve emniyet kemerini verdiklerini fakat işçinin kullanmadığını dile getirmektedir. İşte 77. maddenin yukarıda belirtilen düzenlemesi, işverenlere düşen yükümlülüğün gerekli araç gereci sağlamakla sona ermediğini, onların kullanılmasının da kendilerinden beklendiğini vurgulaması açısından son derece önemlidir. Nitekim Yüksek Mahkemenin, sözü edilen yükümlülüklerin 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenmesinden önceki istikrar kazanmış uygulaması da bu yöndedir²¹.

O halde, mevzuatta yer alsın ya da almasın ge-

reken önlemlerin alınmaması kadar, işçilere eğitim verme yükümlülüğüne aykırılık da işveren açısından kusur oluşturacaktır. Bununla birlikte düzenlenen eğitimlere katılmayan işçilerin bu davranışları da onlar açısından kusur olarak değerlendirilmelidir. Zira gerek İş Kanunu gerek Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, işçilerin bu eğitimlere katılmasını zorunlu görmüş ve katılımları halinde düzenlenecek belgelerin dosyalarında saklanması gerektiğini belirtmiştir (Yön.m.5, 6, 17)²². Dolayısıyla, uğramış olduğu iş kazası ya da meslek hastalığını önleyebilecek ya da oluşan zararı azaltabilecek eğitimlere yapılan davete rağmen katılmayan işçi, söz konusu olaya başka bir katkısı olmasa dahi salt bu ihmali nedeniyle dahi müterafik kusurlu sayılabilmelidir. Ancak bu sonucun oluşabilmesi için işverence verilen eğitimin, arzu edilen sonuçları doğurmaya yetecek düzeyde bulunmasına özen gösterilmelidir.

Düzenlenen eğitimlere katılmayan işçilerin bu davranışları onlar açısından kusur olarak değerlendirilmelidir.

İşverene düşen eğitim ve denetim yükümlülüğü, incelediğimiz Yüksek Mahkeme kararında da önemli bir yer tutmaktadır. Kararda da belirtildiği üzere "...kaynak işlemi sırasında, boruya argon gazı basılmış, ancak boşucu etkisi olan bu gazın ölçümüne gereken şekilde yapılmadığından, tehlikeli boyuta ulaştığı anlaşılamamıştır..." Dolayısıyla işveren kendine düşen denetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiştir. Yine aynı kararda belirtildiği gibi "Tüm bu önleyici tedbirlerin alınmadığı, iş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliğini sağlama konusunda inisiyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. Aksi bir düşünce, işçinin, öldürücü etkisi sabit bir ortama hilerek ve isteyerek girdiği sonucu doğurur ki, bu durum, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmez." denilerek, işçiye verilmesi gereken eğitimin de gereken düzeyde olmadığı vurgulanmıştır. Bu değerlendirmeleri sonucunda Hukuk Genel Kurulu, şu gerekçeyle olaydaki kusurun ağırlıklı kısmının işverende bulunduğu sonucuna ulaşmıştır: "İşçi sağ-

lığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı, hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemleri olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce, iş güvenliği açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı taraftan kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılacağı yadsınamaz bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getiremez. Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanımına sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı

olayın meydana gelmesinde ağırlıklı (baskın) kusurun davalı tarafa ait olduğunu göstermektedir..."

Yüksek Mahkemenin olaya ilişkin değerlendirmesi eğitim ve denetimin, en az alınması gereken önlemler kadar, hatta ondan da önemli olduğunu göstermesi açısından dikkat çekicidir. Zira işyerinde gereken tüm önlemler alınsa bile, eğitim eksikliği sebebiyle bu önlemleri algılayamayan ya da denetlenmediklerinden alınan önlemlerin gereğini yerine getiremeyen işçilerin uğramış oldukları zararlar, büyük ölçüde işvereni sorumlu kılmaktadır. Ancak bu durum, işverenin her bir işçiyle ayrı ayrı ilgilenmesi, tümünü tek tek denetlemesi gibi bir sonuca ulaşılmasına neden olmamalıdır. Kaldı ki bu mümkün de değildir. O halde yapılması gereken iş sağlığı ve güvenliği bilinci ile işyerlerini bu eğitim ve denetimi sürekli kılacak bir örgütlenmeye sahip kılacaktır²³. Gerçekten de iş sağlığı ve güvenliği alanında önlemin işyerinde başlayacağı kabul edilir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 80. madde gerekçesinde de bu anlayış açıkça vurgulanmıştır. Gözlemler, bu örgütü iyi kuran işletme-

lerin iş kazaları ile mücadelede başarılı olduğunu ortaya koymuştur. Zira etkili bir iş güvenliği örgütüne sahip işyerlerinde iş güvenliği konusu kurumlaşmaktadır. Bu şekilde iş güvenliğinin getirdiği rahatlıklar dışında, işçilerin yönetime katılması da sağlanarak çalışma barışında daha ileri noktalar yakalanabilmektedir¹. Buna karşın, işyerlerinde iş güvenliği örgütünü oluşturmayan ve/veya bu örgütü gerektiği şekilde işletmeyen işverenler, bu sebeple oluşan iş kazalarında kusurlu sayılacaktır. Zira iş güvenliği mühendis ve hekiminin istihdam edilmemiş olması, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmaması, işyeri sağlık biriminin kurulmaması gibi uygulamalar, o işyerinde alınması gereken her türlü önlemin alınmadığının açık göstergesi durumundadır.

İşverenin kusur oranının değerlendirilmesinde objektif ölçütlerin kullanılmasına özen gösterilmelidir.

Buraya kadar yer verdiğimiz açıklamalar karşısında işverenin iş kazalarında kusurlu sayılmasına sebep olan temel unsurun, kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka deyişle işverenler, işyerlerinde gereken her türlü önlemi almadıkları, araç gereci noksantı bulundurmadıkları, denetim ve eğitim ödevlerini yerine getirmedikleri ve/veya işyeri iş güvenliği örgütlenmesini sağlayamadıkları sürece kusurlu sayılabilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay içtihatları incelendiğinde, iş kazasından doğan tazminat davalarında (maddi tazminat-destekten yoksun kalma tazminatı) kusurun, kural olarak işverenin sorumluluğunu doğuran bir unsur olarak nitelendirilmediği görülür. Bizim katılmadığımız ve işvereni kusursuz sorumlu kılan bu görüş tarzı, kusuru yalnız tazminat miktarını artıran ya da azaltan bir etken olarak değerlendirmektedir. Yargıtay uygulaması bu yönde gelişmiş olsa da, söz konusu tazminat davalarında tazmini gereken maddi zarar miktarına ulaşılabilmesi için tarafların kusur oranlarının belirlenmesi şarttır. Zira Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine göre maddi tazminat talebi ile karşılaşan hakim, halin gereklerine ve hatanın ağırlığına göre tazminatın kapsamını belirleyebilmektedir. Dolayısıyla, tazminat miktarına doğrudan etki edebilen bu unsurun belirlenmesi büyük önem ta-

şır. Kaldı ki işçi ve işverenin kusur oranının iş kazası tazminatına etkisi, ağırlıklarına göre 43. maddede anlamında yargıca takdiri bir indirim imkânı vermesiyle de sınırlı değildir. Tarafların kusur dereceleri, işçinin işverenden talep edebileceği net tazminat miktarına ulaşılmasında, toplam brüt zarara etki etmekte olan faktörler arasında da yer almaktadır.

İşverenin kusur oranının değerlendirilmesinde objektif ölçütlerin kullanılmasına özen gösterilmelidir. Sözü edilen ölçüt, benzer durum ve şartlar altında işçi ya da işverenin dahil olduğu çevredeki makul normal bir insanın, zararlı sonucun doğmasını önlemek için sarfedeceği çaba ve göstereceği özeni dikkate alır. Bu çaba ve özeni sergileyemeyen işçi ya da işveren, kişisel nitelikleri nedeniyle

ahlaken kınanamıyor olsa da hukuken kusurlu ve sorumlu sayılır. Hemen belirtilmelidir ki, işverenin göstereceği özenin derecesi bulunduğu çevredeki standartla sınırlı olmayıp, İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık hükmü karşısında gereken her türlü önlemi almak aşamasına yükseltilmiştir²⁵. Dolayısıyla işveren kendisinden beklenen düzeyde özen göstermedikçe kusurlu sayılacaktır. İş kazasındaki kusur oranlarının tespitinde, aynı iş kolunda ya da benzer işletmelerde iş güvenliği önlemlerinin alınması konusunda yerleşmiş bazı kötü alışkanlık ve uygulamalar işveren lehine değerlendirilemez²⁶. Başka bir deyişle işveren, diğer işletmelerde alınmış olan önlemleri örnek göstererek kusursuz olduğunu iddia edemeyeceği gibi kusur oranının indirilmesini de isteyemez. Çünkü kusurun objektifleştirilmesinde ölçüt, aynı kategorideki işverenlerin fiilen ortaya koydukları davranış biçimi değil, bu durumdaki dürüst, makul ve dikkatli bir soyut işveren modelinin göstermesi gereken davranış tarzıdır.

3- Yüksek Mahkeme kararında, kusur değerlendirmesi yapacak bilirkişilerde aranması gereken özellikler de bozma gerekçelerinden biri olarak gösterilmiştir. Uygulamada iş kazası sonrasında ortaya çıkan zararda tarafların kusur oranları, teknik bilirkişi heyetleri tarafından tespit edilir. Heyetler,

iş kazası tipine göre genelde, ilgili mühendislerden ve yargı makamlarının son zamanlardaki isabetli uygulamaları sonucu heyete eklenen iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına hakim bir hukukçudan oluşur. Teknik bir iş olması nedeniyle kusur incelemesini bilirkişilere yaptırmak zorunda kalan mahkemeler, aldıkları raporlarla bağlı değildir. Gerekli gördükleri hallerde yeni bilirkişi heyetleri oluşturup kusur incelemesini tekrar ettirebilirler. Bununla birlikte kusur incelemesini iki defa yaptırmış olan ve iki raporda da farklı kusur oranlarıyla karşılaşmış olan yargıcın, bunlardan birini tercih ederek karar oluşturmasını Yargıtay, genelde bozma nedeni görmekte, üçüncü bir bilirkişi incelemesi ile raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁷. Uygulama ve yargı kararıyla üçüncü raporun, tek bir bilirkişi tarafından değil üç kişilik bir bilirkişi heyeti tarafından hazırlanması gerektiği kabul edilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, kusur incelemesinin bu şekilde üç defa ayrı ayrı yapılması şart değildir. Önemli olan yargıcın kusur raporunu yeterli görmesidir. Nitekim mahkemeler genellikle, ilk kusur incelemesini üç kişilik teknik bilirkişi heyetine yaptırmakla yetinmektedir.

İş kazası ve meslek hasatlıklarında, işçi ve işverenin oluşan zarara ne oranda katkı sağladıklarının belirlenmesi, yani kusur değerlendirmesi bu konuda gerçekten ehil kişiler eliyle yapılmalıdır. Gerek mühendis gerekse hukukçu bilirkişi tayin edilirken, bu kimselerin bilgi düzeyleri somut verilere dayalı olarak mahkemelerce araştırılmamıştır. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği alanında ülkemizde yetkin eleman sıkıntısı olduğu da bir gerçektir. Özellikle konuya ilişkin mevzuatın tümüyle yenilenmesi sonrasında, alandaki uzman sayısı daha da azalmış görünmektedir. Ancak yine de özellikle büyük şehirlerde bu alanda kendini yetiştirmiş kişilerin bilirkişi olarak seçilmesine özen gösterilmesinde büyük yarar bulunmaktadır⁸. Aksi halde hatalı raporlar, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki en önemli unsur olarak gördüğümüz iş sağlığı ve güvenliği bilincinin zarar görmesine, sitemin haksız eleştirilerle karşılaşmasına sebep olacaktır ki bunun ne denli kötü sonuçlar doğurabileceğini tahmin edebilmek hiç de zor değildir. O nedenle yukarıda yer verilen Yüksek Mahkeme kararında, taraf kusurlarını değerlendirecek bilirkişi heyetinin

yetkinliği konusunda gösterilen özen takdir edilecek bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Facts on Safety at Work, ILO, April 2005.
- 2 www.calisma.gov.tr
- 3 Thanasis Samaras, Notify, record, investigate and compensate to prevent work-related accidents and diseases, www.sheilapantry.com/oshworld/focus/2001.
- 4 YHKG, 16.6.2004, 21-365/359.
- 5 Gözetme borcu konusunda bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005, 314. Aynı yazar, İş Güvenliği Hukuku, (Ksc.İş Güvenliği), Ankara 1985, 176 vd. Münir Ekonomi, İş Hukukunun Esasları, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 154. Ünal Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 245. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, 125 vd. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 153 vd. Fevzi Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, İzmir 2003, 89 vd. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005, 137. Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, 424 vd.
- 6 Süzek, İş Güvenliği, 177. Ekonomi, 142.
- 7 Ekonomi, 154. Süzek, İş Güvenliği, 178. İlhan Uluhan, Borçlar ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, 20.
- 8 Ernst E. Hirsch, Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, I. Türk Hukuk Kongresi, Ankara 1972, 13.
- 9 Süzek, İş Güvenliği, 179. Aynı yazar, Hukuki Yönden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İş Hekimliği Ders Notları, (İşçi Sağlığı), Ankara 1993, 37.
- 10 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 269, 270. Süzek, 671. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 37. Aynı yazar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, 19. Münir Ekonomi, İş Hukukunun Esasları, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 143. Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 38-40. Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, 753. Polat Soyer, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 33. E. Tuncay Senyen Kaplan, 4857 Sayılı İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Olarak Getirilen Yükümlülükler, İşveren, Haziran 2005, 50. Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 61.
- 11 MESS üyeleri arasında yapılan iş kazası istatistik araştırmasında, denetim eksikliğinin iş kazaları açısından ne denli tehlikeli sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Söz konusu istatistiklerde, iş kazasına sebep olan etkenler arasında, dikkatsiz çalışma büyük bir yer tutsa da (%63,63), kazaların geri kalan kısmının denetim ve eğitimle engellenebilecek nedenlerden oluştuğu görülmektedir. Bunlar arasında, kişisel koruyucu kullanılmaması, alet ve donanımın güvensiz kullanımı, uyarıya rağmen güvensiz çalışma, güvenlik donanımını güvensiz hale getirme, güvensiz yükleme ve taşıma, iş sırasında şakalaşma, toplam kazaların yaklaşık %38'ini oluşturmaktadır (MESS İşveren Gazetesi, Ağustos 2005, 3).

- 12 Yüksek Mahkeme, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde işverenin sorumluluğunun kamusal karakterli hukuksal dayanağını oluşturan 73. madde (şimdi 77. madde) ile ilgili olarak verdiği bir kararında, anılan düzenlemelerle getirilenleri şu şekilde belirlemiştir: "...İş Yasasının 73 ve müteakip maddelerine göre işveren, işçilerin sağlığını ve vücut bütünlüklerini koruma yönünden gerekli tedbirleri alma yükümlüdür. Bu önlemler içerisinde, işçinin eğitimi ile işyerinde düzenli denetim ve kontrol sisteminin kurulması da söz konusudur. Belli alet ve edevatın verilmesi veya hazır bulundurulması yanında bunların kullanılma alışkanlığının kazandırılması ve devamlı denetimi zorunludur..." Y. 21.HD. 5.3.1996, 545/1054 (Yayınlanmamıştır).
- 13 İşveren hakkında uygulanabilecek diğer yaptırımlar konusunda bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, 165 vd. Ercan Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanununda İdari Para Cezaları (İşK.98-108), Çimento İşveren Özel Ek, Ankara 2005. Levent Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, III.Yaşında İş Yasası, (ksc.İş sağlığı ve güvenliği), 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 325 vd.
- 14 Süzek, İş Güvenliği, 242 vd. Nitekim Yargıtay, işçi sağlığı ile ilgili mevzuatın uzun bilimsel araştırmaların sonucu olduğunu, bunlara uyulması halinde işçinin vücut bütünlüğünün zarara uğramayacağını, uğrasa bile zararın asgari olacağını belirtmiş ve sonuçta anılan hükümlerin kanuni kesin birer karine oluşturduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla sözü edilen karinelerin aksinin ispatına izin verilemeyeceğini, oluşmuş zararın tümünün ya da önemli kısmının işverence bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin bir sonucu olduğunu kabul etmiştir, Y. 10.HD. 25.3.1975, 702/1673 (Süzek, İş Güvenliği, 250).
- 15 Nitekim Yargıtay da bir kararında, "...işveren mevzuatta belirtilmese dahi şayet bu yolda bir tedbirin alınması gerekiyorsa bu tedbiri almak zorundadır. Bu konuda olanakların yetersizliği, süregelen kötü alışkanlıklar ve iş gelenekleri, tedbir alma yükümünü ortadan kaldırmaz..." görüşlerine yer vermiştir (Y. 9.HD. 9.11.1998, 7518/7851, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1999, 18,19).
- 16 Süzek, 671. Aynı yazar, İş Güvenliği, 179, 180. Kenan Tunçoğlu, İş Hukuku, İstanbul 1986, 269, 270. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 261. Eren, 36-41. Uluşan, 23. Narmanlıoğlu, 246, 247.
- 17 Söz konusu hükmün yasaya alınmaması konusundaki eleştiriler için bkz. Süzek, 672. Soyer, 33. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 306.
- 18 İşverenin alması gereken önlemlerin kapsam ve ölçüsünün her somut olayda MK. 2'deki doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre belirlenmesi gerektiği yönündeki değerlendirme için bkz. Kaplan, 51
- 19 Y. 10.HD., 18.11.1991, 10815/9243, (İş ve Hukuk, Nisan 1992, 36, 37). Ayrıca bkz. Y. 21.HD. 27.2.2003, 1143/1463 (Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 532).
- 20 İşverenin eğitim yükümlülüğü konusunda bkz. Ömer Ekmekçi, İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları, Mercek Ocak 2006, 100 vd., Gaye B. Yıldız, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü, İşveren Haziran 2005, 53 vd.
- 21 Ayrıca bkz. Y. 9.HD. 7.11.1979, 590/8813, (E. Egemen/S. Temiz, İş Hukuku ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1991, 404, 405).
- 22 Yönetmeliğe göre çalışanlar, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının tesisi için işyerinde düzenlenecek olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmak ve bu konudaki talimat ve prosedürlere uymakla yükümlüdürler (m. 5). Verilen eğitimler, çalışanlara herhangi bir mali yük getirmeyecek şekilde düzenlenir ve eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır (m. 6). İşyerlerinde düzenlenen eğitimler belgelendirilir ve bu belgeler çalışanların özlük dosyalarında saklanır (m. 17)
- 23 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005. Levent Akın, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 54, s. 1, 2005, s. 1-60.
- 24 Sarper Süzek, İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1996, 166. Savaş Taşkent, Türkiye'de İşçinin Yönetime Katılması, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1993, 521.
- 25 Süzek, İş Güvenliği 243-246. Mustafa Resit Karahasan, Tazminat Hukuku, Maddi-Manevi Tazminat, İstanbul 1996, 603-604. Akın, 97 vd
- 26 Yargıtayın konuya ilişkin bir içtihadına göre: "...İş Kanununun 73 ncü (4857/77) maddesi hükmüne göre işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmakla yükümlü tutulmuştur. Bu hükmün ise yerleşmiş kötü alışkanlık ve geleneklerin dışında tamamen nesnel olarak değerlendirilmesi gerekir. Şu duruma göre, memleketimizde inşaatlardaki fiili durum ne şekilde olursa olsun, bir tedbirin alınması işçinin güvenliği yönünden şayet gerekli ise, işverenin bunu almaması durumunda sorumlu tutulması sözü edilen maddenin açık hükmü gereğidir. Bu konuda mevzuatta bunu öngören açık bir hüküm bulunmasa dahi durum böyledir..." Y. 10.HD. 6.6.1974, 3155/3920 (İş Hukuku Ocak-Şubat 1975, 24).
- 27 Bkz. Tankut Centel, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1986, 233.
- 28 İş kazası ile ilgili olarak yapılan incelemelerde bilirkişilerin etkinliğinin artırılarak daha isabetli değerlendirmeler yapabilmelerine imkân sağlanması konusunda için bkz. Levent Akın, İş Kazası ya da Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Hesaplamasında Uygulama Sorunları ve Öneriler, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2001, 377.

Doç. Dr. Aydın GÜLAN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kabahatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile idari para cezalarının hukuki rejimi ve yargısal denetimine ilişkin "yeniden" bir değişiklik gündeme gelmiştir.

"Yeniden" kelimesinin tırnak içine almam dikkat çekmek içindir. Kabahatler Kanunu'nun kabulünden hemen önceki dönemde, gerek Anayasa Mahkemesi kararları ile gerekse idari para cezalarına ilişkin birçok kanundaki görevli ve yetkili yargı yerini değiştiren torba kanun ile, idari para cezalarına karşı idare mahkemelerini görevli ve yetkili kılan bir gelişme yaşanır iken, durum birdenbire "yeniden" değişmiştir.

Kabahatler Kanunu Gerekli Miydi?

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Kabahatler Kanunu'ndan önce bütün idari para cezalarının idari yargının görev alanına girme eğilimi vardı. Sorun temyizi olmayan, dosya üzerinden görülen bir davanın etkin bir yargısal denetim getiremeyeceği noktasında yoğunlaşmakta idi. Tartışmalar ve içtihadın ne yönde gelişeceğine ilişkin beklentiler bu merkezde iken, kabul edilen bir kanun ile tartışma gündemine ilişkin her şey değişti.

Bu değişiklik niçin gerekli görülmüştür? İdari yargıda "itiraz" şeklinde adlandırılarak geliştirilmesi için uygulamaya bırakılan yargısal denetim biçimi ve idare mahkemelerinin idari işlemler konu-

sunda var olduğu kabul edilen uzmanlıklarından niçin vazgeçilmiştir? İdare mahkemelerinin idare hukuku ilke ve kurallarına göre yargısal denetiminde hangi sorunlar tespit edilmiştir ki, bu sorunların çözümü bakımından tekrar "sulh ceza" ve "ağır ceza" mahkemelerinin Kabahatler Kanunu kapsamında idari para cezaları hususunda görevli ve yetkili olmaları düzenlenmiştir?

Bu sorulara cevap vermek mümkün görülmemektedir. Ancak genel tespitlerden yola çıkılabilir. Kabahatler Kanunu, ceza hukuku ilke ve kavramlarını kullanmaktadır. Zaten birçok maddesinde de Ceza Kanunu'na ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na (örneğin madde 5, 6, 10, 12, 14, 22/4, 28/5, 32/3, 40/2) atıf yapılmaktadır. Esas olarak ceza hukuku alanına giren fiillerden bir kısmına ilişkin yaptırım ve denetim düzeni kurulur iken, birçok benzerlikler göstermekle birlikte, özünde tamamen farklı olan idari yaptırımları da bir anda içine alan bir yaklaşım görülmektedir. Kanun birbirinden tamamen zıt iki ayrı kaynaktan gelen ihlalleri "kabahat" olarak vasıflandırmakta ve içermeğe çalışarak aynı yargısal denetim şemsiyesi altına sokmaktadır. Bir yandan "suç" olmaktan çıkarılarak "kabahat" kapsamında görülen fiiller, diğer yandan "suç" ile ilgisi olmayan, idari kolluk faaliyeti kapsamında tespit edilen ve idari yaptırıma bağlanması gereken aykırılıklar aynı kanun kapsamında ve "kabahat" olarak vasıflandırılmaktadır.

Eskiden suç kapsamında düzenlenmiş bir fiilin şimdi kabahat olarak düzenlenmiş olduğu durumlarda, idari yaptırımın yargısal denetiminde sulh ceza mahkemesinin ve itiraz halinde ise ağır ceza mahkemesinin görevli ve yetkili olması anlaşılır ve etkin bir yargısal denetim için de isabetli kabul edilebilir. Ancak bir "suç" ile ilgisi olmayan, kökeninde bir suç yer almayan, idari denetime ve yaptırıma tabi hususlarda görülen "kusur", "hata" ve "kural ihlalleri" karşısında İdare tarafından verilen para cezalarının da, "kabahat" sayılarak ceza yargılamasında uzman bir mahkeme türünün görev alanına sokulması ile nasıl etkin bir denetim beklendiğinin açıklanması gerekir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, daha ilk doğduğunda "kabahat" nitelenmesine sığdırdığı bu birbirinden farklı hukuki içerik sebebiyle tartışmalı doğmuştur. Hangi idari para cezalarının bu kanun kapsamına girdiği, görevli ve yetkili mahkemenin belirlen-

içine sokmuştur. Nitekim, mahkemeleri hâlâ işgal eden Geçici 3. maddesinin anlam, kapsam ve uygulama sorunu bile çözebileceklerinden çok doğurmaya aday olduğu sorunlar olacağı hakkında bir tahminde bulunmayı haklı kılmaktadır.

Dolayısıyla bilimsel bir merak ile Kabahatler Kanunu gerekli miydi sorusunun cevabını aramak yerine olanı irdelemek belki daha önceliklidir:

Kabahatler Kanunu'nun Getirdikleri'

Toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla (madde 1) çıkarıldığını amaç maddesinde belirten Kanun, "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır" (madde 2) hükmünü içermektedir. Ayrıca diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını belirten "genel kanun" niteliği 3. maddesinde açıkça yer almıştır. İdari genel düzen-

Kabahatler Kanunu, idari yargının önemli sayıya ulaşmış bir iş yükünü adli yargıya aktarmış oldu.

mesi pratik sonucu sebebiyle tartışılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi karar verinceye kadar idari para cezaları bakımından görevli ve yetkili mahkemenin tespitinde idare mahkemelerinden de, sulh ceza mahkemelerinden de göreve ilişkin farklı kararlar çıkmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarından sonra artık sulh ceza mahkemesinin "eski tanıdığı olan" idari para cezalarına ilişkin önemli bir iş yükü ile karşı karşıya olduğuna hiç şüphe bulunmamaktadır. Kabahatler Kanunu, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile ortaya çıkan hukuki sonuçları itibarıyla idari yargının önemli sayıya ulaşmış bir iş yükünü adli yargıya aktarmış oldu.

Bu açıdan bakıldığında Kabahatler Kanunu, ceza hukuku alanında kimi fiillerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi kapsamında bunların hukuki rejimini belirlemek maksadıyla genel bir düzenleme getirilmesi için gerekli olmakla birlikte; idare hukuku alanında kalan idari yaptırımları da içine alarak, ceza hukuku alanına ithal etmesinin bir gereklilik olmadığı kanaatindeyim. Bu yüzden birbirinden çok farklı nitelikteki unsurları içermeye kalkışarak Kabahatler Kanunu, bütün düzenlemelerini zaman içinde yeni sorunlar çıkacak bir tartışmanın

leyici işlemler ile, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevenin içi doldurulmak suretiyle hangi fiilin kabahat oluşturduğunu belirledebilecektir (madde 4).

"Kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir." (madde 7), "Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir" (madde 8/1) düzenlemesini içeren kanun, bu hükmün "organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olması halinde de uygulanacağını" amirdir. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanamayacağı da (madde 11) düzenlenmiştir.

"Kabahatler(in), kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir(eceğini)" belirten kanunun 9. maddesi, hata haline ilişkin Türk Ceza Kanunu hükümlerine atf-

ta bulunmakta ve ancak kasten işlenen kabahatler bakımından hata hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir (madde 10). Kural olarak kabahat işlemeye teşebbüsün cezalandırılmayacağı ancak aksinin kanunda düzenlenebileceği belirtilmiş ve yine Türk Ceza Kanunu'nu bu konu ile ilgili hükümlerine atıfta bulunmuştur (madde 13). Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran haller bakımından Türk Ceza Kanunu'na atıfta bulunulmuş (madde 12), iştirak halinde kabahatin işlenişine katılan herkes için ayrı ayrı idari para cezası verilmesi de öngörülmüştür (madde 14).

Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilecektir. Ayrıca bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. Aynı kabahatin

kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacaktır (madde 17/2).

Kabahatler Kanunu gereği idari para cezası, Devlet Hazinesi'ne ödenir. Bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin açıklamaları göstermek üzere 437 seri no'lu Tahsilat Genel Tebliği yayımlanmıştır². Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idari para cezasının, ilk taksidinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilecektir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idari para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

Önemli bir hüküm de yargısal korunma yoluna gitmeden önce ödeme halinde dörtte bir oranında idari para cezasında indirim yapılmasının kanunda düzenlenmiş olmasıdır. Üstelik, bu ödemenin dava açmaya engel olmayacağı da düzenlemede yer almıştır (madde 17/6). İndirim için yapılan ödeme-

İndirim için yapılan ödemenin yargısal denetim yoluna başvurmaya engel olmayacağına ilişkin düzenleme çok isabetli bir düzenleme olmuştur.

birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılacaktır. Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir (madde 15).

Kabahatler Kanunu, idari yaptırımları idari para cezaları ve idari tedbirler olarak ikiye ayırmış, idari tedbirler arasında mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve kanunlarda düzenlenmiş diğer tedbirler olarak belirlemiştir (madde 16). Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilmesi öngörülmüştür (madde 18).

İdari para cezalarının ise, ilgili yasal düzenlemede maktu veya nispi olarak düzenlenmesi ihtimalleri bulunmaktadır.

İdari para cezasının kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlenmiş olması durumunda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen

nin yargısal denetim yoluna başvurmaya engel olmayacağına ilişkin düzenleme çok isabetli bir düzenleme olmuştur. Bu sayede kişilerin mali düşüncelerle yargısal denetim arasında tercihe zorlanmaması isabetlidir. İdare personelinin sahip olduğu yetkilerden hareketle hukuka aykırı işlem yapma cesareti bulmaması için yargısal denetim yolunun işlenmesi ve gelişmesi önem taşımaktadır.

Kabahatler Kanunu soruşturma zaman aşımı ve yerine getirme zaman aşımı şeklinde iki ayrı zaman aşımına ilişkin süreleri, idari para cezasının miktarını esas alarak düzenlenmiştir (madde 20 ve 21).

Kabahatler Kanunu karar verme yetkisi bakımından getirdiği kural, ilgili kanunda açık bir düzenleme yer almıyorsa, yetkili tüzel kişiliğin en üst amiridir. Ayrıca Cumhuriyet Savcısı'nın veya bir mahkemenin de adli görevleri dolayısıyla karşılaştıkları hallerde idari yaptırım kararı verebilmeleri öngörülmüştür (madde 23 ve 24). Bu düzenleme idari işlem alanı ile yargısal işlev alanının birbiri içine girmesi sebebiyle isabetli sayılamaz. İdari yaptırım verme konusunda yarışan ve çakışan yetkilerin ortaya çıkmasına yol açan ve kuvvetler ayrılığı konusunda tereddütlere yol açan bu yaklaşım

min ortaya çıkardığı yeni durumun anlaşılabilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yargı işlevini yapan merciin bir anda karşılaştığı durum sebebiyle yetkili idari makama duyurmak yerine karar alabilmesini mümkün görmek, hem yargısal denetimi başkalaştırdığı için, hem de aynı yaptırıma maruz kalanlar arasında farklar oluşturacağı için bir sorun çözmek yerine yeni ve kendine özgü sorunlar doğuracak bir yaklaşımın kanuna yansımadır.

Kabahatler Kanunu Sonrasında İdari Para Cezalarının Yargısal Denetim Usulü

İdari para cezasının tebliği veya tefhimi üzerine, bu yaptırıma maruz kalanın onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurarak kararın kaldırılmasını (iptalini) talep etmesi ile yargı denetim süreci başlar. Bu başvuru idari yaptırım kararının "kesinleşmesi"ne engel olan bir başvurudur. Kanun neler olduğunu belirtmeyerek mahkemenin takdirine bıraktığı mücbir sebep hallerinde, idari yaptırım kararına karşı onbeş gün içinde başvurulmuş olmasa dahi, mücbir sebebin kalktığı tarihten itibaren yedi gün içinde başvuruyu da mümkün kılmıştır. Ancak bu başvurunun süresinden sonra olması gerçeğini de dikkate alarak kesinleşmeyi engellemediği, sadece mahkeme takdir ederse "yerine getirmeyi durdurma"ya karar verebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla mücbir sebep nedeniyle idari yaptırıma karşı yapılan normal süresi geçmiş başvurunun, idari yaptırımın kesinleşmesini engellemeyeceğine ilişkin düzenlemenin sakıncalarını gidermek için, sulh ceza mahkemesine kendine özgü bir tür "yürütmenin durdurulması" hali olarak "yerine getirmeyi durdurma" kararı verebilme yetkisi kanunla tanınmıştır (madde 27/2).

İdari yaptırım kararı veren mahkemeye, bu kararını mahkeme tarafından bir karar verilinceye kadar geri alabilmesi öngörülmüştür (madde 30/2). Bu düzenleme bir imkân tanımaktan çok, idari işlem olması sebebiyle idari işlemin idare tarafından her zaman geri alınabilme imkânını sınırlamak anlamını taşımaktadır.

İdari yaptırıma karşı yargısal korunma bakımından kanunda yer alan düzenleme şu şekildedir:

Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder. İlgili kamu kurum ve kuruluşu, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en

geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir.

Başvuru konusu idari yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir.

Cevap dilekçesi, idari yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir. Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder. Ayrıca duruşma yapabilir. Kanun bu duruşmayı "dinleme" olarak nitelendirmektedir. Bunu talep üzerine veya re'sen yapar.

Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapıldığı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Tebligat yazısında açıkça belirtilmek şartıyla mazeretsiz olarak katılmama halinde yokluklarında karar verilebilir. Tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşfe ilişkin hususlarda Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idari yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Mahkemenin bu aşamada kararını vermesi ve taraflar huzurunda açıklaması kanunda yer almıştır.

Mahkemenin bir idari yaptırım hakkında iki şekilde karar verebileceği öngörülmüştür. İdari yaptırımın:

a) Hukuka uygun olması nedeniyle, "başvurunun reddine",

b) Hukuka aykırı olması nedeniyle, "idari yaptırım kararının kaldırılmasına",

karar verilir. İlk derece yargısal denetimi yapan mahkemenin ikibin Yeni Türk Lirası'na kadar olan idari para cezalarında kararlarının kesin olması belirlenmiştir. Bunun üzerindeki para cezalarına ilişkin kararlara karşı itiraz yolu bulunmaktadır. İlk derece yargılamayı yapan sulh ceza mahkemesinin bu kararına karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır (madde 29). İtiraz hakkındaki dosya üzerinden inceleme yapılarak, "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verilir.

Kabahatler Kanunu'nun Getirdiği Yargısal Denetim Sisteminin Etkinliği

Kabahatler Kanunu, denetim usulünü etkinleştirmek amacıyla dünyadaki gelişmeye paralel olarak

ayrıntılı usul ve yetki düzenlemelerine yer vermiştir. İdari yaptırım tutanağında bulunması gereken unsurlardan (madde 25), tebligat biçimine kadar usule ilişkin bir seri düzenleme içermektedir. İşlemin usul ve yetki unsurları bakımından bu düzenleme biçimi denetimi daha mümkün kılmakta ve bir şekli hususun ihmali halinde idari yaptırımın kaldırılmasını gündeme getirmektedir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresinin belirtilmesi gerekmesine rağmen, bunun eksik veya yanlış olması elbette bir sonuç doğuracaktır. Ancak idare hukuku açısından bakıldığında işlemin beş unsurundan sadece ikisi olan yetki ve usul dışında kalan ve sıkça işlemlerde görülen sebep, konu ve maksat unsuru sakatlıkların görevli ve yetkili yargı yerlerinde idare hukuku ilke ve kurallarından hareketle yapılıp yapılamayacağı, yapılabilecekse nasıl yapılacağı belli değildir. Bir idari yargı yeri olmayan sulh ceza mahkemelerinin ve ağır ceza mahkemelerinin bu hususta tecrubeli olmaması dışında, kendilerini idare hukuku ilke ve kurallarından yararlanarak bir hüküm vermek durumunda görmemeleleri halinde sadece usul ve yetki unsurlarına indirgenmiş bir yargısal denetimin etkin bir yargısal denetim olarak ortaya çıkması da mümkün olmasa gerekir. Yani Kabahatler Kanunu, idare mahkemelerinin görev alanından ceza mahkemelerinin görev alanına almakla, yargısal denetimi aslında fiilen işlemin beş unsurundan sadece usul ve yetki unsurlarına indirgenmiş sayılabilir. Ancak diğer yandan da tanık dinlenilmesi imkânı (madde 28/6) ile de idari yargının yapabileceği denetimden daha etkin bir aracı da bulunmaktadır.

İdari para cezaları bir ihlal ithamını içermektedir. İtham eden bunu ispatlamak durumundadır. Kanun da ihlale ilişkin olarak düzenlenmesi gereken belgenin usulünü ve unsurlarını düzenlemiştir. Yargısal denetim bu belgelerden hareketle yapılacaktır. Yani davalı idarenin işleminin yargısal denetimi yapılırken bu davalı idarenin düzenlediği tutanak / müfettiş raporu başlıca ve kimi zaman da tek delil olacak, mahkeme buna dayanarak hüküm tesis edecektir. Davalının belgesi, davalının delili olduğunda, bu delilin gerçeğe uygun olmadığını davacı nasıl denetleyecektir. Esasında dava konusu olan hem işlem, hem de bu işlemin hazırlık işlemi niteliğinde olan tutanaktır. Tutanağa hukuki ve fiili olarak bu derece belirleyici bir rol tanyan

Görevli ve yetkili sulh ceza mahkemesinin de bir idari para cezasına ilişkin davaya bakarken, idari işlemin beş unsuru açısından inceleme yapması ve idare hukuku ilkelerini kullanarak işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmesi gerekir.

hızlandırılmış yargısal denetimin etkili olabilmesini mümkün görmüyorum. İlk dönemlerde idare personelinin kanun ile belirlenmiş unsurları içermeyen idari para cezalarına esas olacak tutanaklar düzenlenmesi sebebiyle yargısal denetimin kimi hukuka aykırılık kararlarına daha fazla rastlanacak ise de, belge düzenleme konusunda yetiyecek idare personelinin usulü hatalar yapmayacağı bir tecrübe edinildikten hatta matbu tutanaklar hazırlandıktan sonra, bu tutanakların maddi vakiayı tespitteki isabetsizliğini davacının iddia ve ispatında önemli güçlükler görüleceğini tahmin etmek yanlış olmaz. Müfettiş raporuna dayanılarak kesilmiş bir cezanın yargısal denetiminde bu müfettiş raporu en etkili delil oluşturmakta ise, bu raporun yanlışlığını ispat etmek davacı bakımından son derece güç olduğu gibi, yapılan yargısal denetimin de etkin olmasını beklemek mümkün olmasa gerektir.

Usulüne uygun olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, vakiayı yanlış tespit etmiş, maddi niteliğine uygun değerlendirmemiş veya kasıtlı davranarak olmayan bir ihlali varmış gibi belge düzenini sağlamış bir personelin sebep olduğu idari para cezasının etkin denetimini ancak idari yargının yapabilmesi beklenir. İdari yargının bugüne kadarki uygulaması her zaman bu tahmini doğrular nitelikte olmasa bile, varlık sebebi idare hayatının gerçekleri konusundaki tecrübesinden hareketle hukuka aykırılıkları tespit konusunda daha etkin bir yargısal denetimi yapabilmesi beklentisidir. İdari yargıya bu imkânı veren idare hukuku ilkeleri olduğuna göre, görevli ve yetkili sulh ceza mahkemesinin de bir idari para cezasına ilişkin davaya bakar iken, idari işlemin beş unsuru açısından inceleme yapması ve idare hukuku ilkelerini kullanarak işlemin hukuka uygunluğunu değer-

lendirmesi gerekir. Ancak bu yönde bir gelişme olduğu takdirde miktarından bağımsız olarak bir yaptırım olduğu için bu işlemler için hukuka uygunluklarının denetimi açısından etkin bir yargısal denetim mümkün olabilir.

EK: Konu hakkında verilen Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Örnekleri

DİPNOTLAR

- 1 Kabahatler Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'na göre uygulama alanı hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. Ömer EKMEKÇİ, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal, İstanbul, 2005, s. 164-188.
- 2 Bu Tahsilat Genel Tebliği'ni esas alarak idari para cezalarının uygulanması ve tahsiline ilişkin olarak "Kabahatler Kanunu Sonrası İdari Para Cezalarının Uygulanmasına Genel Bakış" başlığı ile vergi denetmenleri Levent Çelik ve Hamza Sivrikaya tarafından açıklanmış bir makale Yerel Yönetimler ve Denetim Dergisi'nin Aralık 2005 Cilt 10, Sayı 12 nolu nüshasının 13-20. sayfalarında yayımlanmıştır.

T.C. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ HUKUK BÖLÜMÜ

E. 2005/77 K. 2005/103 T. 21.11.2005

• İDARİ PARA CEZASI (İş Kanunu Md. 107/1-a ve 108'e Göre Verilen - Kabahatler Kanunu Kapsamına Girdiği/Yapılan İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözümlemesi Gereği)

• KABAHAHLER KANUNU (Yürürlüğe Girdiği 1.6.2005 Tarihinden Sonra 23.6.2005 Gününde Açılan Davanın Görüm ve Çözümünde Adli Yargı Yerinin Görevli Bulunduğu - İş Kanunu Md. 107/1-a ve 108'e Göre Verilen İdari Para Cezası)

• İŞ KANUNUNA GÖRE VERİLEN İDARİ PARA CEZASI (Kayıt ve Belge İbraz Etmeyip Denetime Engel Olmak/Kabahatler Kanunu Kapsamına Girdiği - Yapılan İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözümlemesi Gereği)

• İŞYERİ KAYIT VE BELGELERİNİ İBRAZ ETMEYİP DENETİME ENGEL OLMAK (Kabahatler Kanunu Kapsamına Girdiği - İdari Para Cezasına Yapılan İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözümlemesi Gereği)

5326/m. 2, 3, 16, 27, Geç. 2

4857/m. 92/2, 107/a. 108

ÖZET: Dava, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 107/1-a ve 108. maddelerine göre verilen idari para cezasının kaldırılması isteminden ibarettir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına giren idari para cezasına karşı yapılan itirazın ADLİ YARGI YERİNDE çözümlenmesi gerekir.

OLAY: Müfettiş raporuna göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmediği (kayıt ve belge ibraz etmeyip, denetime engel olduğu) nedeniyle, anılan Yasa'nın 108. maddesine dayanılarak 107/a. maddesine göre 7.144.60 YTL. idari para cezası verilmiş; davacı Şirket vekili, söz konusu para cezasına karşı 23.6.2005 gününde sulh ceza mahkemesinde itirazda bulunmuştur.

ESKİŞEHİR 3. SULH CEZA MAHKEMESİ; 23.6.2005 gün ve E:2005/306 Müt. Sayı ile, 3257 sayılı Yasa'nın 12. maddesine göre verilen idari para cezasına karşı yapılan itirazın, anılan Yasa maddesinin 5171 sayılı Yasa ile değiştirilmesi ve daha sonra da 3257 sayılı Yasanın 5224 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle sulh ceza mahkemesinin özel görevinin sona ermiş olması karşısında hukukun genel ilkelerine göre idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerekeceği gerekçesiyle kesin olarak görevsizlik kararı vermiştir.

Davacı Şirket vekili, bu kez, idari para cezasının iptali istemiyle, 2.8.2005 gününde idari yargı yerinde dava açmıştır.

ESKİŞEHİR İDARE MAHKEMESİ; 12.8.2005 gün ve E:2005/1524, K:2005/1012 sayı ile, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre "kabahat" deyiminden kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı; 3. maddesinde, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörülmesi; 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olana idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğunun, idari tedbirlerin ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğunun hükme bağlandığı; anılan Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin birinci fıkrasında, idari para cezasına ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüş olup, Kanunun Geçici 2. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali is-

tenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmamacının ve Geçici 3. maddesinde de daha önce verilmiş idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27. madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvuruda bulunulabileceği belirtilmesine göre, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun değişik kanunlarda her birinde farklı düzenlemeyle yer alan idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin genel niteliklerini ortaya koyduğu ve idari para cezalarına karşı başvuru yollarını yeniden belirlediği; bu durumda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine göre, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca verilen idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesinde dava açılmasının gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş; bu karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Dr. Atalay ÖZDEMİR, M. Lütfü ÜÇKARDEŞLER, Serap AKSOYLU, Z. Nurhan YÜCEL, Abdullah ARSLAN ve H. Hasan MUTLU'nun katılımlarıyla yapılan 21/11/2005 günlü toplantısında;

1- İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre:

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulunun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı

bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği.."açıkça belirtilmiştir.Bu durum gözetildiğinde, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Adli ve idari yargı yerleri arasında 2247 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari yargı dosyasının 15. maddede belirtilen yonteme uygun olarak davacının istemi üzerine son görevsizlik kararını veren mahkemece Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- ESASIN İNCELENMESİ: Raportör- Savcı İsa YEĞENOĞLU'nun davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mustafa EKİNCİ ile Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten, sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

KARAR: Dava, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 107/1-a.ve 108. maddelerine göre verilen idari para cezasının kaldırılması isteminden ibarettir.

22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında, "Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir" denilmiş; 107. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanunun 92. maddesinin ikinci fıkrasındaki yükümlüklerini yerine getirmeyen işveren veya işveren vekiline beş milyar lira para cezası verileceği kurala bağlanmış; aynı Kanun'un 108. maddesinde, bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği öngörülmüştür.

Ancak 1.6.2005 tarihinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi karşısında, bu Kanunun diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisinin incelenmesi gerekmiştir.

Kabahatler Kanunu Tasarısı Gerekçesinde, özetle, bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari ceza yaptırımı öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini temin etmek amacıyla, belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiştir.

30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun birinci maddesinde "Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;

- a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,
- b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları,
- c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,
- d) İdari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu,
- e) İdari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar.

belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır." denilerek Kanunun amaç ve kapsamı belirlenmiş; ikinci kısmında yer alan 32 ila 43. maddelerinde, Türk Ceza Kanunu kapsamı dışında kalan çeşitli kabahatler sayılarak, bu eylemlere yaptırımlar öngörülmüştür.

Anılan Kanun'un 2. maddesinde, "kabahat" deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı; 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların "idari para cezası" ve "idari tedbirler"den ibaret bulunduğu; "idari tedbirler" in de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir.

Buna karşılık, 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;

- e) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,
- f) İşyerinin kapatılması,
- g) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması
- h) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması,

gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklikler yapıncaya kadar saklı tutulacağı öngörülmek suretiyle geçici istisnalar getirilmiş; 11.5.2005 tarih ve 5348 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen Ek 1. maddede, "4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanu-

nunda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır." denilmek suretiyle de 213 sayılı Yasa kapsamında bulunan vergi cezaları, Kabahatler Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." denilmiş olup; bu Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin (1) numaralı bendinde, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren engeç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüştür.

Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun belirlediği ilke ve esaslara uyan diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemesi genel görevli kılınmıştır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Böylece, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair geçiş hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesinde, "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz."; Geçici 3. maddesinde de "Daha önce verilmiş olan idari para cezasına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27 nci madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvurulabilir." denilerek geçiş dönemine ilişkin uygulama açıklanmış; 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla değişik 44. maddesinde ise, bu Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bu açıklamalara göre, Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilmesi için idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak Kabahatler Kanunu'nun; 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması, 2. maddesinde yapılan kabahat tanımına ve 16. maddesinde belirtilen yaptırım türlerine uyması, 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir.

İncelenen olayda, yukarıda belirtilen koşulların olduğu anlaşıldığından iş mevzuatına dayanan dava konusu idari para cezasına karşı yapılacak itiraz bakma görevi sulh ceza mahkemesine ait bulunmaktadır.

Belirtilen durum karşısında 5326 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden sonra 23.6.2005 gününde açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, sulh ceza mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Eskişehir 3. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 23.6.2005 günlü ve E: 2005/306 Müt. Sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 21.11.2005 gününde OYBİRLİĞİ İLE KEŞİN OLARAK karar verildi.

T.C. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ HUKUK BÖLÜMÜ

E. 2005/85 K. 2005/106 T. 21.11.2005

• İDARİ PARA CEZASI (İşsizlik Sigortası Kanunu Md. 54'e Göre Verilen - Kabahatler Kanunu Kapsamına Girdiği/Yapılan İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözülmesi Gereği)

• KABAHAHLER KANUNUNUN KAPSAMI (İdari Para Cezalarına Kanun'un Yürürlük Tarihi İtibariyle İdari Yargı Yerinde Dava Açılmayacağı - İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözülmesi Gereği/İşsizlik Sigortası Kanunu Md. 54'e Göre Verilen Ceza)

• İŞSİZLİK SİGORTASI KANUNUNA GÖRE VERİLEN İDARİ PARA CEZASI (Kabahatler Kanunu Kapsamına Girdiği - Yapılan İtirazın Adli Yargı Yerinde Çözülmesi Gereği)

5326/m. 1, 2, 3, 16, 27, Geç. 2

4447/m. 54

ÖZET: Dava, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 54. maddesine göre verilen idari para cezasının kaldırılması isteminden ibarettir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına giren ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle idari yargı yerinde dava açılmayan idari para cezasına karşı yapılan itirazın ADLİ YARGI YERİNDE çözülmesi gerekir.

OLAY: 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48. maddesinde öngörülen işten ayrılma bildirgesinin süresi içinde düzenleme yükümlülüğünün yerine getirilmediği nedeniyle aynı Kanun'un 54. maddesi gereğince işyerine verilen 888.30 YTL idari para cezasına yapılan itiraz Ünite İtiraz Komisyonunca reddedilmiş; davacı Şirket, söz konusu para cezasına karşı, 28.4.2005 gününde sulh ceza mahkemesinde itirazda bulunmuştur.

BURSA 2.SULH CEZA MAHKEMESİ; 9.5.2005 gün ve E: 2005/505 Müt. Sayı ile, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasasının 54. maddesinin 5.7.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4904 sayılı Yasa ile değiştirilerek, Kurumca idari para cezasına itirazları reddedilenlerin idari yargı yoluna başvuracaklarına hükmedildiğinden itiraz merciinin idare mahkemesi olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle kesin olarak görevsizlik kararı vermiştir. Davacı Şirket vekilince, aynı istekle, 26.7.2005 gününde Bölge İdare Mahkemesinde itirazda bulunmuştur.

BURSA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ; 27.7.2005 gün ve E:2005/890, K:2005/718 sayı ile, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde yazılı konuların dışında kalan başvuruya ilişkin dosyanın ilk derecede iptal davalarını incelemeye yetkili ve görevli Bursa İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

BURSA 3. İDARE MAHKEMESİ TEK HAKİMİ;10.10.2005 gün ve E.2005/1129 sayı ile, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre "kabahat" deyiminden kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı; 3. maddesinde, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngördüğü; 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğunun, idari tedbirlerin ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğunun hükme bağlandığı;

anılan Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin birinci fıkrasında, idari para cezasına ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüş olup, Kanununun Geçici 2. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmayacağı ve Geçici 3. maddesinde de daha önce verilmiş idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27. madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvuruda bulunulabileceği belirtilmesine göre, 4447 sayılı Kanunu'nun değişik 54. maddesindeki kural daha sonra yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun anılan düzenlemesiyle zımnen yürürlükten kalkmış olmakla idari yargıya başvuru yapıldığı zaman itibarıyla idari yargının görevli olmadığı, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden sonra 26.7.2005 günü açılmış bulunan davada sulh ceza mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varıldığı; ancak bu yargı yerince daha önce kesin olarak görevsizlik kararı verildiğinden görevli yargı yerinin belirlenmesi için 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulmasına, görev konusunda bir karar verilinceye değin yargılamanın ertelenmesine karar vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında. Üyeler: Dr. Atalay ÖZDEMİR, M. Lütfü ÜÇKARDEŞLER, Serap AKSOYLU, Z. Nurhan YÜCEL, Abdullah ARSLAN ve H. Hasan MUTLU'nun katılımlarıyla yapılan 21/11/2005 günlü toplantısında;

I- İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulunun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uy-

gulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyumsuzlukları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyumsuzluklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyumsuzluklarının 'hukuk uyumsuzluğu' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyumsuzluklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu durum gözetildiğinde, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyumsuzluğunun Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

İdare mahkemesi tek hakimince 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde öngörülen şekilde başvurulduğu ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından adli ve idari yargı yerleri arasında doğan görev uyumsuzluğunun esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- ESASIN İNCELENMESİ: Raportör- Savcı İsa YEĞENOĞLU'nun davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mustafa EKİNCİ'nin davada adli yargının; Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in ise idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dindendikten, sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

KARAR: Dava, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 54. maddesine göre verilen idari para cezasının kaldırılması isteminden ibarettir.

25.8.1999 tarih ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasında, "İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır" denilmiştir; 54. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, Kurumca dayanağı belirtilmek suretiyle, 48. maddede öngörülen işten ayrılma bildirgesini

Kuruma vermeyen işverenlere idari para cezası verileceği öngörülmüş; aynı Yasa maddesinin 25.6.2003 tarih ve 4904 sayılı Yas ile değişik ikinci fıkrasında, Kurumca itirazı reddedilenlerin idari yargı yoluna başvurabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Ancak 1.6.2005 tarihinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi karşısında, bu Kanunun diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisinin incelenmesi gerekmiştir.

Kabahatler Kanunu Tasarısı Gereğesinde, özetle, bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari ceza yaptırımı öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini temin etmek amacıyla, belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiştir.

30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun birinci maddesinde "Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;

- a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,
- b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları,
- c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,
- d) İdari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu,
- e) İdari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar,

belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır." denilerek Kanunun amaç ve kapsamı belirlenmiş; ikinci kısmında yer alan 32 ila 43. maddelerinde, Türk Ceza Kanunu kapsamı dışında kalan çeşitli kabahatler sayılarak, bu eylemlere yaptırımlar öngörülmüştür.

Anılan Kanun'un 2. maddesinde, "kabahat" deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı; 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların "idari para cezası" ve "idari tedbirler"den ibaret bulunduğu; "idari tedbirler" in de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir.

Buna karşılık, 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;

- a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,

b) İşyerinin kapatılması,

c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması

d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alınmaması,

gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklikler yapıncaya kadar saklı tutulacağı öngörülmek suretiyle geçici istisnalar getirilmiş; 11.5.2005 tarih ve 5348 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen Ek 1. maddede, "4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır." denilmek suretiyle de 213 sayılı Yasa kapsamında bulunan vergi cezaları, Kabahatler Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." denilmiş olup; bu Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin (1) numaralı bendinde, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüştür.

Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun belirlediği ilke ve esaslara uyan diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemesi genel görevli kılınmıştır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Böylece, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair geçiş hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesinde, "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali is-

tenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz."; Geçici 3. maddesinde de "Daha önce verilmiş olan idari para cezasına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27 nci madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvurulabilir." denilerek geçiş dönemine ilişkin uygulama açıklanmış; 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla değişik 44. maddesinde ise, bu Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bu açıklamalara göre, Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilmesi için idari yaptırımın dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak, Kabahatler Kanunu'nun; 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması, 2. maddesinde yapılan kabahat tanımına ve 16. maddesinde belirtilen yaptırım türlerine uyması, 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir.

İncelenen olayda, yukarıda belirtilen koşulların oluştuğu anlaşıldığından işsizlik sigortası mevzuatına dayanan dava konusu idari para cezasına karşı yapılacak itiraza bakma görevi sulh ceza mahkemesine ait bulunmaktadır.

Öte yandan, Kurum tarafından verilen idari para cezasına karşı 28.4.2005 gününde sulh ceza mahkemesine yapılan itiraz hakkında görevsizlik kararı verilmesi üzerine 26.7.2005 gününde idari yargı yerinde dava açılmış olup; Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesine göre, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihi itibarıyla idare mahkemesinde açılmış bir dava olmadığından, görev uyuşmazlığına konu edilen bu davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevlidir.

Açıklanan nedenlerle, idare mahkemesi tek hakimi'nin başvurusunun kabulü ile sulh ceza mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Bursa 3. İdare Mahkemesi Tek Hakimi'nin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Bursa 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 9.5.2005 tarihli ve E:2005/505 Müt. sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 21.11.2005 gününde görev uyuşmazlığının ESASI YÖNÜNDEN OYBİRLİĞİ; 5326 sayılı Yasa'nın Geçici 2. madde-

sinin UYGULANMASI YÖNÜNDEN Üyelerden Serap AKSOYLU ve Z. Nurhan YÜCEL'in KARŞIOYLARI ve OYÇOKLUĞU İLE, KESİN OLARAK karar verildi.

KARŞI OY:

İşsizlik sigortası mevzuatına dayanan idari para cezası, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun kapsamına giren idari yaptırımlar kapsamında yer almaktadır.

Ancak, uyuşmazlığa konu edilen cezaya yönelik davayı çözümlenmekle görevli yargı yerinin belirlenmesinde Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi birarada incelenmelidir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesinde "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz." denilmiş; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin değişik (1) numaralı bendinde, çözümlenmesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılacağı ve görevsiz yargı merciine başvurma tarihinin, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Bu dosyada, uyuşmazlık konusu idari para cezasının iptali isteğiyle idari yargıda 26.7.2005 tarihinde dava açılmış ise de, daha önce, idari para cezasına karşı 28.5.2005 gününde sulh ceza mahkemesinde itirazda bulunulmuş olduğundan, açılan bu ilk dava tarihi itibarıyla 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmediği ve idari yargının görevli olduğu dikkate alındığında, idare mahkemesinde 28.5.2005 tarihinde dava açılmış olduğunun kabulü gerekir.

Buna göre, idari para cezasına karşı açılan davanın, ilk dava tarihi itibarıyla 5326 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi kapsamına girmesi nedeniyle idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerekeceği oyuyla karara katılmıyoruz.

Üye
Serap AKSOYLU

Üye
Z. Nurhan YÜCEL

Mehmet MAÇ - Resul KURT

Yeminli Mali Müşavir

SSK Müfettişi

Vergi ve/veya SSK Primi Hesaplanmaksızın Personele Sağlanabilecek Menfaatler

1. GENEL AÇIKLAMA:

Bilindiği üzere, personele yapılan ücret ödemelerinde:

- Gelir vergisi stopajı,
- Damga vergisi stopajı ve
- SSK primi

şeklinde üç çeşit mali mükellefiyet ortaya çıkmaktadır.

Bu mali yükler işverenleri bunaltmakta, söz konusu kesintiler yüzünden meydana gelen maliyet artışları, fiyata yansiyarak pahalılık kaynağı teşkil etmekte, uluslararası pazarlarda, müteşebbislerimizi rekabet açısından olumsuz yönde etkilemektedir.

İşçisine emeği karşılığında ödeme yapmak veya menfaat sağlamak isteyen işverenler, doğrudan kendilerini etkileyen bu mali yüklerden kurtulmanın yollarını aramaktadır.

Bu konuda en çok başvurulan çözüm, üzülerek görüyoruz ki kayıt dışılıktır. Yani bazı işverenler hasılatlarını kısmen veya tamamen kayıt dışı olarak elde etmekte, bu kayıt dışı paraların bir kısmını personele açıktan (söz konusu kesintileri hesaplamaksızın) ödemektedirler. Kanunlara uyararak çalışan müteşebbisleri haksız rekabete uğratan bu yasa dışı çözüm, tasvip etmediğimiz ve yazımızın konusu dışında tuttuğumuz bir husustur.

Müteşebbislerimizin bu ağır vergi ve SSK primi yüklerinden kurtulabilmek için başvurdukları bir yöntem de işyerlerini yurt dışında açmak veya mevcut işyerlerini yurt dışına kaydırmaktır. Bu yöntem, yasa dışı olmamakla beraber, Türkiye ekonomisi açısından hiç de arzu edilmeyen, çok ağır olumsuz sonuçlar veren bir uygulamadır. Ancak faaliyetlerini bu şekilde yurt dışına kaydıran müteşebbislerimizi asla suçlayamayız ve kınayamayız. Yapılması gereken şey, personel istihdamı üzerindeki vergi ve sigorta yükleri ile diğer kamusal maliyet unsurlarını azaltmak ve diğer ülkelerle rekabet edilebilir bir seviyeye getirmektir. Faaliyetlerin yurt dışına kaydırılması, daha çok ticari boyutları olan ve gidilmek istenen ülkedeki mevzuatın bilinmesini gerektiren bir husus olduğu için bu yazımızın kapsamı dışında tutulmuştur.

Personele vergi ve/veya SSK prim yükü olmaksızın veya bu yüklerde hafifleme sağlayarak verilebilecek ücret unsurları az da olsa yasalarımızda yer almakta olup, yazımızın konusu bu yasal imkânlardır.

Vergi ve/veya SSK prim yükü açısından özellik arz eden ve etmeyen ücret unsurlarını sıralamaya geçmeden önce söz konusu mali yükler hakkında kısa bilgiler vermekte yarar görüyoruz. İzleyen bölümlerde, vergi ve/veya SSK primine tabi olmayan veya özellik arz eden işçi menfaatleri özetlenmiş

ve devamında yer alan tabloda belli başlı ücret unsurları listelenerek hizalarında (+/-) işaretlerle ke-sintiye tabi olup olmadıkları belirtilmiştir.

1.1. Ücretlerde Gelir Vergisi Stopajı:

"Ücret", Gelir Vergisi Kanunu'na (GVK'ya) göre, gelir vergisine tabi gelir unsurlarından biridir (GVK md.2).

Hangi gelir türlerinin GVK uygulaması açısından ücret sayıldığı ve dolayısıyla ücret geliri olarak gelir vergisine tabi tutulacağı, GVK'nın 61. maddesinde sıralanmıştır.

Ücret gelirleri prensip olarak stopaj yoluyla vergilendirilmektedir. Yasada ücrete ait gelir vergisi, personelin yüklendiği bir vergi türü şeklinde düzenlenmiş olmakla beraber, gerçekte bir istihdam vergisi niteliğindedir ve her zaman işverenlerce yüklenilir.

Gerek GVK'da gerekse diğer bazı Kanunlarda yer alan özel hükümler uyarınca personele sağ-lanan bazı menfaat türlerinde, kısmen veya tama-men gelir vergisi stopajı yükü yoktur.

Bunlar aşağıdaki bölümlerde sıralanmıştır.

1.2. Damga Vergisi Stopajı:

488 Sayılı DVK'nın 1. maddesi hükmüne göre Kanun'a ekli (1) Sayılı Tabloda yazılı diğer kağıtlar gibi, tablonun IV/1-ı pozisyonunda yazılı olan;

"Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat vesaire gibi her ne ad ile olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar için verilen makbuzlar ile bu paralar nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak hesaplara nakledildikleri veya emir ve havalelerine tediye olunduğu takdirde nakli ve tediye temin eden kağıtlar" binde 6 oranında nishî damga vergisine tabidir.

Bundan anlaşılacağı üzere, personele nakit olarak sağlanan ücret unsurları karşılığında personelden alınan makbuz ve benzeri kağıtların, ister GV'ye tabi ve isterse vergiden müstesna bulunsunlar -damga vergisini önleyen bir hüküm yoksa-damga vergisine tabi tutulmaları gerekmektedir.

Personele sağlanan menfaatlerden ücret değil işletme gideri niteliği taşıyanlar, bu nitelikleri dolayısıyla herhangi bir vergileme söz konusu olmaksızın alış faturalarına istinaden doğrudan gider ve-

ya maliyet yazıldıkları cihetle, bunlar açısından herhangi bir damga vergisi külfeti söz konusu değildir.

Bir örnek vermek gerekirse personele işyeri ve müştemilâtında yemek verilmek suretiyle sağ-lanan menfaatlerde, bu yemeklerin işyerinde hazırlanma veya dışarıdan temini için yapılan giderlerin işletme gideri sayılması ve faturalarına istinaden ticarî kazançtan indirilmesi ve dolayısıyla bunlar için herhangi bir makbuz, bordro veya hava-le emrine ihtiyaç olmaması sebebiyle, böyle hallerde damga vergisini doğuran olay ve damga vergisi yoktur.

Öte yandan, DVK'ya ekli (1) Sayılı Tablonun IV/1-ı numaralı pozisyonunda hizmet erbabına her ne ad ile olursa olsun hizmet karşılığı nakden ödenen paralara ait makbuzlar ile bunlardan nakden ödenmeyip hizmet erbabı adına açılması veya açılacak carî hesaplara nakledilen veya hizmet erbabının emir ve havalelerine tediye olunan paraların nakit veya tediyesini temin eden kağıtların DV'ye tabi bulunduğu açıklandığı cihetle, fiilen ayın olarak sağlanan menfaatlerin DV'ye tabi tutulmaması gerektiği açıktır. Nitekim bu pozisyonda, yemek bedeli ve mesken bedeli adı altındaki nakit ödemeler kapsama alınmışken, yemek yedirilmesinden ve lojman tahsisinden söz edilmemiştir.

1.3. SSK Primi:

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, hizmet akdine dayanarak işverenler tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar (md.2).

Sigortalıların her bir ayda hak ettikleri;

- Ücretler,
- Primler,
- İkramiyeler,
- Bunlara benzeyen diğer ücret unsurları,
- Mahkeme kararı ile hak kazanılan yukarıdaki-lere benzer ücretler

Belli bir tavanı aşmamak kaydıyla, SSK primlerine tabidir.

Ancak;

- Ölüm, doğum ve evlenme yardımları,
- Yolluklar,
- Kıdem, ihbar ve kasa tazminatları,
- Aynı yardımlar,
- Miktarı yıllar itibarıyla belirlenen yemek, çocuk ve aile zamları

İşveren, kendi ürettiği malları veya hizmetleri personele ücret olarak verirse, bu mal veya hizmetin emsal bedeli üzerinden KDV hesaplanır.

SSK primine tabi olmayıp bunlar dışında her ne ad altında nakden ödeme yapılırsa yapılsın SSK primine tabidir (md. 77).

SSK primine tabi olan ve olmayan ücret unsurları aşağıda yeri geldikçe açıklanmış ve ekli listede (+/-) işaretlerle belirtilmiştir.

2. AYIN ŞEKLİNDEKİ ÜCRET UNSURLARINDA KDV BOYUTU:

KDV mükelleflerince personele ücret unsuru olarak mal veya hizmet verilmesi, KDV hesaplanmasını gerektiren işlemlerdir (KDV Kanunu'nun 3/a ve 5. maddeleri).

Fakat uygulamada, personele ücret olarak verilen mal ve hizmetlerin alınışında yüklenilen KDV'ler indirilmemekte, buna mukabil personele teslimde KDV hesaplanmamaktadır.

Aynı sonucu veriyor olması dolayısıyla bu uygulamaya kabul görmektedir.

ÖRNEK:

Bir işveren, brüt maaşı 2.000 YTL. olan personeline, gösterdiği başarı nedeniyle KDV dahil 3.000 YTL. bedelle satın aldığı televizyonu prim olarak vermiştir.

Bu aynı primin verildiği ayda personelin tabi olduğu gelir vergisi dilimindeki oranın % 20 olduğunu varsayarsak ($3000 : 0,80 =$) 3.750 YTL. şeklinde hesaplanan brüt prim üzerinden, ($3.750 \times 0,20 =$) 750 YTL. stopaj yapılacak, ücretin ayın şeklinde verilmesi nedeniyle damga vergisi kesintisi ve SSK primi söz konusu olmayacaktır (Şayet bu televizyon doğum veya evlenme yardımı olarak verilseydi, bedeli personelin iki maaşını geçmediği için, stopaj da hesaplanmayacaktı).

İşveren, kendi ürettiği malları veya hizmetleri personele ücret olarak verirse, bu mal veya hizmetin emsal bedeli üzerinden KDV hesaplanır (KDV Kanunu md. 27), KDV dahil emsal bedel brüte götürülerek stopaj yapılır.

ÖRNEK:

Margarin üreticisi bir firma personeline emsal satış bedeli 10.000 YTL. olan kendi ürettiği margarinerden dağıtmıştır.

Bu aynı ücreti alan personelin o aydaki vergi dilimine göre kesinti oranı % 20'dir.

İşveren önce ($10.000 \times 0,08 =$) 800 YTL. KDV hesaplayacak, sonra KDV dahil aynı ücret tutarını ($10.800 : 0,80 =$) 13.500 YTL. şeklinde brütleştirilecek, ($13.500 \times 0,20 =$) 2.700 YTL. stopaj tahakkuk ettirecektir (Ücretin ayın şeklinde verilmesi dolayısıyla damga vergisi ve SSK primi doğmaz).

Personele verilen margarinin stok maliyeti 9.000 YTL. ise, bu dağıtımın işverene toplam maliyeti, 800 YTL. tutarındaki KDV ile 2.700 YTL., stopaj yükünün de ilavesiyle 12.500 YTL. olacaktır.

Buna mukabil,

- Personele işyerinde ve müstemilatında yemek yedirilmesi,
- Personelin işyerinde barındırılması,
- Personelin tedavisi ve ilaçları,
- Personele iş ortamında giydirilen giyecekler.
- Personele yatacak yer veya konut tahsis edilmesi,
- Personelin toplu halde işe geliş-gidişinin sağlanması (servis)

şeklindeki aynı ücret unsurlarının temini için yüklenilen KDV'ler ise indirilebilmekte, bunların personelin istifadesine sunulduğu gerekçesi ile KDV hesaplanmasına gerek görülmemektedir (9 nolu KDV Genel Tebliği).

Keza, personele işyeri dışında yedirilen yemek nedeniyle doğan ve yasal limite ait olan KDV indirilebilmektedir. Bu konu aşağıdaki ilgili bölümünde açıklanmıştır.

3. VERGİ VE/VEYA SSK PRİMİ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN VE ETMEYEN İŞÇİ MENFAATLERİNİN AÇIKLANMASI:

İşçilere hizmetleri karşılığında işverenlerce sağlanan ve kesintiler açısından yasal düzenlemelerle avantajlı hale getirilmiş ücret unsurları ve sair işçi menfaatleri aşağıda sıralanmış ve kısa kısa açıklanmıştır:

3.1. Asıl Ücret Unsurları:

Yukarıda açıkladığımız gibi, asli ücret unsurları her üç kesintiye de tabidir. Asli ücret kapsamına aylık normal ücretin yanı sıra fazla mesai ücretleri, resmi tatil olan günlere ait ücretler, prim, ikramiye, zam, ek görev ücreti, yıllık izin ücreti ve sair adlarla yapılan ve nakden ödenen diğer tüm ücret unsurları dahildir.

Murakıplara ödenen denetçi ücretleri ve yönetim kurulu üyelerine ödenen huzur hakları GVK uyarınca ücret sayılan ödemeler olduğundan gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerine tabidir.

Murakıp ve yönetim kurulu üyeleri, SSK sigortalısı sayılmadıklarından kendilerine ödenen huzur hakkından SSK primi de kesilmeyecektir.

İdari anlayışa göre, SSK kapsamında sigortalılığı devam ederken bir anonim şirkette kurucu veya yönetim kurulu üyesi olan sigortalıların, sigortalılıkları kesintiye uğrayıncaya kadar Bağ-Kur sigortalısı sayılmaması ve SSK sigortalısı sayılanların aldıkları huzur hakkının ücret olarak telakki edilip prime tabi tutulması gerekmektedir. Bu anlayışa katılmıyoruz. Çünkü bir şirketle iş akdi olan şahıs, aynı şirketin yönetim kurulunda ise, iş akdi kapsamında aldığı ücret, SSK primine tabi olur fakat vekalet akdine dayanan ve farklı bir hukuki nitelik arzeden huzur hakkı SSK priminin dışında kalmalıdır.

3.2. Çırak Ücretleri:

İşverenler tarafından personele sağlanacak avantajlardan birisi de bunlardan durumu 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'na göre müsait olanları, bu Kanun hükümlerine göre çıraklık eğitimi yapmaya yönlendirmek ve çırak olarak çalıştırmaktır.

Bu yolla, hem çalışanların vergi ve sosyal sigorta muafiyetlerinden yararlanarak çalışmak suretiyle teorik ve pratik alanda meslekî eğitim görmelerine, hem de işverenlerin vergi ve sigorta primi ödemeksizin düşük maliyetle işçi çalıştırmalarına imkân sağlanması mümkündür.

3308 Sayılı Kanun kapsamında çırak çalıştırılması halinde, vergi ve SSK yükleri sıfırlanabilmektedir.

Çırak olarak çalıştırılacak işçilerin en az 14 yaşını doldurmuş ve 19 yaşından gün almamış bulunmaları, en az ilköğretim okul mezunu olmaları, sağlık raporu almaları ve gerekli resmi formaliteleri yerine getirmeleri şarttır.

İşverenlere gelince, bunların Bakanlıkça hazırlanan eğitim programlarında belirtilen sayı ve nitelikte ekipman ve usta öğrencilere sahip bulunmaları, çıraklık süresi boyunca teorik eğitim vermesi gerekir.

Böylece çırak olarak çalıştırılanlara, yaşlarına uygun asgarî ücretin %30'undan daha düşük olmak şartı ile ücret ödenebilir.

Aynı avantajlar, meslekî ve teknik orta öğretim kurumlarında (liselerde) okuyan öğrencilere, mevzuatla belirlenen sınırlar ve esaslar dahilinde beceri eğitimi yaptırılanlar açısından da geçerlidir.

Çıraklara ödenen ücretlerin asgarî ücreti aşmayan kısmı, GV stopajından müstesnadır.

Çıraklara ödenen ücretlerin asgarî ücreti aşmayan kısmı, DV stopajından müstesnadır.

Çıraklara sadece iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortası uygulanır. SSK primi işçi ve işveren payları asgarî ücretin % 50'si üzerinden hesaplanarak Bakanlıkça karşılanır. Yani çırak çalıştırılmasında işverenlerin SSK prim yükü sıfırdır. Ancak, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'na tabi çalışan ve çıraklık eğitimi merkezlerine devam eden çıraklar bu düzenlemeler kapsamında olup, işyerlerinde çırak adı altında çalıştırılan ve herhangi bir çıraklık eğitimi merkezine devam etmeyen küçük işçilerin normal işçiler gibi bildirmeleri gerekmektedir.

Görüldüğü gibi 3308 Sayılı Kanun kapsamında çırak çalıştırılması halinde, vergi ve SSK yükleri sıfırlanabilmektedir.

3.3. Konut Yardımları:

- İşçilere işyerinde yatacak yer verilmesi:

GVK'nın 40/2. maddesinde personelin işyerinde veya işyeri müstemilatındaki iâşe yani yemek giderleri yanında ibâte yani ısıtma, aydınlatma, suyunun temini ve temizletme dâhil yatacak yer giderlerinin de, bir işletme gideri olarak ticarî kazançtan indirilmesi öngörülmüş bulunmaktadır.

İşletme faaliyetlerinden doğan zarûretlerin mahsulü olan bu tür giderler, işyerinde ve müstemilatında personelin ailece değil şahsen yararlan-

ması için tahsis edilen bekâr işçi yatakhaneleri, odaları veya işyerinin bir kenarında yatacak yer gösterilmesi ile ilgili bulunmakta ve başkaca herhangi bir şart söz konusu olmaksızın gider yazılabilmekte, KDV'leri indirilebilmektedir.

İşçiye işyerinde yatacak yer göstermek, aynı (nakli olmayan) bir menfaat niteliği taşıdığından damga vergisi ve SSK primi de söz konusu değildir.

- Maden ve Fabrika İşçilerine Tahsis Edilen Konutlar:

GVK'nın bahsi edilen 23/9. maddesinde, genel olarak maden işletmelerinde ve fabrikalarda çalışan işçilere (yani tüm personele değil beden ağırlıklı hizmet veren personele) konut tedariki ve bunların aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini suretiyle sağlanan menfaatler vergiden (GV stopajından) müstesna bir ücret ödemesi sayılmıştır.

Mevcut hükme göre, tahsis edilen konutun işyerinde veya işyerinin müştemilâtında olması, konutun mülkiyetinin işverene ait olması, konutun belli bir büyüklüğü ve kiralık ise kirasının belli bir tutarı aşmaması gibi şartlar yoktur. Ayrıca konutta işçi ile birlikte ailesinin de oturması mümkün olup, bu durumun istisnayı etkilemesi söz konusu değildir.

Bu istisnanın kapsamına, tahsis edilen konut yanında konutun aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini gibi menfaatler de dâhildir.

Böyle olduğu içindir ki, konut kira ile tutulmuş ise fiili kira bedeli ve işverene ait ise amortismanları ve bakım masrafları ile bunlara ilâveten konutun aydınlatma, ısıtma ve temizlik giderleri, vergiden müstesna bir ücret ödemesi sayılarak GV stopajı söz konusu olmaksızın, aynen ticarî kazançtan indirilir.

İşçiye yukarıdaki kapsamda konut sağlamak nakdi olmayan bir menfaat niteliği taşıdığından damga vergisi ve SSK primi de söz konusu değildir.

- Personele Tahsis Edilen, Mülkiyeti İşverene Ait Konutlar:

GVK'nın 23/9. maddesi hükmüne göre, bu tür konut yardımlarının vergiden müstesna bir ücret ödemesi sayılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

Konutun mülkiyeti işverene ait olmalıdır. Kiralık konutlar bu istisnadan yararlanamaz.

Konutun inşaat projesinde gösterilen brüt alanı 100 metrekareyi aşmamalıdır. Aştığı takdirde aşan

Personele kira giderini karşılaması için para verildiğinde bu paranın kesintiler açısından bir özelliği yoktur.

kısma ilişkin menfaat, vergiye tabi ücret ödemesi sayılarak vergiye tabi tutulur.

Vergiden müstesna ve vergiye tabi ücret tutarına, tahsis edilen konutun emsal kira bedeli esas alınır. İstisna tutarı, emsal kira bedelinin brüt alanına bölünmesi suretiyle hesaplanan metrekare birim kirasının 100 metrekare ile çarpımı suretiyle hesaplanır. Aşan kısım vergiye tabi net ücret ödemesi sayılır.

Konutla ilgili aydınlatma, ısıtma ve suyunun temini giderleri istisna kapsamında değildir.

Brüt alanı tesbit edilemeyen konutların net kullanım alanının %25 fazlası brüt alan sayılır.

Bu istisna ile ilgili olarak, 147 Seri No.lu GV Genel Tebliği'nde geniş açıklama mevcuttur.

İşçiye yukarıdaki kapsamda konut sağlamak nakdi olmayan bir menfaat niteliği taşıdığından damga vergisi ve SSK primi de söz konusu değildir.

- Konut Kiralanıp Personele Tahsis Edilmesi:

Firma, (yukarıdaki 23/9. madde kapsamı dışında olarak) kiraladığı konutu ailesi ile birlikte veya tek başına kalması için bir personele tahsis ettiğinde kira tutarı kadar net menfaat sağlamış sayılır ve bu netin sadece gelir vergisi stopajı dikkate alınarak brüte götürülmesi ve GV stopajı hesaplanması gerekir.

Bu menfaatte nakdi nitelik taşımadığı için damga vergisi ve SSK primi hesaplanmaz.

ÖRNEK:

Bir şirket, genel müdürüne lojman olarak tahsis etmek üzere başka bir şirketten kiraladığı ev için Şubat 2006 kirası olarak KDV dahil 2.360 YTL. ödemiştir. Müdürün bu ayda tabi olduğu stopaj oranı %25 ise $(2.360 : 0,75 =) 3.146,66$ YTL. brüt tutar üzerinden $(3.146,66 \times 0,25 =) 786,66$ YTL. stopaj yapılacaktır.

- Kira Parası Verilmesi:

Personele kira giderini karşılaması için para verildiğinde bu paranın kesintiler açısından bir özelliği yoktur. Alelâde net ücret ödemesi niteliğinde-

dir. Tüm kesintiler dikkate alınarak brüte götürülür ve her üç kesintiye de tabi tutulur.

3.4. Personelin Tedavi ve İlaç Giderlerinin Karşlanması:

GVK'nın 40/2. maddesinde hizmetli ve işçi ayrımı yapılmaksızın tüm personelin tedavi ve ilaç giderlerinin, ticarî kazançtan indirilebilecek bir gider olduğu belirtilmiş ve bunun için herhangi bir şart ve sınır öngörülmemiştir.

Böyle olduğu içindir ki, personel için yapılan ilaç ve tedavi giderlerinin, tedavi ister işyerinde, ister evinde ve ister resmî veya özel sağlık kuruluşlarında, ister yurt içinde veya yurt dışında yapılmış olsun, tutar itibarıyla bir sınırlama da söz konusu olmaksızın gider yazılması ve KDV indirimi mümkündür.

Personele ilaç verilmesi ve tedavisinin sağlanması aynı yardım niteliğinde olduğundan damga vergisi ve SSK primi söz konusu değildir.

Personelin SSK hastanelerinde parasız olarak tedavi edilmesi ve ilaçlarının bedelsiz olarak veya cüzi bedelle alınması imkânının mevcut olması, hem bu hastanelerin yükünü azaltması, hem vakit israfını önlemesi, hem daha mükemmel bir tedaviye imkân sağlayabilmesi ve hem de Kanun'da bunu engelleyen bir hükmün bulunmaması sebebiyle, özel tedavi ve ilaç giderlerinin gider olarak kabul edilmemesini gerektiren bir neden değildir.

Nihayet, tedavi ve ilaç giderlerinin işveren yerine personel adına düzenlenen faturalarla tevsik edilip işverene devir veya ciro edilmesi de, vergilemede işlemlerin gerçek niteliğinin esas olması sebebiyle, bunların gider yazılmasına ve KDV indirimine engel teşkil etmemesi gerekir.

Bu vesile ile hemen belirtmek gerekir ki, işletme gideri sayılan tedavi ve ilaç giderleri, sadece personelin şahsına ait olanlardır. İşveren tarafından personelin şahsı için değil aile efradı için yapılan bu tür giderlerin, KDV dâhil brüt tutarlarının net ücret sayılması ve vergi dâhil brüt tutarları üzerinden stopaja tabi tutulması zorunluluğu vardır.

Personele ilaç verilmesi ve tedavisinin sağlanması aynı yardım niteliğinde olduğundan damga vergisi ve SSK primi söz konusu değildir.

Bizim anlayışımıza göre işverenlerin personelin

tedavi ve ilaç giderlerini karşılamak yerine personel lehine sağlık sigortası yaptırması da GVK'nın 40/2. maddesi kapsamında yorumlanmalı ve bu sağlık sigortalarının primleri tedavi ve ilaç gideri yerine ikame olduğundan bu kapsamda ve sınırsız olarak (işletme gideri şeklinde) masraf kaydedilebilmelidir. Ancak uygulamada personel lehine yaptırılan sağlık sigortaları da, personel lehine yaptırılan diğer şahıs sigortalarıyla aynı kapsamda mütalaa edilmekte ve işçilerinin daha iyi koşullarda sağlık yardımı alması için fedakarlık yapan ve sigortalıları için Özel Sağlık Sigortalarına prim veya katkı payı ödeyen işverenlerin ayrıca SSK'ya sigorta primi de ödemesi istenmektedir. Özellikle SSK'nın sağlık alanındaki harcamalarını azaltacak uygulamaların desteklenmesi gerektiği açıktır. Bireysel emeklilik ve özel sağlık sigortası prim ve

katkı paylarının tamamının, SSK sigorta primine tabi tutulmayacağı yolunda düzenleme veya açıklama yapılması gereklidir.

3.5. SSK Primi İşçi ve İşveren Payları:

- İşçi Payı:

SSK işçi payı, ücrete ait gelir vergisi stopaj matrahının hesaplanmasında brüt ücretten düşülür. Dolayısıyla brüt ücretin SSK işçi payı kadar kısmı da, sonuçta işveren tarafından işçiye sağlanmış bir menfaat olmasına rağmen GV stopajı hesaplanmasına maruz kalmaz. Buna mukabil SSK primi ve damga vergisi, brüt ücret üzerinden hesaplandığı için SSK primi işçi payı üzerinden de SSK primi ve damga vergisi alınmış olmaktadır.

- İşveren Payı:

SSK primi işveren payı, haricen hesaplanmakta ve hiçbir kesintiye tabi tutulmaksızın işletmenin bir mali mükellefiyeti anlamında gider veya maliyet olarak kaydedilmektedir.

3.6. Bireysel Emeklilik İşveren Katkı Payı:

4697 sayılı Kanun'la GVK'nın 40. maddesine eklenen 9. bend hükmüne göre, işverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine öde-

nen katkı paylarının belli bir sınır dahilindeki kısmı, işletme gideri niteliğinde yardım sayılmaktadır. Bu kapsamda, ücretlerle ilişkilendirilmeksizin işletme gideri niteliğinde ticarî kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecek tutar, ücretlinin elde ettiği ücretin % 10'unu ve yıllık bazda asgarî ücretin yıllık tutarını aşamayacaktır.

Aynı yardım niteliği taşıdığı için, herhangi bir sınır söz konusu olmaksızın bu katkı paylarının damga vergisi kesintisinin dışında tutulması gerektiği görüşündeyiz.

Yine bizim görüşümüze göre personele nakit olarak ödenmeyip, personel lehine gayri nakdi (aynî) bir menfaat sağlamak üzere ilgili sigorta kuruluşuna işverence ödeme yapılıyor olması dolayısıyla bu katkı paylarının, SSK primi hesaplamasına da dahil edilmemesi gerekir. Ancak SSK İdaresi, halen bu payları aynı yardım olarak kabul etmemekte ve SSK prim matrahına dahil edilmesini istemektedir (Detay için bir sonraki bölüme bakınız).

3.7. İşveren Tarafından Personelin Kendisi, Eşi ve Küçük Çocukları Lehine Yaptırılan Şahıs Sigortaları (Bireysel Emeklilik Dışındakiler) İçin Ödenen Primler:

Personelin kendisi, eşi ve küçük çocukları için yaptırılan hayat, ölüm, kaza, sağlık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigortaları için ödenen primler, belli limitler dahilinde stopaj matrahından düşülebilmektedir (GVK md. 63/3).

Bu tür şahıs sigortaları poliçeleri, uygulamada sıkça rastlandığı gibi, personelin gerek şahsını gerekse eşini ve küçük çocuklarını kapsayacak şekilde doğrudan işveren tarafından yaptırılmakta ve primleri üstlenilmekte, yani işverence ödenmektedir. Bu tür bir üstlenimin, işveren tarafından personele sağlanmış aynı menfaat ve dolayısıyla GVK'nın 61. maddesine göre stopaja tabi tutulması gereken bir ücret unsuru olduğu tartışmasızdır. Ancak, şahıs sigortası primlerinin işveren tarafından karşılanması halinde de, bu primin yine GVK'nın 63/3. maddesine göre genel olarak brüt ücretin % 5'i ve asgarî ücretin yıllık tutarı ile sınırlı olarak ücret stopaj matrahından indirilmesi mümkündür.

Gerek limit dahilinde gerekse limiti aşan ve işveren tarafından karşılanan prim katkısının tamamı, bir tür aynı yardım mahiyetinde olduğundan limiti aşan kısım da dahil olmak üzere tamamının damga vergisi kesintisinin dışında kalması gerektiği görüşündeyiz.

Aynı şekilde bu menfaatin nakdi olmayıp aynı vasıf taşıması nedeniyle limitsiz olarak SSK priminin de dışında düşünülmesi gerekir. Ancak SSK İdaresi personel lehine sigorta yaptırılması işlemini aynı yardım olarak yorumlamamak suretiyle bu menfaatler üzerinden de SSK primi hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir (İstanbul SSK İl Müdürlüğü'nün 1.10.2004 tarih ve 116841 sayılı Özelgesi'nde personel lehine özel sağlık sigortası yaptırılmasının SSK primine tabi olmadığı açıklanmışken daha sonra SSK Primler Daire Başkanlığı'nın 1.4.2005 tarih ve 230671 sayılı Özelgesi ile bu menfaatin, aynı menfaat sayılamayacağı gerekçesi ile SSK primine tabi olduğu görüşü ileri sürülmüştür. SSK Yönetim Kurulu'nun 14.10.2004 tarih ve 1901 sayılı Kararı ile işverenlerin personel lehine yaptırdıkları şahsi sigortalarla ilgili ödemelerin, SSK prim hesaplaması dışında tutulabilmesini temin için 506 sayılı Kanun'un 77. maddesinde değişiklik yapılmasının uygun olacağı belirtilmiş fakat henüz böyle bir değişiklik yapılmamıştır).

Bizim anlayışımıza göre, Yasa değişikliğine gerek yoktur. TDK sözlüğünde "para olarak değil, madde olarak verilen" şeyler aynı olarak tanımlanmıştır. 506/77. maddedeki "aynî yardımlar" ibaresi personelin cebine nakit olarak girmeyen her türlü menfaati kapsayan bir ibare olup, bu ibareyi "gayrin akdi yardımlar" şeklinde anlamak yeterlidir. Burada mutlaka açıklanması gereken bir diğer husus da, özellikle SSK'nın sağlık alanındaki harcamalarını azaltacak bu tür önlemlerin desteklenmesi gerektiğidir. Bu nedenle, bireysel emeklilik ve özel sağlık sigortası prim ve katkı paylarının tamamının, SSK sigorta primine tabi tutulmayacağına hükme bağlanmasına ilişkin uygulama değişikliği yapılmalıdır.

3.8. Giyecek Yardımı:

GVK'nın 27/2. maddesinde hizmet erbabına demirbaş olarak verilen yani işin gereği olarak verilir, bunların işten ayrılması halinde geri alınan giyim eşyasının, gelir vergisinden müstesna olduğu

belirtilmiş ve GVK'nın 40/2. maddesinde de bu giyim giderlerinin ticari kazançtan indirilmesi öngörülmek suretiyle bunların ücret değil işletme gideri sayılacağı belirtilmiştir.

Bu hüküm muvacehesinde, işçilere işyerinde giymeleri için verilen iş tulumu, çizme, baret, eldiven vs. gibi iş giyisilerin, güvenlik görevlilerine ve şoförlere verilen üniformaların veya tek tip elbiselerin, televizyon spikerlerine program sundukları sırada giymek üzere verilen şık giysilerin, müstahdem önlüklerinin KDV'lerinin indirilmesi, bunların işte kullanılmalrı ve işten ayrılınca iade edilmeleri şartı ile doğrudan gider veya maliyet kaydedilmeleri gerekmektedir.

Bunlar dışında, pazarlama elemanları gibi firmayı temsil eden elemanlara verilen tek tip olmayan şık giysilerin de iş elbisesi sayılarak gider kaydedildiği ve bu uygulamanın tenkit konusu yapılmadığı görülmektedir.

Bütün bu giyim giderlerinin, ister hazır elbise ve ayakkabı olarak verilsin ve isterse faturaları işveren adına alınmak kaydı ile kumaş ve dikim bedelleri ödenerek personel tarafından diktirilsinler, bunun esası etkilememesi sebebiyle, gider veya maliyet yazılabilmeleri ve KDV'lerinin indirilebilmesi gerekir.

Esasen yukarıda açıklanan şekildeki iş kıyafetlerini, personele sağlanmış bir menfaat olarak düşünmek güçtür. Çünkü işveren, işin gereği olarak bu masrafı yapmaktadır.

Yukarıda açıklananlar dışında kalan yani personelin özel yaşamında kullanması için verilen (aynı giyim yardımlarının (mesela toplu iş sözleşmesi uyarınca işçilere günlük yaşamında kullanmak üzere ayakkabı, elbise verilmesi), ücret sayılır, yani işverenin bunun için katlandığı KDV dahil maliyet, net ücret mahiyetindedir. Sadece gelir vergisi dikkate alınarak hesaplanan brüt tutar üzerinden gelir vergisi stopajına tabi tutulması zorunluluğu vardır. Ancak aynı menfaat niteliği dolayısıyla damga vergisi ve SSK primi hesaplanması söz konusu değildir.

Personele özel yaşamında kullanması için giyim eşyası vermek yerine, giyecek yardımı, ayakkabı parası, elbise parası, dikiş parası gibi isimler altında nakit ödemede bulunulursa, ödenen nakit ücret, her üç kesinti unsuru da dikkate alınarak brütleştirilir ve bu üç kesintiye tabi tutulur.

3.9. Yolluklar (Harcirah Gündelikleri):

Yolluklar, GVK'nın gider karşılıklarından söz eden 24. maddesinde yer almasından da anlaşılacağı üzere, esas itibariyle personele yapılan bir yardım değil işle ilgili bir giderdir.

Böyle olmakla beraber, yollukların tevsik edilen gerçek seyahat giderleri karşılığı olarak değil harcırah gündeliği adı altında götürü olarak ödenmeleri ve personel tarafından kısmen tasarruf edilmeleri halinde, bir menfaat ve yardım şeklinde tezahür etmeleri söz konusudur. Yollukların kanunî hâdleri aşan kısmı ise vergiye tabi bir ücret ödemesi niteliği taşır.

GVK'nın 24/2. maddesi hükmüne göre, özel sektörde, Harcırah Kanunu'na tabi kurumlarda olduğu gibi yol giderlerinin, kilometre esasına göre götürü bir uygulama mümkün bulunmamaktadır. Sadece kendi otomobili ile seyahat eden personele kilometre esasına göre gerçek giderlerinin karşılığı olarak bir ödeme yapılması söz konusu olabilir. Bu yüzden, yol giderleri açısından bir tasarruf ve ücret sayılabilecek bir menfaat bulunmamakta, yapılan fiilî yol gideri ne kadarsa herhangi bir şart ve sınır söz konusu olmaksızın personele onun ödenmesi gerekmektedir.

Yeme ve yatma giderleri açısından durum farklıdır. Bunlar açısından da gerçek gider esasının kabul edilmesi halinde, herhangi bir menfaat ve yardım söz konusu değilse de, gerek yurt içi ve gerekse yurt dışı seyahatlerde, yeme ve yatma giderlerinin, personele harcırah gündeliği ödenmek suretiyle götürü olarak karşılanması halinde, personelin seyahat sırasındaki yaşantısından fedakârlık ederek tasarruf ettiği miktar, kendisi açısından kesintilerden müstesna bir menfaat şeklinde tezahür etmektedir.

Bilindiği üzere, özel sektördeki personele, en yüksek devlet memuruna verilen harcırah gündeliği seviyesine kadar gelir vergisi kesintisine tabi olmayan harcırah ödenebilmekte ve böyle olunca da yolluk verilmesi esasının tercihi personel açısından bir menfaat temini vesilesi olabilmektedir. Bu seviyenin üstündeki harcırah gündeliklerinin vergiye tabi bir net ücret ödemesi sayılarak brüt tutarı üzerinden gelir vergisi stopajına tabi tutulacağı tabiidir.

Damga vergisi uygulamasında yolluk olarak verilen paraların tamamı, damga vergisi stopajının matrahına girmektedir (Damga Vergisi Kanunu'na

Personele işyerinde yemek verilmesi, hiçbir kesintiye tabi tutulmaksızın ve hiçbir had ile sınırlandırılmaksızın doğrudan gider veya maliyet kaydedilir, KDV'leri indirilir.

ekli (1) sayılı Tablonun IV / 1 - 1 pozisyonu). Yasa hükmü böyle olmakla beraber, yollukları damga vergisi kapsamına alan bu Yasa hükmünün, hatalı olduğu ve esasen ücretler üzerindeki damga vergisi yükünün tamamen kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesinde yolluklar, SSK prim hesabının dışında tutulmuş ve bunun için herhangi bir limit öngörülmemiştir. Dolayısıyla personele yolluk adı altında yapılan ödemelerin tamamı damga vergisine tabi. limiti (Harcirah Kanunu uyarınca en yüksek devlet memuruna verilmekte olan miktar) aşan kısmı net ücret olarak gelir vergisi stopajına tabi iken, bu ödemeler limit söz konusu olmaksızın SSK primine tabi değildir.

3.10. Personele Yemek Verilmesi ve Yemek Parası Verilmesi:

3.10.1. Personele Yemek Yedirilmesi:

İşverenlerce personele sağlanan özellikli ücret unsurlarından biri de, mesai saatleri içinde personele yemek yedirilmesidir.

Personele işyerinde yemek verilmesi, hiçbir kesintiye tabi tutulmaksızın ve hiçbir had ile sınırlandırılmaksızın doğrudan gider veya maliyet kaydedilir, KDV'leri indirilir. Çünkü GVK'nın 40/2. maddesi uyarınca, hizmetli ve işçilerin, işyerinde veya işyeri müstemilatında iase edilmeleri, firma gideri sayılmıştır.

İş için seyahatte bulunan personelin, seyahat esnasında yediği yemeklere ilişkin fatura, perakende satış vesikası veya yazar kasa fişleri de sınırsız olarak gider veya maliyet kaydına ve KDV indirimine dayanak teşkil eder (GVK'nın 40/4. maddesi).

Firma konukları ile birlikte bu konuyu ağırlayan personelin yemek yemesi şeklindeki gider de temsil-ağırlama gideri olarak doğrudan gider kay-

dına ve KDV indirimine konu olur (GVK'nın 40/1. maddesi).

Normal mesaisini yapan personelin işyeri veya müstemilatı dışında yemek yemesinin sağlanması halinde, bu yemeğe ilişkin fatura veya fişin belli bir hadde kadar olan kısmı doğrudan gider veya maliyet olarak dikkate alınır. Yine bu had dahilindeki yemek bedeline ait KDV'ler indirilir. Çünkü GVK'nın 23/8. maddesinde hizmet erbabına işverenlerce yemek verilmesi işlemi, prensip olarak gelir vergisinden (ücret stopajından) istisna edilmiş, ancak yemeğin işyerinde ve işyeri müstemilatında yenilmemesi halinde, bu istisnaya bir sınır getirilmiştir.

2005 yılında 7,50 YTL. olarak uygulanan söz konusu sınır, 1.1.2006'dan itibaren 2005/9826 sayılı Kararname ile 8,25 YTL.'ye yükseltilmiştir. Bu had, yemeğin KDV hariç tutarıdır. Dolayısıyla söz konusu had, KDV dahil (8,25 x 1,18 =) 9,74 YTL. olarak uygulanmaktadır. Bu had, çalışılan her bir gün için geçerli olup, personel belli bir ayda mesela 22 gün fiilen çalışmışsa, o işçinin o aydaki işyeri ve müstemilatı dışında yediği yemeğin KDV dahil bedeli (9,74x22=) 214,28 YTL.'yi aşmadığı veya bu personele o ay için verilen yemek kuponu meblağı 214,48 YTL.'yi aşmadığı takdirde, bu meblağdaki aynı yardımın, hiçbir kesinti olmaksızın fatura ve benzeri belgesine istinaden 181,70 YTL.'si gider yahut maliyet kaydına ve 32,78 YTL.'si de KDV indirimine konu olabilir. Aynı örnekte aylık KDV dahil yemek bedelinin 250 YTL. olduğunu varsayarsak, (250 - 214,28 =) 35,72 YTL. haddi aşacak şekilde sağlanmış bir menfaat olduğundan bu rakam net ücret ödemesi sayılır. Brüte götürülerek gelir vergisi stopajına tabi tutulur.

Yukarıdaki had sadece gelir vergisi stopajı ile ilgilidir. Personele ayın olarak sağlanan menfaatler damga vergisinin konusuna girmediği için had aşılmış dahi olsa personele yemek yedirilmesi işlemi damga vergisi kesintisi gerektirmez.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca tüm aynı yardımlar herhangi bir sınır olmaksızın SSK prim matrahı dışında kaldığından personele yemek sağlanması, yemeğin nerede yenildiğine ve herhangi bir hadle bağlı olmaksızın SSK prim matrahının dışında tutulur.

Yemek kuponları, anlaşmalı lokantalarda ücret ödenmeksizin yemek yenilmesini sağlayan belge-

lerdir. İşverenlerce yemek kuponu çıkaran firmalardan satın alınan yemek kuponlarının, personele işyeri civarındaki anlaşmalı lokantalarda yemek yemeleri için verilmesi de personele işyeri ve müşterileri dışında yemek yedirme yöntemlerinden biri olup, yemeğin bu yöntemle sağlanması durumunda da yukarıdaki açıklamalar aynen geçerlidir.

Ancak personele yemek kuponu verilmesi halinde bu kupon tutarlarının, SSK prim matrahına eklenmesi gerektiği şeklindeki yanlış, geçersiz ve mevzuata aykırı görüşlere rastlanması dolayısıyla, personele yemek kuponu verme işleminin, SSK primine tabi olmadığı gerçeğini yasal dayanakları ve gerekçeleri ile birlikte ortaya koyma ihtiyacı duyulmuştur.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77. maddesindeki a, b ve c bentlerinde hangi ücret unsurlarının SSK prim matrahına dahil olacağı belirtildikten sonra, müteakip fıkrada;

Personele ayın olarak sağlanan menfaatler damga vergisinin konusuna girmediği için had aşılmış dahi olsa personele yemek yedirilmesi işlemi damga vergisi kesintisi gerektirmez.

"Şu kadar ki, ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, aynı yardımlar ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca miktarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde nazara alınmaz. Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur." hükmüne yer verilerek suretiyle, işverence personele sağlanan her türlü aynı yardım herhangi bir limit öngörülmesiz SSK priminin dışında tutulmuştur.

Personele işyerinde veya işyeri dışında yemek verilmesi bir aynı yardım türü olup, SSK primi hesabına Yasa uyarınca dahil edilmez.

Personele yemek kuponu verilmek suretiyle yemek yeme imkânı sağlanması, söz konusu aynı yardımın yapılış yöntemlerinden biridir.

Personele yemek kuponu verilmesi işlemi de SSK İdaresi tarafından aynı yardım olarak kabul edilmiş ve 16-310 Ek nolu Genelge ile personele verilen yemek kuponlarının, SSK prim hesabına

dahil edilmemesi gerektiği net bir şekilde yasal düzenlemeye bağlanmıştır.

16-310 Ek sayılı Genelgenin ilgili bölümü şöyledir:

"... sigortalılara ay içinde yemek parası olarak nakit ödeme yapılmaksızın, çalıştıkları işyerinin dışında yemek üretimi yapan başka firma veya şahıslar tarafından örneğin yemek kuponu karşılığında, gerek işyerlerinde, gerekse işyerinin dışında yemek verilmesi üzerine, işverence bu firma veya şahıslara fatura karşılığında yemek bedeli olarak ödeme yapılması halinde, bu nitelikteki fatura bedellerinden sigorta primi tahakkuk ettirilmemesi gerekmektedir."

Görüldüğü gibi SSK idaresi işverenlerce yemek kuponu çıkaran firmalardan, fatura ile yemek kuponu satın alınıp bu kuponların personele verilmesini, personele nakden yapılmış ücret ödemesi değil, bir tür aynı yardım (yemek yedirme işlemi) ola-

rak kabul etmiş ve bu nedenle personele yemek kuponu verilmesinin, SSK prim hesabına dahil edilmemesini öngörmüştür.

3.10.2. Personele Yemek Parası Ödenmesi:

Yemek parası adı altında yapılan ödemeler gelir vergisi ve damga vergisi kesintisine tabidir.

Eskiden bu isim altında yapılan nakit ödemeler limit olmaksızın SSK primine tabi tutulmuyordu. Ancak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77. maddesinde değişiklik yapılarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yıllık olarak belirleyeceği miktarları aşan yemek paralarının SSK primine tabi tutulması esası getirilmiştir. Başka bir anlamla "yemek parası" adı altında yapılan ödemelerin Bakanlıkça belirlenen limit içindeki kısmında SSK primi söz konusu değildir. Bakanlığın bu konuda belirlediği ölçü, personele yemek verilmemesi şartıyla, fiilen çalışılan gün başına asgari ücretin % 6'sıdır.

2006 yılı için geçerli aylık asgari ücret 531 YTL. (günlük asgari ücret 17,70 YTL.) olduğuna göre bunun % 6'sı olan (17,70 x 0.06 =) 1.06 YTL. fiilen

A- Sadece Bir Çocuğu Olan Ailelerde:

Dönem	0-6 Yaş Grubunda Yer Alan Çocuklara İlişkin Çocuk Zammı (YTL)	Daha Büyük Çocuklara İlişkin Çocuk Zammı (YTL)
01.01.2006 - 30.06.2006	500 x 0,04265 = 21,33	250 x 0,04265 = 10,66
01.07.2006 - 31.12.2006	500 x 0,04373 = 21,87	250 x 0,04373 = 10,93

B- Birden Fazla Çocuğu Olan Ailelerde:

	01.01.2006 - 30.06.2006 Döneminde (YTL)	01.07.2006 - 31.12.2006 Döneminde (YTL)
• Mevcut iki veya daha fazla çocuktan ikisi veya daha fazlası 0-6 yaş grubunda yer alıyorsa	21,33 x 2 = 42,66	21,87 x 2 = 43,74
• Mevcut iki veya daha fazla çocuktan sadece biri 0-6 yaş grubunda yer alıyorsa	21,33 + 10,66 = 31,99	21,87 + 10,93 = 32,80
• Mevcut iki veya daha fazla çocuğun tamamı 6 yaşından büyükse	10,66 x 2 = 21,32	10,93 x 2 = 21,86

çalışılan gün başına SSK primi hesaplanmaksızın verilebilecek yemek parası miktarıdır. İlgili ayda 20 gün fiilen çalışıldığı varsayılırsa, bu işçiye yemek verilmemesi şartıyla SSK primi hesaplanmaksızın yapılabilecek yemek parası ödemesi (1,06 x 20 =) 21,24 YTL'dir. Yemek parası bu limiti aşarsa aşan kısım SSK primine de tabi olur.

3.11. Çocuk Yardımı:

GVK'nın tazminat ve yardımlara ilişkin istisnalardan söz eden 25. maddesinin 4 numaralı bendi ile, hizmet erbabına ödenen çocuk zamları GV'den istisna edilmiştir.

Söz konusu bentte, parantez içinde "Bu zamlar Devletçe verilen miktarları aştığı takdirde, fazlası vergiye tabi tutulur." denildiği cihetle, istisnânın uygulanması sırasında, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 202. maddesinin 375 sayılı KHK'nin 10. maddesi ile değişik hükmü uyarınca, devlet memurlarına eş ve çocukları için ödenen aile yardımlarının çocuklara ait bölümüne ilişkin şartlara uyulması gerekmektedir.

Buna göre, personele ödenen çocuk yardımlarının vergi istisnasından yararlanabilmesi için gerekli şartlar şöyledir:

- Personelin geçimini sağladığı üvey çocukları

ve evlatlıkları dâhil en fazla iki çocuğu yardımdan yararlanabilir, fazlası yararlanamaz.

- Evlenmemiş kız çocuklar, çalışamayacak derecede malûl olduğu resmî sağlık raporu ile ispatlanan çocuklar ve yüksek öğrenim yapan 25 yaşını doldurmamış çocuklar hariç 19 yaşını doldurmuş olan çocuklar, çocuk yardımdan yararlanamaz.

- Evlenmiş olan, kendi adlarına ticaret yapan, menfaat karşılığında başkalarının yanında çalışan (tatillerde çalışan öğrenciler hariç) burs alan ve devletçe (parasız yatılı) okutulan çocuklar da yardımdan yararlanamaz.

- Her çocuk için verilen çocuk zammı miktarı, devletçe ödenen tutarı aşamaz. Devletçe verilen çocuk zammı miktarı ise, 250 gösterge rakamının aylık kat sayısı ile çarpılması sonucu elde edilen rakamdır. Ancak ikiden fazla çocuk için çocuk yardımı verilmez, 0-6 yaş grubunda yer alan çocuklar için çocuk yardımı bir kat artırılmış olarak uygulanır.

Buna göre 2006 yılında gelir vergisi kesintisinden müstesna olarak verilebilecek çocuk yardımı miktarları şöyledir:

- İstisnaya, çocuğun doğum tarihini izleyen aybaşından itibaren hak kazanılır. Evlenme, ölüm vs. gibi hallerin vuku bulduğu tarihi izleyen ay başından itibaren o çocukla ilgili istisna hakkı kaybedilir.

- Eşlerden her ikisinin de çalışması halinde, bunlardan sadece birinin aldığı çocuk zammı istisnadan yararlanır. İstisna, daha yüksek çocuk zammı alan eşe ve onun aldığı çocuk zammı tutarı, istisna haddinin altında kalıyorsa, kalan istisna tutarı diğer eşin aldığı çocuk zammına uygulanır. Eşlerden biri Devlet memuru ise ona çocuk zammı ödenmez ve istisna memur olmayan eşe uygulanır. Onun aldığı çocuk zammı, istisna haddinin altında ise aradaki fark, memur olan eşe ödenir ve istisnadan yararlandırılır.

Çocuk yardımı adı altında yapılan ödemeler, damga vergisi kesintisine tabidir.

Çocuk yardımı veya çocuk zammı adı altında personele yapılan ödemelerin, SSK primi karşısındaki durumu ise daha farklı kurallara tabidir.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesindeki hüküm uyarınca Bakanlık tarafından belirlenen limit içinde kalan çocuk zamları SSK primine tabi değildir. Bakanlıkça belirlenen limit ise, çocuk başına ve azami iki çocuk için olmak üzere asgari ücretin % 2'sidir. 2006 yılı asgari ücreti 531 YTL. olduğuna göre SSK primi dışında tutulabilecek çocuk zammı miktarı 2006 yılı için işçi tek çocuklu ise ($531 \times 0,02 =$) 10,62 YTL., iki veya daha fazla çocuklu ise ($10,62 \times 2 =$) 21,24 YTL. olacaktır.

Görüldüğü gibi çocuk zamları her üç kesinti için farklı kurallara bağlanmış olup, adeta bir kargaşa arz etmektedir. Bu nedenle hem vergi hem de SSK primi açısından yeknesak kurallar konulması gerekmektedir.

3.12. Aile Zammı:

Aile zammı adı altında yapılacak ücret ödemesi gelir vergisi ve damga vergisi stopajlarına tabidir.

Ancak 506 sayılı Kanun'un 77. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, asgari ücretin % 10'u olarak belirlenmiş bulunan aylık limit dahilindeki aile zammı ödemeleri, SSK primine tabi değildir. 2006 yılı için geçerli asgari ücret 531 YTL. olduğuna göre bunun % 10'u olan 53,10 YTL.'ye kadar olan aylık aile yardımı ödemelerinde SSK primi hesaplanmayacaktır.

3.13. Doğum Yardımı:

GVK'nın 25/5. maddesine göre doğum münasebeti ile yapılan yardımlar gelir vergisi stopajından müstesnadır. Bu istisna hizmet erbabının iki aylığını veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarını aşamaz.

Doğum yardımı adı altında yapılan ödemeler damga vergisine tabidir.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesine göre doğum yardımı adı altında yapılan ödemeler limitsiz olarak SSK primine tabi değildir.

Ancak doğum yardımı adı altında limit dahilinde gelir vergisi stopajı ve limitsiz olarak SSK primi hesaplanmaksızın personele ödeme yapılabilmesi için hangi çocuğun (kimin çocuğunun) doğmuş olması

gerektiği konusunda açıklık yoktur. Uygulamada işçiden olan veya işçiden doğan çocuk başına bu yardımın, yapılmasının kabul edildiği görülmektedir.

3.14. Evlenme Yardımı:

GVK'nın 25/5. maddesine göre evlenme münasebeti ile yapılan yardımlar, gelir vergisi stopajından müstesnadır. Bu istisna hizmet erbabının iki aylığını veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarını aşamaz.

Evlenme yardımı adı altında yapılan ödemeler damga vergisine tabidir.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesine göre evlenme yardımı adı altında yapılan ödemeler, limitsiz olarak SSK primine tabi değildir.

Uygulamada bu yardım sadece personelin (sigortalının) resmen evlenmesi halinde yapılabilmektedir.

3.15. Sakatlık, Hastalık ve İşsizlik Tazminat ve Yardımları:

GVK'nın 25/1. maddesinde sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminatların ve yapılan yardımların vergiden müstesna olduğu belirtilmiştir.

Tazminat ve yardımların muhatabının belirtilmemiş ve istisnaya bir sınır çizilmemiş olması dolayısıyla keyfî uygulamalara sebebiyet verebilecek bir nitelik taşıyan bu hükümler, tatbikatta büyük tereddütlere yol açmaktadır.

Mevcut Kanun hükmü muvacehesinde, diğer kimseler bir tarafa, işverenler tarafından personelin kendisine ilişkin ölüm, hastalık ve sakatlık hallerinde yapılan yardımların tamamının istisnadan yararlandırılması gerektiğini söylemek mümkündür. Ölüm yardımları ile ilgili olarak bu yönde verilmiş Bakanlık muktezalari da mevcuttur (27.3.1986 tarih ve 95206 sayılı Mukteza).

Böyle olmakla beraber, mevcut belirsizlik muvacehesinde söz konusu istisnaların uygulanması, işverenler açısından oldukça risk taşıyan bir davranış olarak tezahür etmektedir. Örneğin Maliye Bakanlığı 89 Seri No.lu GV Genel Tebliği'nde, hasta ve istirahatli oldukları dönemlerde personele SSK tarafından verilen geçici işgörmezlik ödeneklerine ilaveten verilen ücretlerin hastalık yardımı olarak vergi istisnasından yararlanacağını belirtmiş iken, daha sonra verdiği bir muktezada, bu istisnanın sadece SSK tarafından yapılan bu tür ödemeleri kapsadığını belirtmiş bulunmaktadır (Gelirler Genel

Müdürlüğünün 19.12.1989 tarih ve 23195 sayılı Muktezası).

Öte yandan, işsizlik tazminatı ile ilgili olarak Danıştay, bu tazminatın işverenler veya sair kimse-ler tarafından işsizlere yapılan yardımları değil Kanunla kurulacak işsizlik sigortası kapsamında ödenecek işsizlik tazminatlarını kapsadığı görüşündedir (Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 14.10.1994 tarih ve E.1993/143; K.1994/1 sayılı Kararı).

Dolayısıyla, GVK'nın 25/1. maddesinde yer alan bu tazminat ve yardımların, vergi istisnasından yararlandırılması konusunda dikkatli olunması gerekir.

SSK mevzuatında hastalık, sakatlık ve işsizlik gerekçeleri ile yardım veya tazminat ödenmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bu isimler altında yapılan ödemelerde, SSK primi aranmaktadır. Ancak bizim anlayışımıza göre, SSK primine konu unsur esas itibarıyla ilgili ayda iş akdi çerçevesinde çalışarak hak edilmiş ücrettir. Halbuki personelin iş ortamı nedeniyle hastalanması veya iş esnasında sakat kalması gibi nedenlerle tazminat olarak verilen paralar, emek karşılığı hak edilen ücret değil, adı üstünde tazminattır. Bu tazminatların SSK primine tabi olmadığı yolunda açık bir hüküm bulunmasa bile, söz konusu tazminatlar, "hak edilen ücret" niteliği taşımadığı için SSK kapsamı dışında tutulması gerektiği görüşündeyiz.

3.16. Ölüm Yardımı veya Tazminatı:

GVK'nın 25/1. maddesinde ölüm nedeniyle verilen tazminat veya yardımların gelir vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır. Bu nedenle ölüm yardımı olarak yapılan ödemeler gelir vergisi stopajına tabi değildir.

Damga vergisi açısından böyle bir istisna öngörülmediği gerekçesiyle ölüm yardımı olarak yapılan ödemelerde damga vergisi aranmaktadır (Bizim anlayışımıza göre, ölüm yardımlarında damga vergisi hesaplanmaması gerekir. Çünkü Damga Vergisi Kanunu'na ekli bir sayılı listenin IV / 1 - 1 pozisyonunda "hizmet karşılığı alınan paralar" tabiri yer almakta olup, ölüm tazminatı olarak yapılan ödemeler hizmet karşılığı olmadığından damga vergisi hesaplamasına konu edilmemelidir). Ancak ölüm yardımı olarak yapılan ödeme hizmetle ilişkilendirilebilecek nitelik taşıdığı için damga vergisinin konusuna girebilir.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesinde ölüm yardımlarının SSK primine tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

Ölüm yardımı veya ölüm tazminatı adı altında stopajsız veya SSK primsiz ödeme yapılması için kimin hangi şartlar altında ölmüş olması gerektiği konusunda herhangi bir yasal düzenleme yoktur.

3.17. İşe Gidiş-Geliş Yardımı:

İşverenler tarafından personelin toplu olarak işyerlerine gidip gelmelerini sağlamak maksadıyla yapılan taşıma giderleri, personele sağlanan bir menfaat olarak GVK'nın 61. maddesi hükmü gereği ücretin bir unsuru sayılmaktadır.

Böyle olmakla beraber, GVK'nın ücretlerde istisnalardan söz eden 23. maddesinin 10. bendinde "hizmet erbabının toplu olarak işyerlerine gidip gelmelerini sağlamak maksadıyla işverenler tarafından yapılan taşıma giderleri" vergiden istisna edilmiş bulunmaktadır.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere istisna, toplu taşımalara münhasırdır. Bu taşıma işinin işverene ait olan veya işveren tarafından kiralanmış servis araçları ile yapılmasının ve bu araçların otobüs, midibüs, minibüs ve hatta birden fazla kişinin bindiği binek otomobili (taksi) olmasının sonuca etkisi yoktur.

İstisna için toplu taşıma yapılması, taşıma giderlerinin personel tarafından değil işveren tarafından ödenmesi ve faturasının işveren adına kesilmesi şart olduğu cihetle, personele tren, vapur, otobüs ve minibüs gibi toplu taşıma araçlarını kullanarak işyerine gidip gelmelerini sağlamak amacı ile nakit, bilet, akbil, mavi kart, abonman bileti ve işe gidip gelmeleri ile ilgili olarak özel arabalarına ait benzin masraflarının verilmesi halinde, bunlara istisna uygulanması Maliye İdaresi'nce kabul edilmemektedir. Zira böyle bir kabul, istismara yol açabileceği gibi, personelin düzenli bir şekilde (işe geç kalmaksızın) işine gelip gitmesi şeklindeki amaca da tam olarak uygun olmadığı düşünülmektedir.

Mevcut Kanun hükümlerine göre, üst düzey yöneticilere tahsis edilen makam arabalarına ait masrafların da, vergiye tabi bir ücret ödemesi sayılması gerekmektedir. Ne var ki, makam arabalarının işletmenin prestijini temsil etmesi, işyeri-ev arasındaki gidiş gelişlerin, genelde işletme ile ilgili işlerde kullanılan bu arabaların masraflarının cüzi bir

Personelin evine gidiş geliş masrafını karşılamak amacıyla yol parası veya benzer bir ad altında nakit ödemede bulunulması halinde bu ödeme, her üç kesintiye de tabi olacaktır.

kısına taallük etmesi ve makam arabası tahsisinin bir teamül olması dolayısıyla, bu konunun fazlaca tenkit edilmediği görülmektedir.

Personelin şu veya bu şekilde işe gelişinin ve eve dönüşünün sağlanması, aynı yardım niteliği taşıdığı için damga vergisi kesintisine tabi değildir.

Yine aynı yardım niteliği taşıması nedeniyle personelin herhangi bir suretle işe geliş gidişinin sağlanması SSK primine tabi değildir.

Ancak personelin evine gidiş geliş masrafını karşılamak amacıyla yol parası veya benzer bir ad altında nakit ödemede bulunulması halinde bu ödeme, her üç kesintiye de tabi olacaktır.

3.18. İhbar Tazminatı:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca yapılan ihbar tazminatı ödemelerini gelir vergisi stopajından istisna eden bir hüküm bulunmadığı, bu tazminatlar iş akdi kapsamında ödendiği ve GVK'nın 61. maddesindeki ücret tanımı içinde yorumlandığı için gelir vergisi stopajına tabi tutulmaktadır.

Aynı nedenlerle ihbar tazminatları üzerinden damga vergisi kesintisi de aranmaktadır.

Ancak 506 sayılı Kanun'un 77. maddesine göre, ilgili mevzuatı uyarınca hesaplanıp ödenen ihbar tazminatları SSK primine tabi değildir.

3.19. Kıdem Tazminatı:

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca ödenen kıdem tazminatlarının tamamı gelir vergisinden istisna edilmiştir (GVK'nın 25/6. maddesi).

Uygulamada kıdem tazminatı ödemeleri damga vergisi kapsamında yorumlanmakta ve kıdem tazminatına yönelik damga vergisi istisnası bulunmadığından uygulamada kıdem tazminatları üzerinden damga vergisi kesintisi yapılmaktadır.

506 sayılı Kanun'un 77. maddesine göre kıdem tazminatları SSK primine tabi değildir.

Kıdem tazminatının, gelir vergisi stopajı ve SSK primi hesaplanmaksızın verilebilmesi için bu tazminatın İş Kanunu uyarınca hak edilmiş olması ve İş Kanunu ile belirlenen limiti aşmaması gerekir. Kıdem tazminatı ödenmesini gerektirir bir durum olmadığı halde kıdem tazminatı hesaplanması veya kıdem tazminatının yasal limiti aşacak şekilde verilmesi halinde fuzulen hesaplanan veya limiti aşan tutarlar, kıdem tazminatı niteliği taşımaz, alelade prim mahiyetindedir. Bu nedenle her üç kesintiye de tabi olur.

2006 yılı için geçerli kıdem tazminatı tavanı, 2006'nın ilk altı ayında 1.770,63 YTL., ikinci altı ayında 1.815,29 YTL.'dir. Dolayısıyla çalışılan yıl başına bu limitleri aşacak şekilde kıdem tazminatı verilirse yapılan ödemenin limiti aşan kısmı alelade prim hükmündedir.

3.20. Uçuş ve Dalış Ücret ve Tazminatları:

GVK'nın 29/2. maddesinde kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunan kuruluşları (şirketleri de kapsayacak şekilde düzenlenen hükme göre uçuş maksadıyla görevlendirilenlere uçuş hizmetleri, deniz altına dalış yapanlara dalış hizmetleri dolayısıyla yapılan ödemeler gelir vergisinden istisna edilmiştir. Bu hükme göre uçucu ve dalıcı personele, uçuş veya dalış karşılığında yapılan ücret ödemeleri limitsiz olarak gelir vergisi stopajına tabi değildir.)

Bu ödemeler damga vergisinin konusuna girdiği ve damga vergisi açısından istisna hükmü bulunmadığı için damga vergisine tabidir.

Uçuş ve dalış ücretlerinde, SSK primi hesaplanmayacağı öngören bir hüküm bulunmadığı ve bu ücretler SSK kapsamında yer aldığı için SSK primine tabidir.

3.21. Kasa Tazminatı:

Kasa tazminatı nakit yahut çek tahsilatı ve/veya ödemesi yapan (veznedarlık hizmetlerinde bulunan) personele maruz bulunduğu kasa açığı verme riskine karşı ödenen bir tazminat türüdür.

Gelir vergisi ve damga vergisi mevzuatında ücret erbabının işverenden tazminat adı altında aldığı paraların, bu kesintilerin kapsamında olduğu hükme bağlanmış olması ve kasa tazminatını bu kesintilerden istisna eden bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kasa tazminatı adı altında personele ya-

pılan ödemeler gelir vergisi ve damga vergisi kesintisine tabidir.

Ancak 506 sayılı Kanun'un 77. maddesi uyarınca kasa tazminatları SSK primine tabi tutulmamaktadır.

3.22. Sair Yardımlar:

Yukarıda bahsi geçmeyen ve muhtelif isimler altında personele sağlanan yardımlar açısından durum şöyledir:

3.22.1. Aynı Yardımlar:

Personele ayın şeklinde (yakıt, mobilya, erzak gibi) verilen yardımlar gelir vergisi stopajına tabidir. Fakat ayın nitelikleri dolayısıyla damga vergisi ve SSK primine tabi tutulmazlar.

Bizim anlayışımıza göre aynı yardım denince nakdi olmayan yardımları algılamak gerekir. Kanun koyucunun ifade etmek istediği husus budur. Örnek vermek gerekirse, başarılı personele tatil imkânı sağlanması (personele para verilmeyerek tatil faturasını firma adına kestirilip firma tarafından ödenmesi), personel lehine sigorta yaptırılması, personelin çocuğunun okutulması halinde de aynı yardım yapılmıştır.

Ayın şeklinde yapılan ücret niteliğindeki yardımlara ilişkin olarak yüklenilen KDV'ler indirilmez. Ayın (veya hizmetin) KDV dahil maliyeti brüte götürülmek suretiyle sadece gelir vergisi stopajı hesaplanmalıdır.

Firma kendi ürettiği malı veya hizmeti, ayın ücret olarak personeline verirse, bunun maliyetinin ve emsal perakende satış fiyatına göre hesaplanan KDV'sinin toplamı, net ücret sayılır, bu meblağ brütleştirilerek gelir vergisi kesintisine tabi tutulur.

3.22.2 Nakdi Yardımlar:

İsmi ne olursa olsun yukarıda sayılanlar dışında, işverenlerce personele yapılan her türlü nakdi yardım gelir vergisi ve damga vergisi stopajı ile SSK primine tabidir.

4. BÖLGESEL VE SEKTÖREL TEŞVİKLER KAPSAMINDA İŞÇİ ÇALIŞTIRILMASI NEDENİYLE ETKİLENEN ÜCRET KESİNTİLERİ:

Bilindiği üzere özel Kanunlarla bazı bölgelerde veya sektörlerde çalışanların ücretleri ile ilgili gelir vergisi ve damga vergisi istisnaları öngörülebil-

mekte, SSK primleri kısmen Hazinece karşılanabilmektedir. Halen yürürlükte bulunan söz konusu istisnalar aşağıda kısaca özetlenmiştir :

4.1. Serbest Bölgelerde Çalışanlar ile İlgili İstisnalar:

Bilindiği üzere, 5084 sayılı Kanun'la 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nda 6.2.2004'ten itibaren geçerli olmak üzere değişiklikler yapılmış olup, yeni hali ile Serbest Bölgeler Kanunu'ndaki ücret kesintileri ile ilgili teşvikler şöyledir:

- 6.2.2004 tarihinde veya daha önce faaliyet ruhsatı almış olanların serbest bölgede istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler belli şartlarla ruhsat süresinin sonuna kadar ve en geç (ruhsat süresi daha sonra dolacak olsa bile) 31.12.2008 tarihine kadar gelir vergisinden müstesnadır (3218 sayılı Kanun'un geçici 3/b maddesi).

6.2.2004 tarihinde veya daha önce faaliyet ruhsatı almış olanların serbest bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri ile ilgili olarak yaptıkları işlemler, 31.12.2008 tarihine kadar her türlü vergi, resim ve harçtan müstesnadır. Serbest bölgede faaliyet gösteren bir firmanın personeline ücret ödemesi yapması ile ilgili damga vergisi doğrucu mahiyetteki işlem de bu faaliyetlerle ilgili işlemlerden biridir. Bu nedenle 6.2.2004'te ve daha önce ruhsat almış olanların serbest bölgede çalıştırdıkları personelin ücretinden, 31.12.2008 tarihine kadar damga vergisi kesintisi yapılmamalıdır (Ancak serbest bölge mevzuatının bu bölgede çalışanların ücretlerine ilişkin damga vergisini istisna etmediği görüşünde olanlara da rastlanabileceğini hatırlatmak isteriz).

- 7.2.2004 tarihinde veya daha sonra serbest bölge faaliyet ruhsatı almış olanların istihdam ettikleri personel açısından, ruhsatı alan firma serbest bölgede imalat yapıyor olsa dahi yukarıdaki istisna uygulanamaz.

4.2. Teşvik Kapsamındaki İllerde Ödenen Ücretler

5084 sayılı Kanun kapsamına 2. maddenin (a) bendi çerçevesinde, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı'nca 2001 yılı için belirlenen fert başına gayrisafi yurtiçi hasıla tutarı 1500 ABD Doları veya daha az olan Adıyaman, Afyon, Ağrı, Aksaray, Amas-

ya, Ardahan, Batman, Bartın, Bayburt, Bingöl, Bitlis, Çankırı, Diyarbakır, Düzce, Erzincan, Erzurum, Giresun, Gümüşhane, Hakkari, Iğdır, Kars, Kırşehir, Malatya, Mardin, Muş, Ordu, Osmaniye, Siirt, Sinop, Sivas, Şanlıurfa, Şırnak, Tokat, Uşak, Van ve Yozgat illeri dahil olmak üzere 36 il girmektedir. 5084 sayılı Kanun'un kapsamına giren 36 ile ilave-ten, 5350 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucunda, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nca 2003 yılı için belirlenen sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre endeks değeri eksi olan Kilis, Tunceli, Kastamonu, Niğde, Kahramanmaraş, Çorum, Artvin, Kütahya, Trabzon, Rize, Elazığ, Karaman ve Nevşehir olmak üzere 13 il daha 01.04.2005 tarihi itibarıyla kapsama dahil edilerek toplam 49 ilde faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olan işverenlerin diğer teşviklerin yanı sıra sigorta primi işveren hissesi teşvikinden, şartları taşımaları kaydıyla yararlanma imkânı sağlanmıştır.

Söz konusu 49 ilde;

* 01.04.2005 tarihinden itibaren yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, en az otuz işçi çalıştırmaları koşuluyla, bu işyerlerinde çalıştırdıkları işçilerin.

* 01.04.2005 tarihinden önce işe başlamış olan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2005 tarihinden önce ilgili idareye vermiş oldukları en son aylık prim ve hizmet belgelerindeki işçi sayısını, en az yüzde yirmi oranında artırmaları ve çalıştırılan toplam işçi sayısının asgari otuz kişiye ulaşması halinde, bu iş yerlerinde çalıştırılan toplam işçi sayısını geçmemek üzere, artırdıkları işçi sayısı ile mevcut işçilerden artırdıkları işçi sayısının iki katı kadar işçinin ücreti üzerinden hesaplanan gelir vergisinin, organize sanayi veya endüstri bölgelerinde kurulu işyerleri için tamamı, diğer yerlerdeki işyerleri için yüzde sekseni, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden terkin edilecektir.

Yine, yukarıda belirtilen işçilerin prime esas kazançları üzerinden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 72 ve 73. maddeleri uyarınca hesaplanan sigorta primlerinin işveren hissesinin, organize sanayi ve endüstri bölgelerinde kurulu işyerleri için tamamı, diğer yerlerdeki işyerleri için yüzde sekseninin Hazinece karşılanacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

4.3. Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde (Teknopark) Uygulanan İstisnalar:

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu kapsamında kurulan teknoparklarda, araştırmacı, yazılımcı ve AR-GE görevlisi olarak çalışanlara ödenen ücretler, her türlü vergiden 31.12.2013 tarihine kadar istisna edilmiştir (4691 sayılı Kanun'a 5035 sayılı Kanun'la eklenen geçici 2. madde).

Bu hüküm uyarınca söz konusu personel ücretinden gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapılmamakta, fakat SSK yönünden özel bir hüküm bulunmadığından bu personelin SSK primleri normal şekilde hesaplanıp ödenmesi gerekmektedir.

4.4. Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarına Ödenen Ücretler:

4490 sayılı Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun 12/5. maddesinde "Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne kayıtlı gemilerde çalışan gemi adamlarına ödenen ücretler gelir vergisi ve fondan müstesnadır." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, istisna sadece gelir vergisi ve fon için konulmuştur. Ücretler üzerinde herhangi bir fon kesintisi olmadığı için fon istisnasının anlamı yoktur.

Kanunda, ikinci sicil olarak da isimlendirilen bu sicilde kayıtlı gemilerde çalışan gemi adamlarına ait ücretler için damga vergisine yönelik bir istisna hükmü yoktur.

Bahsi geçen gemi adamlarının SSK mevzuatı karşısında özellikli bir durumu yoktur.

4.5. Kültür Yatırımlarını ve Girişimlerini Teşvik Kanunu Kapsamında Belge Almış Kurumlar Vergisi Mükelleflerinin Bu Belge Kapsamında Çalışan Personeline Ait Stopaj ve SSK Primi Teşvikleri:

5225 sayılı Kanun, sanatsal ve kültürel değerler üretilmesi, bunların sunulması, mevcut kültür varlıklarının yaşatılması gibi amaçlarla yapılacak girişimlerin teşvikini öngörmektedir.

5225 sayılı Kanun uyarınca, Kültür ve Turizm

Bakanlığı'ndan belge almış kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu belge kapsamındaki yatırım veya girişimde çalıştıracakları işçi ücretleri üzerinden beyan edilen gelir vergisi stopajının 3 yılı aşmamak üzere yatırım aşamasında %50'si, işletme aşamasında ise 7 yılı aşmamak üzere %25'i tahakkuktan terkin edilir (md.5/b).

Bu kapsamdaki personel ücretlerini damga vergisinden istisna eden bir hüküm yoktur.

Yine bu Kanun uyarınca belge almış kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu belge kapsamında çalıştırdıkları işçilere ait işveren hissesinin yatırım aşamasında 3 yılı aşmamak üzere %50'si, işletme aşamasında ise 7 yılı aşmamak üzere %25'i Hazine'ce karşılanmaktadır.

5. KESİNTİLERE TABİ OLMAYAN ÜCRET UNSURLARININ VE MENFAATLERİN ÜCRET BORDROSUNA DAHİL EDİLİP EDİLMEMEYECİĞİ:

Vergi Usul Kanunu'nun 238. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

"İşverenler her ay ödedikleri ücretler için (ücret bordrosu) tutmaya mecburdurlar. Gelir Vergisi Kanunu'na göre vergiden muaf olan ücretlerle diğer ücret üzerinden vergiye tabi hizmet erbabına yapılan ücret ödemeleri için bordro tutulmaz."

Görüldüğü gibi, gelir vergisi stopajına konu olmayacak bir ücret unsurunun, ücret bordrosuna dahil edilmesi gerekli değildir.

Bu hükümdeki anlayışın gerek damga vergisi gerekse SSK primleri açısından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Yukarıda sayılan özellikli işçi menfaatlerinden bazıları, ücret değil firma gideri mahiyetindedir. Mesela personele işyerinde yemek yedirilmesi, işyerinde yatacak yer gösterilmesi, personel için tedavi ve ilaç gideri yapılması, yasal sınırlar içinde personel için bireysel emeklilik katkı payı ödemesi, yasal sınırlar içinde personele yolluk (harcırah gündeliği) ödenmesi gibi menfaatler firma gideri niteliği taşıdığı için ücret bordrosuyla ilintisiz olarak doğrudan gider veya maliyet kaydına konu edilir, varsa KDV'leri indirilir.

Ücret niteliğinde olmakla beraber, gelir vergisi kesintisine tabi olmayan bir menfaatin de VUK'un

yukarıdaki 238. maddesi uyarınca, bordroya dahil edilmesi gerekmez. Örnek vermek gerekirse, bir işverenin yasal sınırlar içinde olmak kaydıyla satın alıp personele dağıttığı yemek kuponları veya yine yasal sınırlar içinde olup, personelin işyeri dışında yediği yemeğin faturası veya fişi ücret bordrosuna dahil edilmeksizin doğrudan gider veya maliyet kaydına ve KDV indirimine konu edilebilir.

6. EKLI TABLO:

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak pratik bir özet şeklinde hazırlanmış olup, hizmet erbabına sağlanan ücret, yardım ve tazminat unsurlarının;

- Gelir vergisi kesintisi (ücret stopajı)
- Damga vergisi kesintisi,
- SSK primi

karşısındaki durumlarını gösteren tablo ilişikte sunulmuştur.

Takdir edileceği üzere böylesine geniş ve detaylı bir konunun tüm yönleri ile ne yukarıdaki yazı metnine ne de ilişikteki tabloya tüm ayrıntılarıyla sığdırılması mümkün değildir.

Yukarıdaki anlatımın dışında kalan ve ekli tabloda dahil edilmeyen birçok ayrıntı olabilir.

Dolayısıyla bu makalemizin konu hakkında özet bilgi edinme amaçlı olarak düşünülmesi, uygulama yapılırken, mevzuata, sağlıklı yazılı kaynaklara ve ehil kişilere ayrıca başvurulması gerekir. Ekli tablodan yararlanırken, en azından ilgili ücret unsuru hakkındaki yukarıdaki açıklamalarımız okunmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Fiilen ayın olarak verilen yardımlar damga vergisi kesintisine tabi değildir.
- 2 Personele çalışması karşılığı ödenen asıl ücret, fazla mesai ücreti, genel tatil, hafta tatili ve bayram tatili ücretleri, prim, ikramiye, zam, ek görev ücreti, makam tazminatı, yıllık izin ücreti, nakit olarak yapılan sünnet, yılbaşı, bayram, askerlik, afet, gıda vs. gibi adlarla yapılan nakdi yardımlar bu gruba dâhildir.
- 3 İşletmelerinde, çıraklık eğitimi merkezleri ve beceri eğitimi yaptırarak meslek ve teknik lise müdürlükleri tarafından matbu sözleşme düzenlenmiş olan aday çırak, çırak ve öğrencileri istihdam eden işverenler, Sosyal Sigortalar Kurumu'na herhangi bir bildirimde bulunmayacaklardır. Bu durumda olanların sigortalılığı Çıraklık Eğitim Merkezi Müdürlüğü veya öğrencisi olduğu Meslek ve Teknik Lise Müdürlüğü tarafından sağlanacaktır.

HİZMET ERBABINA SAĞLANAN ÜCRET VE YARDIMLARIN GELİR VERGİSİ, DAMGA VERGİSİ VE SSK PRİMİNE TABİ OLUP OLMADIĞINI GÖSTERİR TABLO
(" + " Tabi Olduğu, " - " Tabi Olmadığı anlamındadır)

	GELİR VERGİSİ (Stopaj)	DV'(Stopaj)	SSK PRİMİ
1. Ücretler ve Ücret Sayıdan Ödemeler			
- Asıl ve Ek Ücretler ¹	+	+	+
- Huzur Hakları	+	+	-
- Murakıp (Denetçi) Ücretleri	+	+	-
2. Çırak Ücretleri²			
- Asgari Ücreti Aşmayan Çırak Ücretleri	-	-	-
- Asgari Ücreti Aşan Kısım	+	+	-
3. Konut Yardımı (GVK md. 40/2 - 23/9)			
- İşyerinde ve Müstemilâtında İbate	-	-	-
- Maden ve Fb. İşçilerine Konut Temini	-	-	-
- İşverene Ait 100m ² 'den Küçük Konutun Tahsisi	-	-	-
- Diğer Konut Tahsisleri	+	-	-
- Personelle Kira Bedeli Ödenmesi (Nakit)	+	+	+
4. Tedavi ve İlaç Giderlerinin Karşlanması			
	-	-	-
5. SSK Primi İşçi ve İşveren Payları			
- İşçi Payı	-	+	+
- İşveren Payı	-	-	-
6. Bireysel Emeklilik İşveren Katkı Payı (GVK md. 40/9)			
- Belli Bir Limite Kadar	-	-	+
- Limiti Aşan Kısım	+	-	+
7. İşveren Tarafından Karşılanaan Şahıs Sigortası Primleri (GVK md. 63/3)			
- Belli Bir Limite Kadar	-	-	+
- Limiti Aşan Kısım	+	-	+
8. Giyecek Yardımı			
- Demirbaş Olarak Verilen İş Giysisi	-	-	-
- Diğer Giyecek (özel yaşamda kullanılabilecek olan)	+	-	-
- Giyecek Yardımı, Ayakkabı Parası, Elbise Dikiş Parası Gibi Nakit Ödemeler	+	+	+
9. Harcırahlar (GVK md. 40/4 - 24/2)			
- Yol (Taşıt Bileti) Giderleri	-	-	-
- Yeme ve Yatma Yeri Temini	-	-	-
- Harcırah Gündeliği (Limit dâhili)	-	+	-
- Harcırah Gündeliği (Limiti Aşan Kısım)	+	+	-
10. Yemek Yardımı veya Yemek Parası (GVK md. 40/2, 23/8 ve SSK md. 77)			
- İşyerinde Yedirilen Yemek (Sınırsız)	-	-	-
- Dışarıda Yedirilen Yemek (GVK md. 23/8'deki Limit Dahili)	-	-	-
- Dışarıda Yedirilen Yemek (GVK md. 23/8'deki Limiti Aşan Kısım)	+	-	-
- Yemek Parası (SSK md. 77'deki Limit dahili)	+	+	-
- Yemek Parası (SSK md. 77'deki Limiti aşan kısım)	+	+	+

HİZMET ERBABINA SAĞLANAN ÜCRET VE YARDIMLARIN GELİR VERGİSİ, DAMGA VERGİSİ VE SSK PRİMİNE TABİ OLUP OLMADIĞINI GÖSTERİR TABLO
(" + " Tabi Olduğu, " - " Tabi Olmadığı anlamındadır)

	GELİR VERGİSİ (Stopaj)	DV'(Stopaj)	SSK PRİMİ
11. Çocuk Yardımı veya Çocuk Zammı (GVK md. 25/4 ve SSK md. 77)			
- İlgili Limiti Dâhilinde İse	-	+	-
- İlgili Limitini Aşan Kısım	+	+	+
12. Aile Zammı (SSK md. 77)			
- Limit Dahili	+	+	-
- Limiti Aşan Kısım	+	+	+
13. Doğum Yardımı (GVK md. 25/5)			
- Limit (2 aylık ücret) Dâhili	-	+	-
- Limiti Aşan Kısım	+	+	-
14. Evlenme Yardımı (GVK md. 25/5)			
- Limit (2 aylık ücret) Dâhili	-	+	-
- Limiti Aşan Kısım	+	+	-
15. Hastalık, Sakatlık, İşsizlik Yardım ve Tazminatları (GVK md. 25/1)	-	+	+
16. Ölüm Yardımı (GVK md. 25/1)	-	+	-
17. İşe Gidiş - Geliş Yardımı (GVK md. 23/10)			
- Fiilen Verilen Servis Hizmeti	-	-	-
- Bilet, Kart, Akbil vs. Temini	+	-	-
- Yol Parası (Nakit) Verilmesi	+	+	+
18. İhbar Tazminatı	+	+	-
19. Kıdem Tazminatı (GVK md. 25/7)			
- Limit Dâhili (Her yıl için 1 aylık ücret)	-	-	-
- Limiti Aşan Kısım (Limiti aşan ya da Kanundaki şartları taşımayan ödeme kısmı bu ad altında verilse dahi bize göre kıdem tazminatı değildir, prim niteliğindedir.)	+	+	+
20. Uçuş ve Dahil Ücret ve Tazminatları (GVK md. 29/2)	-	+	+
21. Kasa Tazminatı	+	+	-
22. Diğer Yardımlar			
- Ayın Olarak Yapılan (Aynı) Yardımlar (Yardımanın bilfiil ayın verilmesi halinde)	+	-	-
- Nakdi Yardımlar (Miktarı ayın olarak tarif edilmekle birlikte ayın yerine fiilen nakit verildiği durumlar da buraya girer.)	+	+	+
İSTİSNALAR			
1. Serbest Bölgelerde İş Yapmak Üzere 6.2.2004'ten Önce Ruhsat Almış Firmaların Ruhsat Sonuna Veya En Geç 31.12.2008'e Kadar Bu Bölgede Çalıştırdıkları Personele Verilen Ücretler	-	-	+
2. 5084 Sayılı Kanun Kapsamındaki 49 İlde Çalışanlar Açısından Durum			
			Yukarıdaki 4.2. no.lu bölüme bakınız.
3. Teknoparklarda Çalışan Araştırmacı, Yazılımcı ve AR-GE Personelinin Ücretleri	-	-	+
4. Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarının Ücretleri	-	+	+
5. Kültür Yatırımlarını ve Girişimlerini Teşvik Kanunu Kapsamında Belge Almış Kurumlar Vergisi Mükelleflerinin Bu Belge Kapsamında Çalışan Personeline Ait Ücretler			
			Yukarıdaki 4.5. no.lu bölüme bakınız.

Av. Thomas PRINZ

Alman İşveren Sendikaları Konfederasyonu İş Hukuku Bölümü

Çeviren: Zülfü DİCLELİ

Almanya'da Esnek Çalışma Süresi Modelleri

I. Alman Çalışma Süresi Hukukuna Genel Bir Bakış

Küreselleşmenin ve ekonomide işbölümünün yaygınlaştığı bir dönemde esnek çalışma süreleri, "işletme ve kuruluşların nefes alabilmesi" ve bireysel ekonomik duruma, sipariş durumuna ve mevsimsel dalgalanmalara uyum sağlanabilmesi için zorunlu bir önkoşuldur. Ama esnek çalışma süresi modelleri çalışanlar için de aynı ölçüde ilginçtir. Bireysel yaşam planlaması, aile ile meslek yaşamının uyumu ve uzun vadeli çalışma süreleri hesapları temelinde erken emeklilik, esnek çalışma süreleriyle büyük ölçüde kolaylaştırılabilir.

Alman Çalışma Süresi Yasası 1994'den¹ beri değişmeden yürürlükte ve ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız bir dizi esnek çalışma modelini mümkün kılmaktadır. Çalışma Süresi Yasası'nın temel amacı, çalışanların sağlığının korunması ve güvenliklerinin sağlanmasıdır². Aynı amaçla Almanya'da Çalışma Süresi Yasası'nın yanı sıra Gençlerin İş Güvenliği Yasası ve Annenin Korunması Yasası gibi çeşitli başka yasalarda da çalışanların korunmasına yönelik hükümler vardır. O nedenle, bu kuralların da çalışma süresiyle bağlantılı olarak dikkate alınması gerekir. 18 yaşından küçükler için Çalışma Süresi Yasası yerine Gençlerin İş Güvenliği Yasası geçerlidir.

Bütün işçiler ve ücret karşılığı çalışanlar ile meslek eğitimi alması için istihdam edilenler, Çalışma Süresi Yasası kapsamına girerler. Böylece, Çalışma Süresi Yasası, Almanya'daki alışılmış işçi kavramını izlemektedir³. Buna göre, bir kişi özel hukuka dayalı bir sözleşme temelinde bir başkasına kişisel bağımlılık içinde onun belirleyeceği talimatlara bağlı olarak çalışma yükümlülüğü üstlenmişse çalışan özellikleri verili demektir.

Çalışma Süresi Yasası, firma ve kuruluş yöneticileri, başhekimler, kamu hizmetlerinin yöneticileri ile personel yöneticileri, bakım ve kilise çalışanları için geçerli değildir. Çalışma Süresi Yasası'yla, yasanın amacına uygun olarak çalışma süresinin düzenlenmesinde çalışanların sağlığı ve güvenliği korunmakta, esnek çalışma süreleri için çerçeve koşulları iyileştirilmekte ve Pazar gününün ve resmi bayram günlerinin tatil günü olarak korunması sağlanmaktadır. Bu koruma amaçları eşit düzeyde yan yana durmaktadır. Çalışma Süresi Yasası'nın ihlal edilmesinin yaptırımları vardır. Kural olarak bir usûle aykırılık söz konusudur, ağır durumlarda ya da tekrarlama durumlarında ceza gerektiren bir eylem de söz konusu olabilir.

Çalışma Süresi Yasası sistematik bir şekilde düzenlenmiştir⁴. Genel hükümlerde, Çalışma Süresi Yasası'nın -çalışma süresi nedir, işçi kimdir ya da

telafi çalışması nedir gibi- başlıca kavramları açıklanmaktadır.

Yasanın ikinci kısmı, çalışma günlerindeki çalışma süresini düzenlemekte, mola ve dinlenme süreleriyle ortalama çalışma süresi ve çalışma süresinin uzatılması ya da dinlenme süresinin kısaltılması olanakları gibi çalışma süresiyle ilgili tüm düzenlemeleri belirlemektedir. Böylece daha bu ikinci kısımda çalışma süresinin esnekleştirilmesinde kullanılacak düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir.

Üçüncü kısım, pazar ve bayram günlerinde çalışmayı düzenlemektedir⁵. Dördüncü kısım, Çalışma Süresi Yasası hükümlerinden, acil durumlarda resmi makamların izni olmaksızın uzaklaşmanın mümkün olduğu istisnalarla ilgilidir. Yasanın beşinciden sekizinciye kadar olan kısımları, uygulama hükümleri, ceza hükümleri ve Çalışma Süresi Yasası'nın kişisel geçerlilik alanındaki istisnalarla ilgilidir.

Çalışma Süresi Yasası'ndaki değişik istisna hükümleri, çeşitli esnek çalışma süresi modellerinin temelini oluşturmaktadır. O nedenle bunlar üzerinde daha ayrıntılı durulacaktır. Çalışma Süresi Yasası'nın 3. maddesine göre Almanya'da temel günlük çalışma süresi kural olarak azami 8 saattir. Bu düzenleme çalışma günlerindeki, yani pazartesten cumartesiye kadar olan günlerdeki azami çalışma süresiyle ilgilidir. Bu sürelerin toplanmasıyla azami haftalık çalışma süresi olarak 48 saat bulunur.

Ne var ki, Almanya'da, bütün tam zamanlı çalışma ilişkilerinin çok büyük bir bölümünde beş günlük çalışma haftası üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Beş gün, telafi zorunluluğu olmaksızın günde azami sekiz saat çalışma durumunda haftada en çok 40 saatlik bir çalışma süresi anlamına gelir. Bu 40 saati aşan saatler, en çok sekiz saate kadar, aynı hafta altıncı çalışma gününde kesintisiz bir şekilde telafi edilir. Sözleşmeyle belirlenmiş çalışma süresi içinde bir telafi zorunluluğu yoktur, sözleşmeyle belirlenmiş beş günlük çalışma haftasında da telafi için altı çalışma gününün her biri kullanılabilir. Demek ki, üzerinde anlaşmaya varılmış beş günlük çalışma haftasında da, haftada toplam 48 saatlik bir çalışma süresi kontenjani mevcuttur.

Çalışma Süresi Yasası'nın 3. maddesindeki günlük çalışma süresinin mutlak olarak en çok 10 saat olabileceğine ilişkin temel kısıtlama, çalışma süresine düzenli olarak ve önemli ölçüde iş nöbeti ya da nöbet hizmeti düştüğü durumda, daha sonra telafi edilmesi koşuluyla, kollektif düzenlemelerle

(toplu sözleşmeyle ya da toplu sözleşmeye dayalı işyeri anlaşmasıyla) aşılabılır. Aynı şekilde ortalama sekiz saatlik çalışma süresinin ulaşılması gereken altı aylık dengeleme süresi de, gene toplu sözleşme temelinde 12 aya kadar uzatılabilir. Ayrıca, eğer çalışma süresine düzenli olarak ve önemli ölçüde iş nöbeti ya da nöbet hizmeti düşüyorsa ve çalışan yazılı olarak onay veriyorsa -onayını altı aylık bir süre içinde geri çekebilme koşuluyla- çalışma günü süresi telafi olmadan da sekiz saatin ötesinde uzatılabilir. Bunun önkoşulu, bir toplu sözleşmenin ya da toplu sözleşme temelinde yapılmış bir işyeri anlaşmasının, böyle bireysel bir sözleşmeye dayalı anlaşmaya izin vermesidir.

Çalışanların pazar ve bayram günlerinde istihdam edilmeleri temelde yasaktır. Ama yasal olarak tanımlanmış istisnalar mevcuttur. Düzenli gündüz ve gece mesaisinin yapıldığı işletmelerde, eğer dinlenme süresinin başlamasını izleyen 24 saat içinde işletme çalışmayacaksa, pazar ya da bayram günü tatilinin başlangıcı ya da sonu, altı saate kadar ileri ya da geri alınabilir. Bu durumda, dinlenme süresi bütün işletmede uygulanmalıdır, ama makineler çalışmaya devam edebilir. Bunun dışında, pazar ve bayram günleri çalışma yasağının genel istisnaları yasal bir katalogda düzenlenir. Örneğin, acil durum ve kurtarma çalışmaları, hastanelerde çalışma, konser ve tiyatro gösterileri, spor karşılaşmaları ve boş zaman etkinlikleri, fuar ve sergiler, enerji ve su şebeke işletmeleri vb. buna dahildir. Bunun yanı sıra, pazar ve bayram günü çalışmasına, üretime ara verildiğinde eğer temizlik, bakım ve hazırlık çalışmaları için üretim sırasında olduğundan daha fazla çalışan istihdam edilmesi gerekiyorsa, her zaman gene izin verilebilir. İzin verilen pazar ve bayram günü çalışmaları sonra çalışma günlerinde gene telafi edilmelidir. Telafi, zaman ve para şeklinde olabilir. Bu arada, pazar günleri çalışma yasağına istisna düzenlemelerine rağmen yılda en az 15 pazar uyulması gerektiğine dikkat edilmelidir. Pazar günü çalışma karşılığında iki hafta içinde, bayram gününde çalışma karşılığında sekiz hafta içinde bir ikame tatil günü verilmelidir.

II. Esnek Çalışma Süresi Modelleri

Almanya'da, kısmi süreli, kayan iş süresi ve çalışma süresi hesapları gibi çok sayıda esnek çalışma modeli başarıyla uygulanmaktadır. En önemli modeller aşağıda kısaca tanıtılacaktır⁶.

1. Kısmi Süreli Çalışma

Kısmi süreli çalışma, bir çalışanın düzenli haftalık çalışma süresi, karşılaştırılabilir durumdaki tam zamanlı istihdam edilen çalışanların düzenli haftalık çalışma süresinden daha kısa ise söz konusudur. Almanya'da kısmi süreli istihdam edilenlerin sayısı 1991 ile 2001 arasında 4,7 milyondan 6,8 milyona çıkmıştır⁷. Bu arada yasa koyucu Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasası'nda⁸, kısmi süreli çalışma talebini yasal bir hak haline getirerek bu gelişmeyi daha da pekiştirmeye çalışmıştır. Ama bunda başarılı olunamamıştır, bu da çalışma süresi modellerinin gönüllülük temelinde büyük ölçüde daha iyi işlediğini ve yasal zorlayıcı taleplerin sadece gereksiz bürokrasiye yol açtığını göstermektedir. Kısmi süreli çalışma, aşağıda ele alacağımız esnek çalışma süresi modellerinin birçoğuyla birleştirilebilir.

2. Fazla Mesai, Fazla Sürelerle Çalışma

Fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma, yasal ya da bireysel olarak işyeri için geçerli çalışma süresinin denk düşen miktarda para ya da tatil süresiyle dengelenecek şekilde aşılmasıdır. Almanya'da 2002 yılında her çalışan, toplu sözleşmelerle düzenlenen çalışma süresinin ötesinde ortalama 100 çalışma saati fazla mesai yapmıştır. Bu fazla mesainin ya da fazla sürelerle çalışmanın yaklaşık üçte biri için pazar ve bayram günü çalışmasının %25 ile %150 kadarını bulan miktarda ek ödemeler yapılmıştır⁹. İşveren için fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma çalışanların izin, hastalık ya da başka nedenlerle iş gelmemesinin yol açtığı darboğazları aşmak için ideal bir olanaktır. İşletmenin personel miktarı bu şekilde mümkün olan en düşük düzeyde tutulabilir. Çalışan açısından ise fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma aldığı ücretin artması ya da telafi edici tatil süresi elde etmesi demektir. Çeşitli fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma modelleri mümkündür. Örneğin, işin özellikle yoğun olduğu günlerde daha uzun bir çalışma süresi diğer günlerde daha kısa süreli çalışmayla dengelenebilir. Fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma için çalışanlarla, örneğin 150 saat gibi, yıllık bir azami saat miktarı ve bu saatler için bir ücret zammı kararlaştırılabilir. Beş günlük çalışma haftasında da cumartesi günü için zamlı çalışma konusunda anlaşılabilir. Eğer fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma tatil süresiyle denkleştirilecekse, bu fazla çalışmanın ya da fazla sürelerle çalışmanın ya-

pıldığı tarihten sonra altı ay içinde gerçekleşebilir. Hem çalışanlar hem de işveren için cazip bir model de fazla mesai ya da fazla sürelerle çalışma ile uzun vadeli çalışma hesaplarının birleştirilmesidir (bak. aşağıda 7).

3. Vardiya Çalışması

Almanya'da her iki çalışandan biri zaman zaman vardiyalı ya da hafta sonunda, geceleri çalışmaktadır. Örneğin 1999'da bütün çalışanların %10,7'si düzenli olarak vardiyalı ve %11,7'si de düzenli olarak pazar günleri çalışmaktaydı¹⁰. Vardiyalı çalışma, en az iki çalışan, süre giden bir plana göre düzenli olarak nöbet değiştirerek aynı iş görevini yerine getiriyorsa söz konusudur. Belirleyici olan, belli bir iş görevinin uzunca bir zaman gerektirmesi ve en az iki çalışan tarafından düzenlenmiş bir zaman çizelgesi içinde yerine getiriliyor olmasıdır. Uygulamada, sürekli vardiya modelleri ile değişken vardiya modelleri arasında ayırım yapılır. Sürekli vardiya sistemlerinde çalışma yeri, art arda birçok çalışan tarafından doldurulur ve her çalışan, hep aynı vardiyada çalışır. Değişken vardiya sistemlerinde bir vardiyanın çalışanları düzenli olarak vardiya değiştirerek, sırasıyla erken, normal ya da gece vardiyalarında çalışırlar. Bireysel durumlarda birçok değişik model düşünülebilir, her bir model bir iş diliminin kaç vardiyaya ayrıldığına, haftanın kaç gününde vardiya sisteminin kullanıldığına ve bir iş görevi için toplam kaç çalışanın gerekli olduğuna bağlı olarak tasarlanabilir¹¹. Geniş kapsamlı bir çalışma süresi yönetiminin varlığı koşuluyla, vardiyalı çalışma bir işletmenin teknolojik tesislerinin etkin kullanılmasını, özellikle de makinelerin çalıştırılma süresinin önemli ölçüde genişletilebilmesini sağlama avantajına sahiptir.

4. Kayan İş Süresi ve Güvene Dayalı Çalışma Zamanı

Kayan sürelerle çalışma, kısmi süreli çalışmadan sonra Almanya'da çalışma süresinin esnekleştirilmesinin en yaygın biçimidir. Belirlenmiş asgari çalışma süresi basit kayan sürelerle çalışma, esnek nitelikli kayan sürelerle çalışma ve belli sınırları olmayan ve çalışma süresinin işveren tarafından belgelendirilmediği güvene dayalı çalışmanın özel biçimi arasında ayırım söz konusudur. 2002 yılında basit kayan iş süresi, Alman işletmelerinin %33'ün-

de, nitelikli kayan iş süresi %16'sında ve güvene dayalı çalışma da %31'inde uygulandı¹². Basit kayan iş süresinde, çekirdek bir çalışma süresi belirlenir, bu örneğin sekiz saat olabilir ve sabah 7 ila 9 arasında başlayıp, akşam 15 ila 17 arasında sona erebilir. Nitelikli kayan sürelerle çalışan, kendi günlük çalışma süresinin gerek durumuna gerekse uzunluğuna kendisi karar verebilir. Nitelikli kayan iş süresi, genellikle "lambda hesabıyla" birleştirilir. Örneğin, eğer çalışma süresi hesabında 0 ila +/-10 saati varsa, çalışan "yeşil ışıkta"; +/-11 saat ila +25/-11 saat arasında "sarı ışıkta" ve +26/-12 ila +150/-50 arasında "kırmızı ışıkta"dır. Yeşil ışıkta çalışan kaç saat çalışacağına kendisi karar verebilir. Sarı ışıkta amiriyle konuşarak zaman dengelemesi için önlemler (örn. asgari çalışma) kararlaştırması gerekir. Kırmızı ışıkta ise çalışma süresi hesabı ayrıntılı olarak analiz edilmeli ve bu temelde bir zaman dengelemesi örgütlenmelidir. Kayan sürelerle çalışmanın her türü uzun vadeli çalışma hesaplarıyla birleştirilebilir (bak. aşağıda 7).

Güvene dayalı çalışma süresi modelinde çalışan zamana karar vermede tam özgürlüğe sahiptir. Burada çalışmanın çapı sadece çalışma performansı ile ölçülebilir, işveren yönetim hakkını çalışma süresiyle ilgili olarak değil, sadece çalışma performansı bakımından kullanabilir ve çalışma süresinin işveren tarafından belgelendirilmesi söz konusu olmaz. Bu çalışma süresi modeli -isminden de anlaşılacağı gibi- her iki taraf açısından da yüksek derecede bir karşılıklı güven ve sorumluluk bilinci şart koşar. Bu önkoşullar mevcutsa -bunu belirlemenin en iyi yolu güvene dayalı çalışma süresinin deneme olarak belli bir süre kısmen uygulanmasıdır- bu bütün çalışma süresi biçimlerinin en esnek olanıdır. Özellikle yüksek ve en yüksek nitelikli işlerde geçerli olabilir.

5. Kapasiteye Bağlı Değişken Çalışma Süresi - KAYDEÇA (Çağrı Üzerine Çalışma)

Kapasiteye bağlı değişken çalışma süresinde işverene, bireysel iş sözleşmesi temelinde bireysel çalışanın çalışma performansını verili gerçek işletme gereklerine uygun bir şekilde belirleme hakkı tanınır¹³. Çalışma süresinin işverenin tek yanlı performans belirleme hakkı sayesinde işin gereklerine uyarlanması mümkün olur. KAYDEÇA'da, bireysel

iş sözleşmesinde borçlu olunan toplam çalışma süresi önceden belirlenir. Burada referans zaman olarak hafta ya da ay alınabilir. Yasal çerçeveyi Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasası sağlar. Buna göre en azından atıfta bulunulacak en az haftalık ya da günlük çalışma süresinin sözleşmeyle belirlenmesi gerekir. KAYDEÇA, çok yüksek bir esneklik potansiyeline sahiptir. İşgücü ihtiyacının mevsimsel dalgalanmalar gösterdiği alanlarda özellikle caziptir. Bu özellikle perakendecilik gibi stokla çalışmayan ya da işi ertelemenin mümkün olmadığı sektörler için geçerlidir.

6. İş Paylaşımı (Job Sharing) (Çalışma Yerini Paylaşma)

Almanya'da çalışma yerini paylaşma şeklindeki çalışma süresi modeli de Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasıyla düzenlenmektedir. Çalışma yerini paylaşma, bir işveren birçok çalışanla bunların bir çalışma yerinde çalışma zamanını kendi aralarında paylaşmaları konusunda anlaşmışsa söz konusudur. Çalışan, kendisine gösterilen çalışma yerini, başkalarıyla anlaşmalı olarak, işletme için geçerli çalışma saatleri içinde, daha önce yapılmış bir çalışma zamanı planı çerçevesinde aynı çalışma yerinde istihdam edilen başkalarıyla nöbetleşe doldurmaya yükümlüdür. Bu arada çalışanlar, çalışma yerini kimin hangi saatte dolduracağına kendi aralarında karar verirler. Çalışanlar, işi birlikte yapmayı ve gerektiğinde birbirlerini bilgilendirmeyi ve önemli kararları birlikte almayı üstlenmişlerse, "iş çiftleme"den (jobpairing) söz edilir. Çalışma yerini paylaşmanın bir başka biçimi, tam zamanlı bir çalışma yerini birbirinden bağımsız iki yarı zamanlı yere bölmek olabilir (jobsplitting). Çalışma yerini paylaşmanın daha başka bir biçimi, farklı mesleki vasıf düzeyleri içeren çalışma yerleri için sunulabilecek şekilde, çalışmanın, işin içeriğine göre, işlevsel olarak bölünmesi demek olan bölüp paylaşma modelidir (split-level sharing). Esneklik tercihi sadece çalışanlara bırakıldığında, iş paylaşmanın işveren açısından dolaysız bir yararı yoktur. İşverenin çalışma zamanının çalışanlar arasında nasıl koordine edileceğiyle uğraşmaması ve dolayısıyla idari harcamaların azalması bir avantaj olabilir. Bu çalışma biçiminin Almanya'da görece az yayılmış olmasının bir nedeni de Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasası'nın bir çalışanın işte ol-

maçlığı zamanların organizasyon riskini sadece işverene yüklemesi olabilir.

7. Çalışma Süresi Hesapları

Çalışma süresi hesapları sözü geçen fazla mesai ve kayan iş süresi gibi bazı çalışma süresi modellerine eşlik etmektedir. Çalışma zamanı hesapları, cari yılın zaman ekonomisi ve fazla mesainin denkleştirilmesi bakımından kısa vadeli olarak getirilmiş olabileceği gibi, çalışma zamanlarını, örneğin erken emeklilik amacıyla biriktirmeyi mümkün kılan uzun vadeli ya da ömür boyu çalışma zamanı hesabı olarak da düzenlenebilir. 2002 yılında işletmelerin %33'ü yıllık çalışma zamanı hesapları, %13'ü uzun vadeli çalışma zamanı hesapları ve %2'si de ömür boyu çalışma zamanı hesapları kullanıyordu¹⁴. Yürürlükteki Alman iş hukukuna göre ömür boyu çalışma zamanı hesapları için ciddi bir esneklik alanı mevcuttur. Şu örnek bunu gözler önüne seriyor: Toplu ya da bireysel iş sözleşmesine göre 5 çalışma gününe dağılmış 38 saatlik bir çalışma haftası söz konusu olsun. Eğer çalışan haftada azami izin verilen süre olan 48 saatin tümünü çalışırsa, bu durumda haftada 10 saatlik bir biriktirme hacmi ortaya çıkar. Bu, bir yıl için hesaplanırsa, izin ve tatil günleri çıkarıldıktan sonra azami 452 saatlik bir yıllık biriktirme hacmi söz konusu olur. 30 yıllık bir meslek hayatı sonrasında bu varlık 13.560 saate çıkar ve bu da (her biri 7,6 saatlik) 1784 çalışma gününe tekabül eder. Bir yıl için 226 çalışma günü varsayılırsa, ortaya 7,9 yıllık bir varlık çıkar. Bu durumda çalışan herhangi bir finansal kayba uğramadan 7,9 yıl erken emekliliğe ayrılabilir. Bu örnek kuşkusuz her türlü çalışma zamanı bileşimine ya da yasal azami çalışma süresine uyarlanabilir. Bir çalışma zamanı hesabı ne kadar uzun vadeli açılırsa, idari masraflar ve örn. iflas güvencesi ihtiyacı da o kadar yüksek olur. Ömür boyu çalışma zamanı hesaplarının henüz görece az yayılmış olmasının nedeni bu olabilir. Ne var ki, mümkün olduğu kadar esnek çalışma süresi modellerinin mümkün olduğu kadar uzun vadeli çalışma zamanı hesaplarıyla büyük ölçüde kolaylaştırıldığı olgusu, bu modele gelecekte daha geniş bir yaygınlık sağlayacaktır. Ancak burada her zaman önkoşul, yasa koyucunun hesap modellerinin en geniş esnek kullanımı için gerekli çerçeve koşullarını sağlaması olacaktır.

III. Sonuç

Esnek çalışma süresi modelleri Almanya'da daha simdiden yayılmış bulunmaktadır ve hem işverenler hem de işçiler tarafından artan bir hoşnutlukla karşılanmaktadır. Toplu sözleşmeler de örn. çalışma süresi koridorları gibi esnek düzenlemelere giderek daha çok yer vermektedir. Alman işletmeleri esnek çalışma sürelerinin uygulamaya konulmasının nedenleri olarak şunları sayıyorlar: daha iyi bir müşteri yönelimi (%91), sipariş dalgalanmalarının daha iyi dengelenmesi (%77), çalışanların iş motivasyonunun güçlenmesi (%74), çalışanların daha çok sorumluluk üstlenmesi (%74), yeni çalışanların gözünde işletmelerin çekiciliğinin artması (%62), çalışanların zaman hükümlerinin artması (%61) ve işletme sürelerinin uzaması (%47)¹⁵. Esnek çalışma süreleri, iş paylaşımı ve teleçalışma gibi modern çalışma biçimleriyle birlikte, günümüz çalışma hayatının vazgeçilmez bir parçası ve ekonomik bölgelerin rekabet edebilirliğinin ve çalışma yerlerinin güvence altına alınması ve yenilerinin yaratılmasının önkoşulu haline gelmiş bulunmaktadır. Bu nedenle gerek ulusal ve Avrupa düzeyindeki yasa koyucu gerekse toplu sözleşmenin tarafları esnek çalışma sürelerini teşvik edecek kalıcı çerçeve koşullarını yaratmaya çağrılmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 6.6.1994, BGBl. s. 1170, en son 24.12.2003'de değiştirilen hali, BGBl. I, s. 3002.
- 2 Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, 14. bas. 2004, § 1, Rz. 3.
- 3 Schliemann, Arbeitszeitgesetz, 8. Ufg. 2005, § 2 Rz. 65.
- 4 Schütt/Schulte-Podewin, Arbeitszeitgesetz, kısa yorum, 2005, s. 1.
- 5 Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 2. bas. 2004, § 9 Rz. 1.
- 6 Linnenkohl/Rauschenberg/Gressierer/Schütz, Arbeitszeitflexibilisierung, 4. bas. 2001; ayrıca Schliemann/Meyer, Arbeitszeitrecht - gesetzliche, tarifliche und betriebliche Regelungen, 2. bas. 2002, Rz. 1082; uygulama örnekleri için bak. www.arbeitszeiten.nrw.de.
- 7 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, iwd Nr. 40, 3.10.2002, bak. www.iw-koeln.de.
- 8 21.12.2000, BGBl. I, s. 1966, son olarak 24.12.2003'de değiştirilmiş hali, BGBl. I, s. 3002.
- 9 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, Argumente zu Unternehmensfragen Nr. 2, 3.2.2005.
- 10 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, iwd Nr. 41, 12.10.2000.
- 11 Linnenkohl/Rauschenberg/Gressierer/Schütz, Arbeitszeitflexibilisierung'da çok sayıda örnek, 4. bas. S. 39.
- 12 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, iwd Nr. 46, 13.12.2003.
- 13 Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 2. bas. 2005, Rz. 114.
- 14 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, iwd Nr. 46, 13.12.2003.
- 15 Alman Ekonomisi Enstitüsü, Köln, iwd Nr. 46, 13.12.2003.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönü Bağlamında Eleştirel Yaklaşım

I. Giriş

Türkiye, 3 Ekim 2005 tarihinde yapılan Katılım Konferansı'yla, Avrupa Birliği'ne katılım görüşmelerine başlamıştır. 9 Kasım 2005 tarihinde de, Avrupa Birliği Komisyonu, 2005 yılına ait Türkiye'nin İlerleme Raporu'nu açıklamıştır. Söz konusu İlerleme Raporu, Komisyon'un 1998 yılından beri Türkiye'yle ilgili düzenli olarak yayınladığı sekizinci rapor olup, Katılım Konferansı sonrasında ise açıklanmış ilk rapordur.

Resmi dilde "Düzenli Rapor" olarak adlandırılan bu raporlar, Avrupa Birliği'ne aday bir ülkenin üyeliğe doğru ilerleyen süreçte gerçekleştirdiği ilerlemeleri konu almaktadır. Bu anlamda, İlerleme Raporları, Avrupa Birliği'ne katılım süreci içinde her yıl için verilen bir tür "ara karne" niteliğindedir. İlerleme Raporlarının, hukuki anlamda bir bağlayıcılığından söz edilememekle birlikte bunlar ilgili aday ülke hakkındaki Avrupa Birliği'nin tutumunu yansıttığı için, anılan raporların hiçbir hukuki etkisinin bulunmadığını ileri sürmek yanıltıcı olur. Çünkü İlerleme Raporlarının temel amacı, aday ülkelerin kendi eksikliklerini raporda belirtilecek şekilde düzeltmelerini sağlamaktır. Nitekim Avrupa Birliği'ne üye olmak isteyen aday ülke, nihai olarak, bu raporlarda belirtilen eksikliklerini gidermeye çalışacaktır.

Kamuoyuna açıklandıklarında İlerleme Raporla-

rına yöneltilen en büyük eleştiri, bu raporların objektif olmadıkları yönündedir. Bu anlamda, Türkiye'yle ilgili İlerleme Raporları, zaman zaman ya birtakım konuları geçiştirdiği ya da çok acımasız yaklaştığı eleştirileriyle karşılaşmaktadır. Bununla birlikte, soruna genel olarak bakıldığında söz konusu raporların, önemli gerçeklere ışık tutma bakımından büyük ölçüde objektif oldukları yadsınmaz.

2005 yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun 19. bölümü, "Sosyal Politika ve İstihdam"a ayrılmıştır. Ayrıca, bu bölümde, "İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması" başlıklı bölüme de atıfta bulunmaktadır. Bu bağlamda, aşağıdaki açıklamalarda, 2005 yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun sadece sosyal yönü¹, yani ekonomik ve sosyal haklar ile sosyal politika ve istihdam sorunlarına bakışı ele alınacaktır. Bu yapılırken, yine bunların ne ölçüde gerçekçi oldukları irdelenecektir. İlerleme Raporlarında, Komisyon her defasında baştan beri yapılması gerekenleri belirttiği için, bir anlamda Türkiye'nin halen içinde bulunduğu durum da, bu sayede ortaya çıkmaktadır.

II. Sosyal Politika ve İstihdam Alanları

1) 2005 yılı İlerleme Raporu, ilkin, Türkiye'nin sosyal politika ve istihdam alanında "bir miktar"

ilerleme kaydettiğini belirtmekte ve iş hukuku alanındaki ilerlemelerin "sınırlı" olduğuna değinmektedir. Raporla göre; işverenin ödeme gücüne düşmesi durumunda çalışanların korunmasına yönelik müktesebatın iç hukuka aktarılması amacıyla, Ekim 2004 tarihinde Ücret Garanti Fonu'nun kurulmasına ilişkin yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Ücret Garanti Fonu, Türkiye İş Kurumu'nun (İşkur) yönetiminde olacaktır².

Burada kastedilen İş Kanunu'nun 33. maddesine dayanılarak çıkarılmış bulunan "Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği"dir³. Bu bağlamda, anılan rapor, sözkonusu yönetmeliğin çıkarılmasını, "işverenin ödeme gücüne düşmesi durumunda çalışanların korunmasına yönelik müktesebatın iç hukuka aktarılması amacı"na dayandırmaktadır. Oysa, bu amaç, esasen daha önce, sözkonusu yönetmeliğin hukuki dayana-

Türkiye ise, 2003 yılında kabul ettiği İş Kanunu'nda, toplu işçi çıkarma, işyerinin devri ve bireysel çalışma koşulları hakkında bilgilendirmeye ilişkin olarak çalışanlara yeterli güvence hükümlerini getirmiştir. Bu anlamda, İş K. m. 6, 8/III, 29 hükümleri kabul edilmiş ve Avrupa Birliği müktesebatına uyumla ilgili olarak da, anılan hükümlerin gerekçelerinde de gerekli açıklamalara yer verilmiştir. Nitekim ilkin, İş K. m. 6 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde aynen, *".. Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak açısından iki konuya daha madde hükümleri arasında yer verilmiştir. Bunlardan biri, işyeri veya bir bölümünün devri halinde, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken baklardan dolayı önceki ve sonraki işverenin sorumluluğudur. Diğeri ise, devirde iş sözleşmelerinin fesih yönünden ne yolda*

İş K. m. 6'daki düzenlemenin, Avrupa Birliği'nin 77/187 ve 2001/23 sayılı yönergelerini hiç dikkate almadığı veya bunlarla gerekli uyumu sağlamadığını söylemek güçtür.

ğını oluşturan İş K. m. 33 hükmünde yer almıştır. Nitekim, belirtilen amaç daha önce İş K. m. 33 hükmünün gerekçesinde aynen, *".. Bu güvence, "Avrupa Birliği'nin 36 numaralı İşverenin Ödeme Gücüne Düşmesi Hallerinde Bir Fon Veya Benzeri Bir Kurum Oluşturulmasını Öngören 1980 tarihli Yönergesi" doğrultusunda. İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında oluşturulacak ayrı bir ücret fonu ile sağlanacaktır .."* sözleriyle anlatılmıştır.

Ancak Rapor, Türkiye'nin mevzuatında koruyucu hükümlere yer vermesini yeterli bulmamakta, bu konuda, bizzat Avrupa Birliği yönergelerinin, Türkçeye çevrilip iç hukuka aktarılmasını istemektedir. Gerçekten, Raporda aynen, Türkiye'nin halen bazı yönergeleri kendi hukukuna aktarmak konusundaki eksikliklerini gidermesi gereğinden söz edilmekte ve bu eksiklikler arasında toplu işten çıkarmalar, işletmelerin devri ve bireysel çalışma koşulları hakkında bilgilendirmenin de bulunduğu kaydedilmektedir. Ayrıca, Türkiye'nin, işyerinin yönetimine katılma ve bilgilendirme ile danışma konusunda ilgili tüzük ve yönergeleri de iç hukuka aktarması için gerekli hazırlıkları yapması gereği belirtilmektedir⁴.

etkileneyeceğidir. Bu hususta Avrupa Birliği Müktesebatına uyum sağlayan ve ülkemiz yargı kararları ile doktrindeki görüşlere uygun hükümler getirilmiştir .." denilmiştir. Bu anlamda, İş K. m. 6'daki düzenlemenin, Avrupa Birliği'nin 77/187 ve 2001/23 sayılı yönergelerini hiç dikkate almadığı veya bunlarla gerekli uyumu sağlamadığını söylemek güçtür. Bunun gibi, İş K. m. 8 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde de aynen, *".. Sözleşmenin yazılı yapılmadığı halde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belgeyi işçiye vermesinde yine 1475 sayılı Kanununun hükmü esas alınmış, ancak belgenin içeriği ve verilmesi süresi yönünden Avrupa Birliği'nin 91/533 sayılı Yönergesi göz önünde tutulmuştur .."* anlatımına yer verilmiştir.

Buna karşılık, işyerinin yönetimine katılma ve bilgilendirme ile danışma konularında Türkiye'de yapılanların, iş sağlığı ve güvenliği alanında son dönemde çıkarılan yönetmelik hükümleriyle sınırlı kaldığı, bunun dışında, AB müktesebatına uyum konusunda yetersiz kalan önceki yönetime katılma esaslarının ise korunduğu görülmektedir. Önümüzdeki dönem için Türkiye'nin, bunlarla ilgili ge-

rekli hazırlık çalışmalarını biran önce başlatması zorunlu görünmektedir.

2) Rapor, İş Kanunu'nun mevcut uygulama alanını "çok sınırlı" bulmaktadır. İş Kanunu'nun uygulama alanının dışına ilişkin istisna hükümlerini (İş K. m. 4) her çalışanın bir İş Yasası'nın bulunması açısından haklı görmek mümkün bulunmakla birlikte, Raporun belirtilen anlatımının abartısız olduğunu söylemek de mümkün görünmektedir. Çünkü Rapordaki sözkonusu anlatımla, sanki ülkemizde çok küçük bir azınlığın İş Kanunu'ndan yararlandığı gibi, gerçek olmayan bir izlenim yaratılmış olmaktadır. Bunun yerine, örnek olarak belirttiği 50'den az işçi çalıştıran tarım işyerlerindeki çalışanlar için yeterli bir sosyal korumanın sağlanması gereğinden söz edecek olsaydı, ancak bu takdirde Raporun gerçeğe dayalı olduğundan söz etmek mümkün olabilirdi.

li olmaktadır¹⁰. Bu anlamda, gemi adamlarıyla yapılacak yazılı sözleşmeler, Deniz İş K. m. 6/bent 12 hükmü uyarınca, 15 sayılı Sözleşme'nin özetini içermek zorundadır. Buna göre, deniz taşımacılığında çalışan çocuklar ile gençler, Raporda belirtildiğinin aksine, koruyucu hükümlere çok fazla gereksinir durumda değildir. İş Yasaları'nın uygulama alanına girmeyenler bakımından ise, bunlar için koruyucu hükümlere, sadece çocuklar değil, herkes gereksinim duymaktadır.

4) İş sağlığı ve güvenliği alanında Türkiye'nin ilerleme kaydettiği, Raporda belirtilmekte; ancak, asbest ve gürültü konusundaki yönetmeliklerin, müktesebatın halihazır durumuna uygun hale getirilmesi gereğinden söz edilmektedir¹¹. Bu bağlamda, Gürültü Yönetmeliği, 23.12.2003 ve Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik de 26.12.2003 tarihlerinde kabul

Çocuk işçiliğine ilişkin Türk iş mevzuatı hakkında Raporda yer alan anlatımların bazılarının da, gerçek olmadığı görülmektedir.

3) Çocuk işçiliğine ilişkin Türk iş mevzuatı hakkında Raporda yer alan anlatımların bazılarının da, gerçek olmadığı görülmektedir. Gerçekten, bu konuda Raporda, çocuk işçiliğiyle ilgili mevzuatın, müktesebatla tam olarak uyumlu hale getirilmesi ve deniz, hava taşımacılığı veya 50'den az işçi çalıştıran tarım işletmeleri gibi İş Kanunu tarafından halen kapsanmayan sektörlerde çalışan çocukların korunmasına ilişkin hükümleri de içermesi gereğinden söz edilmektedir¹².

Oysa, asgari çalışma yaşı olarak kural olarak 15 yaş ve hafif işler için de 14 yaş esas olan ulusal düzenleme (İş K. m. 71), AB müktesebatıyla olduğu kadar uluslararası çalışma normlarıyla (ILO standartlarıyla) da uyumludur. Sonra, deniz taşımacılığı alanında Türkiye, Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespitine Dair 58 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'ni onaylamış bulunmakla, 15 yaş esasını deniz işleri için de kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun gibi, ateşçi olarak çalıştırılacaklarda da, Trimci ve Ateşçi Sifatıyla Gemilerde İş Alınacakların Asgari Yaşının Tespitine Dair 15 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'ni Türkiye'nin onaylamış bulunması nedeniyle asgari 18 yaş esas geçer-

edilmiş olup, bunlardan ilkinin, yayınlandıktan üç yıl sonra (23.12.2006 tarihinde) ve ikincisinin ise, 15.4.2006 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Sözkonusu yönetmelikler, AB standartları dikkate alınarak hazırlanmıştır. Nitekim, Gürültü Yönetmeliği'nin "6.2.2003 tarihli ve 2003/10/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" ve Asbest Yönetmeliği'nin de, "19.9.1983 tarihli ve 83/477/EEC sayılı ve 25.6.1991 tarihli ve 91/382/EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifleri ile 27.3.2003 tarihli ve 2003/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" dikkate alınarak hazırlandığı, bizzat kendi metinlerinde belirtilmektedir (m. 13 ve m. 22).

İlerleme Raporu, Türkiye'nin sözkonusu yönetmelikleri uygulamakta güçlük çektiğini ve bunların yürürlüğe girişlerini de gerekli hazırlıkları tamamlamak için ertelediğini görmezlikten gelmektedir. Bunun gibi, sözkonusu metinlerin, AB standartlarının halihazır durumu dikkate alınarak hazırlanmaları da gözden kaçırılmaktadır. Türkiye'ye yöneltilen bu konudaki eleştirilerin ise, yeniden erteleme sözkonusu olmadığı takdirde, en geç 2006 yılı sonunda ortadan kalkacağı söylenmelidir.

5) Sosyal diyalog konusunda Türkiye'nin son zamanda fazla bir ilerleme kaydetmediği, İlerleme Raporunda yer almakta ve kaydedilen ilerlemenin "çok az" olduğu belirtilmektedir. Buna göre, "Üçlü Danışma Kurulu"nun Mayıs 2005 tarihinde ancak ikinci kez toplanabilmesi, ancak 12 yıl aradan sonra Eylül 2004 tarihinde Çalışma Meclisi'nin yeniden toplantıya çağırılması ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'in hükümet ağırlıklı yapısı, Rapor tarafından eleştirilmektedir¹². Yapılan bu eleştirilerde, belli haklılık payının olmadığı söylenemez. Gerçekten, büyük umutlarla 2003 yılında İş Kanunu'na konulan "Üçlü Danışma Kurulu"na ilişkin düzenleme (İş K. m. 114), kendisini yaşama geçirecek ilgili yönetmeliğin¹³ 2004 yılında çıkarılmış bulunmasına karşılık, fazla bir uygulama alanı bulamamıştır. Bu anlamda, Üçlü Danışma Kurulu'ndan, sosyal diyalog yönünde yeterince yararlanılabilmiş değildir. Oysa,

gerçekler konusunda, özellikle kadınların düşük işgücüne katılım oranını, yüksek düzeydeki genç işsizliğini, kayıt dışı ekonominin genişliğini ve kırsal/kent işgücü piyasaları arasındaki farklılıkları temel almaktadır. Bu anlamda, tam üyelik sürecinde Türk emek piyasasının, olumsuz yöndeki belirtilen özellikleri taşıdığı bir gerçektir. Nitekim, Türkiye'nin 2004 yılı itibarıyla % 43.6'lık (Rapora göre % 43.7) bir istihdam oranına sahip olması bunun içinde özellikle kadın istihdam oranının (%22.6), AB'nin en düşük ortalamasına sahip Malta'nın (% 36.8) kadın istihdam oranından bile daha düşük düzeyde bulunması, Avrupa Birliği açısından büyük sorun yaratmaktadır¹⁴. Bunun gibi, yaş grupları bakımından işsizliğin en fazla (% 33.9) oranla 25-34 yaş grubunda olması¹⁵ da, Türkiye'deki genç işsizliğin olumsuz etken olmayı sürdürdüğünü göstermektedir.

Sosyal diyalog konusunda Türkiye'nin son zamanda fazla bir ilerleme kaydetmediği, İlerleme Raporunda yer almakta ve kaydedilen ilerlemenin "çok az" olduğu belirtilmektedir.

iki büyük Türk işçi konfederasyonunun başkanı, sosyal diyalogun temel AB kurumlarından biri olduğunu kabul edip¹⁶, uzlaşma kültürü için sosyal diyalogun işletilmesi¹⁷ gereğinden söz ederek, sosyal diyaloga olan yakınlıklarını açıklıkla ifade etmekte ve yine aynı yönde, Türk işveren konfederasyonunun başkanı da, Avrupa Birliği'nin felsefesinde uzlaşma kültürünün yerinin büyük olduğunu belirtmektedir¹⁸.

Öte yandan, Çalışma Meclisi'nden de, fazlaca bir sonuç alınabilmiş değildir. Oysa, son Çalışma Meclisi, yasal zorunluluğa rağmen 1975 yılından beri bir türlü kurulamayan "kıdem tazminatı fonu" sorununa çözüm getirebilmek düşüncesiyle toplanmıştı. Çalışma Meclisi'nde uzlaşma sağlanamaması üzerine ise, kıdem tazminatının işletmelere olan yükünü hafifletme umutları şimdilik ortadan kalkmış görünmektedir. Yine, Ekonomik ve Sosyal Konsey, hükümet ağırlıklı yapısından kurtarılamadığı gibi, gerekli uzman komisyonlardan yararlanılmadığı için de işlevsel olmaktan uzaklaşmaya başlamıştır.

6) Rapor, Türkiye'nin istihdam yapısıyla ilgili

7) Rapor, sosyal güvenlik reformu alanında, sosyal sigortalar hastanelerinin Sağlık Bakanlığı'na devri gibi gerçekleşmiş faaliyetler ile sosyal güvenlik kuruluşlarının tek çatı altında toplanması gibi halen sürmekte olan reform çalışmalarına olumlu yaklaşmakta, ancak, mali istikrarın bulunmaması, kayıt dışı sektörün genişliği ve yönetim sorunları gibi eksiklikler nedeniyle, sağlık hizmetlerinin sunumu konusunda fazla da iyimser görünmemektedir. Ayrıca, "sağlık hizmetlerinin kapsadığı kişi sayısının artırılması ve bu hizmetlere adaletli erişimin geliştirilmesi" ve "bakım hizmetlerinin sunulmasında coğrafi bölgeler arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi"nden Raporda söz edilmekle¹⁹ birlikte, bununla genel sağlık sigortasının hedef edinilip edilmediği noktası açıklıkla belirtilmiş değildir.

8) İlerleme Raporu, istihdamda cinsiyet ayrımcılığı konusunda, istihdamda ayrımcılığı yasaklayan AB yönergelerinin Türk mevzuatına aktarılması hakkında hiçbir ilerlemenin kaydedilemediğini belirtmekte ve özellikle ebeveyn izni, eşit ücret, işe giriş ve kanıt yükü gibi konularda daha çok uyumlaştırmanın gereği ile AB müktesebatının zorunlu

Raporda Türkiye'nin eksiği olarak belirtilen eşit ücret esasına İş K. m. 5/IV hükmünde açık bir biçimde yer verilmiştir.

kıldığı Eşitlik Kurulu'nun kurulmasından söz etmektedir²⁰. Bu konuda, açıkça görüldüğü üzere, salt AB müktesebatıyla uyumlu düzenlemelerin varlığıyla yetinilmemekte, bizzat, cinsiyet ayrımcılığıyla ilgili AB yönergelerinin Türkçeye çevrilip iç hukuka aktarılması, yani yürürlükteki ulusal hukuk hükmü olarak kabul edilmesi istenilmektedir. Bunun isabet derecesi ise tartışmaya açıktır.

Türkiye ise, yakın geçmişte yeni bir İş Kanunu'nu kabul ederken, daha önceki dönemden farklı olarak, eşitlik ilkesine ayrı bir madde hükmü (İş K. m. 5) içinde yer vermiş ve bu hükmün ihlali durumu için de yaptırım öngörmüştür. Ancak sözkonusu düzenleme, işe girme sürecindeki iş sözleşmesinin kurulmasından önceki evreyi, yani iş görüşmelerini kapsamadığı için, Avrupa çevrelerinden gelen haklı eleştiriler devam edebilmektedir. Üstelik bu eleştiriler, belirtilen halde *culpa in contrahendo* temelinden kalkarak sorumluluk türeten görüşlerin²¹ varlığına rağmen sürmektedir.

Kanıt yükü konusunda da İş Kanunu, esas olarak işçinin aykırılığı kanıtlamasını öngörmekle birlikte, işçi bir ihlalin varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu takdirde, işverenin böyle bir ihlalin bulunmadığını kanıtlamasını öngörmüştür (İş K. m. 5/VII). Belirtilen esas ise, sözkonusu hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, doğrudan 97/80 sayılı AB Yönergesi'ne uyum sağlamaktadır²². Bu anlamda, anılan yasa hükmü, AB müktesebatına uygun olarak, işçiye ispat kolaylığı sağlamaktadır. Buna göre de, Raporun bu konudaki anlatımlarının gerçeğe uygun düştüğünü söylemek güçleşmektedir.

Bunun gibi, Raporda Türkiye'nin eksiği olarak belirtilen eşit ücret esasına da, İş K. m. 5/IV hükmünde açık bir biçimde yer verilmiştir. Nitekim, sözkonusu hüküm uyarınca, "aynı veya eşit değerle bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz".

Buna karşılık, ebeveyn izni ve Eşitlik Kurulu'nun oluşturulması gibi Raporda yer alan eksikliklerin halen sürdüğü görülmektedir.

9) Rapor, özürlü istihdamına ve özürülülerin sosyal yönden korunmasına ilişkin gelişmeleri önemle kaydetmekte ve bunlarla ilgili olarak Temmuz 2005 tarihinde çıkarılan bir yasaya değinmektedir. Sözkonusu Yasa, anımsanacağı üzere, 1/7/2005 tarih ve 5378 sayılı "Özürülüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"dur²³. Anılan Yasa, özürülülerle ilgili değiştirilmesi gereken mevzuat hükümlerini topluca taramış ve bu arada, işyerlerinde gerekli fiziki düzeltmeleri yapma zorunluluğu getirmiştir.

Rapor, 5378 sayılı Yasa'yla ilgili gelişmelere olumlu bir yaklaşım içinde olmasına karşın, özürülülere yönelik merkezi ve merkezi olmayan yapıların ve olanakların, yani toplumsal temele dayanan hizmet ve kurumların geliştirilmesi ve özürülü çocukların eğitime erişiminin iyileştirilmesine daha büyük bir önem verilmesi gereğinden de söz etmektedir²⁴. Ancak, bu konuda merkezi yönetime getirilecek yükümlülüklerin, Devletin sınırlı mali olanaklarıyla ölçülmesi (Ay. m. 65) gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

III. İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması Alanları

1) Raporda ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olarak, öncelikle, kadın hakları konusuna değinilmektedir. Bu bölümde konumuzu doğrudan ilgilendiren nokta, kadın işgücüne ilişkin bilgi ve açıklamalardır. Bunlar içinde, kadınların işgücüne katılım oranları bakımından, Türkiye'nin % 25.4'lük oranla OECD ülkeleri içinde halen en düşük orana sahip ülke olduğunun belirtilmesi dikkatleri çekmektedir. Buna karşılık, Rapor, kadınların avukatlık, doktorluk ve öğretim üyeliği gibi belirli mesleklere katılımının yüksek olduğunu da belirtmekten geri kalmamaktadır²⁵.

Diğer yandan, kadın işgücüsüyle ilgili açıklamalar yapılırken aynı yerde, "Türkiye Avrupa Sosyal Şartı'nın çalışan kadınların analık hakkına ilişkin 8. maddesini onaylamamıştır" anlatımına yer verilip, dolaylı olarak Türkiye'nin bir eksiğinin olduğu izlenimi yaratılmak istenmektedir. Oysa, Avrupa Sosyal Şartı'nın sekizinci maddesini henüz onaylamamış olması, Türkiye için bir eksiklik değildir. Çünkü Türkiye, 2003 yılında İş Kanunu'nun analığın korunmasına ait düzenlemesiyle (İş K. m. 74

hükmüyle), oldukça ileri bir adım atarak, uluslararası standartları yakalamış ve hatta geçmiş durumdadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün analığın korunmasını içeren son sözleşmesi durumunda olan 183 sayılı Sözleşme (2000), toplam asgari 14 haftalık bir analık izninin verilmesini öngörürken (m. 4 bent 1), ulusal düzenlememiz (İş K. m. 74/I) toplam 16 haftalık bir analık izninin verilmesini içermektedir. Bunun gibi, ideal örnek olarak gösterilen Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesi de, toplam asgari 12 haftalık bir analık izninin verilmesini öngörmektedir (bent 1).

Aynı şekilde, Türk iş mevzuatı, sözkonusu düzenlemedeki diğer hükümlerle de uyum içindedir. Nitekim, Avrupa Sosyal Şartı m. 8, analık izninin sağlanması dışında "çalıştırmanın, bir kadına doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunmasını veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada süresi sona erecek bir bildirimde bulunmasını yasa

kadınların çalıştırılmasını yasaklamaktadır. Bunun gibi, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'ne ekli çizelgede de, kadınların çalıştırılmayacağı tehlikeli, sağlığa aykırı veya ağır niteliğiyle uygun düşmeyen işler tek tek gösterilmiş ve bunlarda çalıştırılmaları yasaklanmıştır (Ağır TİY. m. 4/II).

Türk iş mevzuatının anılan hükümleri Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesiyle karşılaştırılacak olduğunda, halen Türkiye'nin sözkonusu hükmü onaylayabilecek durumda olduğu görülmektedir. Ancak Avrupa Sosyal Şartı'nın anılan hükmünü onaylaması, görüldüğü üzere, Türkiye'ye ilerleme yönünde ve analığın korunması bakımından fazla birşey kazandırmayacak, olsa olsa, Türkiye'nin onayladığı hüküm sayısını artırmış olacaktır. Türkiye ise, Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylarken, kendisini bağlı sayması için gerekli türde asgari düzenleme sayısını (Avrupa Sosyal Şartı m. 20/bent 1), esasen geçmişte yeterli bir biçimde taahhüt etmiş

İdeal örnek olarak gösterilen Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesi toplam asgari 12 haftalık bir analık izninin verilmesini öngörmektedir.

dışı saymayı" (bent 2), "emzirme döneminde analara, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlamayı" (bent 3), "endüstride çalışan kadınların gece işlerinde çalışmalarını düzenlemeyi" ve "çalışan kadınların yer altı madenlerinde ve gereğinde tehlikeli, sağlığa aykırı veya ağır niteliği nedeniyle uygun düşmeyen tüm öteki işlerde çalışmalarını yasaklamayı" (bent 4) düzenlemektedir.

Türk iş mevzuatına bakıldığında; "74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek", İş K. m. 18/III bent e hükmü uyarınca, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturmamaktadır. Sonra, İş K. m. 74/VI, kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilmesini ve bu sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını öngörmektedir. Gidererek, 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar, İş K. m. 73/II hükmü uyarınca, "Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Kosulları Hakkında Yönetmelik"²⁶ tarafından düzenlenmiştir. Nihayet, İş K. m. 72, yer altı maden ocaklarında her yaştaki

durumdadır. Buna göre, Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesini henüz onaylamamış olması, sözkonusu hükmünü onaylayabilecek durumda olan Türkiye için bir eksiklik olarak gösterilmemelidir.

2) İlerleme Raporu, çocuklar ile gençler bakımından, Avrupa Sosyal Şartı'nın 7 ile 17. maddelerini onaylamadığını ileri sürerek, bunu Türkiye'nin bir eksikliği olarak göstermek istemektedir²⁷. Oysa, geçmişte Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın 17. maddesini onayladığı (3581 sayılı Yasa m. 1/bent b) gibi, 7. maddesinin de tümünü değil, sadece birinci, ikinci, yedinci ve onuncu fıkralarını onaylamamıştır (3581 sayılı Yasa m. 1/bent d). Raporu hazırlayan uzmanların, böylesine basit bir hatayı nasıl yaptıklarını anlayabilmek güçtür. Günümüzde ise Türkiye, sahip bulunduğu İş K. m. 53/V, 56/V ve 71'deki düzenlemeleri sayesinde, sözkonusu fıkraları onaylayabilecek durumdadır. Bu bakımdan, Raporun, Türkiye'nin onaylamış bulunduğu hükümlerden habersiz görünmesinin yanı sıra, onaylayabilecek durumları Türkiye için bir eksiklik olarak göstermek istemesi de uygun görünmemektedir.

3) Sendikalar hakları konusunda Rapor, Türki-

Son dönemde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan yeni Sendikalar Kanunu Taslağı, üyeliğın kazanılması için gerekli noter şartının kaldırılmasını içermektedir.

ye'de örgütlenme hakkı ile grev hakkı da dahil olmak üzere toplu pazarlık hakkı konusunda önemli kısıtlamaların bulunduğunu belirtmekte ve Türkiye'nin uluslararası çalışma standartlarının gerisinde bulunduğunu kaydetmektedir.

a) Raporun sendikal hakların kısıtlandığı iddiasına ilişkin gerekçeleri, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi sırasında aranan çifte baraj (TİSGLK. m. 12/I) ile sendika üyeliğının kazanılması için gerekli noter şartına (Sendikalar K. m. 22/III) ve giderek, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'ndaki sınırlamalara dayanmaktadır²⁸.

Çifte baraj ile üyelikte noter şartına yönelik eleştiriler, son yirmi yıl içindeki Uluslararası Çalışma Konferanslarında Türkiye'nin en sık karşılaştığı konulardandır. Geçen yirmi yıl içinde sosyal taraflar arasında bu konuda bir uzlaşma bulunmadığı gibi, sosyal taraflara rağmen düzenleme getirebilecek bir siyasi irade de varolmamıştır. Bunda, üç büyük işçi konfederasyonunun arasında görüş birliğinin bulunmayışının yanısıra, bunların davranışlarının yurt içi ile dışında farklılık göstermesi de, önemli etken olmuştur.

Son dönemde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan yeni Sendikalar Kanunu Taslağı, üyeliğın kazanılması için gerekli noter şartının kaldırılmasını içermektedir²⁹. Bakanlığın, TİSGLK.'na ilişkin değişiklik taslağı ise henüz kamuoyuna açıklanmadığından, çifte baraj konusundaki Hükümetin tavrını kestirmek, şu an için olanaksız görünmektedir. Daha önce, sosyal tarafların önerdiği üç öğretim üyesinden oluşan bir kurula Bakanlığın hazırlattığı taslakta ise, işkollarının sayısının azaltıldığı ortamda çifte barajlardaki % 10 oranı % 5'e indirilmekte, ancak, yarıdan bir fazla çoğunluk şartı korunmaktadır. Bu konuda, düşündürücü olan nokta, yetki belgelerindeki sahtecilik-

ler nedeniyle, barajların kaldırılmasıyla birlikte, 1980 öncesi ülkemizde yaşanan sendika enflasyonuna tekrar dönüleceği endişesidir. Ancak ülkemizde duyulan bu endişelere, uluslararası platformlarda hak verilmemektedir.

b) Raporda, sendikal faaliyetlerin yasaya aykırı olarak engellenmesi konusunda ceza öngörülmesine olumlu biçimde yaklaşılmasına karşılık, sendikal faaliyetler yüzünden işten çıkarılan işçilerin veya sendikal nedenle görevleri değiştirilen kamu görevlilerinin bulunduğuna ilişkin raporların varlığından söz edilmektedir. Bu bağlamda, İlerleme Raporu'ndaki mantığı anlamak, hukuken oldukça güçtür. Çünkü ceza hükümlerinin bulunması, hiçbir hukuk sisteminde bunların ihlal edilmeyecekleri anlamını taşımaz. Nitekim önemli olan nokta, ilgili hukuk sisteminin hak ihlallerine karşı cezai yaptırım öngörmüş olup olmadığıdır. Buna göre, ihlal raporlarının bulunması, ancak bunları cezalandıracak düzenlemelere sahip bulunmayan ülkeler için bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Türkiye ise, Raporda isabetle belirtildiği üzere, yeni Türk Ceza Kanunu m. 118 hükmüyle, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi eylemlerini suç kabul etmekte ve hapis cezasıyla ceza tehdidi altına almıştır³⁰.

c) Yakın geçmişte tüzüğündeki ana dilde eğitimle ilgili madde nedeniyle hakkında kapatma davası açılmış bulunan Eğitim-Sen'le ilgili olarak ortaya atılan ihlal iddiaları, Rapor'un uğraştığı bir diğer konuyu oluşturmaktadır. Rapor'da, "sendikaların kapatılması gerektiğine dair Yargıtay kararı"ndan söz edilerek, adeta Eğitim-Sen'in mahkeme kararıyla kapatıldığı izlenimi yaratılmaktadır³¹. Oysa, Eğitim-Sen yöneticileri, yakın geçmişte olağanüstü genel kurulu toplayıp tüzüklerinde değişikliğe gitmek suretiyle, bu yolda bir kararın kesinleşmesini ve giderek, sendikaların kapatılmasını önlemişlerdir. Bu nedenle, ihlalin varlığından söz etmek, hukuken güç görünmektedir.

d) İlerleme Raporu, Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın "örgütlenme hakkı"na ilişkin beşinci maddesi ile "toplularlık hakkı"na ait altıncı maddelerini ve tadil edilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı da imzalamasına rağmen onaylamadığını bir eksiklik olarak kabul etmektedir³².

Örgütlenme hakkı ile toplu pazarlık hakkına ilişkin kısıtlamaların, önümüzdeki dönemde 2821

ve 2822 sayılı Yasalarda yapılacak değişikliklerle, ortadan kalkması beklenmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, bu konudaki yasama hazırlık çalışmalarını her iki Yasa bakımından da tamamlamak üzeredir. Ancak bunlara sosyal tarafların yaklaşımlarının ne yönde olacağı henüz belirsizdir. Ayrıca, 1982 Anayasası'nın sendikal özgürlükler ile toplu pazarlık hakkı konusundaki çerçevesinin, bu yolda AB'nin düşündüğü değişikliklere ne ölçüde olanak tanıdığı da, ayrı bir tartışma konusudur.

Diğer yandan, Rapor'un Avrupa Sosyal Şartı hakkında Türkiye'ye yönelttiği eleştirilerin yerindeliği tartışmaya açıktır. Gerçekten, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın beşinci ve altıncı maddeleri, bizzat bir AB üyesi olan Yunanistan tarafından halen onaylanmamış durumdadır. Bunun gibi, Rapor tarafından Türkiye'nin onaylaması istenilen 1996 tarihli tadil edilmiş Avrupa Sosyal Şartı da,

Türkiye, her şeye rağmen, gelecek ilerleme Raporuna kadar, sosyal alanda eksiklerini giderme yönünde çalışmalarını ilerletmek zorundadır.

AB'nin en ileri derecede sanayileşmiş ülkesi olan Almanya tarafından halen onaylanmış değildir. Tüm bu durumlar, her iki ülkenin durumunun uluslararası çalışma standartlarının gerisinde olduğunu göstermeyeceği gibi, Türkiye'nin de standartlarının düşük olduğunu göstermeye yetmeyecektir. Değişik bir deyişle, Avrupa Sosyal Şartı'nın bazı maddelerini veya tadil edilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamamış olma, uluslararası çalışma standartlarının gerisinde kalındığının tek göstergesi değildir.

e) Rapor, yasal kısıtlamaların sonucunda işyerlerinde çok sınırlı sayıda toplu iş sözleşmesinin imzalandığı ve bunun da, işgücünün büyük bir bölümünün toplu iş sözleşmesi koruması dışında kalmasına neden olduğu⁴⁵ yolunda anlatımlara yer vererek, adeta Türkiye'de toplu iş sözleşmesi yapılmadığı ve giderek, işçilerin çoğunluğunun toplu iş sözleşmesi hakkından yararlanmadıkları izlenimini yaratmaya çalışmaktadır. Oysa, 4 Mayıs 2005 tarihi itibarıyla Türkiye'deki toplam toplu iş sözleşmesi sayısı, 5.589 olup, yapılmış toplu iş sözleşmeleri, toplam 23.853 işyerini ve 1.236.815 işçiyi kapsa-

maktadır⁴⁶. Bu bakımdan, Rapordaki söz konusu anlatımları, Türkiye'deki gerçeklerle bağdaştırmak güç görünmektedir.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Avrupa Komisyonu, 9 Kasım 2005 tarihinde nihai şeklini verip yayımladığı Türkiye 2005 Yılı İlerleme Raporu'nda, Avrupa Birliği'ne tam üyelik görüşmelerinin sürdürülmesi için, önümüzdeki dönemde yapılması gereken hususları saptamış bulunmaktadır. Bunlar içinde Komisyon, Türk çalışma yaşamında olumlu ve olumsuz yönde ortaya çıkan gelişmelere de yer vermektedir. Raporda belirtilen hususların, bir bölümüne katılmamak mümkün bulunmadığı gibi, bir bölümüne de katılmak mümkün görünmemektedir.

İlerleme Raporundaki Türkiye'ye sosyal yönden yöneltilen eleştiriler, önemli ölçüde, Uluslararası Çalışma Örgütü içinde ülkemize karşı son yirmi

yılda ileri sürülen ihlal iddialarıyla örtüşmektedir. Ancak, bunların gerekçelendirilmesi sırasında, fazlaca titiz çalışılmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, İlerleme Raporlarının, Türkiye hakkında gerçekten uzman olan Avrupalı bilim insanlarına hazırlanması veya en azından hazırlanacak metinlerin bunlar tarafından gözden geçirilmesi ortamlarının yaratılması, raporları sağlıklı kılacaktır. Aksi takdirde, ortaya çıkacak metinlere güven azalacak ve bu da, giderek İlerleme Raporlarının saygınlığını sarsacaktır.

Türkiye, her şeye rağmen, gelecek İlerleme Raporuna kadar, sosyal alanda eksiklerini giderme yönünde çalışmalarını ilerletmek zorundadır. Bu konuda, özellikle sendikal özgürlüklerin ve toplu pazarlık hakkının özgürce kullanımına yönelik değişikliklerin biran önce gerçekleştirilmesi, Türkiye'nin yararına görünmektedir. Bireysel İş Hukuku alanında Türkiye'nin gerçekleştirdiği ileri adımlar ise küçümsenemez. Nitekim Türkiye, 2003 yılında kabul ettiği yeni İş Kanunu'ndaki AB müktesebatına uygun düzenlemelerin yararını, İlerleme Raporları bunları önemsemese veya sınırlı gelişmeler

olarak nitelendirse bile, katılım ortaklığı süreci içinde fazlasıyla görecektir.

Diğer yandan, Türkiye, "sosyal politika ve istihdam" alanında, tarama sürecine girmiş ve ilk toplantı, 8-10 Şubat 2006 tarihlerinde geçirilmiştir. Bunun, 20-22 Mart 2006 tarihlerinde gerçekleşecek toplantılar izleyecektir. 2005 İlerleme Raporu'nun yukarıda belirtilen, Türkiye aleyhindeki acımasız ve gerçeklere uygun bulunmayan yanları, tarafların çabalarıyla bu toplantılarda sağlıklı bir biçimde ortaya çıkacaktır. Buna göre de, tarama sürecinden olumlu sonuçlar alındığı ve Türkiye de muhtemel değişiklikleri gerçekleştirebildiği takdirde, gelecek ilerleme raporunun şimdikinden iyi olacağını söylemek, kehanet olmasa gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 Raporun sosyal politika ve istihdam bölümünün, Dışişleri Bakanlığı tarafından internette yayımlanan gayri resmi çevirisi için bak. AB İlerleme Raporu: "Sosyal ve Sendikal Sorunlar Büyük", Sendikal Notlar, 28 (Kasım 2005), sh. 44-51.
- 2 European Commission, Turkey 2005 Progress Report, Brussels, 9 November 2005 SEC (2005), 1426, sh. 94.
- 3 RG, 18.10.2004, No. 25617.
- 4 Uçum-Çakmakçı (derl.), Gerekçeli Atıflı - Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, İstanbul 2003, sh. 75.
- 5 Turkey 2005 Progress Report, sh. 94-95.
- 6 Uçum-Çakmakçı, age., sh. 36.
- 7 Uçum-Çakmakçı, age., sh. 39.
- 8 Turkey 2005 Progress Report, sh. 94.
- 9 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 95.
- 10 15 ve 58 sayılı ILO-Sözleşmeleri için bak. Centel, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, sh. 41 vd. ve 110 vd.
- 11 Turkey 2005 Progress Report, sh. 95.
- 12 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 95.
- 13 Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG, 4.4.2004, No. 25423).
- 14 Kılıç (Salih), "AB'nin Temel Kurumlarından Birisi Sosyal Diyalogdur", Ekonomik Forum XII, (Aralık 2005), sh. 48.
- 15 Uşlu, "Uzlaşma Kültürü İçin Sosyal Diyalog İşletilmelidir", Ekonomik Forum XII, (Aralık 2005), sh. 50.
- 16 Kudatgobilik, "AB Felsefesinde Uzlaşma Kültürü Büyük Yer Tutuyor", Ekonomik Forum XII, (Aralık 2005), sh. 47.
- 17 Bak. Kılıç (Cem), "Tam Üyelik Sürecinde Türkiye Emek Piyasasının Görünümü", Türk Harb-İş, 217 (Aralık 2005), sh. 34.
- 18 Uyanık, "Üyelik Sürecinde Türkiye'de İstihdam ve Avrupa İstihdam Stratejisi", Türk Harb-İş, 212 (Şubat 2005), sh. 38.
- 19 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 96.
- 20 Turkey 2005 Progress Report, sh. 96-97.
- 21 Bak. Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler - Genel Bir Değerlendirme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 1 (Ocak-Mart 2004), sh. 23.
- 22 Uçum-Çakmakçı, age., sh. 35.
- 23 RG, 7.7.2005, No. 25868.
- 24 Turkey 2005 Progress Report, sh. 97.
- 25 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 33.
- 26 RG, 9.8.2004, No. 25548.
- 27 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 34.
- 28 Ibid.
- 29 Bak. Centel, "Yeni Sendikalar Kanunu Taslağı", Mercek XI, 41 (Ocak 2006), sh. 21.
- 30 Ayrıntılı bilgi için bak. Centel, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren XIX, 5 (Eylül 2005), sh. 11-12.
- 31 Bak. Turkey 2005 Progress Report, sh. 35.
- 32 Ibid.
- 33 Ibid.
- 34 T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (yay.), Çalışma Hayatı İstatistikleri 2004, Ankara 2005, sh. 43.

YENİ YAYINLAR

Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Dersleri”** adlı kitabın yenilenmiş 18. basısı 2005 yılında yayımlanmıştır.

Prof. Dr. Nuri Çelik

İş Hukuku Dersleri

Yenilenmiş 18. Bası

Beta

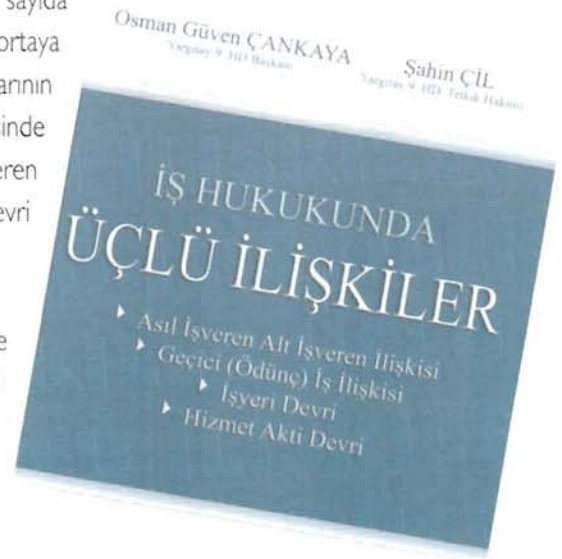
Kamuoyunda “İş Güvencesi Yasası” olarak tanınan ve 2002 yılında çıkarılan 4773 sayılı Kanun’un 15 Mart 2003 günü yürürlüğe girmesinden sonra, 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinin birçoğunda değişiklik yapmak ve bunlara ek olarak önemli ölçüde yeni düzenlemelere yer vermek suretiyle hazırlanan 4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma hayatımızda yeni bir dönem başlamıştır. Kitap, bu Kanun uyarınca çıkarılmış olan yeni yönetmelikler yanında, yargı kararlarını ve yayınları da yansıtmaktadır. Kitapta ayrıca, İş Hukuku ile ilgili çevrelere yarar sağlayabilmek için, uygulama sorunları da ele alınarak değerlendirilmektedir.

Üç kısımdan oluşan kitabın “Genel Bilgiler” başlıklı birinci kısmında iş hukukunun konusu ve nitelikleri, doğuşu ve gelişimi, kaynakları, işçi, işveren, alt işveren ve işyeri gibi konulara değinilmiştir. Kitabın “Bireysel İş Hukuku” başlıklı ikinci kısmı ise, İş Kanunu’nun kapsamı, iş sözleşmesi ve işin düzenlenmesi olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. “Toplu İş Hukuku” başlıklı üçüncü kısmında ise sendikalar, toplu iş sözleşmesi ile toplu iş uyuşmazlıkları ve çözüm yolları incelenmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Osman Güven Çankaya ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan **“İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”** Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, İşyeri Devri, Hizmet Akti Devri adlı kitap, 2006 yılında yayımlanmıştır.

İş hukukundaki esneklik ihtiyacı gereği ve diğer bazı nedenlerle zaman içinde atipik istihdam biçimleri ortaya çıkmış, iş ilişkisinin işveren tarafında birden fazla sayıda kişi yer alabilmiştir. Birden fazla sayıda işveren ile işçi arasındaki ilişkinin ortaya çıkması, bu ilişkinin çerçevesinin belirlenmesi ve tarafların hak ve borçlarının ortaya konulması bakımından yeni düzenlemeleri gerektirmiştir. İş ilişkisinde birden fazla işverenin hak ve yükümlülüğünün oluşabileceği ilişkilerin, asıl işveren alt işveren ilişkisi, geçici (ödünç) iş ilişkisi, işyeri devri ve hizmet akti devri biçimlerinde ortaya çıkması olanaklıdır.

4857 sayılı Yasa’nın iki buçuk yılı aşan uygulaması sırasında özellikle işe iade davaları yönünden alt işveren konusunun, iş yargısını eskiden olduğu gibi yoğun biçimde meşgul edeceği görülmektedir. Asıl işveren alt işveren konusuna değinen kitap, bu konunun yanı sıra, geçici (ödünç) iş ilişkisinde ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durarak bazı konular ilk kez tartışmaya açmıştır. Kitapta işyeri devrine dair konular da ayrıntılı biçimde ele alınmış, özellikle işe iade davaları açısından işyeri devrine dair sorunlar üzerinde durulmuştur. Son olarak da, hizmet akti devrine dair açıklamalar ile Yargıtay kararlarına yer verilmiş, uyuşmazlık konusu olabilecek çeşitli sorunlar ele alınmıştır.



YETEN

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye’de Üçlü Sosyal Diyalog

1. Giriş ve Tanım

1.1. Bir ülkenin ekonomik ve sosyal kalkınması, huzur ve refahı ile o ülkenin çalışma hayatının barış ve istikrar içinde yürümesi arasında çok yakın bir ilişki vardır. Endüstriyel ilişkiler sisteminde işyerlerinde ve toplum içinde barışın yerleşmesi ve özgürlükçü demokrasinin gelişmesi için temel konularda, amaçlarda, işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesinde sosyal tarafların ihtiyaçları ve imkânları ile kamunun çıkarları birlikte göz önünde bulundurulurken asgari standartların tespiti zorunludur.

Bugün, dünyada endüstriyel ilişkiler sistemleri, toplumla bütünleşme içinde, çıkar ve sorumlulukların bir bütün halinde dikkate alındığı işbirliği sistemlerine doğru yönelmektedir. Bu nedenle de, toplumun tüm kesimleri sorunlarını, kendi çıkar çerçevesini bir yana bırakarak ve ülke insanlarının ortak çıkarları ile uyum sağlanmasına da dikkat ederek tartışmak ve değerlendirmek zorundadırlar.

İdeolojik tabuların yıkıldığı, serbest piyasa ekonomisinin vazgeçilmez tek model haline geldiği günümüz dünyasında, grev başta olmak üzere, baskı yöntemlerinin her türlü giderek azalmaya yüz tutmuş ve yerini üretim ve refahın artırılmasına yönelik ortak çabalara ve uzlaşmaya bırakmıştır.

Bu yeni düzende, dünya serbest piyasa fiyatları üzerinden istenen kalitede üretim yapıp, ihtiyaç

fazlasını ihraç edebilmek artık gelişmişliğin yeni ölçüsü haline gelmiştir.

Bu süreçte klasik ücret mücadelesi sınırlarını aşmış, yeni dünya gerçeğinde geçerli olan tüm uygulamalara kapılarını açan, grev yerine rasyonel yaklaşımlarla uzlaşma çareleri aramaya, eğitime, verimliliğe öncelik veren, üretime yönelik ve ülkenin sosyo-ekonomik gerçekleri ışığında ücret pazarlığı yapan işçi sendikaları ile işçiyi yönetime katılmaya davet eden, yeni dünya düzeninde geçerli çalışma normlarına kapılarını açan, eğitime, verimliliğe önem veren ve ülkenin sosyo-ekonomik gerçekleri ışığında emeğin karşılığını adilce ödemeye hazır ve karşılıklı dayanışma anlayışını benimsemiş, hoşgörülü, lokavt yerine uzlaşma diyen işverenlerin ve çalışma hayatına müdahalesini üreticilik ve belirleyicilikten çok, düzenleyici olarak sınırlı tutan, üretimde verimlilik, kalite ve doğru ücret politikasının birlikte uygulanmasına önem veren bir devletin sağlıklı, bilinçli ve sürekli işbirliğine ihtiyaç vardır.

Özellikle gelişmiş ülkelerde hükümet-işçi-işveren üçlüsü, ülkenin geleceğini ilgilendiren temel sorunların çözümüne ve çalışma yaşamının öncelikli konularına yönelik üçlü anlaşmalara giderek, bunları titizlikle uygulamaktadır. Bu konuda, Hollanda, Almanya, Avusturya, İrlanda, İngiltere, İsveç, Danimarka ve Finlandiya'nın başarılı örnekler

ortaya koydukları bilinmektedir. Söz konusu ülkelerde sosyal diyalog, sorunları aşmada ve sağlanan olumlu koşulların sürdürülebilirliğini sağlamada oldukça etkin olmuştur.

Günümüzde siyasette liberal demokrasi anlayışının yaygınlaşması, ekonomik alanda serbest piyasa ekonomisi kavramının evrensel geçerlilik kazanması, küreselleşme olgusu ve artan uluslararası rekabet, toplumsal diyalog, işbirliği ve uzlaşmanın önemini artırmış ve hükümetlerin, toplumun çeşitli kesimlerinin tepkilerini dikkate alma gereğini doğurmuştur. Bu nedenle, hükümetler ile toplumsal kesimler arasında sağlıklı bir diyalogun kurulması önem taşımaktadır. Bu düşünce "başkası da benim kadar iyi düşünebilir" anlayışına dayanır.

Artık devletin, özellikle ekonomik alanda müdahaleci rolü azalırken, düzenleyici ve denetleyici rolünün ön plana çıkması, devletin küçülerek ada-

çıkır gruplarının da bu sürece katılmaları mümkündür. Sosyal diyalog için standart bir tanım bulmak zor görünüyorsa da, ILO'ya göre bu süreç, ekonomik ve sosyal politika ile ilgili ortak konularda işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinin birbiriyle karşılıklı görüşme, danışma veya sadece bilgi alışverişi gibi her türlü işbirliğini ifade eder. Sosyal diyalog işçi ve işveren temsilcileri ya da bunların sendikaları arasında hükümetin müdahalesi dışında gerçekleşebileceği gibi (ikili uyum - bipartite concertation), bu görüşmelere hükümetin ya da resmi bir organın katılması suretiyle de (üçlü uyum - tripartite concertation) ortaya çıkabilir. İkili uyumun (diyalogun) en çok uygulanan yöntemi toplu pazarlıktır. Ekonomik ve sosyal politikayı ilgilendiren konularda düzenleme yapmadan önce hükümetin işçi ve işveren temsilcilerine (ve yerine göre diğer sivil toplum örgütlerine) danışması ise

Sosyal diyalog, AB içinde çok önemli bir araç olup AB sosyal modelinin temel unsurudur.

let ve güvenlik gibi asli görevlerinde yoğunlaşması, adem-i merkezizetçi ve katılıma dayalı yönetim tarzına geçiş söz konusudur.

Devletin kendini yeniden tanımlayabildiği ülkelerde, işçi ve işveren kesimleri ve sivil toplum kuruluşlarının karar alma ve uygulama süreçlerinde etkin bir rol üstlendikleri, ekonomik ve sosyal gelişmeye önemli katkılarda buldukları gözlenmektedir. Dolayısıyla, hükümetlerin diyalog ve işbirliğine açık yapıları, şeffaflık ve etkin bilgi akışı sağlama yetenekleri, sosyal tarafların ve sivil toplum kuruluşlarının gerçek potansiyellerini ortaya koymalarındaki temel etkenlerdir.

Gelişmiş ülkelerde hükümetlerin tek taraflı olarak çalışma hayatına müdahale etmek yerine, gerekli politikaların oluşturulmasında ve uygulanmasında, yasal düzenlemelerin yapılmasında işçi-işveren kesimlerinin görüşlerine başvurduğu ve sosyal tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları hususları esas aldığı gözlenmektedir.

1.2. Sosyal diyalog, sosyal tarafların sorunları dışarıdan herhangi bir müdahale olmadan karşılıklı görüşme yoluyla çözümleyebildiği özgür demokratik rejimlere sahip ülkelerde gelişir. Bununla birlikte yetkili hükümet organlarının ve örgütlenmiş

üçlü danışma (tripartite consultation) şeklinde ortaya çıkar. Diyalog, resmi olabileceği gibi gayri resmi de olabilir ya da bunların ikisinin karışımı şeklinde de ortaya çıkabilir. Ulusal olabileceği gibi sektörel ya da bölgesel de olabilir. Kısacası, sosyal diyalog sosyal tarafların ve bazen çıkar gruplarının da gönüllü olarak bir araya gelip bazı durumlarda hükümet temsilcilerinin de katılımıyla gerçekleştirilen demokratik bir tartışma ve karar alma süreci olarak tanımlanabilir.

2. Avrupa Birliği'nde Sosyal Diyalog

2.1. Endüstri ilişkilerinin öteden beri işçi ve işveren kuruluşları arasındaki diyaloga dayandırılmasına özen gösteren Avrupa Birliği (AB)'nde sosyal politikanın bu yolla geliştirilmesinin tercih edildiği bilinmektedir. Gerçekten de sosyal diyalog, AB içinde çok önemli bir araç olup AB sosyal modelinin temel unsurudur. Sosyal diyalog Avrupa'nın yapılandırılma sürecinde ekonomik gelişme ve istihdamın artırılmasında anahtar bir role sahiptir.

Avrupa Toplulukları içinde işçi-işveren arasında sosyal diyalogun geliştirilmesi konusu ilk olarak üstü kapalı biçimde de olsa AET'yi kuran 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda yer almıştır (md. 2). Da-

ha sonra Roma Anlaşması'nda önemli değişiklikler yapan ve 1.7.1987 de yürürlüğe giren 17.2.1986 tarihli Avrupa Tek Senedi ile Anlaşmaya eklenen 118 b maddesi, çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunması amacıyla, sosyal tarafların arzu etmesi halinde işçi ve işveren arasındaki diyalogun geliştirilmesi amacıyla Komisyon'a gerekli çabayı gösterme görevi yüklemiştir.

Sosyal alandaki gelişmeler 1989 yılından sonra hız kazanmış ve 9.12.1989 tarihli Strasbourg Zirvesi'nde İngiltere haricindeki üye ülkeler tarafından "İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı" kabul edilmiştir. Böylece temel sosyal hakların dayandığı esaslar belirlenmiştir. Bundan çok kısa bir süre önce, Topluluğun o dönem başkanı olan J. Delors, Avrupa Sosyal Politikası'nın supranational düzenlemeler yoluyla belirlenmesi

dam düzeyi sağlayacak şekilde geliştirilmesini teşvik etmekle yükümlüdürler.

Ancak sosyal diyalog esas itibarıyla 2.10.1997 de imzalanıp 1.5.1999 da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması'yla değişik AB Anlaşması'nda yasal ifadesini bulmuştur. Sosyal diyalog yoluyla sosyal taraflara da hukuk kuralı koyma yetkisi tanınması iki yolla olmaktadır. Nitekim, Anlaşmanın 138. maddesine göre Komisyon, sosyal politikayı ilgilendiren bir yönerge çıkarmadan önce işçi ve işveren kesimlerine danışır ve onların görüş ve tavsiyelerini alır. İkinci yol ise, işçi ve işveren kesimi arzu ederler ve aralarında anlaşılırsa, anlaşma metnini, Komisyon'a iletirler. Komisyon bu anlaşmayı uygun bulursa yürürlüğe koyması için Konsey'e önerir (md. 139). Buna sosyal tarafların AB düzeyinde kural koyma sürecine katılmaları denir.

Avrupa Sosyal Politikası'nın belirlenmesinde sosyal diyalogun rolü 7.2.1992 tarihinde imzalanan Maastricht Anlaşması ile daha da önem kazanmıştır.

yerine, sosyal taraflar ve komisyon arasında yürütülecek sosyal diyalog yoluyla belirlenmesinin önemini vurgulamıştı. Bu öneri, Komisyonun ilgisini çekmiş ve 29.11.1989 tarihinde AT Sosyal Şartı'nın yaşama geçirilmesi yönünde önlemler içeren bir Eylem Planını onaylamıştır. Avrupa Sosyal Politikasının belirlenmesinde sosyal diyalogun rolü 7.2.1992 tarihinde imzalanan Maastricht Anlaşması ile daha da önem kazanmıştır.

2.2. Gerçekten 1 Kasım 1993 tarihinde onaylanarak yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması, gerek AB düzeyinde işçi ve işveren kuruluşları arasındaki diyalogun önemini artırarak Birliğin sosyal alandaki yasama faaliyetlerine katılmalarına imkân vermesi, gerek bu alanda Birliğin norm koyma yetkisinin kapsamını genişletmesi bakımından önemli bir dönüm noktası oluşturmuştur. Sosyal diyalogdan açıkça söz eden hükümler Maastricht Anlaşması'na eklenen Sosyal Politikaya ilişkin Anlaşmada bulunmaktadır. İngiltere ve Kuzey İrlanda'nın imzalamadığı Sosyal Politikaya ilişkin Anlaşmanın 1. maddesine göre Topluluk ve üye devletler, istihdam, yaşam ve çalışma koşullarının düzeltilmesini, uygun bir sosyal korumanın sağlanmasını, sosyal diyalogu, işgücü potansiyelinin yüksek bir istih-

2.3. Bu süreçte AB içinde Konsey'in yönerge çıkarırken danıştığı Ekonomik ve Sosyal Komite (ESK) bulunmaktadır (md. 22, 129, 137/2, 251). AB'de sosyal kesimlerin Birlik politikalarının oluşumuna katılımı, Ekonomik ve Sosyal Komite aracılığıyla sağlanmaktadır. Ekonomik ve sosyal hayatın çeşitli kesimlerinin, özellikle üreticiler, çiftçiler, taşımacılar, işçiler, küçük esnaf ve sanatkarlar, serbest meslek sahipleri, kamu yararına çalışan işletmelerin temsilcilerinden oluşan ESK, Komisyon, Konsey ve Parlamento'ya danışmanlık görevi yapmaktadır.

Nitekim Amsterdam Anlaşması'nın 7/2 maddesinde "Konsey ve Komisyon'a danışsal görev icra eden bir Ekonomik ve Sosyal Komite ile bir Bölgeler Komitesi"nin yardımcı olacağı yazılıdır. Danışma organı niteliğindeki bu Komite, üreticiler çiftçiler, taşımacılar, işçiler, tacirler, küçük esnaf ve sanatkarlar, serbest meslek erbabı gibi ekonomik ve sosyal hayatın her kesiminden gelen temsilciler ile tüketiciler, çevreciler ve sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinden oluşmaktadır. Amsterdam Anlaşması'nın 257. maddesinde de bu Anlaşma ile bir Ekonomik ve Sosyal Komite kurulacağı, bu Komite'nin danışsal rol üstleneceği, örgütlü sivil toplum çeşitli ekonomik ve sosyal öğelerinin, özellik-

le de üretici, çiftçi, nakliyeciler, işçi, tüccar, esnaf, serbest meslek sahipleri, tüketiciler ve çıkar gruplarının temsilcilerini içine alacağı yazılıdır. Ekleyelim ki, Ekonomik ve Sosyal Komite uygulamada Konsey, Komisyon ve Parlamento'dan gelen talepler üzerine görüş bildirdiği gibi kendiliğinden ele aldığı konular üzerinde de görüş bildirmektedir. Bu görüşlerin AB'nin karar ve yönetim organlarını bağlayıcı bir etkisi yok ise de Konsey, Komisyon ve Parlamento, çalışmalarında ve kararlarında Komitenin kararlarından etkilenmektedir.

AB içindeki Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görevlerinden biri de, AB'ye henüz üye olmayan ülkelerden sivil toplum örgütlerinin çalışmalarını desteklemek, bu örgütlerin temsilcileri ile Komite üyeleri arasında diyalogun gelişmesini özendirmek ve üçüncü ülkelerde de benzer örgütlerin kurulmasına katkıda bulunmaktır. ESK'nın AB dışındaki ekonomik ve sosyal örgütlerle sürdürdüğü diyalog

AB Komisyonu, sosyal diyalogu, genişleyen AB'nin iyi yönetimini ve şeffaflığı sağlayan, ekonomik ve sosyal reformların güç kaynağını oluşturan kilit noktası olarak görmektedir.

AB'nin görüş ve amaçlarının bu ülkelerde bilinmesine ve benimsenmesine yardımcı olmaktadır. Komite, Akdeniz ülkeleriyle ilişkiler kurmaya da özel bir önem vermekte ve Akdeniz'in çeşitli kentlerinde her yıl bu ülkelerin ESK'larıyla ortaklaşa toplantılar düzenlenmektedir.

Komite, Avrupa'daki sivil toplum örgütleriyle AB'nin organları arasında köprü görevi görmektedir ve Birlik içinde sosyal diyalogun geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır. Ekonomik ve Sosyal Komite, özellikle Birliğin politikaları ve mevzuat düzenlemeleri hakkında görüş bildirerek, sivil toplum örgütlerinin görüşlerinin yansıtılmasını ve böylece uygulanabilir nitelikte olmalarını sağlamaktadır.

Bu çerçevede Avrupa düzeyinde sosyal tarafları temsil eden ve özellikle çalışma hayatı ve sosyal politikalarda görüşlerine başvurulmuş Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC) ve Avrupa Kamu Teşebbüsleri Merkezi (CEEP)'nin "Ailevi Sebeplerle İzin", "Kısmi Çalışma" ve "Belirli Süreli Çalışma" konularında kendi aralarında oluşturdukları çerçeve anlaşmalar, sonradan AB Direktifleri haline gelmiştir.

Ayrıca, AB'de işletilen sosyal diyalog çerçevesinde 1985 yılından bu yana UNICE, ETUC ve CEEP arasında çok sayıda ortak görüş üretilmiş ve ortak bildiri yayınlanmıştır.

AB Komisyonu, sosyal diyalogu, genişleyen AB'nin iyi yönetimini ve şeffaflığı sağlayan, ekonomik ve sosyal reformların güç kaynağını oluşturan kilit noktası olarak görmektedir.

3. ILO Düzenlemelerinde Üçlü Sosyal Diyalog

Sosyal diyalog AB'den önce ILO'nun gündemine girmiş ve ILO'da bir dizi düzenleme yapılmıştır. Bunların içinde en önemlisi 144 sayılı Sözleşme olup, buna ilişkin bir de tavsiye kararı vardır.

ILO'nun 61. Konferansında 21.6.1976 günü 14 maddeden oluşan Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanmasının Geliştirilmesi Hakkında Üçlü Danışma hakkında 144 sayılı Sözleşme kabul edildi.

Bu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 16 yıllık bir gecikme ile 26.11.1992 tarihinde 3851 sayılı Yasa ile TBMM'de onaylanarak yürürlüğe konulmuştur.

Sözleşmenin amacı, hükümet, işçi ve işveren temsilcileri arasında ILO'nun tespit ettiği uluslararası çalışma standartlarının uygulanmasının temini için etkin görüş alışverişinin sağlanmasıdır (md. 2). İşçi ve işveren temsilcileri taraf ülkedeki en fazla temsil niteliğini haiz işçi ve işveren kuruluşunu ifade eder (md. 1). Bu temsilciler kuruluşlar tarafından serbestçe seçilecekler ve görüşmelerin yapılacağı organlarda eşit sayıda temsil edileceklerdir (md. 3). Hükümetler bu sözleşmede getirilen usullerin geliştirilmesini idari açıdan destekler (md. 4).

Sözleşmenin amacına göre üzerinde danışma yapılacak hususlar şunlardır (md. 5):

- Uluslararası Çalışma Konferansı'nın gündemindeki konulara ilişkin soru formlarına hükümetin verdiği cevaplar ile konferansta tartışılacak öneri metinleri üzerindeki hükümet görüşleri.

- ILO Anayasası'nın 19. maddesi uyarınca sözleşme ve tavsiyeler sunulmasına ilişkin olarak yetkili makamlara yapılacak öneriler.

- Onaylanmamış sözleşmelerle uygulamaya konmamış tavsiyelerin onaylanmalarını ve uygulanmalarını sağlamak üzere alınacak önlemleri uygun aralıklarla gözden geçirme.

- ILO Anayasası'nın 22. maddesi uyarınca sözleşmelere ilişkin olarak verilecek raporlardan ortaya çıkan sonuçlar.

- Onaylanmış sözleşmelerin feshine ilişkin öneriler.

Görülüyor ki bu sözleşme, sosyal taraflar arasındaki diyalogu, ILO sözleşmelerinin çerçevesi ile sınırlı tutmuştur. Bununla birlikte ILO'nun çalışma yaşamının hemen her alanında düzenlemeler yaptığı dikkate alındığında, 144 sayılı Sözleşme kapsamında üçlü danışma mekanizmasının işlerliği geniş bir alanı kapsamaktadır.

Üçlü danışma mekanizmasının nitelik ve biçimi, işçi ve işverenleri temsil eden kuruluşlara danışıl-

tasarılarla ilişkin Hükümetin cevap ve yorumları konusunda görüşler alınarak Uluslararası Çalışma Örgütü'ne bildirilmektedir.

Çalışma hayatını düzenleyen yasalarımızın hazırlanması sırasında gerçekleştirilen işçi, işveren ve hükümet diyalogu ülkemizde son yıllarda sıkça başvurulan bir yöntem haline gelmiştir

Bu konuda Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 10.5.1944 tarihinde Filadelfiya'da gerçekleştirdiği oturumda açıklanan ILO Anayasası'na eklenmiş olan şu bölüm de üçlü danışma ile ilgilidir:

"Muhtaçlıkla savaştan her ulusça yorulmak bilmeyen bir azimle ve ortak refahı sağlamak üzere işçi ve işveren temsilcilerinin hükümet temsilcileri ile eşit koşullar içinde katılmaları ve yapacakları serbest tartışmalara ve verecekleri demokratik kararlara egemen olacak devamlı ve ortak bir uluslararası çaba ile yürütülecektir."

Çalışma hayatını düzenleyen yasalarımızın hazırlanması sırasında gerçekleştirilen işçi, işveren ve hükümet diyalogu ülkemizde son yıllarda sıkça başvurulan bir yöntem haline gelmiştir

dıktan sonra ulusal uygulamalara göre belirlenir. Görüş alışverişi yılda en az bir defa olmak üzere belirli aralıklarla gerçekleştirilir. Yetkili makam, işçi ve işveren temsilcileri ile görüştüktan sonra mekanizmanın işleyişine dair yıllık bir rapor hazırlar (md. 6).

Sözleşme, üçlü danışma prosedürünün ulusal uygulamaya göre oluşturulmasına imkân vermekle beraber, danışma prosedürü, sırasında bağlayıcı nitelikli bir karar alınmasını gerektiren herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir.

Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen hususlardaki üçlü danışma prosedürü, esasen Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası uyarınca üye ülkelerin yerine getirmeleri gerekli yükümlülükler arasında bulunmaktadır. Bu nedenle Örgüt Anayasası'nın 19. maddesinde öngörülen sözleşme ve tavsiyeleri yasama organının bilgisine sunmak üzere hazırlanan raporlarla 22. madde uyarınca Uluslararası Çalışma Örgütü'ne gönderilen onaylanmış sözleşmelerin uygulama raporlarının birer örneği işçi ve işverenlerin temsili organlarına gönderilmekte, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın gündemindeki konularla ilgili soru formları ile müzakere edilecek

Ayrıca 144 sayılı Sözleşme'nin onaylandığı tarihte aynı konuda alınan 152 sayılı bir Tavsiye Kararı ile Konferansın daha önceki bir tarihte (20.6.1960) aldığı Danışma ve İşbirliği hakkında 113 sayılı Tavsiye Kararını da hatırlatmakta yarar vardır. Bu Tavsiye Kararı kamu makamları ile işçi ve işveren örgütleri arasında endüstriyel ve ulusal düzeyde danışma ve işbirliği yapılması hakkındadır.

ILO'nun 26.6.1978 tarihinde akdettiği 150 sayılı Sözleşme ise işgücünün yönetimiyle ilgilidir. Bu çalışma sözleşmesi, sözleşmeyi onaylayan devlete, ülkedeki çalışma politikasının ve işgücünün yönetimi için kamu makamları, işçi ve işveren örgütlerinin danışma ve işbirliği içinde olmalarını sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmede, işgücü yönetiminin fonksiyonları olarak ulusal çalışma politikasının hazırlanması, yönetimi, koordinasyonu, denetimi, gözden geçirilmesi, ulusal çalışma politikası ile bağlantılı olarak yasa ve yönetmeliklerle görevlerin tespiti ve uygulanması, çalışma koşulları, işçi ve işverenlerle bunların örgütlerine hizmet ve görüş sunulması, uluslararası çalışma sorunlarında devletin temsili gösterilmiştir. T.C., bu sözleşmeyi henüz onaylamamıştır.

4. Üçlü Diyalogun Başarısını Etkileyen Nedenler

Demokrasilerde siyasi barışın sürekliliğinin temini için nasıl siyasi partiler, iktidar ve muhalefet arasında diyalogun sürdürülmesi gerekli oluyorsa, işçi-işveren ilişkilerinde de hükümet işçi ve işveren sendikaları arasında işbirliği ve diyalogun sürmesi, iş barışında sürekliliğin başlıca şartlarından biridir. Toplumsal uzlaşma, sürekli ve kalıcı bir diyalogla sağlanır. Esasen anayasal kurum ve kuruluşların işbirliği, karşılıklı görüşme, hoşgörü ve fedakârlık ancak batılı demokrasilerde bulunur.

Üçlü diyalogun bir ülkede yerleşmesi ve başarılı olması için hem sosyal tarafların hem de hükümetlerin bunun gereğine ve yararına inanmaları gerekir. Üçlü diyalogun şeklen değil özde gerçekleşmesi gerekir. Kanunların hazırlanışından ve yapılışından başlayarak uygulanmasından çıkan sorunlara kadar bütün konuların üçlü işbirliği (görüşme) içinde hükümet - işveren - işçi işbirliği ile çözümlenmesinde toplumun yararı vardır. Bu sürece diğer sivil toplum örgütleri de katılabilirler. Aslında katılmaları da gereklidir. Sosyal tarafların ve hükümetlerin bu fikre inanmaları ve sorunları uzlaşma anlayışı ile çözümlene arzusu içinde bulunmaları şarttır. AB içinde son yıllarda önemi artan üçlü diyalog mekanizması sadece 15'lerde değil, birliğe son katılan 10 ülkede ve hatta 2007'de katılması beklenen Bulgaristan ve Romanya'da da bulunmaktadır. Bu ülkelerin hemen hepsinde (bazısı dar, bazısı geniş bir katılıma sahip olsa da, bazısı değişik adlar altında görev yapsa da) bir Ekonomik ve Sosyal Konsey bulunmaktadır. Bunlardaki ortak özellik yapıları ve görevleri itibarıyla AB'deki ESK'ya benzemeleri ve bir kanunla kurulmuş olmalarıdır.

Ne var ki, Türkiye'de yakın bir zamana kadar uzun bir süre seyreden yüksek enflasyon, yatırımları sınırlamış, işsizliği arttırmış ve işçi - işveren diyalogunu olumsuz yönde etkilemiş bulunmaktadır. Son yıllarda ekonominin olumlu işaretler vermesi ve enflasyonun düşmesi işçi ve işveren kesimlerinin uzlaşmaya daha olumlu bakmalarına yol açmış, bu da üçlü diyaloga olan güveni arttırmıştır.

Hükümetler, üçlü görüşmeye (diyaloga) daha çok ekonomik ve siyasi kriz zamanlarında ya da savaş sonrasında ihtiyaç duymaktadırlar. Norveç'te 1935'te, İsviçre'de 1937'de, İsveç'te 1938'de, İngil-

Gerçek sosyal diyalog ancak özgür demokratik toplumlarda ve serbest piyasa ekonomisinin egemen olduğu ülkelerde görülür.

tere'de 1974'de imzalanan toplumsal uzlaşmalar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Üçlü diyalogun başarısı sosyal tarafların kendi aralarında da uyumlu olmalarına bağlıdır. Örneğin işçi kesiminin birden fazla bölünmüş üst kuruluşlarda temsil edilmeleri sistemden beklenen yararı azaltır. Sosyal uyum ya da işbirliği, özgür ve eşit düzeydeki taraflar arasında olumlu sonuç verir.

Üçlü diyalogun başarıyı yakalayabilmesi, ülkede siyasi istikrarın sağlanmış olmasına da bağlıdır. Siyasi istikrarsızlığın, iş barışını da tehlikeye düşürebileceği unutulmamalıdır. Baş tarafta söylediğimiz gibi, gerçek sosyal diyalog ancak özgür demokratik toplumlarda ve serbest piyasa ekonomisinin egemen olduğu ülkelerde görülür. Çok önemli bir başka etken de kayıt dışı ekonominin kontrol altına alınması kayıt dışı istihdamın önlenmesidir. Bu önlemlerin zayıf olduğu ülkelerde sosyal diyaloga olan güven de zayıflar.

5. Türkiye'de Üçlü Sosyal Diyalog

5.1. Ülkemizde tarafların serbest iradelerine dayalı ilk sosyal diyalog ve sosyal barış arayışları 17.2. - 4.3.1923 tarihleri arasında yapılan İzmir İktisat Kongresinde gerçekleştirilmiştir. Her kazadan 1 tüccar, 1 sanatkar, 1 işçi, 1 şirket, 1 banka ve 3 çiftçi temsilcisinin katıldığı ve toplam 1135 delegayla toplanan Türkiye'nin ilk önemli kongresinin temel amacı, ulusal bağımsızlığın ekonomik bağımsızlıkla bütünleştirilmesi idi. Başka bir deyişle temel amaç Osmanlı İmparatorluğu'ndan devralınan elverişsiz ekonomik koşulların ortadan kaldırılmasına yönelik etkin çözüm yollarının araştırılması idi. Kongre, çeşitli toplum kesimleri yanında işçi ve işveren kesimlerini de ulusal düzeyde ilk defa bir araya getirerek sorunların karşılıklı görüşme yoluyla ortak çözüme kavuşturma olanağı sağlamıştır. Bir araya gelen kesimler karşılıklı görüş alışverişinde bulunarak, anlaşmaya vardıkları konuları, yazılı metinler halinde Kongre'ye sunmuşlardır. Cumhuriyetin ilanından çok kısa bir süre

ESK'nın Avrupa'daki örnekleri de esasen sırtlarını bir yasaya dayamışlardır.

önce ekonomik ve siyasal koşulların gerekli kılması sonucu gerçekleştirilen İzmir İktisat Kongresi, adeta ülkede değişik kesimler arasında ilk sosyal diyalog arayışına sahne olmuştur.

1924 Anayasası, o dönemin otoriter devlet anlayışı ve sınırlı ekonomik şartları karşısında sosyal politikayı ilgilendiren hiçbir hak ve hüküm içermemekteydi. Esasen 1936 tarihli 3008 sayılı ilk İş Kanunu da grev ve lokavtı yasaklamıştı. Toplu iş sözleşmesi düzeni de 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nun 316 ve 317. maddelerinin farklı anlayışı içine hapsedilmiş idi. Türkiye, sendikal haklara ve toplu pazarlık özgürlüğüne 1961 Anayasası ile kavuşmuştur. Bilindiği gibi ülkemizde sendikal hak ve özgürlükler 1964 tarihli ve 274 ve 275 sayılı Kanunlarla tanımlanmış ve gelişmiştir.

5.2. 1968'den sonraki dönem ise Türkiye'de hem siyasi hem de endüstriyel ilişkiler açısından her bakımdan karışık ve sıkıntılı bir dönem olmuştur. İşyerlerinde peş peşe gelen grev ve lokavt uygulamalarının, toplu işçi çıkarmalarının, işyeri işgallerinin sıkça uygulandığı sıkıntılı bu dönemin sonunda Hükümet ile Türk İş arasında 20.7.1978 tarihinde imzalanan ve adına "Toplumsal Anlaşma" denilen bir metinle en azından kamu sektöründeki işyerlerinde süren grevler durdurularak iş barışı sağlanmak istenmiştir. Ancak Anlaşmanın ömrü 14 ay sürmüştür. 8.1.1993 tarihinde ise ILO'nun 144 sayılı Sözleşmesi, T.C. tarafından onaylanmış, 6.3.1995 tarihinde Brüksel'de AB ile T.C. arasında imzalanan Gümrük Birliği Anlaşması uyarınca ülkemizde bir Ekonomik ve Sosyal Konsey oluşturulması gerekmiştir. Ne var ki, bu konsey ilk kez yasayla değil de 17.3.1995 tarihinde bir Başbakanlık Genelgesi ile (1995/5 sayılı) oluşturulmuştur. Çoğunluğu (15'i) hükümeti ve kamuyu temsil eden toplam 22 üyeden oluşan bu konsey, ekonomik ve sosyal yeni bir hükümet kurulmasıyla birlikte yerini, 6.5.1996 gün ve 1996/24 sayılı Başbakanlık Genelgesine bırakmış ve üye adedi bazı sivil toplum örgütlerine de yer verilerek 30'a çıkarılmıştır. ILO'nun 144 sayılı Sözleşmesi dikkate alınarak kaleme alınan bu Genelgede, Konsey'in amaçları "ülke ekonomisini daha istikrarlı ve etkin bir biçimde yö-

netebilmesi ve sosyal hayatın geliştirilmesi için toplumun çeşitli kesimlerinin temsilcilerini bir araya getirerek devlet, işçi ve işveren ilişkilerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmak, geniş bir diyalog ortamının yaratılarak hak ve çıkarların, ülke çıkarlarını gözetererek, uzlaşmacı bir anlayışla korunmasına olanak sağlamak, ayrıca Türkiye'nin AB ile hütünleşmesi çerçevesinde ekonomik ve sosyal içrikli karar alma sürecinde demokratik katılımı en geniş biçimde sağlamak" olarak belirlenmiştir. Konsey daha ilk toplantısını dahi yapamadan yerini 18.3.1997 gün ve 1997/11 sayılı Genelgeye bırakmış fakat bu Genelge de dört ay sonra 23.7.1997 gün ve 1997/44 sayılı bir başka Genelge ile değiştirilmiştir. Bu Genelge ile 1996/24 sayılı Başbakanlık Genelgesinde belirtilen hemen hemen aynı amaçlar benimsenerek yeni bir Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuş, fakat üye yapısında hükümet ve kamu temsilcilerinin ağırlığı korunarak üye adedi 21'e düşürülmüştür. Sadece bir kez toplanabilen (26.8.1997) bu Konseyde, eşel mobil sistemi ve emeklilik yaşı görülmüştür.

5.3. Her hükümet değişikliğinde Ekonomik ve Sosyal Konsey'in yeni bir genelgeye bağlanması ve konsey yapısında hükümet - kamu kesimi temsilcisi ağırlığının korunması, siyasi iktidarların izledikleri ekonomik ve sosyal politikayı sosyal taraflara sık sık tasdik ettirme arayışına girme tehlikesini de beraberinde getirme ihtimalinin yüksek oluşu sosyal taraflar arasında ciddi eleştirilere uğramıştır. Gerçekten, Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi kalıcı ve istikrarlı olması gereken bir kuruluşun hukuki zemini sık sık değiştirilen Başbakanlık Genelgeleri olmamalı, TBMM den geçirilen bir yasa olmalıydı. ESK'nın Avrupa'daki örnekleri de esasen sırtlarını bir yasaya dayamışlardır. Nitekim 1995 - 1997 tarihleri arasında tam dört Başbakanlık Genelgesine konu olan Ekonomik ve Sosyal Konsey, 11.4.2001 de kabul edilen 21.4.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4641 sayılı Kanunla ilk kez yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Onüç maddelik yasaya göre ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında toplumsal uzlaşma ve işbirliğini sağlayacak sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak danışma niteliğinde ortak görüş belirlemek amacıyla kurulan Ekonomik ve Sosyal Konsey'in üye yapısı bundan öncekilerde olduğu gibi gene üçlü temsile dayandırılmış ise de hükümet - kamu temsilcisi sayısının yine de ağırlıklı olması alışkanlığından

Önemle işaret edelim ki, ESK'da kabul edilecek metinlerin hukuken bağlayıcılığı yoktur.

vazgeçilmemiştir. TİSK, TÜRK-İŞ, DİSK, HAK-İŞ temsilcileri ile TOBB, TZOB ve TESK temsilcileri Konsey'in hükümet dışındaki daimi üyelerini oluşturur. Hükümet temsilcilerinin çoğu ise ilgili bakanlardır. Bununla birlikte 4641 sayılı Kanun'da Türkiye'de tüm sivil toplum örgütleri temsilcilerinin de katılımını öngören bir hükme de yer verilmiştir. Ayrıca sosyal taraflara da ESK'yi toplantıya çağırabilme olanağının tanınması, toplantıların periyodik ve düzenli yapılması gibi gelişmiş batılı ülkelerdeki ESK'larda rastlanan kurumsal yapı ve işleyişe benzer esaslar kabul edilmiştir. Konseye Başbakan, onun katılmadığı durumlarda ise başbakan yardımcısı başkanlık edecektir. Konsey 3 ayda bir olağan, başbakan veya başbakanca belirlenecek olanlar dışında kalan üyelerin 1/3'ünün yazılı talebiyle olağanüstü toplanır. Kanuna göre, Konsey, ihtiyaç duyulan konularda görüş bildirmek üzere geçici ve daimi nitelikli çalışma kurulları oluşturabilecektir.

Önemle işaret edelim ki, ESK'da kabul edilecek metinlerin hukuken bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte aradan geçen sürede Konsey, bazen Başbakanın bazen sosyal tarafların talebiyle zaman zaman toplanarak belirli konularda ve ortak sorunlarda görüş alışverişlerine sahne olmuş, bazı ilke kararları almıştır. Hatta bazı önemli yasaların çıkarılması üzerinde önemli ilke kararları alınmıştır. Konsey'in çalışma esas ve usulleri ile çalışma gruplarının kuruluş ve çalışma yöntemleri ile ilgili olarak 8.8.2001 tarihinde bir de yönetmelik çıkarılmıştır. Yönetmelikte, ayda en az bir kez toplanacak olan 13 adet çalışma kurulu öngörülmüştür. Ayrıca Konsey tarafından gerekli görülen konularda yeni kurullar da oluşturulabilecektir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey'in görev ve yetkileri Yasada (md. 3) şöyle belirlenmiş bulunmaktadır:

1) Toplumdaki ekonomik ve sosyal birimlerin, Hükümetin, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasına katılımlarını sağlamak, Hükümet ile toplumsal kesimler arasında ve toplumsal kesimlerin kendi aralarında uzlaşma ve işbirliğini güçlendirecek çalışmalar yapmak,

2) Oluşturduğu görüş, öneri ve raporları Hükümet'e, TBMM'ye, Cumhurbaşkanı'na ve kamuoyu-

na sunmak, görüş bildirilirken uzlaşılan ve uzlaşılamayan hususları ayrı ayrı belirtmek.

3) Sürekli ve geçici nitelikte çalışma kurulları kurmak ve üyelerini belirlemek, bu kurulların raporlarını görüşmek,

4) Türkiye - Avrupa Birliği Karma İstişari Komitesi üyelerini Avrupa Birliği Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin yapısı ve özelliklerini dikkate alarak belirlemek ve Komite'nin çalışmalarını izlemek,

5) Amaçları doğrultusunda ulusal ve uluslararası düzeyde seminer ve toplantılar düzenlemek, uygun görülecek toplantılara temsilci göndermek,

6) Ekonomik ve sosyal konularda yayınlar ve araştırmalar yapmak ve yaptırmak,

7) Ayrıca, Konsey, Hükümetin istemi üzerine, ekonomik ve sosyal nitelikli her türlü konuda, ekonomik ve sosyal yaşamı doğrudan etkileyen kanun tasarıları ve kalkınma planı ile yıllık programların hazırlanması sırasında görüş bildirebilir.

Kurulduğu 1995'ten 2005 yılı sonuna kadar geçen 10 yılda 18 kez toplanan ESK'nın bu toplantılarında, ekonomik, mali ve sosyal konular ele alınmıştır. Sosyal güvenlik sistemi, eşel mobil, ekonomik istikrar programları, vergi reformu, enflasyonla mücadele, işsizlik, AB-Türkiye ilişkilerinin değerlendirilmesi görüşülen konulardan önemlileri arasındadır.

ESK'nın görev ve yetkileri arasında "Türkiye-AB Karma İstişare Komitesi (KİK) üyelerini AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin yapısı ve özelliklerini dikkate alarak belirlemek ve Komite'nin çalışmalarını izlemek" de sayılmıştır. Türkiye-AB ilişkilerini düzenleyen Ankara Anlaşması'nın 27. maddesi uyarınca, söz konusu ilişkilerde çaba göstermek üzere 1994 yılında oluşturulmuş bulunan KİK, AB ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal kesimleri arasında diyalog ve işbirliğini sağlamak ve teşvik etmek konusunda önemli bir görev üstlenmiştir.

5.4. Türk çalışma yaşamında sosyal diyalog ile ilgili olarak yaşanan en önemli gelişme ise, 26 Haziran 2001 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile TİSK, TÜRK-İŞ, HAK-İŞ ve DİSK arasında imzalanan ve oluşturulacak bir Bilim Kurulunca çalışma yaşamımızı düzenleyen yasaların çağdaş gelişim çizgisine uygun biçime getirilmesi ve esneklik hükümlerini içeren bir İş Kanunu'nun hazırlanması amacını taşıyan Protokol'dür. Sosyal tarafların iradesi olarak ortaya çıkan bu Protokol, Türk çalışma yaşamında sosyal diyalogun en güzel örneklerinden birini oluşturmuştur.

Protokol taraflarınca seçilen ve akademisyenlerden oluşturulan bir Bilim Kurulu önce çalışanlara iş güvencesi getiren bir yasa taslağı hazırlamış ve hazırlanan metin 9.8.2002 tarihinde 4773 sayılı ile yasalaşmıştır. Daha sonra aynı Bilim Kurulu'nca hazırlanan yeni bir İş Kanunu Tasarısı, 4773 sayılı Yasa hükümlerini de bünyesine alarak 26 Haziran 2002 tarihinde Bakanlığa sunulmuştur.

Bu tarihten sonra yapılan çalışmalar sonucunda son şeklini alan İş Kanunu Tasarısı, 13 Mart 2003 tarihinde TBMM'de görüşülmeye başlanmış ve uzun bir müzakere sürecinden sonra 22 Mayıs 2003 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 10 Haziran 2003 tarihinde de Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sosyal diyalogun ülkemizde belki de en güzel ürünü olan 4857 sayılı yeni İş Kanunu, 114. maddesiyle "çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde; çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve iş-

nı düzenleyen Yönetmelik ile Kurulun görevleri şu şekilde belirlenmiştir (md. 5):

- a) Çalışma hayatına ilişkin politikaların oluşumuna katkı vermek,
- b) Taraflar arasında uzlaşma ve işbirliğini güçlendirecek çalışmalar yapmak,
- c) Çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarını ve uygulamaları izlemek, yeni mevzuat ve yasa değişiklikleri ile ilgili hususlarda görüş oluşturmak,
- d) Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO)'nın konferans ve faaliyetlerine katılımda, taraflar arasında etkin bir danışma, bilgilendirme ve iletişimin gerçekleşmesini sağlamak,
- e) "Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında 144 sayılı Sözleşme" hükümlerine uygun çalışmalar yapmak,
- f) Ulusal mevzuatın, Avrupa Birliği'nin çalışma hayatına ilişkin müktesebatına uyumu için taraflar arasında etkin bir danışma, bilgilendirme ve iletişimin gerçekleşmesini sağlamak,

Üçlü Danışma Kurulu, hükümet ağırlıklı temsile yer vermesi açısından eleştirilen ESK'ya oranla daha dengeli bir üye yapısına sahiptir denebilir.

çi sendikaları konfederasyonları arasında etkin danışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu" oluşturulmasını öngörmektedir. Bu madde ile sosyal diyalog konusunda önemli bir adım daha atılmış olmaktadır.

İş Kanunu'nun 114. madde hükmü ile TBMM tarafından 26.11.1992 tarihinde onaylanan ILO'nun Uluslararası Çalışma Normlarının Uygulanmasının Geliştirilmesinde Üçlü Dayanışma Hakkında 144 sayılı Sözleşmesi'nin yasal dayanağının oluşturulması amaçlanmıştır. Bununla birlikte İş Kanunu md. 114 metninde, Üçlü Danışma Kurulu'na, uluslararası çalışma normlarının kabul ve oluşturulmasının ötesinde "çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi ve çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi" ifadelerine yer verilerek 144. sayılı Sözleşme'ye oranla daha geniş görevler verilmiş görünmektedir. Bu tercih genişliği üçlü sosyal diyalogun ülkemizde işlerliği açısından yararlı olacaktır kuşkusuz.

4.4.2004 tarihli RG'de (25423 sayılı) yayımlanan Üçlü Danışma Kurulu'nun çalışma usul ve esasları-

- g) İhtiyaç duyulması halinde komisyonlar kurmak, üyelerini belirlemek, raporları görüşmek,
- h) Ulusal ve uluslararası düzeyde seminer ve toplantılar düzenlenmesini taraflara önermek, uygun görülecek toplantılara temsilci göndermek,
- i) Çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi ile ilgili alanlarda araştırmalar yapılmasını taraflara önermek.

Yönetmeliğe göre Üçlü Danışma Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı veya Müsteşarının başkanlığında gündem konularına göre Bakanlık, bağlı ve ilgili kurumların birim amirlerinden en çok üyeye sahip ilk üç işçi sendikaları konfederasyonundan birer, en çok üyeye sahip işveren konfederasyonundan üçer temsilci ile en çok üyeye sahip ilk üç kamu görevlileri sendikaları konfederasyonlarından birer temsilciden oluşur (md. 4). Bu yapısı itibarıyla Üçlü Danışma Kurulu, hükümet ağırlıklı temsile yer vermesi açısından eleştirilen ESK'ya oranla daha dengeli bir üye yapısına sahiptir denebilir. Yönetmelik'te işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonlarından katılacak temsilcilerin üst düzey yönetici olmaları aran-

mıştır ki, kurulda alınacak kararların etkinlik derecesini arttıracığından olumlu bir yaklaşımdır. Ancak işçi kesiminin geçmişte de defalarca tekrarlandığı üzere birden çok üst kuruluşlarca temsil edilmeleri bu kesimin bölünmüşlüğüne yasal bir kanıt olmaktan öteye sosyal diyalogdan beklenen faydayı azaltabilir.

Her yıl Ocak, Mayıs ve Eylül aylarında olmak üzere yılda üç kez olağan toplanması (md. 7) öngörülen Kurul, görev alanına giren konularda araştırma ve inceleme yapmak, görüş bildirmek ve raporlar hazırlamak ve inceleme yapmak, görüş bildirmek ve raporlar hazırlamak üzere komisyonlar oluşturulabilecektir (md. 9). Ayrıca başkanın veya kurul üyelerinden üçünün yazılı istemiyle kurul olağanüstü de toplanabilir.

Kurul ilk toplantısını 24 Mayıs 2004 tarihinde gerçekleştirerek, sosyal diyalogun güçlendirilmesi, 4957 sayılı yeni İş Kanunu'nun uygulama sonuçları, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Değişiklik Taslağı, Kıdem Tazminatı Fon Tasarısı, AB'nin çalışma hayatına ilişkin mükteşebatına uyum sağlanması ve kayıt dışı istihdam konularını görüşmüştür. Üçlü Danışma Kurulu ikinci toplantısını 5.5.2005'te yapmış ve 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara ilişkin değişiklik tasarıları, kıdem tazminatı fonu ve sosyal güvenlik reformu görüşülmüştür.

Önemle belirtelim ki, 4641 ve 4857 sayılı Yasaların düzenleniş tarzından ESK ile Üçlü Danışma Kurulu'nun aynı anda ve birbirlerini tamamlayıcı nitelikte görev ifa edecekleri sonucu çıkarılabilir.

5.5. Ülkemizde ESK ve ÜDK dışında uzun zamandan beri değişik yasalara göre oluşturulan ve çalışan üçlü temsile dayanan başka sosyal diyalog platformları da vardır. Bunların belli başlılarına bir göz atmak gerekirse şöyle sıralanabilirler:

- Yüksek Hakem Kurulu, Grev ve lokavtın yasaklandığı durum ve işlerde zorunlu tahkim organı olarak görev yapmaktadır (AY 54, 2822 sK. 53)

- Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu (4958 sK. 5, 6)

- Sosyal Sigortalar Kurumu Yüksek Sağlık Kurulu

- Sosyal Güvenlik Kurumu Yüksek Danışma Kurulu (4947 sK. 3)

- Türkiye İş Kurumu Genel Kurul ve Yönetim Kurulu (4904 sK. 6, 7)

- Türkiye İş Kurumu İl İstihdam Kurulları

- Milli Prodüktivite Merkezi Genel Kurulu ve

Prodüktivite Merkezi Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu (580 sK. 4, 7)

- Asgari Ücret Tespit Komisyonu (4857 sK. 39)

- Asgari İşçilik Tespit Komisyonu (4958 sK. 79)

- İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurul (4857 sK. 38)

- İl Mesleki Eğitim Kurulları (3308 sK. 6)

- Mesleki Eğitim Kurulları (3308 sK. 4)

- Sakat ve Eski Hükümlü İstihdam Etmeyen İşverenlerden Kesilen Para Cezalarını Değerlendirme Kurulu (4857 sK. 30/son)

- Deniz İş Kanunu uyarınca oluşturulan İaşe Bedeli Tespit Kurulu (854 sK. 35)

- Resmi Arabulucu Seçici Kurulu (Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğü md. 24: RG. 16.6.1984, Nr. 18433)

Ayrıca işçi ve işveren sendikalarının aralarında grup toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yaparak yıllardan beri geniş katımlı bir sosyal diyalog türünü gerçekleştirdikleri de unutulmamalıdır.

5.6. Sonuç olarak denebilir ki, AB'ye girmek için büyük çaba gösteren ülkemiz AB'nin ekonomik gelişmesinde ve istihdamın artırılmasında anahtar role sahip görülen ve en etkin gelişme ve uzlaşma yöntemi olarak değerlendirilen sosyal diyalog (özellikle üçlü diyalog) yönteminden en iyi şekilde yararlanmak zorundadır. Bunun için sosyal diyalogun her türüsüne özendirici önlemlerin alınması gerekir. Ülkenin temel sorunlarının çözümünde ve çağdaş yaşam kalitesinin yakalanmasında sosyal diyalog sürecinin önemi unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- T. Centel, Türkiye'de Sosyal Diyalogun Geleceği, MERCEK, Ekim 1997.
- F. Demir, Türkiye'de Sosyal Barış ve Diyalog Arayışları, MERCEK, Ekim 1997.
- T. Dereli, Yeni Bir Sosyal Diyalog Aracı Olarak Üçlü Danışma Kurulu: Genel Bir Değerlendirme, MERCEK, Nisan 2004.
- T. Dereli, The Employee Involvement in Turkey, Employee Involvement in Europe, Kluwer Law International, The Hague 2003.
- E. İren, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Üçlü Diyalog, Ankara 2005.
- R. Nielsen, European Labour Law, Copenhagen 2000.
- S. Odaman, Üçlü Danışma Kurulu, Çimento İşveren, Ocak 2005.
- TİSK, Dünya'da ve Türkiye'de Sosyal Diyalog, TİSK Yayın No. 1 15, Ankara 1992.
- C. Tuncay, "AB Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları", AB'nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, ÇMİS Yayını, Ankara 1997.

İlknur BAYSU - Prof. Dr. Andreas HÄNLEIN

Avukat

Kassel Üniversitesi Ekonomik Hukuk ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Çeviren: Prof. Dr. Tankut CENTEL

Öğrenimi Teşvikte Eşit Davranma – Türk İşçi Çocukları İçin de!”

Avrupa Adalet Divanı'nın Gaye Gürol Davasına İlişkin
7.7.2005 Tarihli ve C-374/03 Sayılı Kararı”
Hakkında İnceleme

1. Giriş

“Gürol” davasında Avrupa Adalet Divanı verdiği Daire kararıyla, resmi öğretim kurumlarına kabul ve de resmi öğrenimi teşvik bakımından Birlik üyesi devletlere Türk vatandaşlarına üye devlet vatandaşlarından daha kötü davranmayı ilk kez yasaklamıştır. Bu çok önemli açıklama. Divanın daha önce hakkında görüş bildirme olanağını bulamadığı, AET/Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 19.9.1980 tarihli ve 1/80 sayılı Kararı'nın¹ 9. maddesine dayanılmaktadır. Bununla Avrupa Adalet Divanı, Topluluk ile Türkiye arasındaki ortaklık hukukuna ilişkin anlaşma hedeflerini kabul ettirmeyi ne denli ciddiye aldığı yeniden açıklamış bulunmaktadır. Bir kez daha Avrupa Adalet Divanı, ereksel yorum yapmak ve “effet utile”yi vurgulamak suretiyle, ilgili düzenlemenin metninden doğal biçimde çıkarılması zorunlu bulunmayan sonuçlara ulaşmaktadır. Ve Avrupa Adalet Divanı'na ortaklık hukuku-

nu geliştirme fırsatını yaratmak için sebat gerektiği, nihayet bir kez daha görülmüştür. Ne de olsa, Sigmaringen İdare Mahkemesi başvuru yapana² kadar üç yıl geçirmiş, başvuru da, ancak Baden-Württemberg Eyalet İdare Mahkemesi'nin bir sika-yet davasında başvuru isteğini ciddi nitelikte görüp onaylamasıyla gerçekleşebilmiştir³.

Daha önce 1999 yılında, bir Türk vatandaşı olan ve Tübingen Üniversitesi'nde “uluslararası iktisat” öğrenimi gören bayan Gürol, İstanbul'daki Boğaziçi Üniversitesi'nde bir yıllık öğrenim için öğrenim kredisi talebinde bulunmuştur. Bu öğrenim kredisi, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası'nın o dönemdeki ilgili hükümleri uyarınca, kendisinden esirgenmiştir. Bayan Gürol gibi bir yabancı, Alman vatandaşlarından farklı olarak, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 5/II cümle 4 hükmü uyarınca, “öğrenim hükümlerince yabancı ülkedeki ikamet, ancak öğ-

renimin mutlaka yabancı ülkede görülmesi gereken bir parçası olarak öngörülmüş olduğu takdirde", yabancı ülkedeki öğrenim için öğrenim kredisi istemeye hak kazanabilirdi'. Bayan Gürol'un seçtiği öğrenim dalı bakımından, yabancı ülkede öğrenim görülmesi için gerekli ikamet hakkında Tübingen Üniversitesi İktisat Fakültesi'nin bir "ivedi tavsiye"sinin bulunmasına karşılık; böyle bir ikamet, "zorunlu" değildir.

Aşağıda ilkin, Avrupa Adalet Divanı'nın Alman hukuku karşısında kararını dayandırdığı ortaklık hukukuna ilişkin düzenlemeler tanıtılacak ve sıralanacaktır. Dolayısıyla, Daire'nin gerekçelendirmesi, yorum yapılarak anlatılacaktır. Nihayet, karardan çıkacak olası diğer sonuçlara değinilecektir.

II. 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 9. Maddesinin Sistematik Konumu

Türkiye ile Avrupa Birliği ve buna üye devletler arasındaki mevcut ortaklık ilişkileri, 12.9.1963 tarihli Ankara Antlaşması'na dayanmaktadır⁵. Bilindiği üzere Türkiye'nin Topluluğa girme olanağını göz önünde bulunduran sözkonusu antlaşma, akit tarafların "aralarında serbest işçi dolaşımını kademe olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu Kuran Antlaşma'nın 48, 49 ve 50. maddelerinden esinmekte" uyuştuklarını ifade etmektedir (m. 12). Antlaşma, Ortaklık Konseyi olarak adlandırılan kendine özgü bir kurumun oluşturulmasını öngörmektedir. Bu kurum, bir yanda üye devlet hükümetlerinin, Konseyin ve Komisyonun üyeleri ile diğer yanda Türk hükümetinin üyelerinden oluşacak ve oybirliğiyle karar alabilecektir. Hedeflenen tam üyeliğe kadarki geçiş aşamasının hukuki temeli olan 1970 tarihli Ortaklık Anlaşması'na Ek Protokol (Katma Protokol)⁶, serbest dolaşım hakkında somut ifadeler içermektedir. Bu anlamda, üye devletler ile Türkiye arasındaki serbest dolaşım, Katma Protokol m. 36 uyarınca ancak Ortaklığın 12 ila 22. yılları arasında sağlanacak ve Ortaklık Konseyi, bunun için gerekli düzenlemeleri kararlaştıracaktır. Ancak, Katma Protokol, halen Topluluk içinde çalışan, yani henüz Türkiye'ye nispeten serbest dolaşım sağlanmamış olsa dahi üye devletlerin emek piyasasına girmiş bulunan Türk işçilerini hedef alan bir düzenlemeyi içermektedir. Nitekim, Katma Protokol m. 37 hükmü uyarınca, "her üye devletin

(...), Topluluk içinde çalışan Türk uyruklu işçiler için, çalışma koşulları ve ücret bakımından diğer bir üye devletin vatandaşı olan işçiler karşısında vatandaşlığa dayalı ayırım içermeyecek bir düzenleme yapması" öngörülmektedir. Asli ortaklık hukukunun bu hükmü, AET/Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 19.9.1980 tarihli ve 1/80 sayılı Kararıyla (1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı) somutlaştırılmıştır⁷.

Bu kararın, Gürol davası için önemli hüküm niteliğindeki 9. maddesi, Topluluğa dahil bir üye devlet içinde usulü dairesinde çalışmış bulunan ve ebeveyniyle birlikte oturan Türk çocukları hakkındaki asli ortaklık hukuku yoluyla ortaya çıkan ayırım yasağını biçimlendirmektedir. Bu şartla Türk çocukları, "üye devlet vatandaşı çocuklarla aynı vasıfları taşıdıkları takdirde, okula devam edebilecekler, çıraklık öğrenimi ve mesleki öğrenim görebilecekler"dir (m. 9 cümle 1). Devamla, Türk çocukları, "bu üye devlette münferit devletlerin belirtilen alandaki hükümleriyle öngörülmüş bulunan çıkarları talep edebilecekler"dir (m. 9 cümle 2). Buna göre, sözkonusu düzenleme, bir öğrenim hukukuna ve bir de sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bileşkeye sahiptir. Eşit davranma, öğretim kurumlarına devam için sağlanmış olup, öngörülmüş "çıklarlar" da, öğrenimi teşvike hizmet edecek sosyal güvenlik yardımlarını ilgilendirmektedir.

Belli bir ihtiyatla, AT-üyesi devletlerdeki işçilerin çocukları bakımından öğrenim hakkı konusunda eşitlik esasını düzenleyen 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9, 1612/68 sayılı Serbest Dolaşım Tüzüğü m. 12 hükmüne paralel hüküm olarak görülmektedir⁸.

AT üyesi devletlerdeki işçi çocukları, 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmüne göre, diğer bir üye devletin ülkesinde oturdukları takdirde, "bu üye devletin vatandaşlarıyla aynı şartlar altında genel öğrenime ve çıraklık eğitimi ile mesleki öğrenime katılabilecekler"dir (m. 12 cümle 1). Ayrıca, "üye devletler, bu çocukların en iyi şartlarda öğrenim görmelerini mümkün kılacak çabaları destekleyeceklerdir" denilmektedir (m. 12 cümle 2).

1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmündeki düzenleme, Avrupa Adalet Divanı'nı daha önce birçok kez uğraştırmıştır⁹. Avrupa Adalet Divanı, sözkonusu hükümden, Topluluk üyesi devletlerden Almanya'ya gelip burada çalışan göçmen işçi-

lerin çocuklarına eşit davranılması esasını türetmiştir. Bu bağlamda, Avrupa Adalet Divanı, 1974 yılındaki Casagrande davasında¹⁰, bu tür çocukların, Almanya'da oturduklarında Alman vatandaşları gibi aynı şartlarla okula ve çıraklık eğitimi ile mesleki öğrenime devam edebileceklerine karar vermekle yetinmemiş, bunun ötesinde türettiği eşit davranma esasını -o dönemde tartışmalı olan Baviera Eyaleti hukukunun öngördüğü öğrenim kredisi gibi- derslere devamı kolaylaştıracak olan öğrenimi teşvik yardımlarına yaymak suretiyle, düzenlemeye sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bir boyut da kazandırmıştır. Divan, gerekçe olarak, 1612/68 sayılı AET Tüzüğü'nün, göç edilen ülkede göçmen işçi ailelerinin bütünleşmesini iyileştirmeyi hedeflemesini vurgulamıştır¹¹. Daha sonra 1989 yılında Divan, bu kuralın iktisat alanında yapılacak bir yüksekokul öğrenimine de uygulanmasını kararlaştırmıştır¹². Nihayet, Divan, "Di Leo" davasında, 1612/68 sayılı Tüzük m. 12 hükmünün uygulama alanını, yabancı ülkede (bu yabancı ülke, ailenin geldiği ülke olsa dahi) öğrenim görmenin teşvikine kadar genişletmiştir¹³. Söz konusu hüküm göçmen işçi ailesinin oturulan ülkedeki bütünleşmesini teşvik etmek istediğinden, üye devletlerden gelen bir göçmen işçinin çocukları o ülkenin kendi vatandaşları gibi aynı şartlar altında öğrenimlerini seçebilmeliydiler. Bu yüzden, göçmen işçi çocuklarının yurt dışı öğrenimleri, kendi vatandaşlarının çocukları gibi aynı şekilde teşvik görmeliydi.

Avrupa Adalet Divanı tarafından Gürol davasında yanıtlanacak sorular, sonuçta 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmüne dayanan mahkeme kararlarını Türk göçmen işçilerinin çocuklarına aktarma olanağını yaratmayı hedeflemekteydi. Bu bağlamda, ilkin, söz konusu tali ortaklık hukuku hükmünün doğrudan uygulanırılığı sorunu ortaya çıkmıştır.

III. 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 Hükmünün Doğrudan Uygulanırılığı

Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmünün doğrudan uygulanırılığı sorunu, hükmün her iki cümlesi bakımından, birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Buna göre, hükmün öğrenim hukukuna ilişkin boyutu ile öğrenimi teşvik hukukuna ilişkin boyutu, birbirinden ayırt edilmelidir.

1- Öğrenim Hukukuna İlişkin Eşit Davranma Esasının (1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 1) Doğrudan Uygulanırılığı

AB/Türkiye ortaklık hukukunun düzenlemeleri, Avrupa Adalet Divanı'nın yerleşik kararlarına göre, ilgili kural, ancak sözü ve ortaklık anlaşmasının anlam ve amacı bakımından yerine getirilmesi veya etkileri başkaca bir işlemi gerektirmeyecek derecede açık ve belli bir yükümlülüğü içerdiği takdirde, üye devletlerde doğrudan uygulanacaktır. Söz konusu mahkeme kararları, Avrupa Adalet Divanı'nın Demirel davasında verdiği karara¹⁴ kadar uzanmaktadır. Avrupa Adalet Divanı, bu davada ilk kez, ortaklık hukukunu topluluk hukukunun ayrılmaz parçası olarak görmüştür. Daha sonra Sevince davasındaki karar¹⁵, çığır açmıştır. Bu kararda Divan, çalışma izni hukukuna ilişkin düzenlemesi bakımından, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın doğrudan uygulanırılık şartlarının bulunduğunu kabul etmiştir. Bundan sonraki gelişim evreleri; Divan'ın ilkin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın¹⁶ da doğrudan uygulanır nitelikte olduğunu dikkate alması¹⁷ ve daha sonra da, bunu orda düzenlenmiş bulunan sosyal güvenlik hukukuna ilişkin eşit davranma esasından aynen tanınması¹⁸ biçiminde ortaya çıkmıştır. Nihayet, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 10 hükmündeki is hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesi, Avrupa Adalet Divanı'nın 2003 yılında verdiği bir karara göre, aynı şekilde doğrudan etkiye sahiptir¹⁹.

Böylece, şimdi ilk başvuru sorununda, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 1 hükmünden çıkan öğrenim hukukuna ilişkin eşit davranma esasının doğrudan uygulanırılığı açıklığa kavuşturulmalıydı. Bu sorun, davaya katılanlar arasında çekişmesizdi ve buna uygun olarak da, Daire tarafından birkaç kelimeyle onaylanmıştır (k. no. 21-26). Karara göre, söz konusu hüküm, uygulanması için tatbikat hükümlerini gerektirmeyen bir eşit davranma esasını içermektedir (k. no. 23). Bu sonuç, okula ve mesleki öğrenime kabulde vatandaşlık ayrımı yapma yasağının, salt asli hukuka ilişkin ayırım yasaklarının somutlaştırılması oluşuyla da doğrulanmaktadır (k. no. 24).

2- Öğrenimi Teşvik Hukukuna İlişkin Eşit Davranma Esasının (1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 2) Doğrudan Uygulanırlığı

Üçüncü başvuru sorunu tarafından ortaya atılan ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 2 hükmünde yer alan öğrenimi teşvik hukukuna ilişkin eşit davranma esasının da doğrudan uygulanır nitelikte olup olmadığı sorunu, buna karşılık çok tartışmalıydı. Sözkonusu düzenleme, "bir üye devlette ebeveyni yanında oturan Türk çocukları, münferit devlet hükümlerine göre öğrenim alanında öngörülmüş çıkarları, bu üye devlette talep edebilirler" hükmünü taşımaktadır.

Anılan kaydın anlamı hakkında, değişik görüşler savunulmuştur. Nitekim, Alman ve de Avusturya hükümetleri²⁰, Türk göçmen işçi çocuklarına da belirtilen çıkarları tanıma ya da sınırlayıcı düzenlemeler öngörme yetkisinin üye devletlere tanındığını düşünmüştür²¹. Öncelikle üye devletlerin takdir alanını olay için sınırlamak isteyen Genel Raportör de, bu yolla m. 9 anlamındaki gerçek öğrenim hakkının tehlikeye düşeceğini belirterek, benzer bir görüşü savunmuştur²². Kendisine göre, öğrenim kredisi vermemeye ilişkin bir durumun, m. 9 cümle 1 hükmünden kaynaklanan hakkı kısıtlamadığı ispat yükü, ilgili üye devlete düşmektedir²³.

Buna karşılık, davacı ve de Komisyon²⁴, düzenlemenin, metni bakımından hiçbir şekilde böyle anlaşılması gerektiğine, hükmün diğer dillerdeki anlatımına bakılmasıyla herhâlükârda bunun görüldüğüne işaret etmiştir. Bu konuda, ilgili kişilerin sözkonusu haklardan herhangi bir kayda tabi bulunmaksızın "yararlanmalarını" öngören Danca metin²⁵ çok açıktır.

Daha sonra Daire, birbirinden farklı dilledeki metin çevirilerinde hükmün genel yapısına ve ait olduğu kurallar bütününe göre yorumlanması gerektiğine ilişkin Komisyon atfını²⁶ -üstü kapalı- izlemektedir. Daire, öncelikle, "yapabilmek" sözcüğünü manidar biçimde parantez içine alarak, m. 9 cümle 2 hükmünü zikretmektedir (k. No. 37). Devamla kararda, Türk çocuklarına -m. 9 cümle 1 hükmüyle sağlanan eğitim ve öğrenim eşitliğinin, bunlara üye devlet vatandaşları gibi aynı çıkarları isteme hakkı tanınmadığı takdirde, aldatıcı olacağından söz edilmektedir (k. no. 39 vd.). Dokuzuncu maddenin ikinci cümlesine de sadece eşit davranılmasını isteme

hakkı olarak anlam verilmesi, m. 9 hükmünün Türk çocuklarına fırsat eşitliğini sağlama yönündeki hedefine uygun düşecektir (k. no. 40). Salt yetkilendirme olarak anlaşıldığında, m. 9 cümle 2 hükmü fazlalık oluşturmakta; böylece düzenlemenin pratik uygulanırlığı (= "effet utile"; bkz. K. no. 41) görüşü de, sözkonusu hükmün, öğrenimi teşvik önlemleri hakkında eşit davranma esasını öngördüğü anlamında yorumlanmasını gerektirmektedir.

Türk göçmen işçi çocuklarına başka türlü fırsat eşitliği sağlanamayacağı açıklaması, sevindirici biçimde gerçeklere uygun düşmektedir. Çünkü, çoğu Türk öğrenci, mali bakımdan güçsüz olan ailelerden gelmekte²⁷ ve öğrenimleri ebeveyni tarafından karşılanmamaktadır. Bu durumda, 2003 kış yarıyılında 24.448 Türk öğrenci, Alman yüksekokullarında öğrenim görmüştür. Bunlardan 12.965 tanesi, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası'na göre öğrenim kredisi almışlar ve böylece anılan yasanın muhtaçlık ölçütlerini yerine getirmişlerdir²⁸.

IV. 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 Hükmündeki Eşit Davranma Esasının Uygulanma Şartlarının Yorumu

Avrupa Adalet Divanı, 1.80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmünün doğrudan uygulanırlığı sorunsalının yanı sıra, sözkonusu hükmün şekli hakkında münferit görüşleri açıklamıştır.

1. İkametgah Şartının Geniş Yorumu

Dokuzuncu madde, kişisel bakımdan eşit davranılmasını isteme hakkını, "Topluluk üyesi bir devlette usulüne uygun olarak ebeveyni yanında ikamet eden Türk çocukları"na tanımaktadır. Davacının bu ikamet şartını yerine getirip getirmediği, tartışmalıydı. Çünkü, davacının esas ikametgahı, üniversite meslek öğreniminin görüldüğü yerdeydi. Davacı, ebeveyninin yanında olgunluk sınavını vermiş; buna karşılık, öğrenim süresi boyunca, tali bir ikametgaha sahip olmuştu. Bu noktada Avrupa Adalet Divanı önündeki muhakemede, sözkonusu şartın geniş yorumlanması gerektiği hakkında, geniş ölçüde bir birlik oluşmuştu²⁹. Tübingen'deki öğrenimi öncesinde usulüne uygun olarak Almanya'da yaşayan ebeveyninin yanında

oturmuş olduğu için, davacının olayında ikametgah şartının yerine geldiğini kabul etmek suretiyle, Daire de bunu kabul etmiştir. Bir kez m. 9 hükmünde, "öğrenim süresince ebeveyn yanında oturma için belli bir şekil" aramanın dayanağı olmadığı için, öğrenim boyunca ebeveynle birlikte bir aile yaşamı içerisinde bulunulması aranmayacaktır (k. no. 30). Ayrıca, Daire, tekrar m. 9 hükmünün hedefi üzerinde durmakta ve Türk çocukları, ancak ebeveynin ikametgahı yakınında bulunmayan öğrenim yerlerini seçebildikleri takdirde, kabul eden üye devletin çocukları gibi gerçekten istedikleri okul veya meslek öğrenimini seçmiş olabileceklerdir (k. no. 31 vd.).

2. Yabancı Ülkedeki

Yüksek Öğretimde de Eşit Davranma

Nihayet, başvurma kararı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmündeki eşit davranma esasının, ayrıca anayurt Türkiye'de görülen bir yüksekökol öğrenimini de kapsayıp kapsamadığı sorununu ortaya atmıştır.

Bu konuda Federal Hükümet, AT üyesi devletlerden gelen göçmen işçi çocuklarının yüksekökol öğrenimi bakımından da kendi vatandaşlarının çocuklarından farklı tutulamayacağını öngören 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmü hakkındaki kararın³⁰, ortaklık hukukuna ilişkin atana aktarılabilmesine itiraz etmiştir. Burada Federal Hükümet, 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükümleri arasındaki formüle edilmiş farklılıklarını öne çıkarmıştır. Buna göre, eşit davranma esasının "okula devam"ı da ilgilendirmesi gerektiği hususu, sadece 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmünde sözkonusudur.

Federal Hükümet'in ileri sürdüğü deliller, fazla inandırıcı görünmüyordu. Buna karşılık, tekrar 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmünün değişik dillerdeki metinlerine dayanılmaktaydı. Sadece Almanca metinde -dar biçimde- "genel okul tedrisatı"ndan eşit olarak yararlanmadan söz edilirken, İngilizce metinde buna karşılık, "general educational", Fransızca metinde "d'enseignement général" ve Portekizce metinde de "ensiono geral" yer almaktadır. Böylece, orada 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmündeki aynı kavramsallık kullanılmaktadır.

Kaldı ki, Avrupa Adalet Divanı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın diğer bir hükmünün kullanıldığı mesleki öğrenim kavramını, bu bağlamda yüksekökol öğrenimini de kapsar biçimde anlamaktaydı³².

Bu zeminde Avrupa Adalet Divanı'nın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 1 hükmü anlamında eşit haklara sahip olunarak okula devanın, üniversitede iktisat öğrenimi de dahil olmak üzere, her tür dersi kapsadığını Gürol olayında kısaca saptamasına hayret edilmemelidir. 1612/68 sayılı AET Tüzüğü'ne ilişkin olup daha önce belirtilen karara yollamada bulunmak, gerekçe olarak Daireye yetmektedir³³.

Uyuşmazlık konusu yüksekökol öğrenimi gelinen ülke olan Türkiye'de görülecek olduğu takdirde durumun ne olacağına ilişkin, açık kalan kısmi soruna Daire, nihayet fırsat eşitliği görüşünü devreye sokmak suretiyle olumlu yanıt vermektedir (k. no. 39 vd.). Daire, 1612/68 sayılı AET Tüzüğü m. 12 hükmüne ilişkin anılan paralel karara yollama yapmaktan kendisini alıkoymaktadır. Buna karşılık, Komisyon, 1990 tarihli "Di Leo" kararına³⁴ yollama yapmıştı.

V. "Gürol" Kararının Uzak Etkileri

Avrupa Adalet Divanı kararının verildiği tarihte yasa koyucu, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 5/II cümle 4 hükmünde, 1.1.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere değişikliğe gitmiştir.

Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 5/II hükmünün Göç Yasası'yla³⁵ değişik yeni şekli: yabancı olup öğrenim görenlerin, özel bir hukuki statü gerekmezsiniz, gelecekte ülke içindeki öğrenim çerçevesinde yürütülen yurt dışındaki öğrenim bölümleri için de, doğrudan öğrenim kredisi talep edebilmelerini güvencelemektedir. Bu kişiler için yabancı ülkedeki ikamet, ilgili öğrenim hükümlerince emredici biçimde öngörülmüş olmasına ilişkin şimdiye kadarki dış ülke kredi sınırlaması, böylece yürürlükten kalkmıştır. Yeni düzenleme, yabancı görevlilerin özendirilmesine dayanmakta olup, "öğrenim gören yerliler" in, bütünleşmesine ve fırsat eşitliğine sahip olmalarına katkıda bulunacaktır³⁵.

Bununla birlikte, Gürol davası kararı, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası'ndaki değişiklikle eskimiş

değildir⁶⁶ aksine, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmündeki öğrenime ilişkin ayırım yasağının doğrudan uygulanırlığının tanınması, Alman öğrenimi teşvik hukukuna ilişkin düzenlemeleriyle getirilecek başka ayrımların da Avrupa hukukuna ters düşmesi sonucunu doğuracaktır. Bu tür düzenlemeler, sözkonusu yasanın son zamandaki intibakından sonra dahi mevcut bulunmaktadır.

İlk olarak, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 8 hükmüne değinilmelidir. Bu hüküm, özel bir hukuki statü olmaksızın yabancıların öğrenim kredisi almalarını, ülke içinde geçen ikamet ve çalışma süresi bakımından ek şartlara bağlamaktadır (m. 8/II). Buna karşılık, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 cümle 1 hükmündeki şartları yerine getiren Türk işçi çocuklarının ayrıcalıklı yabancılar sıralaması (bkz. Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 8/I cümle 1 bent 2-9) içine alınmaları gerektiği, "Gürol" kararından çıkartılabilir.

Yasanın mevcut metni, m. 5/II bakımından da, son derece endişe vericidir: Yurt dışındaki öğrenim, bu tür öğrenim yerli bir öğrenim kurumuna en az bir yıl süreyle devam edilip, Avrupa Birliği'ne üye bir devlette sürdürüldüğü ve yeterli dil bilgileri bulunduğu takdirde de, Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 5/II cümle 1 bent 3 hükmü uyarınca teşvik edilecektir. Ancak, ayrıcalıksız statüdeki öğrenim gören kişiler ve böylece de Türk göçmen işçilerinin Türk çocukları, açıkça bu teşvik olanağından hariç tutulmaktadır (Federal Öğrenimi Teşvik Yasası m. 5/II cümle 4 hükmünün yeni metni⁶⁷).

Ayrıcalıklı ikamet statüsüne sahip bulunmayan yabancılar yararlanma koşullarını ağırlaştırarak diğer öğrenimi teşvik hukukuna ilişkin hükümler olarak, ayrıca AFBG (Usta "Federal Öğrenimi Teşvik Yasası") m. 8/II ve Sosyal Güvenlik Yasası III. Kitap m. 63/II (Mesleki Öğrenimi Teşvik) hükümleri belirtilmelidir. Belirtilen hükümler dayanak yapılarak gerekli teşvik tanınmadığı takdirde, bu konuda Türk vatandaşları da bu kez 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m.9 hükmüne dayanabileceklerdir.

Yeni Bavviera Serkin Kişileri Teşvik Yasası⁶⁸ da, ortaklık hukukuna ilişkin görüşler bakımından, kabul edilemez niteliktedir. Bu yasayla, üstün yetenekli kız ve erkek öğrenciler ve özel nitelikli genç

bilim elemanları teşvik görmektedir. Teşvik görmek isteyen kişi, Avrupa Birliği üyesi bir devletin vatandaşlığına sahip bulunmalı veya karşılıklılık sağlanmış bir devletin vatandaşı olmalıdır. Bunun içinde yatan Türk göçmen işçi çocuklarının dışlanması, tekrar 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 9 hükmüyle bağdaşmamaktadır.

VI. SONUÇ

"Gürol" kararında, iyi gerekçelendirilmiş pratik önemi küçümsenemeyecek bir kararın sözkonusu olduğu gerçeğine sıkıca tutunulmalıdır. Anılan karar, öğrenim ve öğrenim teşvik hukuku için, ortaklık hukukuna ilişkin bir eşit davranma esasını tanımaktadır. Bu içerikle sözkonusu karar, kesintisiz Avrupa Adalet Divanı'nın kararları içinde ve de çifte anlamda sırasını almaktadır. Bir kez, sözkonusu karar, uzun süreden beri 19.9.1980 tarihli AET/Türkiye Ortaklık Konseyi kararlarındaki hükümleri doğrudan uygulanır nitelikte ele alan ve böylece Topluluk içinde yaşayan Türk vatandaşlarının hukuki bütünleşmesini kolaylaştıran ortaklık hukukuna ait mahkeme kararları geleneğine uyum göstermektedir. Diğer yandan anılan hüküm, öğrenim ve öğrenimi teşvik hukukuna ilişkin kararların 1612/68 sayılı AET Tüzüğü çerçevesinde gelişen çizgisini sürdürmektedir.

Bu bağlamda, birlik vatandaşlığından öğrenime ilişkin hakların türetildiği son zamanda, sözkonusu işçi merkezli tüzüğü aşan gelişmeler varsa da, bu durum, Türk vatandaşı olup öğrenim görenlere, yakın gelecekte hiçbir yarar sağlamayacaktır. Çünkü, bu kişiler, yakın gelecekte Birlik vatandaşlığını kazanacak durumda değildir. Ancak, bu kişi grubu için, hukuki statülerinin, ortaklık hukuku temelinde güvencelemiş bir Avrupa hukuku temelini kazanmış olması da aynı derecede önemlidir.

DİPNOTLAR

* Mannheim'da Avukat; davacının ilk mercideki dava yetkilisi

** ZESAR 10/2005, sh. 425-430'dan çevrilmiştir.

*** Kararın metni için bkz. ZESAR, 10/2005, sh. 438 vd.

1 Federal İş Kurumu'nun 24.11.1980 tarihli Genelgesi, ANBA Nr. 1/1981, sh. 2 = Rat der Europäischen Gemeinschaften (yay.), Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokumente, Brüksel 1992, sh. 327 vd.

2 Sigmaringen İdare Mahkemesi'nin 31.7.2003 tarihli ve 8 K 557/00 sayılı başvuru kararı.

3 Baden-Württemberg Eyalet İdare Mahkemesi'nin 25.9.2002 tarihli ve 7 S 298/02 sayılı kararı - Cremer, InfAuslR 1995, 45 vd'na atfen;

- diğer idare mahkemeleri, daha önceki davalarda Federal Öğrenimi Teşvik Yasası'nın tartışmalı hükmünü sorun yaratır nitelikte görmemiştir. bkz. Frankfurt İdare Mahkemesi, InfAusLR 1987, 246 vd.; Bremen Yüksek İdare Mahkemesi'nin 8.5.1992 tarihli ve 2 BA 15/92 sayılı kararı - (juris); Kassel İdare Mahkemesi'nin 23.8.1993 tarihli ve 5/4 G 3040/93 sayılı kararı; Augsburg İdare Mahkemesi'nin 24.1.1994 tarihli ve Au 2 K 93.1283 sayılı kararı; Kuzey Ren-Vesfalya Yüksek İdare Mahkemesi, NVwZ-RR 1996, 472 vd.
- 1 Bu, Alman öğretim mevzuatı tarafından, yabancı ülkede öğrenim görülmesinin öngörülmüş olması anlamını taşıyordu, ki uygulamada bu duruma çok ender rastlanmaktaydı. Nitekim, özürülüler ve çocuklu öğrenim görenlerde buna dikkat ediliyordu. "Tercümanlık ve mütercimlik" öğrenimi için ise, böyle bir şey öngörülmüş değildi.
 - 5 ABl. EG L v. 29.12.1964; ayrıca Rat der Europäischen Gemeinschaften (yay.), age., sh. 1 = BGBl. 1964 II, sh. 509, 510 vd.; ayrıntılı olarak Hänlein, ZAR 1998, sh. 21.
 - 6 ABl. EG L 293 v. 29.12.1971; ayrıca Rat der Europäischen Gemeinschaften (yay.), age., sh. 21 = BGBl. 1973 II, sh. 385.
 - 7 Tarihi çevresel ortam hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hänlein, ZAR 1998, sh. 21 (22 vd.).
 - 8 1/80 sayılı ortaklık Konseyi Kararı'nın 1612/68 sayılı AET-Tüzüğü'yle mukayese edilebilirliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hänlein, ZESAR, 2003, sh. 6, 9; aynı yazar, Annäherung im Arbeitsrecht durch Assoziationsrecht? -von Maydell Hänlein (yay.), Der Einfluss internationalen Rechts auf das türkische und das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2003, sh. 125 vd. (127).
 - 9 Mahkeme kararlarının gelişiminin son zamanda ortaya konuluşu için bkz. Armbrrecht, ZEuS (=Zeitschrift für europarechtliche Studien), 2005, sh. 175 vd. (186-191).
 - 10 Avrupa Adalet Divanı, 3.7.1974-9/74 - Casagrande -, Slg. 1974, 773, 778 vd. ve bu konuda Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, k. no. 383 vd.; ayrıca Avrupa Adalet Divanı, 29.1.1975-68/74 (Alaimo), Slg. 1975, 109, 113 vd.; 15.3.1989-389 ve 390/87 (Echternach ve Moritz), Slg. 1989, 723, 763 vd.
 - 11 Bu, Tüzüğün beşinci gerekçe açıklamasından çıkmaktadır; bkz. Avrupa Adalet Divanı, 3.7.1974-9/74 - Casagrande -, Slg. 1989, 773 (778 vd., k. no. 3 vd.).
 - 12 Avrupa Adalet Divanı, 15.3.1989-389 ve 390/87 (Echternach ve Moritz), Slg. 1989, 723.
 - 13 Avrupa Adalet Divanı, 13.11.1990-C-308/89 - (di Leo), Slg. 1990, I-4185; bu konuda ayrıntılı olarak Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, k. no. 389 vd.
 - 14 Avrupa Adalet Divanı, 30.9.1987-12/86 - (Demirel), Slg. 1987, 3719 vd.
 - 15 Avrupa Adalet Divanı, 20.9.1990-C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I - 3461.
 - 16 Metni için bkz. Rat der Europäischen Gemeinschaften (yay.), age., sh. 349; ayrıntılı olarak Hänlein, ZAR 1998, sh. 21 (24 vd.).
 - 17 Avrupa Adalet Divanı, 10.9.1996-C-277/94 - (Taflan-Met), Slg. 1996, I - 4085; kararın incelenmesi: Hänlein, EuroAS 1997, sh. 21 vd.
 - 18 Avrupa Adalet Divanı, 4.5.1999-C-292/96 (Sürül), Slg. 1999, I - 2685.
 - 19 Avrupa Adalet Divanı, 8.3.2003-C-171/01 (Wählergruppe Gemeinsam); kararın incelenmesi: Hänlein, ZESAR 2003, sh. 382 vd., Slg. 2003, I - 4301.
 - 20 Genel k. no. 37-60.
 - 21 13.1.2004 tarihli Federal Hükümet Mütalaası, k. no. 27 vd.; bu anlamda öğretilerde bkz. Hailbronner, AusLR, Kommentar, m. 9 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı k. no. 12.
 - 22 Genel k. no. 56-57.
 - 23 Genel k. no. 58.
 - 24 15.1.2004 tarihli Komisyon Yazısı, JURM (04) 10003, k. no. 24 vd.; daha önce öğretilerde bu anlamda: Cremer, InfAusLR 1995, 45 vd.; ayrıca Gutmann, GK-AufenthG IX-m. 9 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı k. no. 32-36.
 - 25 "I dene medlemsstat nyder de godt af derettigheder, der er fastsat i henhold til den nationale lovgivning pa dette område".
 - 26 15.1.2004 tarihli Komisyon Mütalaası, k. no. 32.
 - 27 Aynı anlamda 15.1.2004 tarihli Komisyon Mütalaası, k. no. 34 ve de Daire önündeki sözlü sunumu.
 - 28 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11 Reihe 7, 2003
 - 29 15.1.2004 tarihli Komisyon Mütalaası, k. no. 36-41; 13.1.2004 tarihli Federal Hükümet Mütalaası, k. no. 21-25; Genel Savcı'nın Nihai Mütalaaları, age., k. no. 34-36.
 - 30 Avrupa Adalet Divanı, 15.3.1989-389 ve 390/87 (Echternach ve Moritz), Slg. 1989, 723.
 - 31 13.1.2004 tarihli Federal Hükümet Mütalaası, k. no. 7-10.
 - 32 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 7/II'ye ilişkin olarak Avrupa Adalet Divanı, 10.10.1994-C-350/03 (Eroğlu), Slg. 1994, I - 5113.
 - 32a Bkz. yukarıda dn. 33.
 - 33 Avrupa Adalet Divanı, 13.11.1990-C-308/89 - (Di Leo), Slg. 1990, I-4185.
 - 34 30.7.2004 tarihli Göçün Yönlendirilmesi ve Sınırlanması İle Yabancıların ve Birlik Vatandaşlarının İkametinin ve Bütünleşmesinin Düzenlenmesi Hakkında Yasa (Göç Yasası) m. 10/bent 3 f. b, BGBl. I, sh. 1950.
 - 35 Bu konuda bkz. Yasa Taslağı Gerekçesi, BT-Drs. 15/420, sh. 123.
 - 36 Bu bakımdan Federal Eğitim ve Araştırma Bakanlığı'nın görüşüne açıkça karşı çıkılmamıştır. Bakanlık, davacı vekili karşısında "Gürol" kararı nedeniyle yapılacak bir şey olmadığını ifade etmiştir.
 - 37 Bu konuda ayrıca söz konusu istisnanın bilinçli olarak muhafaza edilişi için bkz. BT-Drs. 15/420, sh. 123.
 - 38 26 Nisan 2005 tarihli Bayyera Seçkinleri Teşvik Yasası GVBl., sh. 104.

Av. Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin "SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi

Karar Özeti

ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı)

Karar Tarihi: 03.10.2000

Karar Numarası: C 303/98 SIMAP

Gönderen Mahkeme: Tribunal Superior de Justicia Valencia (İspanya)

Kamu Sağlık Hizmetinde Görevli Doktorlar Sendikası (SIMAP) ile Valencia Bölgesi Sağlık Bakanlığı arasında görülmekte olan davada İspanya Tribunal Superior de Justicia Valencia Mahkemesi, AB Anlaşması'nın 234. maddesi uyarınca "İşçilerin çalışırken sağlık ve güvenliğine yönelik iyileştirilmiş tedbirlerin alınmasının teşvikine ilişkin 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391/EEC sayılı Konsey Yönergesi" ile "Çalışma süresinin düzenlenmesine ilişkin 23 Kasım 1993 tarih ve 93/104/EC¹ sayılı Konsey Yönergesi"nin yorumuna ilişkin;

○ Yönergenin genel olarak uygulanması,

○ Çalışma süresi,

○ Ortalama çalışma süresi,

○ Gece çalışması,

○ Vardiyalı çalışma ve vardiya işçileri

konularındaki beş soruyu bekletici sorun yapılarak, cevaplandırılmak üzere Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na sunmuştur.

Sorular, SIMAP tarafından açılan bir davada, bölgede bir sağlık merkezinde çalışan ve temel sağlık hizmetleriyle görevli doktor personelin durumu ile ilgilidir. Valencia Bölgesi Sağlık Bakanlığı'na karşı açılan toplu davada SIMAP, söz konusu doktorların aşağıdaki haklarının tespitine karar verilmesini talep etmektedir:

○ Dört aylık bir süre içindeki yedi günlük herhangi bir dönemde haftalık çalışma süresinin, fazla çalışma da dahil olmak üzere, ortalama 40 saati ve gece çalışmasının da 24 saatlik bir zaman diliminde 8 saati aşmaması ve aşma-

sı durumunda ise buna denk bir dinlenme zamanının verilmesinin garanti altına alınması.

○ Ya da bu isteğe alternatif olarak dört aylık bir süre içindeki yedi günlük herhangi bir dönemde haftalık çalışma süresinin fazla çalışma da dahil olmak üzere ortalama 48 saati ve gece çalışmasının da 24 saatlik bir zaman diliminde 8 saati aşmaması ve aşması durumunda ise buna denk bir dinlenme zamanının verilmesinin garanti altına alınması.

○ Doktorların gece ve vardiyalı işçisi olarak tanınmaları ve bunun sonucu olarak 93/104/EC sayılı Yönerge'nin 9-13. maddelerinde öngörülen koruma tedbirlerinin işe başlamadan önce alınması.

İspanyol mahkemesi, çalışma süresine ve ortalama çalışma süresine ilişkin sorular kısmında ATAD'a;

○ Çalışma Süresi Yönergesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında çalışma süresinin "ulusal yasalar ve/veya uygulamalar çerçevesinde bir işçinin işverenin emri altında çalışarak veya görevini ve yükümlülüklerini yerine getirerek geçirdiği herhangi bir zaman dilimi" olarak tanımlandığı ifade edilerek; doktorların nöbette göreve hazır olarak geçirdikleri sürenin 40 saatlik haftalık çalışma süresinin hesabında dikkate alınmayacağı şeklindeki milli uygulamaya, Yönerge'nin iç hukuka uyarlanmadığı da dikkate alınarak, devam edilip edilmeyeceği.

○ İlgili doktorların nöbet hizmetini sağlık kuruluşunda bizzat hazır bulunmak suretiyle değil, sadece çağrı üzerine sürekli ulaşılabilir olma koşuluyla yerine getirdiği durumlarda bütün nöbet

süresinin mi, yoksa İspanya'daki milli uygulamada olduğu gibi sadece doktorların ihtiyaç halinde çağrıldığı ve fiili olarak çalıştıkları sürenin mi çalışma süresi olarak dikkate alınacağı,

○ İlgili doktorların nöbet hizmetini sağlık kuruluşunda bizzat hazır bulunmak suretiyle yerine getirmeleri halinde, bütün nöbet süresinin normal çalışma süresi olarak mı, yoksa İspanya'daki milli uygulamada olduğu gibi, sosyal hayata dahil olunamayan süreler olarak mı değerlendirileceği,

○ Nöbet sırasında geçirilen sürelerin Yönergenin 6. maddesinin 2. fıkrası anlamında haftalık ortalama çalışma süresinin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı,

○ Nöbet sırasında geçirilen sürelerin fazla çalışma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorularını yöneltmiştir.

ATAD ise çalışma süresi konusuna ilişkin olarak sağlık merkezinde bizzat hazır bulunmalarının gerekmesi halinde, doktorların nöbette göreve hazır olarak geçirdikleri tüm sürenin 93/104/EC sayılı Yönerge kapsamında çalışma süresinden sayılması ve şartlarının oluşması halinde fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiğine, çağrı halinde her zaman ulaşılabilir olmak şartıyla yerine getirilen nöbet hizmetinde ise yalnızca fiili olarak çalışılan sürenin çalışma süresi olarak değerlendirileceğine karar vermiştir.

İspanyol mahkemesinin ATAD'a yönelttiği diğer sorular ile ATAD'ın bunlara karşı verdiği cevaplar, Çalışma Süresi Yönergesi bakımından herhangi bir tartışma yaratmadığından karar özeti kapsamına alınmamıştır.

1. Kararın Gerekçeleri

ATAD kararında; çalışma süresinin 93/104/EC sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde; "ulusal yasalar ve/veya uygulamalar çerçevesinde bir işçinin işverenin emri altında çalışarak veya görevini ve yükümlülüklerini yerine getirerek geçirdiği herhangi bir zaman dilimi" olarak tanımlandığını ifade etmiştir.

ATAD'a göre, Yönergenin sistematığında bu kavramın dinlenme süresinin zıddı olarak getirildiği görülmektedir. Bu iki kavramın birbiriyle karşılıklı olarak örtüşemeyeceği de açıktır.

İspanyol mahkemesinde görülen esas davaya konu olan ve temel sağlık hizmetleriyle yükümlü doktor grubunun sağlık kuruluşunda bizzat bulunmak suretiyle yerine getirdiği nöbet hizmeti, çalışma süresi kavramının karakteristik özelliklerini taşımaktadır. Bu çeşit bir nöbet hizmetinde, Yönergede yer alan çalışma süresi tanımının ilk iki şartı tartışmasız olarak yerine getirilmiştir. Doktorun çalışmasının kendisi dışında birtakım şartlara bağlı olması halinde dahi, mesleki hizmetini işyerinde işverenin emrine sunmuş olması ve her an göreve hazır bulundurulması, Yönergede yer alan tanım-

daki "görevini ve yükümlülüklerini yerine getirme" koşulunu sağlamaktadır.

Bu yorum ayrıca 93/104/EC sayılı Yönerge'nin giriş kısmındaki "işçiye gerekli asgari dinlenme süresi ve uygun dinlenme araları verilerek işçinin güvenlik ve sağlığının korunması" amacına da uygun düşmektedir. Bizzat işyerinde hazır bulunularak yerine getirilen nöbet hizmetinin çalışma süresi kavramı içinde değerlendirilmemesi, Kanun Sözcüsü'nün (Advocate General²) Karar'la ilgili görüşlerinde de belirtildiği gibi, bu amacı ciddi bir şekilde tehlikeye düşürmüş olacaktır.

Ancak yine Kanun Sözcüsü'nün görüşlerinde yer aldığı üzere, temel sağlık hizmetleriyle yükümlü doktorların nöbet hizmetini sağlık kuruluşunda bizzat bulunmak yerine çağrıldığı anda ulaşılabilir olmak şeklinde yerine getirmesi durumunda başka türlü düşünülebilecektir. Bu durumda da doktorla-

fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiğine, çağrı halinde her zaman ulaşılabilir olmak şartıyla yerine getirilen nöbet hizmetinde ise yalnızca fiili olarak çalışılan sürenin çalışma süresi olarak değerlendirileceğine karar vermiştir.

2. Kararın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri

AB'nin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki düzenlemelerinin bir parçası niteliğindeki Çalışma Sürelerine İlişkin Yönerge;

- günlük kesintisiz en az 11 saatlik bir dinlenme süresi,
- günlük çalışma süresinin altı saatten fazla olması halinde bir ara dinlenmesi verilmesi zorunluluğu,
- her yedi günlük dönemde kesintisiz 24 saatlik bir dinlenme,

SIMAP Kararı, çalışma süresi kavramının daha açık ve geniş bir tanımının yapılması gerekliliği hususunu gündeme getirmesi bakımından önemlidir.

rın her an ulaşılabilir ve işverenin emir ve talimatı altında olmak yükümlülüğü bulursa da, yine de kendi zamanları üzerinde tasarruf etme ve özel işleri ile ilgilenme şansları bulunmaktadır. Bu şartlar altında, sadece fiili olarak çalışma ediminin yerine getirildiği süre 93/104/EC sayılı Yönerge anlamında çalışma süresi olarak değerlendirilecektir.

Nöbet esnasında geçirilen sürenin fazla çalışma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusuyla ilgili olarak ise ATAD, fazla çalışma kavramının Yönergede tanımlanmadığını ifade etmektedir. Bu kavram, sadece en çok çalışma süresiyle ilgili 6. maddede anılmaktadır. Ancak fazla çalışmanın da Yönergenin amaçları bakımından çalışma süresi kavramına dahil olduğu açıktır. Bu çalışmanın nöbet sırasında ya da normal çalışma saatleri içinde yapılıp yapılmadığı ise önem taşımamaktadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda ATAD, çalışma süresi konusuna ilişkin olarak sağlık merkezinde bizzat hazır bulunmalarının gerekmesi halinde, doktorların nöbette göreve hazır olarak geçirdikleri tüm sürenin 93/104/EC sayılı Yönerge kapsamında çalışma süresinden sayılması ve şartlarının oluşması halinde

- fazla çalışmalar dahil olmak üzere haftada ortalama 48 saatlik bir çalışma süresi öngörmektedir.

Avrupa Komisyonu, 30 Aralık 2003 tarihinde bu Yönergenin gözden geçirilmesiyle ilgili bir Tebliğ³ yayımlayarak söz konusu Yönergenin revizyonu ile ilgili danışma sürecini başlatmıştır.

Söz konusu Tebliğ'de Komisyon, çalışma sürelerine ilişkin AB Yönergesi'nde revizyon gerektiren hususları özetle;

- Yönergenin haftalık ortalama en çok çalışma süresinin hesabında göz önüne alınacak denkleştirme süresi.
- İşçinin muvafakat vermesi ile haftalık en çok çalışma süresinin üzerinde çalışmasına imkân veren "bireysel çekilme hakkı anlaşması",
- Avrupa Topluluğu Adalet Mahkemesi'nce verilen iki karar ile gündeme gelen çalışma süresi kavramının özellikle çağrı üzerine çalışma konusu göz önüne alınarak yeniden tanımlanması ihtiyacı.
- İş ve aile yaşamı arasındaki uyumu artırmak için alınması gereken önlemler olarak belirlemiştir.

Komisyon'un belirlediği bu dört husustan üçün-

cüsünü oluşturan "çalışma süresi kavramının özellikle çağrı üzerine çalışma konusu göz önüne alınarak yeniden tanımlanması ihtiyacı" ATAD'ın yukarıda özeti verilen SIMAP Kararı ile 9 Eylül 2003 tarihli Jaeger Kararı'nın¹ bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu husus, ATAD kararlarının AB müktesebatı üzerindeki etkilerinin önemini görmemiz açısından dikkat çekicidir.

Çalışma Süresi Yönergesi, biri "çalışma süresi", diğeri "dinlenme süresi" olmak üzere yalnızca iki kavramın tanımını içermektedir. Gerçekten de çalışma süresi; yukarıda "Kararın Özeti" kısmında da belirtildiği üzere "ulusal yasalar ve/veya uygulamalar çerçevesinde bir işçinin işverenin emri altında çalışarak veya görevini ve yükümlülüklerini yerine getirecek geçirdiği herhangi bir zaman dilimi" olarak, dinlenme süresi ise "çalışma süresi olmayan herhangi bir süre" olarak tanımlanmıştır. Yönerge, çalışma süresi ile dinlenme süresi arasında kalan süreler için herhangi bir tanım içermemektedir. Yönergeye göre çalışma süresinden sayılmayan süreler dinlenme süresi, dinlenme süresi içine girmeyen süreler ise çalışma süresi olarak değerlendirilmektedir.

ATAD'ın SIMAP Kararı ile bunu takiben verdiği Jaeger Kararı, çalışma süresi kavramının daha açık ve geniş bir tanımının yapılması gerekliliği hususunu gündeme getirmeleri bakımından önemlidir. Avrupa Komisyonu, söz konusu iki kararı göz önüne alarak "çalışma süresi" ve "dinlenme süresi" kavramlarına ilaveten, var olan bu iki kavramın da karakteristiklerini içeren yeni bir kavramın tanımlanmasının gerektiği görüşündedir. Bu nedenle Komisyon, sosyal tarafları çağrı üzerine çalışmanın fiilen çalışılmayan kısmında geçirilen sürenin ne olacağına ilişkin bir tanım üzerinde anlaşma sağlamaya davet etmiştir. Daha sonra, 19 Mayıs 2004 tarihli Raporu'nda⁵ ise AB Anlaşması'nın 139. maddesinde öngörülen prosedür çerçevesinde sosyal taraflarca müzakere sürecinin başlatılması için çağrıda bulunmuştur. AB Anlaşması'nın 138/2. maddesi uyarınca sosyal tarafların anlaşmaya varmaları için dokuz aylık bir süreleri bulunmaktadır. Bu süreç içinde herhangi bir anlaşmaya varılamaması durumunda Komisyon Yönerge'nin tadili için kendi teklifini sunacaktır.

Nitekim sosyal taraflar ortak bir zemin bulamamaları nedeniyle görüşmelere başlayamamışlar ve bunun sonucunda Komisyon 22 Eylül 2004 tarihinde

de Yönergenin revizyonuna ilişkin bir teklif sunmuştur⁶. Bu teklifte; Yönergenin "Tanımlar" başlıklı maddesine "çağrı üzerine çalışma" ve "çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı" şeklinde iki tanım eklenmiştir. Teklifte; çağrı üzerine çalışma süresi "işçinin, müdahale etmek ve işverenin isteği üzerine, görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek için işyerinde hazır bulunması gereken süre" olarak tanımlanmıştır. Teklifte çağrı üzerine çalışma süresinin aktif olmayan kısmı ise, "çağrı üzerine çalışan işçinin çağrı üzerine çalışma süresi tanımı kapsamı çerçevesinde göreve hazır olduğu, ancak görev ve sorumluluklarını fiilen yerine getirmesine işverence ihtiyaç duyulmadığı süre" olarak belirlenmiştir. Teklifte getirilen bir önemli husus da çağrı üzerine çalışma süresinin aktif olmayan kısmının ulusal mevzuat ya da ulusal mevzuat ve/veya uygulamalara paralel olarak, toplu iş sözleşmesi ya da sosyal taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile aksi kararlaştırılmadığı müddetçe çalışma süresinden sayılmayacağıdır. Teklif ayrıca, çağrı üzerine çalışma sırasında işçinin fiilen görev ve sorumluluklarını yerine getirdiği sürenin her zaman çalışma süresinden sayılacağı konusunda düzenleme getirmektedir.

Söz konusu teklif Avrupa Konsey ve Parlamento'su'na sunulmuş ve Parlamento konuyla ilgili görüş ve önerilerini 11 Mayıs 2005 tarihinde bildirmiştir. Avrupa Komisyonu, 31 Mayıs 2005 tarihinde Parlamento'nun verdiği görüş ve öneriler çerçevesinde Çalışma Süreleri Yönergesi'nin revizyonu için yeni bir teklif hazırlamıştır⁷.

Komisyonun hazırladığı bu yeni teklif eski teklifte yer alan "çağrı üzerine çalışma" ve "çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı" tanımlarına ek olarak Yönerge'nin "Tanımlar" maddesine "işyeri" tanımını da eklemektedir.

Teklifle çağrı üzerine çalışma konusundaki madde değiştirilerek, çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmının hesabında çağrı üzerine çalışılan saatlerin ortalaması ya da oranı temel alınarak yapılacağı düzenlenmiştir. Yeni teklife göre, çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı 11 saatlik günlük ve 24 saatlik haftalık dinlenme sürelerinin hesabında dikkate alınmayacaktır. Bu hükümlerle, çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı, ne çalışma süresi, ne de dinlenme süresi olarak değerlendirilmektedir.

2 Haziran 2005 tarihinde Lüksemburg'da toplanan AB İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici Hakları Konseyi'nde söz konusu Yönergenin revize edilmesi için Komisyonca çağrı üzerine çalışma konusu dışında ve özellikle bireysel çekilme anlaşması hakkında getirilen diğer teklifler üzerinde anlaşma sağlanamamış ve Yönerge'nin revizyonu konusunda gelişme kaydedilememiştir.

Son olarak, 8-9 Aralık 2005 tarihlerinde Brüksel'de toplanan AB İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici Hakları Konsey toplantısında görüşülmek üzere İngiltere Dönem Başkanlığı tarafından Çalışma Süresi Yönergesi'nin revizyonu için bir uzlaşma teklifi* hazırlanmıştır. Bu teklifte, çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmının 11 saatlik günlük ve 24 saatlik haftalık dinlenme sürelerinin hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin hükme "toplular sözleşmesi ya da sosyal taraflar arasında yapılan bir anlaşma ya da sosyal taraflara da-

hazır bulunduğu durumlarda dahi, göreve hazır olarak çalışmadan geçirdiği sürelerin Yönerge'nin 2. maddesi çerçevesinde çalışma süresinden sayılmaması gerektiği konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir".

Komisyon, üye devletlerin pek çoğunda çalışma süresinin ya da dinlenme süresinin bir tanımının olmadığına, bu kavramların genellikle toplu iş sözleşmeleri ve/veya yargı kararlarıyla tanımlandığına, ancak bazı üye devletlerde çalışma süresi ile dinlenme süresi arasında kalan göreve hazır bekleme, çağrı üzerine çalışma, yolda geçen süreler gibi ara sürelerle ilişkin hükümler bulunduğu işaret etmektedir.

Pek çok üye devlette ise, çağrı üzerine çalışma sırasında çalışmadan geçen süreler çalışma süresi kapsamı dışında tutulmaktadır. Bunun da nedeni, çalışma süresi ile ilgili olarak kabul gören ve çağrı üzerine çalışmada göreve hazır olarak, ancak çalış-

Teklifte çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı, ne çalışma süresi, ne de dinlenme süresi olarak değerlendirilmektedir.

nisıldıktan sonra hazırlanan ulusal mevzuat ile aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesi eklenmiştir. Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin diğer maddeler ise 31 Mayıs 2005 tarihli teklifte yer aldığı şekliyle aynen korunmuştur.

Konsey Toplantısı'nın sonunda çağrı üzerine çalışma konusunda getirilen ve çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmının toplu iş sözleşmesi ya da ulusal mevzuat ile aksi kararlaştırılmadıkça 11 saatlik günlük ve 24 saatlik haftalık dinlenme sürelerinin hesabında dikkate alınmayacağına dair teklif konusunda büyük ölçüde anlaşma sağlanmıştır. Ancak Yönerge'de revize edilmesi istenilen diğer hususlar konusunda bir anlaşma sağlanamadığından Yönerge'nin revizyonu Avusturya Dönem Başkanlığı'na kalmıştır.

3. Kararın İncelenmesi

SIMAP Kararı'ndan önce, çağrı üzerine çalışmada göreve hazır olarak, ancak çalışılmadan geçirilen sürelerin çalışma süresi olarak değerlendirilmeyeceğine yönelik yorum kabul görmekteydi. Bu nedenle SIMAP kararı ile ilgili olarak Komisyon ve Üye Devletler, doktorun sağlık merkezinde bizzat

çalışmadan geçirilen sürelerin çalışma süresi olarak değerlendirilmeyeceğine yönelik yukarıda bahsedilen yorum ya da üye devletlerin kendi mevzuatında işçilerin çalışmadığı, ancak göreve hazır olarak beklediği ara sürelerle ilişkin hükümlerin bulunmasıdır.

Bu nedenle, SIMAP ve Jaeger kararlarının, işyerinde bizzat hazır bulunmayı gerektiren çağrı üzerine çalışma konusunda mevzuatında bir tanım bulunmayan üye devletler üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır. Her ikisi de sağlık sektöründe verilen bu kararların etkisi yalnızca bu sektörle sınırlı kalmayacaktır. Ancak yine de en çok etkinin bu sektörde görüleceği de kabul edilmelidir. Zira çağrı üzerine çalışmayı içeren iş organizasyonuna, en çok bu sektörde rastlanmaktadır. Konu, özellikle staj yapan doktorlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira pek çok ülkede bizzat hazır bulunmayı gerektiren nitelikteki çağrı üzerine çalışma, stajyer doktorlar tarafından yapılmaktadır.

SIMAP kararında belirtildiği üzere: doktorların sağlık merkezinde bizzat hazır bulunarak ve göreve hazır olarak geçirdikleri tüm sürenin çalışma süresine dahil edilmesi, haftalık azami +8 saatlik ça-

alışma süresi de göz önünde bulundurulduğunda; üye devletlerin aynı düzeyde sağlık hizmeti verebilmeleri için ilave doktor istihdam etmelerini sonucunu doğuracaktır. Bu zorunluluğun maliyetinin ise gerek ulusal, gerekse topluluk düzeyinde yapılacak etki analizleri ile belirlenmesi şarttır. SIMAP kararı konusunda üye devletlerde etki analizlerinin yapılması için Komisyon iki kere çağrıda bulunmuş ancak birinci çağrıya hiçbir ülkeden teklif gelmemiş, ikinci çağrıya gelen tek teklif ise değerlendirme komitesi tarafından reddedilmiştir¹⁰. Bununla birlikte Jaeger davasının dinlenmesi sırasında Alman Hükümeti, SIMAP kararı ile getirilen hükümlerin Jaeger davasında da tekrarlanması halinde, aynı düzey ve nitelikte sağlık hizmeti verilebilmesi için 15.000 ile 27.000 ilave doktor istihdam edilmesi gerekeceğini, bunun da tahmini 1,75 milyar Euro'ya tekabül edeceğini vurgulamıştır¹¹. İngiltere ise 6250 ile 12.550 doktor ile 1250 sağlık görevlisinin istihdam edilmesi gerekeceğini, bunun da 380 milyon ile 780 milyon sterlin tutarında ek maliyet getireceğini ifade etmiştir. En son olarak Hollanda da 10.000 yeni sağlık görevlisinin istihdam edilmesi gerekeceğini ve bunun da 400 milyon Euro tutarında ek maliyet getireceğini belirtmiştir¹². Bütün üye devletlerin ayrıca üzerinde anlaşıtı bir diğer konu da, ek doktor istihdamına bütçe bakımından bir çözüm bulunsa dahi, uygulamada aynı düzey ve nitelikte hizmet verebilecek doktor ve sağlık görevlisi istihdamının, bu işi yapabilecek kapasitede olan nitelikli doktor ve sağlık görevlisinin yokluğu nedeniyle mümkün görülmemesidir.

ATAD kararlarının etkisinin azaltılması bakımından, yeni iş organizasyonu modellerinin yokluğu ve istihdam düzeyinin de gerekenden az olması da göz önünde tutulduğunda, bazı üye devletlerin Yönergenin 18/1(b)(i) maddesinde yer alan ve işcinin muvafakat vermesi halinde haftalık en çok çalışma süresinin üzerinde çalışmasına imkân veren "bireysel çekilme hakkı anlaşması" yoluna gideceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, karşılaşılabilecek problemlerle başa çıkabilmek amacıyla Yönerge kapsamına girmeyen bağımsız çalışan doktorlarla anlaşma yoluna gitmeleri de ihtimal dahilindedir.

4. Sonuç ve Değerlendirme

SIMAP Kararı'nın üye devletler üzerindeki etki-

leri bu yönde olmakla birlikte, ATAD'ın bu kararı takiben verdiği birçok kararda, çağrı üzerine çalışma sırasında fiilen çalışılmayan sürelerin çalışma süresinden sayılmasına ilişkin kararlarının yerleşik hale gelmekte olduğu gözlemlenmektedir. En son olarak Adalet Divanı'nın 1 Aralık 2005 tarihinde Dellas¹³ davasında verdiği kararda, işçinin işyerinde hazır olarak geçirdiği sürelerin tümünün çalışma süresinden sayılması gerektiği hususu bir kere daha teyit edilmiştir. Bu da, Çalışma Süresi Yönergesi'nde ATAD kararlarının sonuçlarına hitap edecek çözümleri içeren bir revizyona gidilmesi ihtiyacını bir kez daha güçlendirmektedir. Aksi takdirde yukarıda bahsi geçen maliyet yüküne ve diğer sonuçlara katlanmak, üye devletler bakımından sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

Yönergenin revizyonuna ilişkin olarak İngiltere Dönem Başkanlığı tarafından hazırlanan uzlaşma teklifi Komisyon tarafından 31 Mayıs 2005 tarihli teklifle karşılaştırıldığında önemli bir adım olarak nitelendirilmelidir. Zira uzlaşma teklifi, Komisyonda hazırlanan tekliften farklı olarak çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmının 11 saatlik günlük ve 24 saatlik haftalık dinlenme sürelerinin hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin hükme getirdiği "toplu iş sözleşmesi ya da sosyal taraflar arasında yapılan bir anlaşma ya da sosyal taraflara danışıldıktan sonra hazırlanan ulusal mevzuat ile aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesi ile üye devletlere aktif olmayan sürelerin ulusal düzeyde dinlenme süresinden sayılabilmesine imkân tanıyan düzenlemeler getirebilme esnekliği sağlamaktadır. Komisyon teklifi ise aktif olmayan sürelerin dinlenme süresinden sayılmayacağına ilişkin genel bir kural getirmekte ve ulusal düzeyde bu kuralın aksine bir düzenlemeye gitme imkânını ortadan kaldırmaktaydı.

Bu gelişmeye rağmen, Yönergede yapılacak revizyonda, aktif olmayan sürelerin dinlenme sürelerinden sayılmayacağına ilişkin hükmün tamamen kaldırılması, SIMAP ve onu takip eden kararlar nedeniyle sorun yaşamakta olan sektörlerle daha kesin bir çözüm sunmak bakımından daha doğru olacaktır. Özellikle ATAD'ın SIMAP kararındaki yorumunu Dellas kararında da sürdürmesi, AB Yönergesi'nde çağrı üzerine çalışma süresinin aktif olmayan kısımlarının çalışma süresinden sayılmayacağına dair kesin bir hüküm konulması gerekliliği ba-

kımından açık bir işaret niteliğindedir.

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, çalışma süreleri, fazla çalışmalar, hafta tatili gibi konularda Yönerge hükümlerine paralel düzenlemeler içermektedir. Yönergenin revizyona konu hükümlerinden özellikle, denkleştirme süresinin artırılması ve çağrı üzerine çalışma gibi konular ülkemizi de yakından ilgilendirmektedir. Yönergenin mevcut hükümleri ile Türk mevzuatı arasında denkleştirme süresinin uzunluğu, bunun hesabında dikkate alınmayacak süreler, azami haftalık çalışma süresi gibi konular bakımından uyumsuzluk bulunmaktadır. Yönergenin revize edilmesi durumunda ülkemizden, hali hazırda uyumsuzluk bulunan bu konuların yanı sıra, değiştirilen hükümlere de uyum sağlanması beklenecektir. Yönergede yer alan esneklik hükümlerini Yönergenin ilk yayımlandığı tarih olan 1993 yılından ancak on yıl sonra ve üstelik de daha katı biçimde mevzuatına aktarabilen ülkemizin, Yönergenin revizyonu halinde getirilen değişiklikleri mevzuatına ne kadar süre içinde aktarabileceği ise merak konusudur. Bu değişiklikler mevzuatımıza kısa zamanda aktarılsa bile, hali hazırda mevcut olan ve İş Kanunu ile getirilen esneklik hükümlerinden yeterince yararlanılmadığı gerçeği göz önüne alındığında, bu hükümlerin uygulanabilirliğinin de sağlanması konusu büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, AB'de işin düzenlenmesi konusundaki en önemli düzenlemelerden biri olan Çalışma Süresi Yönergesi'nin revizyonu ve bu revizyona temel teşkil eden ATAD kararları, müzakere sürecinde ülkemiz bakımından da büyük önem taşımaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu Yönerge, 2003/88/EC sayılı Yönerge ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2003/88/EC sayılı Yönerge; 93/104/EC sayılı Yönerge ile bu Yönerge'yi tadil eden 2000/34/EC sayılı Yönerge metinlerini birleştirmekte, bunu dışında herhangi bir değişiklik yapmamaktadır. Söz konusu Yönerge, incelememize konu karar metninde 93/104/EC olarak geçtiğinden yazımızda bu şekilde kullanılmıştır.
- 2 "Advocate General. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı bünyesinde 8 adet Advocate General (Kanun Sözcüsü) görev almaktadır. Her biri tarafsız, yansız, adil bir tutum sergileyecekleri toplumca kanaat almış kişiler olarak, ülkelerinde yüksek mahkeme yargıcı ya da mesleklerinde başarılı avukatlar arasından seçilirler. Üye devletlerin ortak anlaşmaları sonucu altı yıllık süre için atanırlar. Ancak görev süreleri bir ya da iki defa, üçer yıllık dönemler için uzatılabilir. Divan önüne gelen bir dava hakkında görüşlerini divan karara varmadan evvel yansız olarak kamuoyuna gerçekçeli

açıklarlar.7, Arş. Gör. Seçkin Nazlı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger (Case C-151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 5/2005, s. 98-99, dipnot 44.

- 3 COM(2003) 843 Final.
- 4 ATAD, Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger Case, C-151/02, 9 Eylül 2003.
- 5 Second Phase of Consultation of the Social Partners at Community Level concerning the revision of Directive 93/104/EC concerning certain aspects of the organization of working time SEC (2004) 610.
- 6 COM(2004) 607 Final.
- 7 COM(2005) 246 Final.
- 8 Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time. (poss.) Political Agreement, Revised UK Presidency Proposal, COM(2005) 246 final.
- 9 93/104/EC sayılı Çalışma Süresi Yönergesi'nin Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Tebliği, 30.12.2003, COM(2003) 843 final, s. 19.
- 10 93/104/EC sayılı Çalışma Süresi Yönergesi'nin Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Tebliği, 30.12.2003, COM(2003) 843 final, s. 20, dipnot 26.
- 11 ATAD, Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger Case, C-151/02, 9 Eylül 2003, Kanun Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in Görüşleri, 44. paragraf.
- 12 93/104/EC sayılı Çalışma Süresi Yönergesi'nin Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Tebliği, 30.12.2003, COM(2003) 843 final, s.20.
- 13 Dellas Case, C-14/04, 1 Aralık 2005.

KAYNAKÇA

- ATAD, SIMAP case, C-303/98, 3.10.2000.
- Arş. Gör. Seçkin Nazlı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger (Case C-151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 5/2005.
- ATAD, Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger Case, C-151/02, 9 Eylül 2003.
- Second Phase of Consultation of the Social Partners at Community Level concerning the revision of Directive 93/104/EC concerning certain aspects of the organization of working time.
- Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time. (poss.) Political Agreement= Revised.
- 93/104/EC sayılı Çalışma Süresi Yönergesi'nin Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Tebliği, 30.12.2003, COM(2003) 843 final.
- ATAD, Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger Case, C-151/02, 9 Eylül 2003, Kanun Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in Görüşleri.