

SİCİL

HAZİRAN '06 • Yıl 1 • Sayı 2

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet ŞİPAHİ
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
Av. Ece UYSALER

Baskı

Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.
Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul

Yayın Türü

Yaygın-yerel. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

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

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.

BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği</i>	5
Prof. Dr. Münir EKONOMİ	
<i>Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti</i>	19
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri</i>	23
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>İş Yargısının Kaynakları</i>	30
Bektaş KAR	
<i>Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Fesbi</i>	48
Av. Bekir UZUN	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri</i>	60
Yrd. Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY	
<i>İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkânını Verip Vermeyeceği Sorunu</i>	66
Seracettin GÖKTAŞ	
<i>İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi</i>	82
Av. Nağme N. HOZAR, LLM	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması</i>	93
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi</i>	114
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI	
<i>Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi-Talebin Geçersizliği</i>	122
Doç. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

- İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücûunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu* 129
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

KARAR İNCELEMESİ

- İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısı ile Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık* 136
Doç. Dr. Hakan KESER

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

- İşyerinde Cinsel Taciz* 147
Yrd. Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR
- 5237 Sayılı TCK ve 5252 Sayılı Uygulama Kanunu'ndan Sonra Ek-I ve Ek-II Cezalarında Yaşanan Uygulama Sorunları Üzerine Bir Değerlendirme* 161
Av. Seval EROĞLU

MALİ HUKUK

- Sosyal Hukuk Devleti Mi, Ceza Keserek Dolaylı Vergi Anlayışı Mı? Özürlü ve Eski Hükümlü İstibdamı Zorunluluğunda Hukuka Aykırı Uygulamalar* 167
Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

- İngiltere'de Haksız Fesbe İlişkin Düzenlemeler* 181
Av. Vanessa NICHOLLS
- AB'nin İstibdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler* 184
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER



Teşekkür Borçluyuz!

Hızla değişen dünyamız, rekabet çağı olarak adlandırılabilir bir dönüşümü yaşıyor. Rekabet edebilirlik ise, sürekli değişen piyasa ortamında en avantajlı konumu alma yeteneği olarak tanımlanıyor. Söz konusu yetenek de değişimi yakalayabilme yeteneği ile eşdeğer olarak algılanmakta. Gerek çalışanların, gerekse işverenlerin, işletmelerinin rekabet edebilirliklerini sürdürmek için üzerlerine düşen en önemli görev ise bu değişimin gerisinde kalmamaktır.

Bu değişim, iş hukukunda da yansımaları buldu ve 4857 sayılı İş Kanunu, çalışma mevzuatını, uzun yıllar süregelen katı uygulamaların hakimiyetinden kurtarıp, köklü değişiklikler yaptı. Söz konusu bu değişiklikler, işletmeler, yöneticiler, çalışanlar ile yargıyı son derece yakından etkiliyor. Ancak, kanunları yürürlüğe koymak kadar onları doğru uygulamak da önemli olduğundan düzenlemelerin yalnızca, kağıt üzerinde olması ve uygulamaya dönüşmemesi bu Kanun'la ilgili olarak işletmelerin en büyük sıkıntısı olarak karşımıza çıkıyor.

Diğer yandan, geçtiğimiz günlerde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na ilişkin Taslaklar, sosyal tarafların görüşlerine sunuldu. Ancak İş Kanunu'ndan farklı olarak toplu iş hukuku ile ilgili yürürlükte olan kanunlara, o dönemlerde hangi sebepten ötürü ihtiyaç duyulduğunun unutulması ve söz konusu sebepler henüz ortadan kalkmamışken bir değişiklik düşünülmemesinin Türk endüstri ilişkilerine katkısı olacağına inanmak güç gözükmektedir. Bu nedenle, söz konusu Taslaklarda yer alan düzenlemelerin ileriye değil, geriye doğru bir gidişi öngördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu gelişmelerin yanı sıra, ülkemiz, sosyal güvenlik alanında da reform rüzgarlarının estiği bir döneme girmiştir. Zira, Türk sosyal güvenlik sistemimizi yeniden yapılandırmak üzere hazırlanan ve ülkemizin en önemli gündem maddesi haline gelen reform kanunlarından 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kabul edilmiştir. Ülkemiz çalışanları ve işverenleri açısından önemli düzenlemeler getiren bu reform kanunlarının önümüzdeki dönemde üzerinde çok tartışılacağı kuşkusuzdur.

Tüm bu gelişmeler ışığında çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan çalışma mevzuatımızdaki düzenlemelerin ve ilgili uygulamaların doğru temellere oturtulması ile mevzuatta yapılması düşünülen değişikliklerin incelenmesi konusunda, üzerimize sorumluluk düştüğü inancıyla hareket ettik ve iş hukuku alanında mesleki bir dergi olan SİCİL dergisinin ilk sayısını sizlere mart ayında sunduk. Üç ayda bir yayımlanan SİCİL dergisinin yoğun talep ve ilgi nedeniyle ikinci baskısını yaptık. Bu yoğun talep ve ilgi, SİCİL dergisinin, sizlerin de katkıları ile misyonunu başarılı bir şekilde gerçekleştireceğine olan inancımızı güçlendiriyor. Bu nedenle, katkı veren herkese teşekkür ediyorum.

Saygılarımla,
Av. İsmet SİPAHİ

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından hazırlanan “**İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**” adlı kitabın güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 2. baskısı, Ocak 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

İki ciltten oluşan eserin 1. cildi, iş hukuku kavramı, iş hukukunun tarihçesi ve özellikleri ile İş Kanunu'nun 1-31. maddelerinin açıklamalarından oluşmaktadır.

İkinci ciltte ise, aynı Kanun'un 32-120. maddeleri ile geçici maddeler ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan kıdem tazminatıyla ilgili hükmünün ayrıntılı ve içtihatlı açıklamalarının yanı sıra, kıdem tazminatının hesaplanması, miktarı, ödenmesi ve sonuçlarına yer verilmektedir.

Ayrıca, ilgili bölümlerin sonlarında konuyla ilgili olarak yayımlanmış olan Yönetmelik, Tebliğ ve duyurular da bulunmaktadır.

Eserde, ülkemizin son yıllarda bireysel iş hukuku alanındaki en önemli mevzuat değişikliği olan 4857 sayılı İş Kanunu, Yargıtay'ın ve diğer mahkemelerin yeni yasa döneminde verdikleri kararlar ile öğretide yaşanan son gelişmeler ışığında madde madde değerlendirilmektedir.



Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir tarafından hazırlanan “**İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**” adlı kitap, Şubat 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, ispat hukukuna ilişkin temel ilke ve esasların iş hukukundaki uygulamasını, iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ekseninde incelemekte ve bu konudaki farklılıkları ortaya koyarak nedenlerini sorgulamaktadır.

Eserde, genel olarak ispat yükü ve araçları açıklanarak, ibranameler ve ispat gücü hususu; iş sözleşmelerinin yapılması, ifası ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklarda ispat müessesesi ile birlikte ele alınmıştır.

Prof. Dr. Münir EKONOMİ

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği

1. GİRİŞ

Makalenin başlığı ve içeriği, ülkemizde 1980'li yıllardan sonra sadece kanun yapma tekniğinin değil, kanunların uygulanmasına ilişkin ikincil hukuk kaynaklarının, ismen tüzük ve yönetmeliklerin nitelikleri, işlevleri ve kaynaklar hiyerarşisindeki yerleri dikkate alınmadan çıkarılıp yürürlüğe konulduklarını gösteren bir örneği eleştiriye sunmak amacıyla dayanmaktadır¹.

Önceki iş kanunları ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda da (İŞK), "sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi" başlığı altında ve *temel esasları belirlenmiş hükümler* bulunmadığı gibi, işçi temsilciliği "isim" olarak dahi iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kanun maddeleri arasında yer almış değildir. Belirtilen temsilcileri düzenleyen İŞK dışında *özel bir kanun* da bulunmadığına göre, yürütme organının yasa organına ait bir işlem yaparak iş sağlığı ve güvenliği kurumunu ihdas etmesinin, başta Anayasa hükümleri olmak üzere, hukukun temel kural ve ilkelerine uygunluğunu ileri sürmek çok güç ol-

maktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği (İSGY) madde 17'de "Bu yönetmelik 12.6.1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır." şeklinde bir hüküm getirilmesi, diğer yönetmeliklerde de benzer düzenlemelere yer verilmesi, kanunda bulunmayan bir kurumun veya ilişkinin yönetmelik ile düzenlenmesine hukuki geçerlilik kazandırmaz. Türkiye henüz Avrupa Birliği'nin üyesi değildir. Üye olsaydı dahi durum değişmezdi. Bilindiği üzere, Avrupa Birliği'nin ikincil hukuk kaynaklarından olan tüzükler, üye ülkelerin herhangi bir işlemine, onayına, iç hukuka alınmasına gerek olmaksızın, doğrudan uygulanır ve doğrudan etkiye sahiptir. Yine ikincil hukuka giren yönergeler (direktifler) ise, üye devletleri yöneldikleri amaç açısından bağlayıcıdır. Yönerge doğrudan uygulanmaz, üye ülkeler tarafından yönergede öngörülen sürede iç hukuka alınır veya iç hukuk yönergede yer alan ilkelere ve kurallara göre değiştirilir². Belirtelim ki, Avrupa ülkelerinde ve Birliğe

Yürütme organının yasama organına ait bir işlem yaparak iş sağlığı ve güvenliği kurumunu ihdas etmesinin, başta Anayasa hükümleri olmak üzere, hukukun temel kural ve ilkelerine uygunluğunu ileri sürmek çok güç olmaktadır.

üye ülkelerde yönetime katılma sistemlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında da yetkili işyeri işçi temsilcileri, çoktan kabul edilmiş bulunmaktadır³.

Diğer yandan İSGY'nin "iş sağlığı ve güvenliği temsilcisi" başlığını taşıyan 11. maddesinde temsilcilerin seçilmesi, sayıları, nitelikleri, görev süreleri, görevlerinin sona ermesi, görev ve yetkilerine ilişkin esaslı noktalar, itirazları ve görüş ayrılıkları olduğunda bunların hangi yol ile çözümleneceği gibi konularda bir *büküm bulunmamaktadır*. Çok sayıda diğer iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yönetmeliklerde sözü edilen 16. maddeye yollama yapılarak belirsizlikler daha geniş alana yayılmakta, bunun sonucu iş sağlığı ve güvenliği temsilciliğinin boşluklarının doldurulması ve bu kuruma "uygulanabilir açıklık" kazandırılması hemen hemen imkansız hale gelmektedir. Ayrıntıları aşağıda görülecek bu durum iş sağlığı ve güvenliği temsilciliğinin "bilinçsiz" bir düzenlemesi ile karşı karşıya kalındığını gösteren yönlerden birini oluşturmaktadır⁴.

Konuyu daha yakından incelemek üzere, önce işçi temsilciliğine genel olarak bakılması ve Türkiye'deki kurumsal gelişmenin ortaya konulması daha sonra yönetmelikler ile ilgili düzenlemelere geçilmesi uygun olacaktır.

II. YÖNETİME KATILMA ŞEKİLLERİNDEN BİRİ OLARAK İŞÇİ TEMSİLCİLİĞİNE GENEL BAKIŞ

1. Genel Olarak

İşyeri işçi temsilciliğinin başlangıcı 19. yüzyıla

kadar gitmekte ve ilk adımların Almanya'da ilginç bir şekilde işverenlerden gelen istek üzerine atıldığı dikkati çekmektedir⁵. Yine aynı yüzyılda işçi ve işverenlerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla devamlı bir örgüt olarak varlığını gösteren sendikalar dışında işçi temsilciliği, işyerinde çalışan işçilerin bu işyerinin düzeninde söz sahibi olabilmelerinde yararlanan bir kurumdur⁶. İşverenin işyerini yönetim hakkını kullanmasına işçilerin katılmaları topluluk olarak bizzat değil, daha çok işyerinde çalışan işçi topluluğunun seçtiği temsilcilerin katılması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Başlangıçta işverenlerin iradesine bağlı olarak faaliyet gösteren işçi temsilcileri, daha sonra kanunlarla zorunlu tutulan bir nitelik kazanmış ve 20. yüzyılda gittikçe genişleyen görev ve yetkileriyle bazı ülkelerde "*yönetime katılmanın*", başka bir deyişle "*endüstriyel demokrasinin*" temel örgütü haline gelmiştir. İşyerinde çalışma süreleri, ara dinlenmeleri, yıllık izinlerin kullanılması, ücretin ödenme yeri ve zamanının belirlenmesi, işçilerin davranışları ve disiplin cezaları gibi daha çok sosyal konularda etkinlik ile başlayan temsilcilerin görevleri, şikayet ve uyuşmazlıkların çözümlenmesine, iş mevzuatının denetlenmesine ve giderek personel alımı ve fesihle görüş alınmasına ilişkin iş güvencesi konularına ve iktisadi konulara kadar geniş bir alana yayılmıştır⁷. Hemen belirtelim ki, işçi temsilciliğinin tek işçinin bulunduğu veya az işçinin çalıştığı işyerlerinde de uygulanması gerekir şeklinde bir kural yoktur, hatta olmaması da gerekir. Bu nedenle, işçi temsilciliğinin bir örgüt olarak kurulabilmesi için işyerinde en az belirli sayıda işçinin çalıştırılmasına bakıldığı gibi, konunun özelliğine göre, işyerinde daha fazla çalışmış olmak şartı da getirilmektedir. Örneğin Almanya'da İşyeri Örgütlenme Kanunu'nun (Betriebsverfassungsgesetz) 1. maddesine göre, üçü seçilebilme niteliğine sahip devamlı şekilde en az *beş seçmen işçinin* çalıştığı işyerinde işçi temsilcileri seçilir ve faaliyet gösterebilir⁸. Aynı kanuna göre en az yirmi seçmen işçinin çalıştırıldığı işyerinde her işe almada, iş ve işyeri değişikliğinde, ücrete dayalı işçi gruplandırılması ve grup değişikliğinde işyeri işçi temsilciliğinin onayının alınması zorunlu olup, temsilci belirli sebeplerden ötürü onay vermekten kaçınabilir (m.99)⁹. İsviçre'de ise, işçilerin işyeri yönetiminde

etkili haklara sahip olabilmeleri için işyerinde en az 50 işçinin çalıştırılmış olması aranmaktadır. El-liden az işçinin çalıştığı işyerlerinde veya işçi temsilcilerini (İsviçre’de bu hususta daha çok işyeri komisyonu -Betriebskommission- sözcüğü kullanılmaktadır) seçmek hakkından vazgeçtiklerinde işçiler yönetime katılmaya ilişkin yolları topluluk olarak da kullanabilmektedirler¹⁰.

Belirtelim ki işçi temsilcilerinin oluşturulması ve faaliyetleri genel olarak “işyeri” ile sınırlıdır. Ancak bazı ülkelerde, temsilcilerin faaliyetleri bir işyeri çerçevesinde kalmamış, “işletme” düzeyine de çıkmıştır. Örneğin Almanya’da bir işverenin birden fazla işyeri olduğunda, işyeri temsilcileri dışında işletmeye giren tüm işyerleri veya belirli birden fazla işyeri ile konularda yetkili olmak üzere, ayrıca genel işyeri temsilcileri kurulu (Gesamtbetriebsrat) oluşturulmaktadır¹¹. Almanya’da buna bir aşama daha eklenmiş, işletmelerin meydana getirdiği holding benzeri birlikte (Konzern), genel işyeri tem-

kollektif iş ilişkileri sisteme dayandığında işçilerin menfaatleri, birbirinden bağımsız ve farklı örgütlenme ilkelerine göre kurulan topluluklar¹⁵ arasında paylaşılmak suretiyle temsil edilmekte ve korunmaktadır. Temsilcilerin kanunda öngörülen düzenleme yetkileriyle sınırlı şekilde meydana getirilen işyeri sözleşmeleri de, o işyerine ilişkin çalışma şartlarını normatif hükümlerle düzenlemektedirler¹⁶. Ancak, bununla toplu iş sözleşmesi özerkliğinin anlamını yitirmesi yolu açılmamakta, sendikaların taraf oldukları toplu iş sözleşmesine öncelik tanınmaktadır. Bu açıdan İşyeri Örgütlenme Kanunu’nda önemli bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen veya düzenlenmesi mutad olan ücretler ve diğer çalışma şartları, işyeri sözleşmesinin konusunu oluşturamazlar¹⁷. İşyeri sözleşmelerinde temsilcilerin yetki alanında olan konularda, örneğin sosyal konular ve personel konularında, toplu iş sözleşmesinde belirlenen temel kuralların işyeri özelliklerine uygun şekilde

İşçi temsilciliğinin tek işçinin bulunduğu veya az işçinin çalıştığı işyerlerinde de uygulanması gerekir şeklinde bir kural yoktur.

silcilerinin onayı ile de bir birlik temsilciler kurulu (Konzernbetriebsrat) oluşturulması benimsenmiştir¹².

İşyeri temsilcilerinin katılım hakları kapsamında başlıca yetkileri; işçilerin isteklerini iletmek, dinlenmelerini istemek, önerilerde bulunmak, onay vermek, şikayet etmek, kontrol etmek, çok önemli ve en yaygın olarak bilgilendirilmelerini talep etmek, en güçlü bir hak olarak birlikte belirlemek ve bu arada belirli düzenlemeler getirmektir (Mitbestimmungsrecht)¹³. Özellikle birlikte belirli düzenlemeler yapmak yetkisini tanıyan ülkelerde, bu hususta birlikte belirlemenin zorunlu olduğu konularda, işçi temsilcilerine işverenle, toplu iş sözleşmeleri dışında, fakat yine kollektif iş sözleşmelerinin bir türü olarak “işyeri sözleşmeleri” (Betriebsvereinbarung) akdetmek imkanı da tanınmıştır. Bunun örnekleri Almanya ve Avusturya’dır. Görülüyor ki bazı ülkelerde sendikalar dışında bir işyerinde çalışan işçiler topluluğunun (Belegschaft) da işverenleri ile ilişki kurabileceği kabul edilmekte, kollektif iş ilişkilerinde işçi tarafında iki ayrı topluluk söz konusu olmaktadır¹⁴. Hemen belirtelim ki

uygulanmalarına ilişkin hükümler konulmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde haftalık ve günlük çalışma süreleri tespit edildiğinde günlük işe başlama, işi bitirme saatleri, ara dinlenmeleri, yıllık izinlerin kullanılması veya işyeri düzenine ilişkin disiplin hükümleri veya iş sağlığı ve güvenliğine, iş kazalarına karşı alınacak önlemler işyeri iş sözleşmelerinde yer alırlar.

Ekleyelim ki işyeri işçi topluluğunun ve temsilcilerinin kollektif iş ilişkilerinde geniş yetkilerle donatıldığı bir sistem kuran Almanya’da, 2001 yılında yapılan değişiklikler ile İşyeri Örgütlenme Kanunu kapsamında yönetime katılmanın genişletilerek en sivri duruma getirildiği, bu suretle Alman sisteminin “Avrupa şampiyonu” ve “Dünya şampiyonu” olabileceği veciz şekilde eleştirilmektedir¹⁸. Bu gelişmenin diğer cephesinde işsizlik oranındaki artışlar ile maliyetlerdeki büyük artışların küçük ve orta işletmelere ne kadar büyük bir yük getirdiğine de dikkat çekilmektedir¹⁹. Buna ek olarak Alman işyeri örgütlenme ve yönetime katılma modelinin Avrupa Birliği’ne ihraç edilecek bir öneri olmadığı da belirtilmektedir²⁰.

Alman işçi temsilciliği ve bu suretle yönetime katılma modelinin Türkiye için uygun olmadığı görüşündeyiz.

Bilindiği gibi Avrupa Birliği'nde, bireysel iş ilişkilerinde ortak düzenlemelere geçiş ve uyum sağlamada çok ilerleme kaydedildiği halde, kolektif iş ilişkilerinde uzun yıllar boyunca ülke şartlarına göre oluşan ve köklü farklılıklar bulunan kurumlarda, sendikal örgütlenme, toplu iş sözleşmesi düzeni, uyuşmazlıkların çözümü, grev ve lokavt haklarının bütünüyle ortak modellere göre yapılandırılmak ve uyumlaştırmak için adımlar atılmamıştır. Bu kapsamda işçi temsilciliği de bulunmakta; bu hususta üye ülkeler ortak bir sisteme bağlı tutulmamaktadırlar.

Alman işçi temsilciliği ve bu suretle yönetime katılma modelinin Türkiye için de uygun olmadığı görüşündeyiz. Diğer yandan Avrupa Birliği Müktesabatı'nda, iş sağlığı ve güvenliği için özel bir işçi temsilciliğinin oluşturulması zorunlu tutulmamakta, ancak üye ülkelere milli hukuklarına göre kurulu işçi temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin görevli ve yetkili kılınmalarını öngören düzenlemelere yer verilmektedir. Bu hususta Türkiye, üyeliğe kabul için uzun bir süre bulunmasına rağmen uyum çalışmalarında olumlu gelişmeler kaydedebilir. Ancak ülkemizde öncelikle işçi temsilcilerini düzenleyen bir kanunun çıkarılması gerekir. Aşağıda bu konulara ayrıca değinilecektir. Kanun hükümlerine göre kurulan işçi temsilcilerine Avrupa Birliği mevzuatında öngörülen yetkiler de verilebilir. Nitekim İsviçre'de bu yol izlenmiştir. İsviçre'de işçi temsilcilerine işyeri düzeyinde katılım hakları yönünden işçi menfaatlerinin korunmasına yönelik geniş bir *bilgilendirme* imkanı tanınmaktadır. Kanuni bir zorunluluk olan bilgilendirme yükümlülüğüne işverenin yılda en az bir kez işlerin gidişi ve istihdama etkileri yönünden temsilcilere bilgi vermesi de öngörülmektedir²¹.

İsviçre'de, Avrupa Birliği hukukuna uyuma hazırlık olarak üç yönden işçileri bilgilendirme yükümlülüğü genişletilmiştir Türkiye yönünden de aynı yönde adımlar atılmasını biz de zorunlu görmekteyiz. Bunlardan birincisi iş sağlığı ve güvenli-

ği konuları, ikincisi işyerinin devri ve üçüncüsü de toplu işçi çıkarmalardır²². Türkiye, Avrupa Birliği hukukuna uyumla birlikte, fakat öncelikle onayladığı 158 sayılı ILO Sözleşmesi gereği, toplu işçi çıkarmada işçileri veya işçi temsilcilerini bilgilendirme ve görüşme yapma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmemiştir. Aşağıda bu konulara değinilecektir.

2) Türkiye'de İşçi Temsilciliği

a) 3008 sayılı İş Kanunu dönemi

Ülkemizde işçi temsilciliği 1936 tarihli ve 3008 sayılı İŞK ile kabul edilmiştir²³. Çıkarıldığı dönemde bireysel iş ilişkilerini, sanayileşmiş ülke standartlarının altında olmamak üzere düzenleyen İŞK'nda ayrıca kolektif iş ilişkilerine de yer verilmişti. Kolektif iş ilişkilerinde işyerlerinde işçi topluluğu esas alınmak ve bu topluluk adına işverenle ilişkileri kurmak üzere işçi temsilcileri kabul edilerek düzenlemeler getirilmiş, sendikalara ve taraf oldukları ilişkilere yer verilmemişti. Daha sonra Türkiye'de demokratik düzene bütün kurumlarıyla geçildiği ve sendikaların yasal çerçevede faaliyette bulunmak üzere serbest bırakıldığı dönemde bu kuruluşlara da toplu iş uyuşmazlığı çıkarmak yetkisi tanınmış, ancak işçi temsilciliği ayrı bir kurum olarak görevlerini sürdürmüştür. Grev ve lokavtın yasak olduğu dönemde işçi topluluklarının veya sendikaların çıkardığı toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde sadece *barışçı yollar* kullanılabiliyordu, önce iki kademeli uzlaştırma (alelade ve kesin uzlaştırma), anlaşma sağlanamadığı takdirde iki kademeli (il hakem kurulu ve yüksek hakem kurulu) kanuni (zorunlu) tahkim yolu ile uyuşmazlık çözüme bağlanıyordu.

Tarafların anlaşması, uzlaştırma veya hakem kararı ile belirlenen çalışma şartları yönünden, uygulanmaya başlandığı tarihten itibaren 26 hafta süre ile toplu iş uyuşmazlığı çıkarılamazdı²⁴. 3008 sayılı İŞK'nda toplu iş sözleşmesinden hiç söz edilmemekle beraber, uzlaştırma aşamasında taraf iradelerine göre belirlenen ve üzerinde anlaşmaya varılan çalışma şartlarını gösteren yazılı belgenin, ismi olmasa dahi o dönem için bir çeşit umumi mukaveleler (BK m.316), kolektif iş sözleşmelerinin bir türü olduğundan şüphe etmemek gerekir. Kesinleşen uzlaştırma ve hakem kurulu kararlarının da

275 ve 2822 sayılı Kanunlar'daki grev ve lokavt yasasının bulunduğu yerlerde taraf iradelerinin yerine geçen ve onları bağlayan nitelikte bir toplu iş sözleşmesi (umumi mukavele) anlamı taşımakta olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

3008 sayılı İşK'nda kural olarak bu kanunun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirli sayılarda işçi seçilmesi zorunlu idi²⁵. Bilindiği gibi, İşK yürürlüğe girdiğinde işyerinde on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmaktaydı; daha sonra bu sayıda belirli şartlarla azaltılma yoluna gidilmiştir²⁶. Buna bağlı olarak işçi temsilciliği işyerinde çalışan işçi sayısı itibarıyla öngörülen sınıra altındaki küçük işyerlerinde uygulanmıyordu. Diğer yandan bazı işyerlerinde (örneğin kampanya işlerinde) temsilcilerin seçimi işçilerin çoğunluğunun isteğine bağlı tutulmuştu.

İşçi temsilcilerinin görevi her şeyden önce işyerindeki işçiler ile işverenler arasında çıkacak her çeşit iş uyuşmazlıklarını çözümlenmek üzere işveren veya işveren vekili ile görüşmeler yapıp bir uzlaşmaya varılmasını sağlamaktır (3008 sayılı İşK m.78). Bu kapsamda, özellikle işyerindeki işçi topluluğu tarafından çıkarılan işyerindeki "mer'i iş şartlarını" veya "bunların tatbik tarzına" ilişkin değişiklik ve yeni şartlar getirilmesine ilişkin toplulukla iş uyuşmazlığında (toplular menfaat uyuşmazlığı) işverenle yapılan müzakerelerde ve uyuşmazlığın çözümünde "uzlaştırıcı" olarak görev yapmaları, temsilcilerin konumunu güçlendiriyordu. Hiç kuşkusuz, çalışma şartları kapsamında iş sağlığı ve güvenliği konusunda da isteklerin yerine getirilmesi ve mutlak emredici olmayanlar hakkında işçi yararına düzenlemeler yapılması da mümkün bulunuyordu.

Belirtilenlerin dışında o dönemde resmi çalışma örgütüne işçiler adına katılacaklar işçi temsilcileri arasından seçiliyordu²⁷. Önemli bir husus işçiler adına hareket eden temsilcilerin bu görevleri gerektiği şekilde yapabilmelerini ve bu sebeple işlerini kaybetme tehlikesine karşı korumalarını sağlamak üzere gerçek anlamda bir iş güvencesi de kanunda yer almıştı²⁸.

b) İşyeri sendika temsilciliğine geçiş

1961 Anayasası, en üst hukuk kaynağı olarak ülkemizde kolektif iş ilişkilerinde bütün kurumlarıyla sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işyeri sendika temsilciliği, daha önceki tartışmalar ve eleştiriler dikkate alınarak ve görevleri de belirlenmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir.

na ilişkin özgürlük ve özerklik (toplular iş sözleşmesi özerklik düzeni) düzeninin kabul ve uygulanmasına ilişkin kural ve ilkeleri getirmiştir. Belirtilen kurumların uygulanması için öngörülen yasa normları, aralarında organik bağ bulunan 1963 tarihli ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile aynı tarihli ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile gerçekleştirilmiştir. Anılan kanunlar ile yürürlükte bulunan 3008 sayılı İşK'nun birçok maddesi ve bu arada işçi temsilcilerine ait düzenlemeler de *kaldırılmış* ve işçi temsilcilerinin yerini 274 sayılı Kanun'daki "işyeri sendika temsilcileri" almıştır²⁹. İşyeri sendika temsilcilerinin kabulü işçi sendikalarının kısa sürede güçlenmesine yönelik bir imkan olarak görülebilir. Esasen toplu iş sözleşmesi düzenine geçilmekle böyle bir sözleşmeye taraf olan işçi sendikalarının sözleşmenin kapsamına giren işyerlerinde sendika tarafından belirlenecek işçilerin temsilci olarak görev yapacaklarını, faaliyetlerini ve bu hususta gerekli diğer kuralları sözleşme ile düzenleyebilmeleri mümkündür. O halde kendi istekleri ve taraf iradelerine dayalı günün şartlarına göre her zaman yenileyebilecekleri bir konuyu devlet müdahalesiyle çözümlenmeye gitmelerinin isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Görüşümüze göre ülkemizde işçilerin yönetime katılmalarını sağlamaya yönelik ve amaca uygun yetkiler verilmek üzere işçi temsilciliğinin korunması isabetli olurdu. Böyle bir sistemin varlığı, sendika işyeri temsilcilerinin bulunmasına da engel teşkil etmemektedir. Nitekim Türkiye'nin onayladığı uluslararası sözleşmeler ülkemizde "ikili sistemin" kurulmasını kaçınılmaz hale getirmiş bulunmaktadır. Aşağıda bu konuya bir kez daha değinilecektir.

274 sayılı Kanun'da işyeri sendika temsilcisinin atanmasına ve güvencesine ilişkin hükümler yer almıştı, fakat temsilcilerin görevleri konusunda bir

düzenleme yoktu. Temsilcilerin atanması, görev süreleri ve görevlerinin sona ermesi yönünden önemli tartışmalar çıkmış, görevlerin belirlenmesinde diğer kanunlarda yer alan hükümler dışında toplu iş sözleşmesine konulan hükümler ile boşluğun doldurulmasına çalışılmıştır³⁰. Temsilcilerin iş güvencesine ilişkin düzenleme, 274 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 1317 sayılı Kanun'la daha güçlü duruma getirilmiştir³¹.

12 Eylül 1980 sonrası kabul edilen 1982 Anayasası, kollektif iş ilişkilerini düzenleyen kanunların da yenilenmesi zorunluluğunu beraberinde getirmiş, 274 ve 275 sayılı Kanunlar'ın uygulandığı dönemde karşılaşılan güçlüklerin ülke şartlarına uygun bir şekilde giderilmesi düşüncesiyle de 1983 yılında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işyeri sendika temsilciliği, daha önceki tartışmalar ve eleştiriler dikkate alınarak ve görevleri de belirlenmek suretiyle (m.35) yeniden düzenlenmiştir. Uygulamada görüldüğü üzere bu hususta toplu iş sözleşmeleri ile de hükümler getirilebilir³². Ancak bu hususta tarafların toplu iş sözleşmesinin muhtevasını oluşturmakta yetkileri, sendikaların unsurları ve özgür sendikacılığın ilkeleri ile toplu iş sözleşmesi özerkliğinin gözönünde tutulması gerekir.

Sendika işyeri temsilcilerine ilişkin konular (atanmaları, süreleri, görevlerinin son bulması, görev ve yetkileri) inceleme alanımız dışında kaldığından, üzerinde durmayacağız. Ancak iki noktaya dikkat çekmek yararlı olacaktır. Birincisi 2821 sayılı Kanun'da işyeri sendika temsilcilerinin görevleri düzenlenirken, temsilcilere yönetime katılma şekillerine uygun yetkiler verilmesi, örneğin bilgilendirme, işçilerin isteklerini iletmek, görüşmelerde bulunmak, tavsiyeler getirmek, önlem alınmasını istemek, belirli konularda çalışmalara katılmak veya birlikte karar vermek gibi konulara ilişkin açık ve belirleyici hükümler getirilmemiştir. Görevler genel nitelikte gösterilmiştir, bunların fiilen uygulanabilmesi isteniyorsa, toplu iş sözleşmeleriyle bu hükümleri somutlaştıran düzenlemeler getirilmesi yararlı olacaktır. İkinci bir husus, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili özel bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Görevler arasındaki "iş kanunları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen şartların uygulanmasına yardımcı olmak" hükmü kapsamında, "yar-

dımcı olmak" eylemi, mevcut sağlık ve güvenlik önlemlerinin uygulanmasını talep etmek ve aksi halde, idari mercilerin kontrolüne başvurulacağı şeklinde bir yorumun, maddenin amacına aykırı olmayacağı görüşündeyiz. Temsilcilere İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları'nın oluşumunda verilen görevlere aşağıda değinilecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 16. maddesinde işyeri sendika temsilcileri ile hiçbir bağlantı kurulmadan işyerlerinde *sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi* seçilmesi öngörüldüğü için, *aynı işyerinde* sendika temsilcileri dışında iş sağlığı ve güvenliği temsilcileri de bulunabilecektir. Bu durum ülkemiz şartlarında sorunlar yaratabileceği gözden uzak tutulamaz. İşyeri sendika temsilcilerinin bulunduğu işyerlerinde bu temsilcilerin sağlık ve güvenlik konularında da görevli olmaları, onlara sağlık ve güvenlik yönünden de eğitim ve bilgi birikimi kazandırmış olabilecektir. Böyle bir imkanın kanunda yer alması isabetli olacaktır. Görülüyor ki ülkemizde işyerinde görevli ve yönetime katılmanın özel bir uygulama şekli olan temsilcilik kurumunun gözden geçirilmesi ve gelişmelere uygun düzenlemeler getirilmesi hususunda çalışmaların başlatılması, aşağıdaki açıklamalar ile tamamen doğrulanacaktır.

c) 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin gereği işçi temsilciliği ve ikili sistem

4857 sayılı İşK Tasarısını hazırlayan Bilim Kurulu, tasarıda hem Türkiye tarafından onaylanmış ILO Sözleşmeleri'nin gereklerine uygun ve hem de Avrupa Birliği'ne üyelik gerçekleşinceye kadar Birliğin normlarına şimdiden uyum sağlayacak adımlar

İSGY m.16'da işyeri sendika temsilcileri ile hiçbir bağlantı kurulmadan işyerlerinde sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi seçilmesi öngörüldüğü için, aynı işyerinde sendika temsilcileri dışında iş sağlığı ve güvenliği temsilcileri de bulunabilecektir.

ları atmayı ve iç hukuka aktarmayı sağlayan düzenlemelere yer vermiştir³³. 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin iş güvencesine ilişkin hükümleri iç hukuk normu haline getirilirken toplu işçi çıkarmalarda işverenin işyeri temsilcilerine bilgi vermesi ve görüşme yapması öngörüldüğü için 4857 sayılı Kanunun 29. maddesini oluşturan hükümlerde bu husus dikkate alınmış ve şöyle denilmiştir: "işveren ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az 30 gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir". Görülüyor ki tasarının bu hükmünde işyeri sendika temsilcileri aynen korunduğu gibi, sendika temsilcilerinin atanmadığı işyerlerinde de işçi temsilcilerinin bulunması gereğinden hareket edilerek *ikili bir sistemin varlığı* benimsenmiştir. Esasen ülkemizde sendika temsilcilerinin bulunmadığı işyerlerinin sayısı, bulunanlara göre daha fazla olduğu gerçeği de dikkate alınarak işçi temsilciliğinin kanun hükümleriyle *temel esasları konulmak* suretiyle düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. Hatta bu hususta ihtiyaçlara göre özel bir kanun çıkarılması da uygun bir gelişme olarak maddeye yansıtılmıştır. Tasarıdan çıkarılan madde aşağıda aynen verilmektedir:

"İşçi temsilcileri

Madde 113. İşyeri işçi temsilcileri ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirilinceye kadar, işyerinde sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde ve en az on işçinin çalıştığı işyerinde işçiler tarafından 2821 sayılı Kanununun 34. maddesinde belirtilen sayıda seçilecek işçi temsilcileri görev yaparlar.

İşçi temsilcileri bu kanunda kendilerine verilen görevler ile 2821 sayılı Kanununun 35. maddesinde öngörülen görevleri, işyerindeki işleri aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak koşulu ile yerine getirirler.

Temsilcilerin seçimi, mevcut işyerlerinde bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yeni kurulacak işyerlerinde işyerinin bölge müdürlüğüne bildirim tarihini izleyen üç ay içinde yapılır ve her iki yılda bir yenilenir.

Temsilci seçimi, işçilerin oluşturacakları seçim kurulu tarafından yürütülür ve seçimde aday ola-

cakların listesi kurul tarafından seçim tarihinden on gün önce işyerinde ilan edilir.

Seçim kurulunun oluşturulması, çalışması, aday listesinin ilanı, seçim sonuçlarının belirlenmesi ve temsilcilerin nitelikleri, görevlerini yerine getirmeleri ve temsilcilere ilişkin diğer konular Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelik ile düzenlenir.

Seçimler ile ilgili itirazlar yerel iş mahkemesince 4 işgünü içinde kesin olarak karara bağlanır"³⁴.

Bu düzenleme yönetime katılma şekillerinden biri olarak işyeri sendika temsilcileri ve bunların bulunmadığı yerlerde işçiler tarafından seçilen temsilcilere 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ilkelerine ve Türkiye tarafından onaylanan 135 sayılı İşçi Temsilcileri Sözleşmesi'ne de uygun düşmektedir. 158 sayılı Sözleşme'nin "İşçi temsilcilerine danışma" başlığını taşıyan 13. maddesinin 3. bendi hükmüne göre: "Bu maddenin uygulanmasında "ilgili işçi temsilcileri" deyimi, İşçi Temsilcileri Hakkında 1971 tarihli Sözleşme'ye uygun olarak ulusal mevzuat ve uygulamada benimsendiği şekliyle işçi temsilcileri anlamına gelir". Yollama yapılan 1971 tarihli "İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 Sayılı Sözleşme"nin 3. maddesine göre bu sözleşmenin uygulanmasında "işçi temsilcileri" deyimi;

"a) Ya sendika temsilcileri, şöyle ki; sendikalarca veya bu tür kuruluşların üyelerince seçilen veya atanmış temsilcileri;

b) Ya da seçimle gelen temsilciler, şöyle ki; ulusal mevzuat veya toplu sözleşme hükümlerine göre işletmenin işçileri tarafından serbestçe seçilen ve ilgili ülkede sendikalara tanınan özel ayrıcalıklı faaliyetleri içermeyen görevlere sahip temsilciler, anlamına gelir".

İŞK Tasarısında benimsendiği şekliyle Türk kolektif iş ilişkileri sisteminde, işyeri sendika temsilcileri ile bunların bulunmadığı yerlerde işçi temsilcilerine görev verilmesi 135 sayılı Sözleşme'ye tamamen uygundu. Hatta sözleşmenin 5. maddesinde sendika ve işçi temsilcilerinin aynı işyerinde bulunabileceği de belirtilerek birlikte bulunmalarının birinin diğerini zayıflatacak şekilde kullanılmaması gerektiğine işaret edildikten sonra "ilgili bütün konularda seçilmiş temsilcilerle, ilgili sendikalar ve onların temsilcileri arasında işbirliğini teş-

vik için önlemler alınacaktır” kuralına da yer verilmektedir.

Ne var ki, Bilim Kurulu'nun Tasarıda 113. madde olarak önerdiği “işçi temsilcileri”, sosyal tarafların isteğine uygun olarak tasarıdan ve 29. madde (tasarının 31. maddesi) metninden çıkarılmış, böylece 158 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü toplu işçi çıkarmada işçi temsilcilerine bilgi verme ve görüşmelerde bulunma, sözleşmeye uygun olmayan şekilde sadece işyeri sendika temsilcileriyle sınırlı tutulmuştur. Oysa işçi temsilciliğinin uygulamaya konulması, sadece 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin zorunlu tuttuğu bir düzenleme olarak kalmayacak ayrıca İsviçre'de yapıldığı gibi Avrupa Birliği hukukunun öngördüğü şekilde, toplu işçi çıkarmadan (İşK m.29) başka işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri (İşK m.6) ve iş sağlığı ve güvenliği (İşK m.78) konularında da temsilcilere görev ve işverenler karşısında bilgilendirme ve diğer yönlerden katılımları sağlanacak yetkiler verilmesi de gerçekleştirilebilecekti.

İşK Tasarısından “işçi temsilcilerinin” kolayca çıkarılması, bir bakıma çalışma yaşamında üçlü ilişkilerin taraflarının, devlet, işçi ve işveren kuruluşlarının işçi temsilciliğine olumlu bakmamaları dikkat çekici bir özelliktir. Türk iş hukukunun oluşumunda devlet müdahalesiyle kanuni düzenlemelere geçilmesi ve kurumların kabul edilmesi hızlı bir gelişme gösterdiği halde, işçilerin iş ilişkilerinde belirli yetkilerle yönetime katılması konusunda beklenen adımlar atılmamıştır³⁵. İşverenler geçirdikleri deneyimler, gerek 3008 sayılı İşK dö-

İSGY sağlık ve güvenlik konularında işçiler adına söz sahibi olabilecek temsilciler seçilmesini zorunlu olarak getirdiğine göre, bir işyerinde işyeri sendika temsilcileri, iş sağlığı ve güvenliği temsilcileri ve yüzden az işçinin çalıştığı işyerinde izin kurulunun görevlerini yürütecek işçi temsilcileri bulunabilecektir.

neminde ve gerek sendika temsilcileri döneminde karşılaştıkları önemli sorunlar dolayısıyla çalışma hayatında yönetime katılma için hangi şekilde olursa olsun, istekli görülmemektedirler. Sosyal taraf olarak işçi sendikaları ise, yönetime katılmayı sendikalar açısından düşünmekte, sendika üyesi olmayan veya değişik sendikalara üye olan işçilerin işyeri düzeyinde kendi aralarında bir topluluk olarak temsilcilik örgütü aracılığıyla faaliyette bulunmalarını, kendilerine bir “rakip” olarak görmektedirler. Uluslararası sözleşmelerde ve Avrupa Birliği hukukuna giren düzenlemelerde ortaya konulduğu üzere sendikalar ve işçi temsilcileri birbirine rakip değil, işçi menfaatlerinin temsilinde ve korunmasında birbirini tamamlayan kuruluşlardır. Bu açıdan Türk iş hukuku ve çalışma yaşamında işçi temsilcilerinin de yerlerini almaları gerekir. İlginç olan yön, açıklamalarla da ortaya konulduğu üzere, İşK'nun kanunlaşma aşamalarında işçi temsilciliği, tasarıdan çıkarıldığı ve böyle bir kurumun temel esaslarına İşK'nda yer verilmediği halde, işçi temsilciliğinin yönetmelik ile düzenlenmesine gidilmesidir ki, böyle bir düzenlemenin hukuka uygun olduğunu ileri sürmek güçtür. İşK m.80'de “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”, başlığında “kurul” halindeki çalışmaları yürütecek kurulun “oluşumu”nun yönetmelikle gösterileceğine ilişkin düzenlemede, işyerinin tanımında da bu birimin esaslı bir “unsuru” (İşK m.2/1) olan işçilerin de yönetime katılacağına işin özünde saklı olduğu söylenebilecektir. 4857 sayılı İşK'ndan önce daha isabetli olarak “tüzükle” düzenlenen, 4857 sayılı Kanun'da yönetmelikte gösterileceği açıklanan işçilerin temsili, yukarıda açıkladığımız ve savduğumuz *ikili sistemin* uygulanabilir örneğini de oluşturmaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'in kurulların oluşumunu düzenleyen 5. maddesinin (g) bendine göre “2821 sayılı Sendikalar Kanununun değişik 24 üncü maddesi hükmü uyarınca işyerinde bulunan sendika temsilcilerinin kendi aralarında seçecekleri bir kişi, işyerinde sendika temsilcisi yoksa o işyerindeki işçilerin yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilecek işçi”, kurula katılır.

Yıllık ücretli izinlerin kullanılmasına ilişkin başlangıçta 1960 tarihli ve 4767 sayılı Yıllık Ücretli İzin Kanunu'nda (m.12) düzenlenen “... izinlerin

İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği konularında da görevli ve yetkili kılınmak üzere genel bir işçi temsilciliği düzenlenmiş değildir.

ne suretle ve kimler tarafından sıra ve münavebe-ye tabi tutulacağı ..."nın da yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hüküm, 931 ve 1475 sayılı (m.57) Kanunlar'da tekrarlanmış ve 4857 sayılı Kanun'un 60. maddesinde "... izinlerin ne suretle ve kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı ..."nın yönetmelikte gösterileceğine ilişkin düzenleme ile devam ettirilmiştir. Sözü edilen hükümlerde işçi temsilcilerinin de katılacağı bir kurulun oluşturulacağı şeklinde daha açık ifadeye yer verilmesi isabetli olurdu. Bununla beraber hükümdede yıllık iznin "kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı"nın açıklanması, kurul oluşumunda işverenle birlikte, o işyerinin esaslı unsuru olan işçilerin katılımına imkan verdiğini düşündürmektedir. Nitekim 1960 yılından günümüze kadar bu hususta bir eleştirinin gelmemesi de bunu doğrulamaktadır. İşçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur. Kurulun işçi üyeleri ve yedekleri işyerinde varsa, işyeri sendika temsilcileri tarafından seçilir; yoksa o işyerindeki işçilerin yarısından bir fazlasının katılacağı bir toplantıda açık oyla seçilir (Yön.m.15). İşçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde izin kurulunun görevleri işveren veya vekili ya da bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilci tarafından yürütülür (Yön.m.18). İşyerinde yüzden az işçi çalıştırıldığında, iki kişiden oluşan görevlilerde, işçi tarafından seçilecek kişinin, işyerinde sendika temsilcisi bulunsa dahi, işçilerin seçtikleri bir temsilci olması aranmaktadır. O halde, yüzden az işçinin çalıştığı işyerinde hem işyeri sendika temsilcileri ve hem de işçiler tarafından izin kuruluna seçilen temsilci bulunabilecektir. İSGY sağlık ve güvenlik konularında işçiler adına söz sahibi olabilecek temsilciler seçilmesini de zorunlu olarak getirdiğine göre, bir işyerinde işyeri sendika temsilcileri, iş sağlığı ve güvenliği temsilcileri ve

yüzden az işçinin çalıştığı işyerinde izin kurulunun görevlerini yürütecek işçi temsilcileri bulunabilecektir. İşçi temsilciliği konusunda 4857 sayılı Kanun'la kaçırılan düzenleme imkanı yeniden gündeme alınmalıdır. Getirilecek ikili sistemde işyeri sendika temsilcileri ve işçi temsilcilerinin, ayrık tutulması gereken bir durum olmadıkça, işyerinde işçilerin katılımının söz konusu olabileceği tüm konularda yetkili kılınmaları esas olmalıdır. Böyle ki bir tercih ve düzenleme yapılmadıkça her konuda bir temsilcilik kurulması gibi işyerinde bir kaos yaratılma tehlikesiyle karşı karşıya kalınabilecektir.

III. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ İŞÇİ TEMSİLCİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kanunda Düzenleme Olmadan Yönetmelik ile Getirilmiş Olması

Yukarıdaki inceleme gösteriyor ki, İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği konularında da görevli ve yetkili kılınmak üzere genel bir işçi temsilciliği düzenlenmiş değildir. Bir düzenlemeden söz etmek bir yana, Bilim Kurulu'nca hazırlanan İş Kanunu Tasarısı'nın 113. maddesinde işçi temsilciliğine ilişkin hükümler getirildiği halde, bu hükümler kanunlaşma sürecinde tasarıdan çıkarılmıştır. Ayrıca İşK m.78'de, sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmelikleri çıkarılmasıyla ilgili hükümler arasında "iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin" oluşturulacağı hakkında doğrudan veya dolaylı şekilde bir düzenleme bulunmadığı gibi, İşK'nun 78. maddesinden sonraki iş sağlığı ve güvenliği maddelerinden birinde de bu hususta bir kanun hükmüne rastlanmamaktadır. Kanun koyucunun, sosyal tarafların isteklerini dikkate alarak işçi temsilciliğini "bilinçli" olarak çıkartması karşısında, sadece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel bir düzenleme getireceği de düşünülmemek gerekir. Kaldı ki kanunda sadece "iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilcileri"ne yer verilmesi de yeterli olmayacaktır. Zira, temsilcilerin hangi işyerlerinde seçileceği, nitelikleri, seçilme şekli, görev süreleri, görev ve yetkileri, işverenle kurulacak ilişkiler de sonuca gitmede başvurulacak yollar gibi konuların hiç olmazsa "temel esaslar" biçiminde gösterilmesi ve bunlara ilişkin işlerin ikincil kaynaklar ile ta-

mamlanması hükme bağlanabilirdi. Ancak bu halde tamamlayıcı yürütme işleminin yönetmelik değil, herhalde tüzük olması gerekirdi. Bu hususta tüzük ve yönetmelik arasında farklılık ortaya çıkmaktadır. Anayasa uyarınca tüzük ve yönetmelik, *daba önce yürürlüğe konulmuş bir kanun* hükmüne dayanılarak çıkarılabilir. Tüzük, Anayasa madde 115'de belirtildiği üzere, Bakanlar Kurulu'nca "*kanunun uygulanmasını göstermek*" veya "*emrettiği işleri belirtmek üzere*", kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla" çıkarılabilir. Tüzük, bir kanunun uygulanmasını göstermek üzere de çıkarılabilir; bu husus Bakanlar Kurulu'nun takdirine bağlıdır. Buna karşılık kanunun "*emrettiği işleri belirtmek üzere*" tüzük çıkarılması zorunludur. Doktrinde belirtildiği gibi; "*bunun bir anlamı da ... kanunun emrettiği işleri belirlemek üzere yönetmelik çıkarılmayacağıdır*"³⁶. Önceki iş kanunlarında tüzükler ile düzenlenen konuların 4857 sayılı Kanun'da "*yönetmeliğe*" çevrilmesi, bir bakıma, tüzükler için öngörülen Danıştay incelemesi dışında kalmayı sağlamak gibi bir düşünceyi de hatırlatmaktadır. Ancak, gerçekte kanunun emrettiği işleri belirtmek yönünde bir işlem olduğu açık bulunan hallerin, ilgili maddelerde "*kanunun uygulanmasını sağlayacak*" sözcükler altında gizlenmiş olduğu da görülebilmektedir; örneğin İşK m. 63, 70, 71, 73, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 85, 88, 89. maddelerinde emredilen işlerin "*esasları*" itibarıyla ancak tüzüklerle belirtileceğini, bunların ayrıntılarını ve uygulanmasını sağlamak üzere yönetmeliklerin (Ay m.124) çıkarılabileceğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak yasamanın düzenleme alanına girer bir kanun ile "*iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin*", temel esasları, hükümleri kanunla dü-

Önceki iş kanunlarında tüzükler ile düzenlenen konuların 4857 sayılı Kanun'da "yönetmeliğe" çevrilmesi, bir bakıma, tüzükler için öngörülen Danıştay incelemesi dışında kalmayı sağlamak gibi bir düşünceyi de hatırlatmaktadır.

zenlenmeden ve yasaya dayanmadan yönetmelikle düzenlenmesi, hukuken uygun görülmez³⁷. Girişte değinildiği üzere İSGY'nin 17. maddesinde "Bu yönetmelik 12.6.1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır" denilmesinin de iç hukukumuz yönünden kanuni bir dayanak varmış gibi bir etkisi olmaz.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği İşçi Temsilciliğinde Gereği Gibi Olmayan Düzenlemeler

Türkiye'nin Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlamak üzere gelişmeler kaydetmesi beklenen ve arzulanan bir hedeftir. Ancak bu hedefe ulaşmada, iç hukukumuzun durumu, ülke şartları ve uyum sağlanacak kurum ve kurulların hangi zaman diliminde gerçekleştirileceğinin stratejik olarak belirlenmesi çok önem taşımaktadır. Öyle ki, uyum sağlanması için hazırlık ve gerçekleştirme aşamalarında kendi kural ve kurumlarımızın mevcut durumu değerlendirilip, buna göre belirlenecek esaslar, modeller, yeni kurumlar ve iyileştirmeler yapılmazsa, yaptıklarımızın anlamı büyük ölçüde kaybolur. Uyum sağlıyoruz diye, Avrupa Birliği hukuk kaynakları, bu arada yönergelerin (direktifler) içeriği ve Türk mevzuatında düzenleme gereğine uygunluğu düşünülmeden tercüme yoluyla ve bilinçsiz şekilde iç hukuka aktarılması olumlu bir gelişme değildir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmelikler bunların örneğidir. Biz, sadece esaslı bazı noktalara değinerek, Avrupa Birliği'nin çıkardığı yönergelerin amaçları dışında ve bunları aşarcasına yapılan aktarmaları göstermekle yetineceğiz.

Her şeyden önce İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, 3008 sayılı İşK ve sonraki iş kanunlarına dayalı olarak çıkarılan "*İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü*"nden çok farklı bir yürütme işlemidir. Önceki tüzükler, konuyu bir bütünlük içinde ele alarak, geniş şekilde ve beş yüz maddeyi aşan kapsamda bir içerikle düzenlemiştir.

Teknolojik ve bilimsel gelişmelerin konuları daha önce ve ayrı ayrı düzenlemeyi gerekli kıldığından hareket ediliyorsa, yine önce *kanunun emrettiği işlerin esaslarının* tüzükte belirtilmesi, bunların uygulanmasına ilişkin değişik yönetmeliklerin çıkarılması söz konusu olabilirdi. Diğer yandan İSGY m.17 dikkate alındığında, belirtilen yönerge isminden ve içe-

riğinden anlaşıldığı üzere iş sağlığı ve güvenliği için değişik yönlerden gerekli önlemleri düzenlemekte, üye devletlerin bu konularda birbirinden farklı olarak aldıkları önlemleri ortak düzenlemelere götürerek uyum sağlamayı ve mevcut, uygulanmakta olan şartların iyileştirilmesi amacını gütmektedir. 89/391/EEC sayılı yönergenin adı şöyledir: İşçilerin Çalışma Yerinde Sağlık ve Güvenlik Korunmalarının İyileştirilmesi Önlemlerinin Uygulanması Hakkında 89/391/EEC Sayılı Konsey Yönergesi. Nitekim İSGY'nin 1. maddesinde de “Bu yönetmelik, *işyerlerinde sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için alınacak önlemleri belirler*” denilmektedir. Bu itibarla İSGY, *işyerlerinde alınması gerekli sağlık ve güvenlik şartlarını belirleyen* bir düzenleme değildir. İşyerlerinde uygulanması gereken sağlık ve güvenlik önlemlerinin bir kısmı değişik adlar altındaki yönetmeliklerle düzenlemeye çalışılmıştır. Ancak önceki İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzükleri'ne bakıldığında İŞK m.78'in “emrettiği işlerin” henüz tamamlandığını söylemek güçtür.

İncelediğimiz konu yönünden çok önemli bir husus, İSGY'nin de esas alındığı belirtilen 89/391/EEC sayılı Yönerge'de “iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliği” için *bir düzenlemenin getirilmemiş* olmasıdır. Daha önce görüldüğü üzere Avrupa ülkelerinde görev ve yetkileri arasında iş sağlığı ve güvenliği konuları da bulunan işçi temsilcileri yönetime katılmanın bir modeli olarak, zaten uygulanmaktadır. Kollektif iş ilişkileri kapsamına giren işçi temsilciliği Avrupa ülkelerinde değişik şekilde oluşturulmuş, bunlara yetkiler tanınmış olup, faaliyetlerini sürdürmektedirler. Avrupa Birliği'nde işçi temsilciliğini ortak bir düzenlemeye tabi tutacak ve uyum sağlayacak normlar da kabul

Yasamanın düzenleme alanına giren bir kanun ile “iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin”, temel esasları, hükümleri kanunla düzenlenmeden ve yasaya dayanmadan yönetmelikle düzenlenmesi, hukuken uygun görülemez.

Uyum sağlıyoruz diye, Avrupa Birliği hukuk kaynakları, bu arada yönergelerin içeriği ve Türk mevzuatında düzenleme gereğine uygunluğu düşünülmeden tercüme yoluyla ve bilinçsiz şekilde iç hukuka aktarılması olumlu bir gelişme değildir.

edilmiş değildir. İşçi temsilciliğine değişik konularda görev ve yetki veren tüzük veya yönergelerin, her defasında konuya göre yeni bir işçi temsilciliği oluşturulmasını öngörmeyip, üye ülkelerin iç hukuklarında mevcut işçi temsilcilerinin görevleri arasına, yeni konuları da ekleyerek bir uyum sağlamaları asıldır. Üye ülkelerin iç hukuklarında gerekirse ayrı bir işçi temsilciliği kurmalarına da bir engel yoktur. Bununla beraber, bir işyerinde birden fazla temsilcilik oluşturulması ve bunlara yönetime katılma kapsamında bilgilendirme, çalışmalara katılma, öneri getirme, şikayet etme ve benzeri konularda yetkiler tanınmasının, o işyerinde çalışma düzeni ve disiplini açısından önemli güçlükler yaratacağı gözden uzak tutulamaz. İSGY'nin hazırlanmasında esas alındığı belirtilen 89/391/EEC sayılı Yönerge'de iş sağlığı ve güvenliği konularında görevli ve yetkili olmak üzere işçi temsilciliğinin kurulması öngörülmemekte, bu hususta üye ülkelerin *iç hukuklarına, milli hukuklarına göre oluşturulan işyeri veya işletmedeki işçi temsilcilerine yönergede öngörülen iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili görev ve yetkiler verileceği belirtilmektedir* (adı geçen yönerge m.10).

Yönergede, üye ülkelerin iç hukuklarına göre her işyerinde işçi temsilcilerinin bulunamayacağı, özellikle küçük işyerlerinde işçi temsilciliğinin oluşturulamayacağı dikkate alınarak, bilgilendirme (Yönerge m.10), işçilerin dinlenmesi ve katılımları (Yönerge m.11) hakkındaki düzenlemeler de, buna paralel olarak diğer maddelerde “*işçiler veya temsilcileri*” denilmek suretiyle esnek bir düzenleme getirilmektedir. İSGY ise işyerlerinin küçüklük-büyükölçütlerine göre bir ayırım yapmadan *her işyeri* için geçerli olmak üzere işçi temsilciliği oluşturulmasını öngörmektedir (m.16). Diğer yan-

dan da işçilerin dinlenmeleri, görüşlerinin alınmalarına ilişkin 11. maddede “işçi veya temsilcilerinin” görüşlerinin alınacağı ve katılımlarının sağlanacağından söz edilmektedir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğini oluşturmakla yükümlü olan işveren, “veya” sözcüğü dolayısıyla hiç temsilcileri dikkate almadan bu hususta sadece işçilerle ilişkisini sürdürürse, temsilci seçiminin bir anlamının kalmayacağı açıktır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili diğer yönetmeliklerde, örneğin Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliğin “*çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması*” başlıklı 8. maddesinde “işveren çalışanların³⁸ ve temsilcilerinin” görüşlerini alır denilmekte; bazı yönetmeliklerde, örneğin Güvenlik ve Sağlık İşaretleri Yönetmeliği'nin aynı konuyu düzenleyen 8. maddesinde ise “güvenlik ve sağlık işaretleri ile ilgili konularda işçilerin *ve/veya* temsilcilerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 11. maddesinde belirtilen esaslara göre görüşleri alınarak katılımları sağlanacaktır” hükmü getirilmektedir. Belirtilen sözcüklerin, “ve” ile “ve/veya”nın hangi yönden bir ayırımı gerekli kıldığını anlamak mümkün olmamakla beraber, daha çok hazırlayan ve kontrol edenlerin sözcükleri önemi üzerinde düşünmeksizin kullandıkları izlenimi edinilmektedir.

Son olarak “İş sağlığı ve güvenliği temsilcisi” başlığını taşıyan maddenin bütününe dikkatleri çekmek istiyoruz. Madde aynen şöyledir: “İşyerinde sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmaları izleme, önlem alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda işçileri temsil etmeye yetkili bir veya daha fazla işçi, sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi olarak görev yapar. Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilcisi, işyerinde çalışan işçiler tarafından seçilir”.

Bu hükümlere göre bir temsilcilik sisteminin kurulmasını ve işleyişini düşünmek çok güçtür. Yorum yolu ile dahi boşlukların doldurulması imkanı yoktur. Kısaca birkaç noktaya değinelim:

Temsilci seçilecek işçilerde, bütün diğer ülkelerde görüldüğü üzere belirli niteliklerin bulunması zorunlu şartlardan biridir.

Temsilcilerin ne kadar süreyle ve nasıl seçilecekleri, görev ve yetkilerini nasıl kullanacakları, seçimlere itiraz olursa nasıl çözümleneceği gibi konulara ilişkin açık düzenlemeler getirilmesi şarttır.

Öncelikle iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin kurulması yönünden herhangi bir istisna getirilmediğine göre İŞK'nun kapsamına giren işyerlerinde temsilci seçileceği öngörülmüş olmaktadır ki böyle bir düzenleme her şeyden önemlisi “*temsilcilik*” kurumunun özüne aykırıdır. Tek işçinin çalıştığı bir işyerinde, bir avukat yazıhanesi veya doktor muayenehanesinde, temsilcilikten söz edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, birden çok işçinin çalıştığı işyerinde, işçi sayısının çokluğu ve temsilcilerin üstlenecekleri görevlerin nitelikleri de göz önünde tutulur. İŞK'nda işçi temsilcisinin de katılacağı iş sağlığı ve güvenliği kurulu “devamlı en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde” kurulur. Avrupa ülkelerinde işçi temsilciliğinin kuruluşu yönünden en az belirli sayıda işçinin çalıştırılması aranmaktadır; örneğin Almanya ve Avusturya beşten fazla işçinin çalıştığı, İsviçre'de ise en az elli işçinin çalıştırıldığı işyerlerinde temsilcilik kurulması öngörülmektedir.

Temsilci seçilecek işçilerde, bütün diğer ülkelerde görüldüğü üzere belirli niteliklerin bulunması zorunlu şartlardan biridir. Temsilci sayısının kesin olarak kaç kişi olacağını madde hükmündeki “bir veya daha fazla işçi” ibaresinden çıkarmak mümkün değildir. Temsilcilerin ne kadar süreyle ve nasıl seçilecekleri, görev ve yetkilerini nasıl kullanacakları, seçimlere itiraz olursa nasıl çözümleneceği gibi konulara ilişkin açık düzenlemeler getirilmesi şarttır. Ayrıca çok önemli bir husus, temsilcilerin işveren karşısında özel bir iş güvencesi olacak mıdır ya da bunlar hakkında sendika temsilcilerine tanınan güvencenin uygulanması mı tercih edilecektir sorunu, hukuki düzenlemeler arasında da herhalde yer alması gereken hususlardanır. Temennimiz, hukuka uygun olmayan ve bilinçli bir düzenlemeden söz edilemeyeceği açık

Temennimiz, hukuka uygun olmayan ve bilinçli bir düzenlemeden söz edilemeyeceği açık olan iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin yeniden ve kanunda açık hükümlere dayalı şekilde düzenlenmesidir.

olan iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin yeniden ve kanunda açık hükümlere dayalı şekilde düzenlenmesidir. Esasen konu iş sağlığı ve güvenliği temsilciliğini aşmakta, uluslararası kaynaklar bakımından da ülkemizde işçi temsilciliğinin ayrıca ve kapsamlı biçimde düzenlenmesini gerektirmektedir. İşyeri sendika temsilcilerinin, artık yerleşmiş olduğu ve sendikal faaliyetler yönünden yararlı olarak görüldüğü düşünülürse; bunların bulunmadığı işyerleri için işçi temsilciliğinin kabulü ve amaca uygun şekilde düzenlenmesi yararlı olacaktır. Avrupa Birliği'nin temsilcilere tanıdığı, bilgilendirme ve görüş alma sadece iş sağlığı ve güvenliği konuları için değil, işyerinin ve bir bölümünün devri ve toplu işçi çıkarma halleri için de söz konusudur. 158 sayılı ILO Sözleşmesi'yle üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi ülkemizin, uluslararası ilişkilerde ve platformlarda olumlu notunu herhalde yükseltecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Belirtilen konular ile ilgili önemli bir gelişme, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin İşK m.78 uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili temel ilkelerin, öncelikle hukuk üst normu olan tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelik ile düzenlenmesinin şekil noktasından açıkça anılan kanun hükmüne aykırı olduğu için yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olmasıdır (Danıştay 10. Dairesi, 25.4.2004, E.2004/1942, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2005, sayı 5, s. 409). İsaletli bulduğunuz bu görüş, farklı yönlerden getirilen gerekçeler ile de desteklenecektir.
- 2 G. Tekinalp/Ü. Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997, s. 56-57.
- 3 Bkz. Örneğin Almanya için R. Dietz/R. Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Band 1, 6. Auflage, München 1981, s. 50 vd.; Band 2, 6. Auflage, München 1982, s. 1329 vd., s. 1335 vd.; H. Brox/B. Rütters/M. Henssler, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Stuttgart 2004, s. 265 vd., 289-290; H.-C. Matthes, Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrat in: R. Richardi/O. Wlotzke, Müncher Handbuch zum Arbeitsrech, Band 3, 2. Auflage,

- München 2000, s. 1624 vd.
- 4 Bkz. aşağıda III.
- 5 Dietz/Richardi, s. 51 vd.
- 6 Brox/Rütters/Henssler, s. 265.
- 7 Bkz. Dietz/Richardi, s. 51 vd.; Matthes, s. 875; Brox/Rütters/Henssler, s. 284 vd.; A. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2004, s. 404; F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 209 vd.; B. Doğan, İşçinin İşletmenin Yönetimine Katılması, İstanbul 1973, s. 55 vd.; T. Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 90; K. Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 11; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005, s. 21; D. Ulucan, Avrupa Topluluğu Hukukuna Uyum Açısından Türkiye'de İşçinin Yönetime Katılması, Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri, 2. Bası, İstanbul 1990, s. 349, 353; S. Taşkent, Türkiye'de İşçinin Yönetime Katılması, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1993, s. 513; S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 102.
- 8 Brox/Rütters/Henssler, s. 267; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, s. 508; Avusturya'da da en az beş seçmen niteliğine sahip işçinin çalıştığı işyerleri, işçi temsilciliği uygulanabilmesi için ölçüt olarak alınmıştır. R. Strasser, Kollektives Arbeitsrecht, Band II, s. 147; in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, Wien 1978.
- 9 Temsilci onayı vermek istemediğinde, durumu kısa sürede yazılı olarak işverene bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uymazsa, işveren sözü edilen işlemleri gerçekleştirir. Temsilcinin onay vermediği halde işveren, iş mahkemesinden onayın ikame edilmesini isteyebilir. Bkz. Dietz/Richardi, 2. Band, s. 1574 vd.
- 10 Rehbindler, s. 283-287.
- 11 Brox/Rütters/Henssler, s. 272; Junker, s. 374.
- 12 Junker, s. 375.
- 13 Brox/Rütters/Henssler, s. 284; Zöllner/Loritz, s. 512, 528; R. Richardi, Recht der Betriebs-und Unternehmensmitbestimmung, Band I, 2. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe 1979, s. 90; Junker, s. 387; Strasser, s. 183 vd.; Rehbindler, s. 287.
- 14 Bkz. dipnot (15).
- 15 Bilindiği üzere sendikalar esas itibariyle işyeri düzeyi üzerinde (işkolu) oluşturulan kuruluşu gibi üyeliğe girişi de serbest olan örgütlenmiş topluluklardır. İşyeri işçi temsilcileri kanuna dayanarak bir işyerinde çalışan işçilerin oluşturduğu örgüt olup, topluluk sendika üyesi olan ve olmayan bütün işçilerin seçtikleri işçi temsilcileri (işçi temsilcileri kurulu) tarafından temsil edilmektedir. İşçi sendikaları işveren ve bunların üye oldukları işveren sendikaları ile ilişki kurabildikleri halde, işyeri işçi temsilcileri, temsil ettikleri topluluk için ancak kendi işverenleri ile ilişkiye girebilir. Bkz. Dietz/Richardi, I, s. 67 vd.; A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Band, 1. Halbband, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1966, s. 4-6; F. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, s. 1; Strasser, s. 130 vd.; Gamillscheg, İşyeri işçi temsilcileri ve sendikaların yan yana bulunmalarının problemsiz olmadığına işaret etmektedir, aynı yer.
- 16 Toplu iş sözleşmeleri ile işyeri sözleşmeleri açısından önemli farklılık, işyeri sözleşmelerinde iş mücaadesinin yasaklanmış olması, grev ve lokavta başvurulamamasıdır. İşyeri sözleşmelerinde taraflar için "mutlak barış borcu" geçerli olup, aralarında çıkan uyuşmazlıklar yetkili merciler (Einigungsstelle)

- tarafından çözüme bağlanır ve kararlar sözleşme hükmü olarak etkisini gösterir. Bkz. Dietz/Ricardi, s. 962; Zöllner, s. 547; Junker, s. 390.
- 17 Brox/Rüthers/Hensler, s. 313; Zöllner/Loritz, s. 539.
- 18 Brox/Rüthers/Hensler, s. 226. Ayrıca 2001 yılında Hükümetin hazırladığı tasarılarla ilişkin eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. P. Hanau, Zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetz, Recht der Arbeit, März/April 2001, s. 67; H. Konzen, Die Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes, Recht der Arbeit, März/April 2001, s. 76.
- 19 Brox/Rüthers/Hensler, s. 226.
- 20 Bkz. dipnot (19).
- 21 Rehbinder, s. 287.
- 22 Rehbinder, aynı yer.
- 23 Geniş bilgi için bkz. Saymen, s. 225 vd. 353 vd.; A. R. Okur, Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985, s. 2.
- 24 Değinilen konulara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. dipnot (23).
- 25 Saymen, s. 213.
- 26 Saymen, s. 253.
- 27 Saymen, s. 215.
- 28 Bkz. Saymen, s. 215 vd.; K. Oğuzman, Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 218.
- 29 İşyeri sendika temsilcileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Okur, s. 17 vd.; M. Ekonomi, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması, Görevleri ve Teminatı, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, İstanbul 1984, s. 15 vd. (Sendika Temsilcileri); Ö. Eyrenci, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 156; F. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, s. 267; C. İ. Günay, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 717, 726; M. Kutal, Sendika Yönetici ve Temsilcilerinin Hukuki Durumları, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Ankara 1997, s. 205.
- 30 N. Çelik, İş Hukuku, C.II/1, Sendikalar, İstanbul 1979, s. 140; M. Ekonomi, Karar İncelemeleri, İş Hukuku Uygulaması (İHU), SenK.20 (No.1, 2, 3, 4, 6, 11); Okur, s. 288.
- 31 M. Ekonomi, Sendika Kuruculuğu, Yöneticiliği, Temsilciliği ve Başlıca Sorunlar, 274 Sayılı Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler Semineri, Ankara 1971, s. 25; Çelik, Sendikalar, s. 144; Okur, s. 6.
- 32 Ekonomi, Sendika Temsilcileri, s. 22; Okur, s. 68.
- 33 Bkz. Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, No. 386, İstanbul 2002, s. 64-65, 71, 74, 77, 97 (İş Kanunu Tasarısı).
- 34 İş Kanunu Tasarısı, s. 56-57. İşçi temsilciliğinin kuruluş, işleyiş ve görevlerini gösteren tasarımın 113. maddesine ilişkin gerekçede şu açıklamalar yapılmıştır: "158 sayılı ILO Sözleşmesi belirli nedenlerle iş ilişkisine son verilmesi söz konusu olduğunda işçi temsilcisinin danışma öngörmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği Müktesabatında da işçi temsilciliğinin öngörülmesi ve Avrupa Birliği ülkelerinde de uzun yıllardır uygulanmakta olan bu kurumun özel kanunla ayrıca düzenlenmesine kadar İş Kanununun kapsamına alınması gerekli olmuştur. İşyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı işyerlerinde seçilmesi öngörülen işçi temsilcileri 10 ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri ile sınırlandırılmış, sayıları ve görevleri Sendikalar Kanunu hükümlerine tabi tutulmuştur. Ayrıca temsilcilerin seçimi, seçim usulü, adaylık ve ilgili diğer hususların ayrıntılı olarak düzenlenmesi bir yönetmeliğe bırakılmıştır". İş Kanunu Tasarısı, s. 97.
- 35 Bkz. dipnot (7)'deki Türk İş Hukukuna İlişkin Esaslar.
- 36 E. Teziç, Anayasa Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1996, s. 62.
- 37 Bu hususta ayrıntılı bilgi ve Anayasa Mahkemesinin kararları hakkında bkz. Teziç, s. 14, 60 vd.; B. Tanör/N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 276 vd., 365, 395 vd.
- 38 Diğer yönetmeliklerde İşK hükümlerine ve İş Hukuku ilkelerine göre "işçi" sözcüğü kullanılırken, adı geçen yönetmelikte işçi yerine "çalışan" sözcüğünün kullanılması, Avrupa Birliği kaynaklarından tercümelerin farklı kişilerce yapıldığını, çok önemli olan bu ayırımın bütün yönetmeliklerin incelenmesinde gözden kaçırıldığı söylenebilir.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti

I. Giriş

4857 sayılı (yeni) İş Kanunu, kısmi süreli iş sözleşmesiyle ilgili bazı düzenlemelere yer vermiştir. Gerçekten, ilkin, eşit davranma ilkesine ilişkin esaslar arasında, “esaslı sebepler” olmadıkça, kısmi süreli çalışan işçiye tam süreli çalışan işçi karşısında farklı işlem yapılamaması öngörülmüş (İş K. m. 5/II); daha sonra ise, kısmi süreli iş sözleşmesi tanımlanmış ve kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir çıkarlarının, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği (İş K. m. 13/I-II) belirtilmiştir.

Kısmi süreli çalışma, ilk kez 4857 sayılı (yeni) İş Kanunu tarafından düzenlenmiş bulunmasına karşın; söz konusu düzenlemelerin, kısmi süreli çalışan işçinin tüm işçilik hakları konusunda, yeterli bir açıklık sağladığı söylenemez. Nitekim, kısmi süreli çalışan işçilerin hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanmayacakları noktası, anılan yasanın hafta tatili hakkındaki düzenlemelerinin yorumuna bağlı bulunmaktadır. Çünkü, kısmi süreli iş sözleşmesini ele alan bir hüküm olan İş K. m. 13, bu hususta açık bir düzenlemeye yer vermediği gibi; hafta tatili ücretinin ödenmesini öngören İş K. m. 46 da, belirtilen noktaya doğrudan açıklık kazandırmış değildir. Bu durumda, kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanmayacağı hususu, belirtilen iki hükmün birlikte yorumunu zorunlu kılmaktadır.

II. Hafta Tatili Hakkı ve Ücretine Topluca Bakış

1. Hafta tatili hakkı ile bu hakkın kapsamı, 2.1.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'da¹ gösterilmiştir. Buna göre, nüfusu onbin veya daha çok olan şehirlerdeki tüm işyerlerinin haftada bir gün tatil yapmaları zorunlu olup (m. 1); haftada altı günden fazla işçi çalıştırmak, yasak edilmiştir (m. 2). Buna aykırı hareket edecek olanlar hakkında da, para cezası uygulanacaktır (m. 10).

Diğer yandan, İş Kanunu'na göre, söz konusu yasa kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce anılan yasanın 63. maddesi uyarınca belirlenen işgünlerinde çalışmış olmaları koşuluyla, yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilecektir (m. 46/I). Buna göre, işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için, esas olarak, tatil gününden önce İş Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca belirlenen işgünlerinde çalışmış olması şarttır.

2. Önceki 1475 sayılı İş Kanunu, işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için, haftanın tatilden önceki altı işgününde söz konusu yasanın günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış bulunmasını öngörmekteydi (m. 41/ I). Yeni 4857 sayılı İş Kanunu ise, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi anlayışı içinde, haftalık 45 saatlik çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olmaksızın da

mi süreli bir sözleşmeyle haftanın bütün iş günlerinde yarım gün çalışan bir işçi de çalışmadığı hafta tatili günü için bir iş karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacaktır”⁴.

Bu bağlamda, kısmi süreli iş sözleşmesini tanımlayan ve hükümlerini belirleyen İş K. m. 13 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde aynen, “.. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sababları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir ..”⁵ denilmektedir. Buna bakılarak, haftanın iki işgünü yerine, daha uzun ama kısmi süreyle çalışacak işçilere hafta tatili verilip verilemeyeceği sorusu ortaya atılmaktadır.

2. Kısmi süreli iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçilerden bir bölümünün hafta tatili ücretine hak kazanacağı şeklindeki yukarıda belirtilen görüşler; kanımca, yasaya aykırı olup, hukuken isabetsiz görünmektedir. Şöyle ki:

a) İş K. m. 46/I hükmünün atıfta bulunduğu “İş Kanunu’nun 63. maddesi”, kısmi süreli çalışmayı ve kısmi süreli bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçileri kapsamamaktadır. Çünkü, İş K. m. 63 hükmünde söz konusu olan esneklik; 45 saatten daha kısa bir süreyle çalışmayı içeren kısmi çalışma değil, haftalık toplam veya ortalama 45 saatin muhafaza edildiği çalışma biçimleridir.

Haftanın birkaç günü çalışmak suretiyle esnek çalışma modeli içinde bulunan bir işçi, haftalık 45 saati doldurmadığı sürece, İş Kanunu’nun 63. maddesine göre belirlenen işgünlerinde çalışmış olma koşulunu yerine getirmediğinden hafta tatili ücretine hak kazanamaz.

İş K. m. 46, hafta tatili ücretine hak kazanmada çalışılmış günler gibi hesaba katılacak durumları tek tek sayma ve belirleme yoluna gitmiştir.

Buradaki esnekliğin, kısmi süreyle çalışan işçilerin hafta tatili ücretiyle hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim, haftanın birkaç günü çalışmak suretiyle esnek çalışma modeli içinde bulunan bir işçi, haftalık 45 saati doldurmadığı sürece, İş Kanunu’nun 63. maddesine göre belirlenen işgünlerinde çalışmış olma koşulunu yerine getirmediğinden hafta tatili ücretine hak kazanamaz. Buna karşılık, günde 15 saatten haftada üç gün süreyle esnek çalışan bir işçi; İş K. m. 63 hükmünün gereğini yerine getirdiğinden, yani haftalık toplam 45 saati tamamladığından, hafta tatili ücretine hak kazanır⁶.

b) Öğleden önce veya sonra olmak üzere haftada yarımsar gün çalışan veya uyumsuzluk konusu olayda olduğu üzere haftada dört gün toplam 30 saat çalışan işçiye ise hafta tatili ücreti ödenmesini kabul etmeye ilişkin durumlara dayanak olabilecek bir hukuki ölçüte rastlanmamaktadır. Gerçekten, belirtilen durumdaki işçiler, tek bir işyerinde çalışmadıkları takdirde, bu mantık içinde birden fazla hafta tatili ücretine hak kazanma gibi isabetli ve haklı görülemeyecek bir sonuçla karşılaşılacaktır.

Bunun gibi, İş K. m. 13, kısmi süreli çalışmanın varlığı konusunda belli bir saat tutarını ölçüt olarak kabul etmiş de değildir. Nitekim, “işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda” kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edileceğini belirtmiş ve kısmi çalışmanın, herhangi bir saat tutarından az olmasını öngörmemiştir.

Ayrıca, hafta tatili ücreti, bölünebilir nitelikte değildir. Bu bakımdan, belli ölçüde bir süreyle kısmi süreli çalışanlara bu ücretin ödenmesini, diğerlerine ise ödenmemesini kabul etmek, hukuken isabetli olmayan sonuçlara götürecektir.

c) İş K. m. 46, hafta tatili ücretine hak kazanma-

Kısmi süreli çalışma içindeki ilgilinin çalıştığı sürenin toplam uzunluğu bakımından hafta sonu dinlenmesi yönünden korunmaya gereksinim duyup duymayacağı dikkate alınmak suretiyle düzenlemeye gidilmesi, yerinde olacaktır.

da çalışılmış günler gibi hesaba katılacak durumları tek tek sayma ve belirleme yoluna gitmiştir. Bunlar içinde, belirli türdeki kısmi çalışma türlerine yer verilmiş değildir. Kısmi süreli çalışanlardan bazılarının hafta tatili ücretine hak kazanacağı yasakoyucu tarafından benimsenmiş olsaydı, bunların kısmi süreli çalışma içinde çalışmadıkları sürelerin ayrıca İş K. m. 46 hükmünde belirtilmesi gerekirdi; ki, yasakoyucu, bunu yapmamıştır.

IV. Sonsöz

4857 sayılı (yeni) İş Kanunu; iş süresinde esnekliğe olanak tanımakla birlikte, kısmi süreli çalışmanın hafta tatili ücretine etkisi konusunda, 1475 sayılı (önceki) İş Kanunu'ndaki esasları değiştirmiş görünmemektedir⁷. Bu bakımdan, salt yeni yasanın esneklik içermesine bakılarak, kısmi süreli çalışmalar için hafta tatili ücretine hak kazanabileceğinin düşünülmesi yerinde olmamıştır.

Pozitif hukukun bu konudaki düzenlemesini gözardı etme olanağının bulunmayışına karşın, mevcut hükümlerin tatmin edici oldukları söylene-memektedir. Bu nedenle, de lege ferenda olarak, kısmi süreli çalışma içindeki ilgilinin çalıştığı sürenin toplam uzunluğu bakımından hafta sonu dinlenmesi yönünden korunmaya gereksinim duyup duymayacağı dikkate alınmak suretiyle düzenleme-yeye gidilmesi, yerinde olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 21.1.1924, No. 54.
- 2 Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, 167; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005, 724. Ayrıca bkz. ve

krş. Ercan Güven-Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, 199.

- 3 Örneğin, Yarg. 9. HD., 19.9.1985-5563/8316-Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, 848-849 No. 798; Yarg. 9. HD., 18.11.1988-11542/10951-Cevdet İlhan Günay, Şerhli İş Kanunu II, Ankara 1998, 1723-1724 No. 37.
- 4 Öner Eyrenci-Savaş Taşkent-Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 234-235. Ayrıca bkz. ve krş. Demir, age., 168.
- 5 Mehmet Uçum-Ramazan Çakmakçı (derl.), Gerekçeli Atıflı-Karşılaştırma Tablolulu Eski ve Yeni Kanun Metinleri ile Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, İstanbul 2003, 44.
- 6 Krş. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, age., 235.
- 7 Önceki dönem için bkz. Öner Eyrenci, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, 45-46; Nüvit Gerek, "Kısmi Süreli Çalışmaların Bireysel İş Hukukumuzda Yarattığı Sorunlar", Tühis XII, 2 (Ağustos 1990), 5. Ayrıca bkz. ve krş. Tankut Centel, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 64-65.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri

I. GİRİŞ

Önceden de hukuk sistemimizde mevcut olan idari para cezaları ve bunlara yönelik uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri ve yargıya başvurma usulü, 30.03.2005 tarih ve 5326 sy. Kabahatler Kanunu'nun genel bir kanun olarak 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe girmesiyle çeşitli sıkıntılarla karşılaşmıştır. Zira Kab. K., konuyla ilgili özel hiçbir yasa'yı açıkça yürürlükten kaldırmamıştır. Durum böyle olunca da ilgili özel her bir yasadaki hükümlerin Kab. K.'dan etkilenip etkilenmediği sorunuyla karşılaşmıştır¹. Sorun öğretide tartışılırken uygulama da² işin içine girmiş ve mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlığına bizzat Uyuşmazlık Mahkemesi (UYM) de katılarak 21.11.2005 tarihinde konuyla ilgili 7 adet karar vermiştir (Bkz. RG. 28.12.2005). Bu kararlardan bazıları da çalışma hayatıyla (iş ve sosyal güvenlik hukukuyla) ilgilidir. Biz de bu yazımızda, iş ve sosyal güvenlik hukukundaki idari para cezalarındaki görevli yargı yerini, anılan kararlara da değinerek bir kez daha ele almaya çalışacağız³. Ancak bunun için, öncelikle iş ve sosyal güvenlik mevzuatında konuyla ilgili kronolojik bir tarihsel gelişim sunup, sonrasında değerlendirme yapacağız.

II. İDARİ PARA CEZALARI KONUSUNDA ÇALIŞMA HAYATINDAKİ GELİŞMELER

Bilindiği üzere hukuk düzeni içinde yer alan

kimi hukuka aykırı tutumlar kabahat olarak algılanır ve çeşitli yaptırımlarla karşılanırlar. İşte bu yaptırımlara idari yaptırımlar adı verilebilir ve bunlardan birisi de idari para cezalarıdır. Nitekim 30.03.2005 tarih ve 5326 sy. olan ve 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu da bu yönde hükümler içermektedir (KK. 1.vd.). İdari para cezalarının sıklıkla karşılaşıldığı bir alan da çalışma yaşamıdır (iş hukuku alanı). Nitekim mülga 1475 sy. İş Kanunu'nda (1475 sy. İş K. 98 vd.) olduğu⁴ gibi 10.06.2003'ten itibaren (kıdem tazminatına ilişkin hüküm dışında) onun yerini alan 4857 sy. İş Kanunu'nda da (İş K. 98-108) çeşitli noktalardaki aykırılıklara karşı idari para cezaları öngörülmüştür⁵. Şüphesiz idari para cezası öngören yasaların çoğu gibi iş hukukuna ait yasa hükümlerinde de idari para cezasını verecek makam, bu yaptırıma karşı işletilebilecek kanun yolları ve yöntemi ile uyuşmazlığı ele alacak yargı mercii (yargı yeri) açıkça gösterilmiştir. Bunların kimileri paralellik arz ederken kimilerindeyse farklılıkların bulunduğu söylenebilir. Örneğin 1475 sy. İş K. döneminde (İş K. kapsamındaki) idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesinde itiraz imkanı tanınmıştı (1475 sy. İş K. 108/2). Aynı doğrultuda bir düzenlemeye 506 sy. SSK'da da yer verilmişti (SSK. 140) ve bu düzenlemelerin temelinde, idari para cezalarının idare tarafından verilip uygulanması da neticede gerçek anlamda bir ceza olarak algılanmasının yattığı söylenebilirdi. Aksi halde konu-

Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararlarla Kabahatler Kanunu lehine bir tavır almıştır.

nun sulh ceza mahkemesinde çözümlenmesine bir anlam vermek zorlaşır. Ancak bunun (ceza mahkemelerini görevli kılmanın) isabeti tartışılmalıydı. Zira bizim de katıldığımız bir anlayış, bunun iş (ve sosyal sigorta) hukukunun doğasına uymadığı, bu konuda özel ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesini görevli kılmanın daha uygun düşeceği yönündeydi. Teorik bazda bu tartışmalar sürerken 506 sy. SSK. m. 140'daki sulh ceza mahkemesine gitmeyi öngören hüküm Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunarak 2002'de iptal edilmiştir (AYM. 08.10.2002, E. 2001/225, K. 2002/88).⁶ Durum bu merkezde devam ederken, bu kez önce 10.06.2003'te 4857 sy. İş Kanunu çıkarılarak 1475 sy. İş K.'daki sistem terk edilip idari para cezalarına itirazda görevli yargı yeri idare mahkemesi (idari yargı yeri) olarak kabul edilmiştir (İş K. 108/2). Sonra 506 sy. SSK. 140'da 4958 sy. Kanun ile bir değişikliğe gidilerek SSK. kapsamındaki idari para cezalarına karşı idari yargıda (idare mahkemesinde) iptal davası açma imkanı getirilmiştir.⁷ Keza Uyuşmazlık Mahkemesi de 2003'te verdiği bir kararında, bu esnada 4958 sy. Yasa ile değişikliğe gidildiğinden, konu hakkında idari yargıyı görevli görmüştür (UYM. 29.12.2003 - E.2003/82, K. 2003/97). Böylece idari bir işlem olan idari para cezalarına karşı cezayı veren/işlemi yapan makamın niteliğinden hareketle yargı yolu (idare mahkemesi) belirlenmiş oluyordu. Genelde zaten isabetine inanmadığımız⁸ bu tutum ele alındığında İş K. ile SSK. arasındaki paralelliğin sadece idari para cezasına karşı idari yargının görevli kılınması noktasında kaldığı görülür. Zira SSK. 140'daki teknik-hukuki anlamda bir "iptal davası" iken, İş K. 108/2'deki yöntemin iptal davasından farklı bir kanun yolu olan "itiraz" olduğu anlaşılırdı.⁹ Üstelik bu yollara, başvuru süresi gibi idare mahkemesince verilen kararın temyizinin mümkün bulunup bulunmadığı noktasında da farklılıklar mevcuttu.

Durum böylece varlığını sürdürürken bu kez 30.03.2005 tarih ve 5326 sy. Kabahatler Kanunu çıkarılarak 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe girmiş

tır. Kabahatler Kanunu, genel bir yasa kimliğiyle hem kabahati tanımlamış ve hem de buna karşı uygulanacak idari yaptırımları ve hem de bu idari yaptırım kararını verebilecekler ile anılan yaptırımlara karşı ilgililerin başvurabileceği yargı yeri ve yöntemini düzenlemiştir (KK. 2 vd.). Kısaca belirtmek gerekirse, idari para cezasını da içeren idari yaptırıma karşı ilgililere (duruma göre) "başvuru" ve "itiraz" diye anılan iki ayrı ve özellikli kanun yolu tanınmış ve her iki kanun yolunda da "ceza mahkemesi" (ceza yargısı) görevli kılınmış olup somut olarak bu mahkeme sulh ceza mahkemesi veya ağır ceza mahkemesi olabilmektedir (KK. 27, 29)¹⁰.

İşte Kabahatler Yasası'nın bu düzenlemesinden idari yaptırım (konumuz itibarıyla idari para cezaları) öngören diğer yasalardaki hükümlerin etkilenip etkilenmeyeceği ve etkilenecekse bunun yöntemi ve derecesi tartışma konusu olmaktadır.¹¹ Aşağıda ayrıntılı sunacağımız bu tartışma devam ederken Maliye Bakanlığı'nın 16.12.2005 tarihli RG'de yayımladığı 437 seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği'nde Kab. K. hükümlerine uygun açıklamalara yer verilmiştir. Keza çeşitli olaylar üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği kararlarla tartışmaya katılarak Kab. Kanunu lehine bir tavır almıştır. Kısaca anmak gerekirse UYM'nin bu kararları şunlardır; UYM. 21.11.2005 - E. 2005/76, K. 2005/102; 21.11.2005 - E. 2005/77, K. 2005/103; 21.11.2005 - E. 2005/84, K. 2005/105; 21.11.2005 - E. 2005/85, K. 2005/106; 21.11.2005 - E. 2005/87, K. 2005/107; 21.11.2005 - E. 2005/88, K. 2005/108; 21.11.2005 - E. 2005/92, K. 2005/112.

Bu kararlardan birisi 4857 sy. İş K. m. 108 ile ilgili (UYM. 21.11.2005 - E. 2005/77, K. 2005/103) iken bir diğeryse SSK. m. 140 ile ilgilidir. (UYM. 21.11.2005 - E. 2005/84, K. 2005/105). Bir başkası da 4447 sy. İşsizlik Sigortası Kanunu (İş. SigK. m. 54) çerçevesindedir.

Tüm bu kararlarda UYM, anılan yasalarda sözü geçen idare mahkemelerini (idari yargıyı) değil, Kab. Kanunu'nda anılan ceza yargısını (adli yargıyı) görevli kabul ederek görev uyuşmazlığını bu yönde çözmüş gözükmektedir.¹² Bu düşüncenin daha önce öğretilde dile getirilen bir anlayışla da uyumlu olduğu açıktır. Şüphesiz bu tutumunun isabetli olup olmadığı, Kab. K.'nun ilgili diğer yasalarda değişiklik yapıp yapmadığına bağlı olarak

tartışılabilir. Biz de aşağıda böyle yapacağız. Ancak anılan kararlardan sonra çıkarılan 08.02.2006 tarih ve 5454 sy. Kanun ile SSK. m. 140/4'te yapılan değişiklikle SSK. m. 140'da Kab. Kanunu paralelinde hüküm getirilerek, idari yargı yerine ceza mahkemesine başvuru (Sulh Ceza Mhk.) ve itiraz (Ağır Ceza Mhk.) imkanı tanınmıştır. Anılan değişiklik 15.02.2006'dan itibaren yürürlüğe de girmiştir. SSK. m. 140'da 5454 sy. Kanun'la yapılan bu değişikliğin Kab. K. ile birebir aynı olduğunu söylemek biraz zorlamayı gerektirir. Örneğin mücbir sebeple başvuru süresinin kaçırılması halindeki ek 7 günlük sürenin (KK. 27) ve idari para cezası kararını zaten ağır ceza mahkemesinin verdiği hallerdeki itirazın buna "en yakın ağır ceza mahkemesine" yapılması durumu (KK. 29/3) böyledir. Kanımca yasa koyucunun SSK. m. 140'da ayrıca böyle bir hüküm getirmek yerine (istiyorsa) "bu konuda Kab. Kanunu hükümleri uygulanır" biçimindeki kısa bir düzenlemeyle yetinmesi daha uygun olurdu. Fakat böyle yapmaması çeşitli tereddütleri davet etmesi bir yana, yasa koyucunun SSK. kapsamında bile Kab. K. hükümlerinin bir değişikliğe yol açmadığını düşündüğü anlamına gelebilecektir. Öyle ya, Kab. K., SSK.'da kendiliğinden bir değişiklik yapsaydı, ayrıca ve ondan sonra böyle bir yasal düzenlemeye ne gerek vardı?

Son bir gelişme olarak ise 31.05.2006 tarihinde 5510 sy. Kanun olarak kabul edilen ve 16.06.2006 tarihli RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"nun konuyla ilgili hükümlerine değinmek icap eder. 5510 sy. Yasa, 506 sy. SSK. geç. md. 20, 81, 82, 87 ve 89. hükümleri dışında tümüyle yürürlükten kaldırımını öngörmektedir (SSGSSK. m. 106/1). Doğal olarak yürürlükten kaldırılanlar içinde SSK m. 140 hükmü de mevcuttur. 5510 sy. Yasa, SSK. m. 140'ın yerini alan hükmünde (SSGSSK. m. 102) Kurumca verilecek idari para cezasını gerektiren halleri saydığı (SSGSSK. m. 102/a-l) gibi cezada artırım (SSGSSK. m. 102/2) ile idari para cezalarının tahakkukunu (SSGSSK. m. 102/4) ve buna karşı itiraz ile zamanaşımı ve ödeme gibi noktaları da düzenlemiştir. Buna göre; idari para cezası, bunun ilgiliye tebliğiyle tahakkuk edecektir. İlgilinin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde ödeme veya Kuruma itiraza gitmesi mümkündür. Kurum itirazı redderse, red kararının kendisine tebliğinden itibaren

5510 sy. Kanun'daki düzenlemelerin 506 sy.

SSK m. 140'dan daha başarılı olduğu söylenebilir.

15 gün içinde ilgilinin yetkili sulh ceza mahkemesine başvurması mümkündür. Aksi halde idari para cezası kesinleşir (SSGSSK. m. 102/4). Bunun dışında tahsilat ve zamanaşımı gibi konular da aynı maddede ele alınmıştır (SSGSSK. m. 102/5-7). Ayrıca "idari para cezaları hakkında bu yasada hüküm bulunmayan hallerde Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı" da açıkça belirtilmiştir (SSGSSK. m. 102/son fıkra).

Tüm bu hükümler birlikte ele alındığında; 5454 sy. Kanun'da açık bırakılan sulh ceza mahkemesine başvurudaki ek 7 günlük sürenin (KK. 27/2) bu atıf dolayısıyla uygulanacağı söylenebilir. Keza KK.'daki "itiraz" yolunun (KK. 29) da yine bu yasal atıf sonucu uygulanacağı açıktır. Konumuz itibarıyla önemli bir nokta ise, idari para cezası kararına karşı yine ceza mahkemelerinin görevli kılınmış olmasıdır. 5510 sy. Kanun'daki düzenlemelerin 506 sy. SSK. m. 140'dan daha başarılı olduğu söylenebilir. Ancak zamanaşımı konusunda da 5510 sy. Kanun, Kab. K.'dan ayrılmıştır (SSGSSK. m. 102/7). Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.11.2005 tarih ve E. 2005/84, K. 2005/105 sy. kararının 5510 sy. K.'daki düzenlemeyle daha uyumlu olduğu söylenebilir.

İşsizlik Sigortası Kanunu çerçevesinde ise; bilindiği üzere 25.08.1999 tarih ve 4447 sy. Yasa, İşsizlik Sigortası Kanunu diye anılır ve işsizlik sigortasını düzenler. Bu yasa kapsamında yaşanan kimi aykırı tutumlar içinde idari para cezaları getirilmiş (İş. SigK. m. 54/a-b) ve idari para cezalarına karşı bunun tebliğinden itibaren 7 gün içinde Kurum ünitesine itiraz öngörülmüştür. Eğer Kurum itirazı reddederse, bu red kararının kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde ilgilinin yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz imkanı da tanınmış olup mahkemece itiraz sonucu verilecek kararda kesin olduğu dile getirilmişti (İş. SigK. m. 54/2). Daha sonraysa 25.06.2003 tarih ve 4904 sy. Türkiye İş Kurumu Kanunu (İşKur K.) ile bu konudaki görevli yargı yeri idari yargı olarak değiştirilmiştir (İşKur K. m. 31). Hiçbir şekilde Kab.

K.'daki düzenlemeyle paralellik içermeyen ve ondan boşluk doldurma dışında etkilenmediğini düşündüğümüz bu düzenlemenin Kab. K. karşısında geri plana itilmesi isabetli düşmez. Zira Kab. K. genel bir kanun, İşsizlik Sigortası Kanunu ise özel bir yasa olup açıkça belirtilmediği takdirde sonraki tarihli bir genel kanunun önceki tarihli özel bir kanunu (zımnen) yürürlükten kaldırması mümkün değildir. Bu yüzden aksi yönde eğilim taşıyan 21.11.2005 tarih ve E. 2005/85, K. 2005/106 sy. Uyuşmazlık Mahkemesi kararına katılmıyoruz.

III. ÇALIŞMA HAYATINDAKİ İDARİ PARA CEZALARINDA GÖREVLİ YARGI YERİ DEĞİŞTİ Mİ?

Yukarıda gerek 4857 sy. İş K. ve gerekse Sosyal Sigortalar ile İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamındaki idari para cezaları ve bunlardaki görevli yargı yeri konusunda bilgiler sunuldu. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kab. K.'daki düzenlemeyi baz alan ve böylece anılan yasalardaki konuya ilişkin hükümlerin Kab. K. ile kaldırıldığı sonucuna götürülen bir anlayışa sahip olduğu da belirtildi. Bu paralelde bir kısım öğretici düşüncesinin de mevcudiyeti işaret edilmelidir. Ancak biz, önceden de dile getirdiğimiz gibi bu eğilimin isabetli bulunmadığını düşünüyoruz. Konu hakkındaki düşüncemizi şöylece sunabiliriz:

1- İş Kanunu Çerçevesinde Durum (01.06.2005'ten itibaren):

Bilindiği gibi 30.03.2005 tarih ve 5326 sy. Kabahatler Kanunu 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu yasa öncelikle kabahat kavramını "kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık" olarak tanımlamış (KK. m. 2) ve kabahatlere ilişkin idari yaptırımlar ile genel ilkeler vs. hususlara ilişkin hükümler getirmiştir (KK. m. 1 ve 4 d.). Keza bu Yasa, kendisindeki genel hükümlerin (ki bu hükümler md. 1-31 arasındaki hükümlerdir) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını belirtmiştir (KK. m. 3). İşte bu hükümlerin İş K. m. 108 hükmü açıkça değiştirilmediğinden, İş K. bağlamında da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaya açık görül-

mektedir. Hal böyle olunca Kab. K.'daki genel hükümlerin 4857 sy. İş K.'daki kabahatlere ilişkin idari para cezası hükümlerine etkisinin ne olduğu sorusuyla karşılaşılır. Şöyle ki;

a) Bu noktada hemen belirtilmelidir ki Kab. K., İş K.'daki idari para cezası öngörülen halleri (İş K. m. 98-107) değiştirmiş değildir. Bu yüzden anılan hükümlere ait önceki açıklamalarımız harfiyen geçerlidir (Akyiğit, İş K. m. 108, 2240 vd.).

b) İdari para cezasıyla ilgili "soruşturma zamaşımı" (KK. m. 20) ile "yerine getirme zamaşımı" konuları 4857 sy. İş K.'da zaten düzenlenmediğinden, Kabahatler Yasası'nın ilgili hükümleri 01.06.2005'ten itibaren İş K. çerçevesinde de uygulanarak yasadaki boşluğu dolduracaktır. Bu da bir yeniliktir.

c) İdari para cezasını verecek makam ve bu idari para cezası kararına karşı işletilebilecek yasal karşı çıkma yollarına gelince; bu noktalarda 4857 sy. İş Kanunu (İş K. m. 108) ile Kabahatler Kanunu'nun (KK. m. 22 vd.) farklı hükümlere sahip olduğu görülmektedir. Hal böyle olunca anılan noktalarda (01.06.2005'ten itibaren) hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı sorusuyla karşılaşılır. Zira her ne kadar Kab. Kanunu md. 3 kenar başlığında yasanın "genel kanun niteliği"nden ve içeriğinde de "bu kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı"ndan söz ediliyorsa da durum sanıldığı kadar basit gözükmemektedir. Şöyle ki;

Her şeyden önce Kab. Kanunu (konumuz itibarıyla İş K.'daki para cezaları bakımından da) bir "genel kanun" ve ondaki hükümler de İş K. karşısında "genel hükümler"dir. Buna karşın 4857 sy. İş K., "özel kanun" ve bundaki hükümlerse (KK.'dakine nazaran) "özel hükümler" diye anılabilir. 4857 sy. İş K.'nın ilgili hükmü (yani İş K. m. 108) açıkça yürürlükten kaldırılmadığına göre sonraki tarihli de olsa bir genel kanunun özel kanunu örtülü biçimde yürürlükten kaldırdığı söylenebilir mi? Kanımızca durum tıpkı 625 sy. ÖÖKK. md. 32'de özel okul kurucu/yönetici ve öğretmenlerine yönelik sendika üyeliği yasağının daha sonra genel yasa niteliğindeki 2821 sy. Sen. K. m. 21'de yapılan değişiklikle kaldırılıp kaldırılmadığı sorunu gibidir. Şahsen bizim de bu konudaki düşüncemiz ÖÖKK. m. 32'deki yasağın kaldırılmayıp halen devam ettiği yönündedir. Zira bu konuda Sen. K. bir "genel kanun" iken ÖÖKK.

ise “özel kanun”dur (Bkz. E. Akyiğit, İş Hukuku, 5 Bası, Ankara 2006, 328-329). Açıkça dile getirilmediği takdirde “sonraki kanun öncekini yürürlükten kaldırır” (das spaetere Gesetz hebt das frühere Gesetz auf) kuralının özel yasa-genel yasa bakımından uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Sonraki yasanın aynı konudaki önceki yasayı (hükmü) örtülü biçimde yürürlükten kaldırabilmesi, ancak bu her iki yasanın/hükmün aynı nitelikte (yani her ikisinin de özel yahut her ikisinin de genel) olması halinde mümkündür. Oysa yukarıda da değinildiği gibi İş K.’ya ilişkin idari para cezaları konusunda 4857 sy. İş K. (ve hükümleri) “özel kanun/özel hüküm” niteliğine sahipken, Kab. Kanunu (ve hükümleri) ise “genel kanun/genel hüküm” konumundadır. Bunu bizzat Kab. Kanunu kendisi söylemektedir (KK. m. 3). Kabahatler Kanunu Geç. md. 2 ve 3’teki hükümleri de

kendisinin “genel hükümlerinin” diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörmektedir (KK. m. 3). Yasanın genel hükümleri ise her halde “Genel Hükümler” başlığı taşıyan birinci kısımdaki hükümler olsa gerektir. Bu hükümler ise md. 1-31 (dahil) arasında yer alan hükümlerdir. Oysa Kab. K. Geç. md. 2 ve 3 hükümlerinin “çeşitli kabahatler” başlığını taşıyan “ikinci kısım”da yer aldığı görülmektedir. Buna bağlı kalınırsa, anılan hükümlerin İş K. 108/2’deki itiraz usulü karşısında genel hüküm niteliğinin bile bulunmadığı düşünülebilir. Bir ihtimal, bunlarda da idari para cezasına karşı başvuru yollarıyla ilgili geçici hükümlere yer verildiği ve (yer itibarıyla olmasa da) içeriği bakımından (birinci ve genel kısımdaki) genel hükümlerle ilgili olduğu akla gelebilir. Ancak bu ihtimal düşünülse bile bu maddelerde 01.06.2005’ten önce verilen idari

Yasanın genel hükümleri ise her halde “Genel Hükümler” başlığı taşıyan birinci kısımdaki hükümler olsa gerektir.

KK. m. 3 ile birlikte değerlendirince, sanki 01.06.2005’ten itibaren İş K.’daki idari para cezaları bakımından İş K. m. 108/2 hükmünün yürürlükten kaldırıldığı gibi bir sanı uyanabilir. Nitekim uygulamada ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğü (Bkz. Çalışma Gn. Md.’nün 01.06.2005 tarih ve 18420 sy. yazısı) ile öğretilen bir anlayış (Bkz. Ö. Ekmekçi, Özlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, ÇİD, Eylül 2005, 49-54) Kabahatler Yasası’nın İş K. m. 108 hükmünü değiştirdiği yönündedir. Gerçi öğreti düşüncesi henüz İş K. m. 108/2 hükmünde bir değişiklik yapılmadığı ve fakat yine de Kab. Kanunu’nun idari suçları tek bir rejime tabi tutması nedeniyle (itiraz bakımından) artık İş K. kapsamında da Kab. Kanunu hükümlerinin uygulanacağı yönündedir (Ekmekçi, 52). Yazar İş K. m. 108/2 hükmünün açıkça değiştirilmediğini kabul ettiğine göre bu tutum (herhalde) örtülü bir değişiklik olarak algılanabilecek gibidir. Aksi halde Kab. K. hükümleri uygulanmamalıydı denilebilir. Aynı şey UYM. kararları açısından da geçerlidir (Krs. UYM. 21.11.2005 E. 2005/77, K.2005/103).

Oysa bizce Kab. K. md. 3 ile Geç. md. 2 ve 3 hükümleri incelendiğinde böyle bir değişikliğin yapıldığı sonucuna varmak da biraz güçtür. Zira, yasa

ri yaptırımlara (konumuz itibarıyla İş K.’daki idari para cezalarına) karşı başvurulmuş (ve sonuçlanan veya sonuçlanmayan) idare mahkemesindeki “iptal davası”ndan söz edilmektedir (KK. Geç. md. 2 ve 3). Herhalde bu teknik-hukuki anlamda bir “iptal davası” (İYUK. md.2) olsa gerektir. Oysa 4857 sy. İş K. m. 108/2’de öngörülen yol idare mahkemesinde ele alınsa da iptal davası değil, ondan ayrı bir yasal yol olan “itiraz”dır. Bu eğilim hem bizim (Akyiğit, İdari Para Cezaları 48 vd.) ve hem de idare hukuku uzmanı meslektaşlarımız (Bkz. A. Gülan, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanunu’nun Düzenlediği Yargısal Yol, Mercek/Ocak 2004, 62 vd., Y. Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Bası, Ankara 2001, 127 vd.) ile Anayasa Mahkemesi’nin benimseydiği düşüncedir (AYM. 01.10.1991, E. 1990/4 ve K. 1991/33 - Oğurlu, 128-129). Hal böyle olunca, Kabahatler Yasası’nın 4857 sy. İş K.’da olmayan bir iptal davasının durumunu ele alıp çözüm getirdiğini söylemek pek tatminkâr gözükmemektedir. Bir ihtimal, yasanın iptal davası deyimiyle idari para cezası (idari yaptırım) kararına karşı başvurulabilecek her türlü idari davayı kastettiği akla gelebilir. Fakat gerek iptal davasını ve gerekse İş K. m. 108/2’deki itiraz yolu ile Kab. K.’daki başvuru ve itiraz yollarını aynı kanun koyucunun getirdiği dikkate alınınca bu ihtimal-

Kabahatler Kanunu, idari para cezaları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri (İş K. m. 108) karşısında sadece “boşluk doldurucu” bir işleve sahiptir.

de geçerliliğini yitirecek gibi gözükmemektedir. Yani herhalde kanun koyucu “iptal davası” ile İş K. m. 108/2'deki “itiraz” kurumunu bilerek farklı düzenlemiştir. Eğer öyle olmasaydı anılan maddelerde iptal davası yerine genel bir ifadeyle “idari yaptırım kararına karşı başvurulacak yargı yolu” deyimini kullanırdı. Kaldı ki SSK. 140 hükmünde (5454 sy. Kanunla değiştirilmeden evvel) iptal davası deyiminin açıkça kullanılması da bu savımızı doğrular.

Kabahatler Yasası'nın İş K. m. 108/2 hükmünü zımnen dahi yürürlükten kaldırmadığının bir diğer emaresini (KK.'dan daha sonra) Temmuz 2005'te İş K. m. 108/1 ve 108/2 hükümlerinde 5378 sy. Kanunla yapılan değişiklikle bulmak mümkündür (5378 sy. Kanun 01.07.2005'te kabul edilip 07.07.2005'ten itibaren yürürlüğe girmiştir.). Fakat İş K. m. 108/1'de yapılan değişikliğin idari para cezasını verecek idari makam mercii ile ilgili olduğu ve bunun KK. m. 22/1 hükmüne uygun olup farklılık içermediği ve Kab. Kanunu'nun İş K. m. 108/1'de bir değişiklik getirmediği rahatlıkla söylenebilir. Fakat asıl itiraz noktası 5378 sy. Kanunun İş K. m. 108/2'ye değişiklik getiren ifadesidir. Zira 5378 sy. Kanun, bu konuda aynen “22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 108. maddesinin ... ikinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.” demektedir (5378 sy. K. 39). Gerçi İş K. m. 108/2'nin birinci cümlesi İş K. m. 108/1 hükmünün adeta bir tekrarı biçimindeydi ve yasa bu anlamsız tekrarı fark ettiği için düzeltme yoluna gitmiştir. Bu hususta bir problem yoktur. Fakat anılan değişikliğin öngördüğü hükümde İş K. m. 108 fıkra ikinin birinci cümlesinden söz edilmesi ilginçtir. Zira eğer Kabahatler Kanunu İş K. m. 108/2 hükmünü (açık veya örtülü) yürürlükten kaldırırsa İş K. m. 108/2. fıkranın birinci cümlesi dışındaki hüküm de artık yürürlükte bulunmuyor olacaktı. Kab. Kanunu ile uyumlu olduğundan İş K. m. 108/f.2 hükmü sadece tek cümleden oluşacaktı ve bunu yürürlükten kaldırırken de sadece “İş K. 108/fıkra 2

hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.” denmesi yeterliydi. Çünkü İş K. m. 108/2'de (eski) birinci cümleden başka hüküm yok demektir. Oysa 5378 sy. Kanun böyle demek yerine İş K. m. 108/f.2'nin “birinci cümlesini” yürürlükten kaldırıldığını söylerken, san ki İş K. m. 108/f.2'nin başka cümleleri de var da kendisi sadece birinci cümleyi yürürlükten kaldırmış sanısı uyanmasına yol açmaktadır.

İşte bu gerçekler dikkate alınır, 5326 sy. Kab. Kanunu'nun 4857 sy. İş K.'nın idari para cezasıyla ilgili hükmünü (İş K. m. 108) açık veya örtülü değiştirdiğini söylemek en azından tartışmaya açıktır. Kişisel düşüncemiz ise anılan yasanın İş K. m. 108 hükmünde açık veya örtülü herhangi bir değişikliğe yol açmadığı yönündedir. Nitekim SSK. m. 140'da daha sonra yaşanan değişiklikler ve 5510 sy. Kanun'da bu savımızı doğrular. Zira mademki Kab. K. diğerlerini yürürlükten kaldırırsa bu konuda ayrıca yasada hüküm getirmeye ne gerek vardı? Bizce Kab. Kanunu, idari para cezaları bakımından 4857 sy. İş K. hükümleri (İş K. m. 108) karşısında sadece “boşluk doldurucu” bir işleve sahiptir. Örneğin İş K.'daki idari para cezalarından sadece maktu nitelik taşıyanların yeniden değerlendirme oranında artırımında Kab. Kanunu'nun md. 17/7 hükmünden yararlanır¹³. Keza nispi idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırımına tabi bulunmadığında da aynı hüküm uygulanır. Zamanaşımı vs. gibi temel ve İş K.'da düzenlenmeyen hususlarda da (İş K.'daki hükmün ruhuna aykırı düşmemek koşuluyla) Kab. Kanunu hükümlerinden yararlanılacaktır¹⁴. Bu yüzden UYM.'nin 21.11.2005 tarih ve E. 2005/77, K. 2005/103 sy. kararına katılmıyoruz.

2- Sosyal Sigortalar Kapsamında:

506 sy. SSK.'daki gelişmeleri de yukarıda sunmuştuk. Hatırlanacağı üzere 4958 sy. Kanun'la yapılan değişiklik sonucu idari para cezalarına karşı idari yargı görevli kılınmıştı. Sonra 01.06.2005'te Kab. K. yürürlüğe girince SSK. m. 140'daki görevli yargı yeri bizce açık veya örtülü olarak değiştirilmemişti. Zira yukarıda İş K. çerçevesinde dile getirdiğimiz özel kanun (SSK.) - genel kanun (Kab. K.) ilişkisi burada da söz konusudur. Bu yüzden UYM.'nin 21.11.2005 tarih ve E. 2005/83, K. 2005/105 sy. kararını isabetli bulmak mümkün değildir. Üstelik bu karardan (ve Kab. K.'dan) sonra çıkarılan 5454 sy. Kanun'la SSK. m. 140'da değişiklik yapılarak Kab. K.'dakine (bazı eksiklerine rağmen)

men) paralel hüküm getirilmesi de bu tezimizi doğrulardı. Ancak daha sonra (31.05.2006) kabul edilip yürürlüğü giren 5510 sy. SSGSSK. md. 102'de getirilen hüküm, Kab. K. ile paralellik sağlamış ve yasadaki boşlukların Kab. K. ile doldurulacağını da belirtmiştir. Kanunlaşma 16.06.2006 tarihli RG'de yayın ile gerçekleştiğinden bu yasa kapsamında sorun kalmadığı söylenebilir.

3- İşsizlik Sigortası Kapsamında:

01.06.2000'den itibaren yürürlüğe giren 4447 sy. Kanunun idari para cezaları konusunda sulh ceza mahkemesini görevli kılan hükmü 25.06.2003 tarih ve 4904 sy. İşKur K. ile değiştirilerek idari yargı yeri görevli sayılmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren genel yasa olan Kab. K.'da bu özel kanundaki hükmü açık/örtülü yürürlükten kaldırmadığından halen varlığını sürdürmektedir. Bu yüzden UYM.'nin 21.11.2005 tarih ve E. 2005/85, K. 2005/106 sy. kararına katılmak mümkün gözükmemektedir. Böylece 4447 sy. Kanun çerçevesinde de halen idari yargının görevli olduğu söylenebilir.

IV. SONUÇ

01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu her ne kadar kabahatler ve bu arada idari para cezaları konusunda genel kanun niteliği taşısa da idari para cezası öngören özel yasalardaki yargı yeri noktasında açık veya örtülü bir değişiklik yapmamıştır. Özellikle de iş ve sosyal güvenlik hukukuna ait 4857 sy. İş K. ve 4447 sy. İş. SigK. ile 506 sy. SSK.'da durum böyledir. Ancak 506 sy. SSK. yerine 5510 sy. Kanun yürürlüğe girdiğinden Kab. K. ile paralellik sağlanmış olmaktadır. Fakat böyle bir düzenleme 4857 sy. İş K. ve 4447 sy. Kanun için öngörülmediğinden onlardaki görevli yargı yeri idari yargı olarak varlığını sürdürecektir. Çok isteniyorsa ya bu yasalarda da Kab. K. paralelinde tek tek değişiklik yapmalı ya da en doğrusu Kab. K.'ya bir hüküm eklenerek idari para cezası öngören tüm yasalardaki görevli yargı yerinin değiştirildiği açıkça belirtilmelidir. Bununla birlikte, bizce iş ve sosyal sigorta hukukundaki idari para cezaları için en uygun yargı yeri iş mahkemeleridir. Bu yüzden yapılacak değişikliğin bu yönde olması uygun düşer.

DİPNOTLAR

1 C. Danar, İdari Para Cezalarında Yargı Yeri Neresi? (MESS - İşveren Gzt. Ocak 2006, 12.)

- 2 437 nolu Tahsilat Genel Tebliği'nde de konuyla ilgili açıklamalara yer verilmiştir (RG.16.12.2005).
- 3 4857 sy. İş Yasası kapsamındaki durumu daha önceki yayınlarımızda ayrıntılı biçimde incelemiştik (Bkz. E. Akyiğit, 4857 sy. İş Kanununda İdari Para Cezaları, ÇİD. Eylül 2005 Eki. Akyiğit, İdari Para Cezaları ve İptal Edilen Hükümler Üzerine Notlar, ÇİD. Kasım 2005 Eki. E. Akyiğit, 4857 sy. İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005. E. Akyiğit, 4857 sy. İş Kanunu Şerhi, C. II, 2. Bası, Ankara 2006, Md. 108, 2240 vd.). Burada ise anılan kaynaklardan sonraki gelişmeleri çeşitli alanlardaki yasal düzenlemeler ve UYM. kararlarını da dikkate alarak değerlendirmeye çalışacağız.
- 4 1475 sy. İş K. dönemindeki durumla ilgili olarak bkz. M. Aydemir, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, 31 vd. E. Akyiğit, (1475 sy.) İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, md. 97-108, 1577 vd.
- 5 4857 sy. İş K. dönemi içinse bkz. E. Akyiğit, 4857 sy. İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 1-227. E. Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sy. İş Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2006, md. 98-108, 2183-2269.
- 6 AYM. 08.10.2002, E. 2001/225, K. 2002/88 - Karara yönelik bir değerlendirme için bkz. E. İren, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararından Sonra Para Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri Hakkında Düşünceler, ÇİD., Mayıs 2003, 33-37.
- 7 Oysa AYM.'nin SSK. m. 140'a ilişkin iptal kararından sonra 4958 sy. Kanunla SSK. m. 140'da yapılan yeni düzenlemede idari para cezalarına itirazın para cezasını veren Kurum ünitesine yapılacağı ve itirazı Kurumca reddedilenlerin bu kez 60 gün içinde idare mahkemesine giderek bu karar aleyhine dava açabileceği öngörülmüştür (SSK m. 140 /4). Bunun gerçek anlamda bir idari dava (iptal davası) olduğu söylenebilir (Konu hakkında bkz. U. Arslı, İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi, Kamu-İş D. (R. Aslanköylü'ye Arm.) 2004/3, 395-408.
- 8 Akyiğit, 4857 sy. İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları; 2. Bası, Sakarya 2005, 6 ve 210. Akyiğit, (4857 sy.) İş Kanunun Şerhi, Ankara 2006, Md.98-108, 2188, 2253 vd.
- 9 A. Gülan, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanunu'nun Düzenlediği Yargısal Yol (Mercek - Ocak 2004) 61-65. Y. Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Bası, Ankara 2001, 127 vd. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 205 vd. Akyiğit, İş K. 98-108, 2251 vd.
- 10 Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 216-226, İş K. 98-108, 2254 vd.
- 11 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 204 vd. Akyiğit, İş K. 98-108, 2250 vd. Danar, 12.
- 12 F. Şahlanan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, (Sicil - Mart 2006) 5-15. C. Danar, Kanun yoluna Başvurmanın Cezası Olur mu? (MESS İşveren Gzt. Nisan 2006, 14).
- 13 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 227-235, Akyiğit, İş K. 108, 2247 vd. krş. Şahlanan, 15, Yazar, İdari para cezasına asgari ücretin baz alındığı hallerde maktu idari para cezasının da nispi idari para cezasının da yeniden değerlendirme oranında arttırma tabii tutulmaması gerektiği görüşündedir. Asgari ücretin zaten periyodik olarak arttırılmasından hareket edilirse bu eğilime sempati duyulabilir.
- 14 Akyiğit, İş K. 108, 2247-2248. Akyiğit, İdari Para Cezaları 187 vd.

Bektaş KAR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İş Yargısının Kaynakları

A. GİRİŞ:

Yargı yetkisi, Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Organik anlamda yargı, bu faaliyeti gerçekleştiren makamı, maddi anlamda ise objektif hukukun, bir başka anlatımla maddi hukuk kurallarının bağımsız mahkemeler tarafından belli bir olaya uygulanmasını ifade eder. Yargı yetkisi kullanılırken, yargılama faaliyetini gerçekleştiren ve katılanların, belirli kurallar içinde hareket etmesi gerekir. Bu kurallar, yargılama hukukunun kaynağını oluşturur. İş Mahkemelerinde de yargılama işlevini gerçekleştiren makam ve tarafların uymak zorunda oldukları yargılama ile ilgili kurallar bulunmaktadır.

B. KAYNAKLAR:

İş yargılamasına konu kuralların asıl kaynağı, usul kanunlarıdır. Ancak maddi hukuk kuralları içerisinde de bazı usul kurallarına doğrudan yer verilmiştir.

1. Usul Kanunlarından Doğan Kaynaklar:

- aa) **Temel kaynak: İş yargısının en önemli kaynağı, özel kanun niteliğinde olan ve öncelikle düzenlediği konularda uygulanması gereken 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'dur.**

Bu kanun 30.01.1950 yılında kabul edilmiştir.

Kanunun halen yürürlükte olan hükümleri ile özel olarak, iş mahkemelerinin görev ve yetkisi, davanın açılması, yargılama usulü, kanun yolu gibi yargılama hukuku konuları düzenlenmiştir.

Kanunun 1. maddesinde, iş mahkemelerinin kuruluşu ve bakacağı iş davaları (İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. Bu mahkemeler: A) 5018 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (E) fıkrasına göre sendikaların açacakları ve bu sıfatla aleyhlerine açılacak hukuk davalarına; B) İşçi Sigortaları Kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakarlar. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerdeki bu davalara o yerde görevlendirilecek mahkeme tarafından, temsilci üyeler alınmaksızın, bu kanundaki esas ve usullere göre bakılır. Fiili ve hukuki imkansızlıklar dolayısıyla iş mahkemesinin toplu olarak görevini yapamadığı hallerde de yukardaki fıkra hükmü uygulanır.), bir başka anlatımla madde itibari ile yetkili (görevli) iş mahkemeleri¹,

5. maddesinde yer itibari ile yetkili iş mahkemeleri (İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu

Niteliği itibari ile genel kanun olan HUMK'un, 5521 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde uygulanması gerekir.

gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.)²,

7. maddesinde iş mahkemelerinin tabi olduğu yargılama usulü (İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.)³,

8. maddesinde iş mahkemeleri kararlarının tabi olduğu kanun yolu (İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir. İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür. Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvuru kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ca iki ay içinde karara bağlanır. Yargıtay'ın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Geçici 1. maddesinde: Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanunu'nun bu Kanun'la yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır.)⁴,

10. maddesinde idari yoldan iş uyuşmazlıkları

nın iş mahkemesine intikali (İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli olan idari merciler, kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan neticelendiremedikleri ve iş mahkemelerinin görevi içinde gördükleri takdirde bu hususa dair olan evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemesine tevdi ederler. Mahkeme, re'sen gün tayin ederek tarafları davet ve müracaat sahibinin davacı olduğunu tesbitten ve zabınameye imzasını aldıktan sonra bu kanundaki esas ve usullere göre davayı görerek kararını verir. İdari merciin bu yoldaki tevdi mahkemenin göreve mütaallik kararını takyit etmez.) ve

15. maddesinde de bu kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanacağı kurallarına yer verilmiştir⁵.

Bu niteliği ile 5521 sayılı Kanun özel kanun olup, iş yargılama hukukunda öncelikle uygulanması gereken kaynaktır.

bb) Usul kanunlarından gelen ikinci kaynak ise 5521 sayılı Kanunun atıf yaptığı ve 04.10.1927 tarihinde yürürlüğe giren, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'dur.

Niteliği itibari ile genel kanun olan HUMK'un, 5521 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde uygulanması gerekir. Kısaca boşluk bulunması halinde HUMK'a kaynak olarak başvurulacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nda tüm usul kurallarına yer verilmemiştir. Bu bakımdan anılan yasadaki boşluklar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması ile doldurulacaktır.

5521 sayılı Kanun'da yer almayan, hakimin reddi ya da çekilmesi, davada taraf, davada vekalet, dava şartları, dava çeşitleri, dava açılması, davaya cevap, tahkikat, isticvap, deliller, ispat yükü ve delillerin tespiti, yargılama ve hüküm, bekletici sorun, dava arkadaşlığı, davaların ayrılması veya birleştirilmesi, davaya katılma, davanın ihbarı, feragat, kabul, sulh, dava konusunun temliki, karşılıklı dava, ıslah, dava dosyasının işlemde kaldırılması, teminat, ilk itirazlar, ihtiyati tedbirler, kesin hüküm, yargılamanın iadesi, hükümlerin tanzih, yargılama harç ve giderleri, vekalet ücreti, adli yardım, süreler, eski hale getirme, adli tatil, tebligat, hakimlerin sorumluluğu ve tahkim gibi usul sorunlarına ilişkin iş mahkemelerindeki uyuşmazlıklarda

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler uygulanacaktır. Bunun yanında, 5521 sayılı Yasa'da yer alan ancak sonuçları gösterilmeyen görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine ne gibi işlem yapılması gerektiği konusunda da genel nitelikte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na başvurulacaktır⁶.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun her usulü konuya ilişkin kurallar öngörmemiştir. Sözlü yargılama usulünün genel olarak uygulandığı iş mahkemesinde, yazılı yargılama usulüne ilişkin kurallar uygulanır (HUMK. m.178-426)⁷. Ancak, kural öngörülmemiş hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri, iş yargısı ve iş hukuku gerekleri nazara alınarak uygulanmalıdır⁸.

5521 sayılı Yasa'da görevsizlik kararına karşı ne işlem yapılacağı gösterilmediği gibi, iptaline karar verilen dava dilekçesi ile ilgili ne gibi işlem yapılacağı da belirtilmemiştir. Görevsizlik kararı üzerine iş mahkemesine intikal eden davada, asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararına karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın görevsizliğe ilişkin onama kararının tebliğ edildiği tarihten başlayarak on gün içinde davacı tarafından yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kağıdı tebliğ ettirilmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır (HUMK. m. 193/4). Diğer taraftan, aynı davanın diğer mahkemede derdest yani görülmemekte olduğuna dayanan ilk itirazların kabulü halinde dava açılmamış sayılır (HUMK. m. 194).

Örneğin ıslah ile ilgili bir düzenlemeye 5521 sayılı Kanun'da rastlanmadığından davacı tarafından temyiz edilmeyip davalı yararına bozulan karardan sonra ıslahın mümkün olmadığına genel usul hukuku kuralları uyarınca karar verilecektir⁹.

Davaya fer'i ve asli müdahale ve bunun sonucunda kararın temyizine hakkı olanların belirlenmesinde de HUMK hükümlerine başvurulacaktır¹⁰.

Sözlü yargılama usulü uygulanan iş mahkemelerinde dava dilekçesi verilerek dava açılrsa da, iddia ve savunma sözlü olarak yapılır (HUMK m. 479). Sözlü iddia ve savunma duruşma tutanağına geçirildikten sonra hakim delillerini göstermelerini taraflardan ister. İlk celsede gösterilen deliller mahkemece kabul edilir ise, aynı oturumda incelenir (HUMK m. 486/1). Eğer deliller ilk oturumda gösterilmemiş ise, hakim taraflara delillerini ibraz etmeleri için süre verebilir (HUMK m. 486/11).

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan tamamen bağımsız olarak ayrı iş yargılaması usul yasası düzenlenmesi yerinde olacaktır.

İlk itirazlar davada usule, itirazlar ise hakkı oradan kaldıran maddi hukuka ilişkin savunma araçlarıdır. İlk itirazlar ilk oturuma kadar, yani, usulüne uygun olarak tarafların çağrılarak yapılan duruşmada yapılması gerekir. Buna karşın itirazlar davanın her safhasında yapılabileceği gibi, hakim tarafından re'sen gözönüne alınmak zorundadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 163. maddesine göre kesin süreler mahkemece uzatılmaz. Kesin süreler içinde yapılması gereken işlemler, bu süreler geçtikten sonra yapılamaz. Öte yandan, HUMK m. 247/6 uyarınca tanık olarak dinlendiği sırada işyerinde çalışmakta olan işçilerin yeminsiz olarak dinlenmeleri gerekmektedir.

Keza, temyiz konusunda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun da kısmi bir düzenleme bulunmaktadır. Temyiz süresi, karar tashihi yolunun bulunmaması gibi hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu uygulanmasa da bu hükümler dışında kesinlik sınırı, kanun yararına bozma konusunda HUMK hükümleri uygulanabilir.

İş mahkemesi hakimi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıklık olmayan durumlarda, bu Kanunda düzenlenen iş yargısı ve iş hukukunun esaslarına uygun olup olmamasına bakmaksızın uyuşmazlığa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na ait kuralları uygulamakla yükümlüdür. Madenin lafzi yorumu bunu gerektirmektedir. Ancak bu düzenlemenin iş hukukunun ruhuyla ve gerekleriyle bağdaşmadığı ve iş yargılamasının toplumsal niteliğiyle uyuşmadığı ileri sürülerek özellikle, ispat hukuku yönünden hakim in re'sen araştırmasına imkan veren bir düzenleme ile yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu'nun düzenlenmesi yapılması önerilebilir¹¹.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu, iş yargılamasına ilişkin kuralları içermekte ve yürürlüğe konulduğu sırada oldukça ileri hükümler taşımak-

taydı. Ancak anılan kanun, zamanla gelişen çağdaş İş Hukuku normları karşısında yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan tamamen bağımsız olarak ayrı iş yargılaması usul yasası düzenlenmesi yerinde olacaktır.

2. Maddi Hukuka Ait Kanunlardaki Usul Hükümleri:

aa) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinde usul kurallarına yer verilmiştir.

Belirtilen Yasanın 20. maddesinde fesih bildirimine itiraz ve usulü düzenlenmiştir. "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa (Anayasa Mahkemesince iptal edildi) veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir. (İptal edildi.)" kuralına yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, maddede, dava açılması, ispat yükü, yargılama usulü, temyiz incelemesi gibi yargılama hukukunu ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir.¹²

Anılan Yasanın 21. maddesinde de geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları başlığı adı altında, "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesin-

leşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir" şeklindeki düzenleme ile mahkemece verilecek kararın şekli konusunda usule ilişkin kurallara yer verilmiştir.¹³

Aynı Yasanın 79. maddesinde işin durdurulması ve işyerinin kapatılması komisyon kararına karşı yetkili mahkeme, itiraz süresi ve kararın kesinliği gibi usul kurallarına yer verilmiştir. Buna göre "Bu maddeye göre verilecek durdurma veya kapatma kararına karşı işverenin yerel iş mahkemesinde altı iş günü içinde itiraz etmek yetkisi vardır. İş mahkemesine itiraz, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararının uygulanmasını durdurmaz. Mahkeme itirazı öncelikle görüşür ve altı iş günü içinde karara bağlar. Kararlar kesindir."

Yine 93/son maddesinde, "Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir." düzenlemesi ile delil ve ispat yükü ile ilgili bir kurala yer verilmiştir.¹⁴

5521 sayılı Kanun'da rastlanmadığından davacı tarafından temyiz edilmeyip davalı yararına bozulan karardan sonra ıslahın mümkün olmadığına genel usul hukuku kuralları uyarınca karar verilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinde de, idari para cezalarına karşı itirazda yetkili mahkeme, itiraz süresi ve verilen kararın kesinliği gibi usul hukuku hükümlerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre, "Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır."

bb) 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Bu Kanun'un 63/2 maddesinde, "Bu Kanunun uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde çözümlenir"¹⁵ kuralı ile görevli mahkeme, ayrıca;

4. maddede işkoluna itiraz davasında yetkili mahkeme, kararın ne şekilde verileceği (Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.),

22 ve 25. maddelerinde üyeliğin kazanılması ve çıkarılmasında dava süresi, yetkili mahkeme ve kararın kesinliği (Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen işçinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açmak hakkı vardır. Mahkemenin kararı kesindir.) (Çıkarılma kararına karşı üye veya işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge müdürlüğü kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir. Üyelik çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder.),

28. maddede uluslararası kuruluş üyeliğinin iptali davasında yetkili mahkeme (Üye olunan uluslararası kuruluş tüzüğü birinci fıkradaki esaslara aykırı bu-

4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinde, idari para cezalarına karşı itirazda yetkili mahkeme, itiraz süresi ve verilen kararın kesinliği gibi usul hukuku hükümlerine yer verilmiştir.

lunduğu veya uluslararası kuruluş bu ilkelere aykırı faaliyet gösterdiği veya nitelik kazandığı takdirde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, üyeliğinin iptali için sendika veya konfederasyon merkezinin bulunduğu iş mahkemesinde dava açar.),

31/7 maddesinde sendikal tazminat isteğinde ispat yükünün kimde olduğu (854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'na tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır.),

32. maddesinde sendikanın üyeleri adına dava açabileceği (Toplu iş uyuşmazlıklarında, ilgili makama, arabulucuya, hakem kurullarına, iş mahkemelerine ve diğer yargı organlarına başvurmak, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak.),

53. maddesinde yönetim kuruluna işten el çekirmede yetkili ve görevli mahkeme ve başvuracak tarafları (12. madde hükmüne aykırı hareket eden konfederasyon, sendika ve sendika şubesi yönetim kuruluna; kuruluşun üyelerinden birinin veya durumu tespit eden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının başvurusu üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahkeme kararı ile işten el çektiri-

lir. Bu takdirde görevli mahkeme, genel kurulu kanun ve tüzük hükümleri gereğince en kısa zamanda toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar cari işleri yürütmekle görevli olmak üzere Medeni Kanun hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder.),

54. maddede tüzük ve belgelerde aykırılık halinde yetkili ve görevli mahkeme, başvuracak tarafları ve kararın kesinliği (Kuruluş sırasında kanuna aykırılık veya eksiklik sebebiyle 6. maddenin yedinci fıkrası uyarınca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşçileri Bakanlığı veya ilgili valilikçe başvurulması halinde görevli mahalli mahkeme gerekli gördüğü takdirde kurucuları da dinleyerek üç işgünü içinde sendika veya konfederasyonun faaliyetlerinin durdurulmasına karar verebilir. Mahkeme, kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir mehil verir. Tüzük ve belgelerin kanuna uygun hale getirilmesi üzerine mahkeme durdurma kararını kaldırır. Verilen mehil sonunda tüzük ve belgeler kanuna uygun hale getirilmemişse, mahkeme sendika veya konfederasyonun kapatılmasına karar verir. Bu karar kesindir.),

56. maddede faaliyetlerin durdurulmasında yetkili ve görevli mahkeme ve başvuracak tarafları (40 ıncı maddenin üçüncü fıkrası hükmüne aykırı olarak yardım alınması halinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme, üyelerden birinin veya valinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine, sendika veya konfederasyonun faaliyetini üç aydan altı aya kadar durdurur ve alınan yardım Hazineye intikal ettirilir.),

58. maddede kapatmada yetkili ve görevli mahkeme ve başvuracak tarafları Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk (Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak amaçları güden veya bu yolda faaliyette bulunan sendika ve konfederasyonlar Cumhuriyet savcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararı ile kapatılır. Yukarıdaki fıkra uyarınca açılan davalar sebebiyle görevli mahkemeler yargılamanın her safhasında talep üzerine veya re'sen sendika veya konfederasyonların faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerinin

görevlerine son verilmesine karar verebilir.), belirterek usul kurallarına yer verilmiştir.

cc) 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Bu Kanun'un 66. maddesinde de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 63. maddesine paralel bir düzenleme yapılmış ve "Bu Kanunun uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde çözümlenir." kuralı ile görevli mahkeme,

12. maddesinde işkolu istatistiğine itirazda (Yayımından itibaren 15 gün içinde itiraz edilmeyen istatistikler kesinleşir. Ancak, istatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesi'ne başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı 15 gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar ilgililerce veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca temyiz edilebilir. Yargıtay'ca bu temyiz talebi 15 gün içinde kesin karara bağlanır.),

15. maddesinde (Kendilerine 13 ve 14. maddeler uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren, taraflardan birinin veya her ikisinin gerekli yetkiyi haiz olmadıkları veya kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itirazını sebeplerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye yapabilir. Toplu iş sözleşmesi birden fazla bölge müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsadığı hallerde itiraz Ankara'daki iş mahkemesine yapılır. İşletme toplu iş sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır. İtiraz dilekçesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veya ilgili Bölge Müdürlüğüne kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil edemeyen sendika yetki itirazında bulunamaz. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme altı işgünü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme duruşma yaparak karar verir. Duruşma sonunda verilecek karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay'ca onbeş gün içinde kesin karara bağlanır. Mahkemeye itirazın yapılması, karar kesin-

leşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.) yetki itirazında¹⁶ ve 16. maddesinde¹⁷ (Tespit yazısına bu Kanunda öngörülen süre içinde itiraz edilmemişse sürenin bitişini takip eden altı işgünü içinde veya yapılan itiraz reddedilmişse mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde ilgili sendikaya Çalışma Bakanlığınca bir yetki belgesi verilir. Yetki belgesi alınmadan yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetkili olmadığı ve bu sebeple sözleşmenin hükümsüzlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca durumun tespitinden itibaren 45 gün içinde ilgililerce veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca dava yolu ile ileri sürülebilir. Hükümsüzlük konusundaki dava, işyerinin bağlı olduğu bölge çalışma müdürlüğünün bulunduğu mahaldeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede açılır. Toplu iş sözleşmesi birden fazla bölge çalışma müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsıyor ise davanın Ankara iş mahkemesinde açılması gerekir. Bu davada hakim, talep üzerine, gerekli görürse toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını dava sonuna kadar durdurabilir.) toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürmede, yetkili ve görevli mahkeme, kanun yolu ve temyizde verilecek karar,

36. maddesinde (Oylamaya itirazlar oylama gününden başlayarak üç işgünü içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye yapılır. İtiraz mahkemece üç işgünü içinde kesin olarak karara bağlanır.) grev oylamasına itirazda, yetkili ve görevli mahkeme, kararın kesinliği,

39. maddesinde (Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin yedekler dahil niteliği ve sayısı işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı işgünü içinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilanın bir örneği toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasına gönderilir. Bu ilandan itibaren altı işgünü içinde işçi sendikası iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itirazda bulunmazsa ilan hükümleri kesinleşir. İtiraz halinde mahkeme altı işgünü içinde karar verir. Bu karar kesindir. Grev ve lokavta katılmayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemiş ise, işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da bölge çalışma müdürlüğünden talep edebilir. Bölge çalışma müdürlüğü bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Ge-

rekli hallerde bölge çalışma müdürlüğü bu tespiti resen yapabilir. Bu tespite karşı taraflardan her biri iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itiraz edebilir. İşletme sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme işletmenin merkezine, bölge çalışma müdürlüğü ise, her işyerinin bağlı bulunduğu bölgeye göre belirlenir.) grev ve lokavta katılmayacak işçilerin listesine itirazda, yetkili ve görevli mahkeme, kararın kesinliği,

46. maddesinde grev ve lokavtın kanun dışı tespiti davasında dava türü, görevli ve yetkili mahkeme (Karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitini, uyuşmazlığın tarafı olanlardan her biri 15. maddeye göre yetkili iş mahkemesinden her zaman talep edebilir. Mahkeme bir ay içinde karar verir. Verilecek karar, tarafları ve işçi ve işveren sendikasının mensuplarını bağlar ve ceza davaları için de kesin delil teşkil eder. Hakim, tespit kararının kesinleşmesine kadar, dava konusu grev veya lokavtın ihtiyati tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği gibi, konulmuş tedbiri her zaman kaldırabilir.),

47. maddesinde grev ve lokavtın durdurulmasında yetkili ve görevli mahkeme (Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz. Bu kurala aykırı olarak uygulanan grev veya lokavt, bir tarafın veya Çalışma Bakanının başvurusu üzerine 15. maddeye göre yetkili iş mahkemesi kararı ile durdurulur. Kanuni bir lokavtın işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit olursa, mahkeme kararının lokavt yapmış işverene veya işveren sendikasına bildirilmesi ile birlikte lokavt durdurulur. Yetkili mahkeme 15. madde uyarınca belirlenir.),

51/4 maddesinde grevin sona erdirilmesinde yetkili ve görevli mahkeme (Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15. maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği birinci fıkradaki usul uyarınca ilan edilir.),

60. maddesinde yorum davası (Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta sözleşmenin taraflarından her biri 15 inci maddeye göre yetkili iş mahkemesinde yorum ilişkili bir tespit davası açabilir. Mahkeme en

geç iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay'ın ilgili dairesi, bozma sözkonusu olan hallerde işin esasına ilişkin kesin kararını iki ay içinde verir. Kesinleşen yorum kararına uymayan taraf hakkında 80. madde hükmü uygulanır. Kişilerin, yorum kararına uyulmamasından doğan tazminat hakları saklıdır.),

61. madde de ise eda davası ile dava çeşitleri gibi (Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir. Aynı taahhüdünü yerine getirmeyen veya eksik yerine getiren taraf derhal ifaya mahkûm edilir. Tarafların tazminat hakları saklıdır.) usul kurallarına yer verilmiştir.

dd) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki hükümler:

Bu Kanunun 134. maddesinde açıkça, "Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür."¹⁸ kuralı ile görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiştir.

Bunun yanında aynı Kanunun;

31/2 maddesinde kurumun gelir bağlama kararına karşı itirazda, itiraz süresi ve kesinlik (İlgililer, bağlanan geliri bildiren yazıyı aldıkları günden başlamak üzere bir yıl içinde yetkili mahkemeye başvurarak Kurum kararına itirazda bulunabilirler. Bu itiraz, kararın uygulanmasını geciktirmez. İlgililer tarafından itiraz edilmemesi veya itirazın reddi hakkındaki mahkeme kararının kesinleşmesiyle, Kurumun kararı kesinleşmiş olur. Bu kesinleşme 25. madde gereğince gelirden değişiklik yapılmasına engel olmaz.),

79/8-13 maddesinde prim borcuna itirazda yetkili mahkeme ve itiraz süresi (İşveren, tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz tahsilatı, durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili mahkemeye başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması prim borcunun tahsil ve takibini durdurmaz. Mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde 80. maddenin prim borcuna ilişkin hükmü uygulanır. Sigorta müfettişi tarafından, Kuruma bildirilmediği tespit edilen asgari işçilik tutarı üzerinden Ku-

rumca re'sen tahakkuk ettirilen sigorta primleri bu Kanunun 80. maddesi de nazara alınarak işverene tebliğ olunur. İşveren, tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma itiraz edebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazın reddi halinde, işveren, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvurulması prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz.)¹⁹,

80/7 maddesinde kurum prim alacağının tahsiline ilişkin uyuşmazlıkta yetkili mahkeme (Kurum alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, alacaklı Sigorta Müdürlüğünün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir.)²⁰,

116. maddede Kurumun, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması kararına karşı yetkili mahkeme (sigortalı ve hak sahibi kimseleri, kararı bildirilen yazıyı aldıkları günden başlamak üzere bir yıl içinde yetkili mahkemeye başvurarak Kurumun kararına itiraz edebilirler.)²¹,

130/4 teftiş ve denetleme yetkisi bulunan iş müfettişlerinin düzenledikleri tutanakların ispat yükü açısından kuvvetli kanıt olduğu²² (Bu maddenin uygulamasında teftiş, kontrol ve denetleme yetkisine sahip olanlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar muteberdir.),

Geçici 3. maddesinde kurumca yapılan tesbite itirazda itiraz süresi ve yetkili mahkeme (İşverenler ile bunların çalıştırdıkları kimseler, bu kanun hükümlerinin uygulanması hakkında Kurum'ca yapılan tesbite karşı, bu kanunun geçici 1. maddesinde belirtilen sayılardan az kimse çalıştırıldığını ileri sürerek, Kurum'ca yapılacak bildiri tarihinden sonraki bir ay içinde yetkili mahkemeye başvurabilirler.)

gibi düzenlemeler yer almıştır.

ee) 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Kanun'un 70. maddesindeki, "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür" düzenlemesi ile yetkili ve görevli mahkeme²³,

65. maddesinde ise kurumun, malullük, yaşlılık

ve ölüm sigortalarından aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması kararına itiraz da dava açma süresi ve yetkili mahkeme (Kurum, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için gerekli belgeler tamamlanınca, bağlanacak aylıkları ve yapılacak toptan ödemeleri hesap ve tespit ederek en geç üç ay içinde ilgililere yazı ile bildirir. Sigortalı ve hak sahibi kimseleri, kararı bildiren yazıyı aldıkları günden başlamak üzere bir yıl içinde yetkili mahkemeye başvurarak Kurumun kararına itiraz edebilirler. İtiraz, kararın uygulanmasını durdurmaz.) gibi usul kurallarına yer verilmiştir.

ff) 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetleri Tanzim Eden Kanun'daki düzenlemeler:

Ek 4. maddedeki, "Basın mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar arasında 5953 sayılı Kanun ile bunun ek ve tadillerine dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine tevfikan bu mahkemeler tarafından rüyet edilir" düzenleme ile temel iş yargılaması kanunu olan 5521 sayılı kanuna atıfta bulunmuştur. Aynı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasında ise (İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.), 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddesindeki usul kurallarına atıf yapılarak, feshin geçersizliğine itiraz davalarındaki yargılama usulü belirtilmiştir.

gg) 854 sayılı Deniz İş Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Bu Kanun'un 46. maddesindeki "Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır. Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür." hükümler ile temel iş yargılaması kanunu olan 5521 sayılı kanuna atıfta bulunulurken, aynı zamanda kendine özgü yer mahkemesi yetkisi kuralıda getirmiştir.

hh) 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Bu Kanun'un 43. maddesindeki düzenleme ile

4046 sayılı Yasa'nın

21. maddesinde öngörülen iş kaybı tazminatı ile ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesinde iş mahkemesi görevli olarak gösterilmemiş ise de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş mahkemesinde davanın görülmesi gerektiği şeklinde karar almıştır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na atıf yapılmış ve "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu.... hükümlerinin uygulanır" kuralına yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un 6/7 maddesinde faaliyetin durdurulmasında yetkili mahkeme ve verilecek karar,²⁴ (Tüzüğün veya bu maddede sayılan belgelerin içerdikleri bilgilerin kanuna aykırılığının tespit edilmesi ya da bu Kanunda öngörülen kuruluş koşullarının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde, ilgili valilik eksikliklerin bir ay içinde tamamlanmasını ister. Tamamlanmadığı takdirde sendika veya konfederasyonun faaliyetinin durdurulması için iş mahkemesine başvurur. Mahkeme, kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir süre verir. Verilen süre sonunda tüzük ve belgeler kanuna uygun hale getirilmemişse, mahkeme sendika veya konfederasyonun kapatılmasına karar verir.),

10. maddesinde Yönetim Kuruluna görevden el çektirme davasında yetkili mahkeme (Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket eden sendika şubesi, sendika veya konfederasyon yönetim kuruluna; üyelerinden birinin veya durumu tespit eden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının başvurusu üzerine, iş davalarına bakmakla görevli mahkeme kararı ile işten el çektirilir. Bu takdirde görevli mahkeme, genel kurulu kanun ve tüzük hükümleri gereğince en kısa zamanda toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar cari işleri yürütmekle görevli olmak üzere Medenî Kanun hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder.),

14. maddesinde sendika üyeliğinin kazanılması (Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz

gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen kamu görevlisinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açma hakkı vardır.),

16. maddesinde üyeliğin kaybedilmesine (Çıkarma kararına karşı üye, bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde görevli iş mahkemesine itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin karar verir.) itirazların dava süresi ve yetkili mahkemeleri,

31. maddede yetki itirazında yetkili mahkeme (Sonuçların yayımı tarihinden itibaren beş çalışma günü içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yetkili olarak belirlenen her hizmet kolundaki yetkili kamu görevlileri sendikaları ile en çok üyeye sahip konfederasyonunun çoğunluğunun olmadığı gerekçesiyle, diğer sendikalar ve konfederasyonlarca Ankara İş Mahkemesine itiraz edilebilir. Mahkeme itirazı onbeş gün içinde karara bağlar.),

37. maddesinde kapatmada başvuran taraf ve yetkili mahkeme (Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan sendika ve konfederasyon, merkezlerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahallî mahkeme kararı ile kapatılır.)²⁵ gibi usul kurallarına yer verilmiştir.

- ii) **Yine 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 62. maddesine göre Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümününün 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir.**

3. Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği:

61 maddeden oluşur ve önemli usul hükümleri içerir.

4. Yargıtay Kararları:

Yargıtay'ın iş yargılama hukukuna ilişkin kararları da önem arz etmektedir. Bu kararlar sayesinde,

kanunun açık olmayan noktaları aydınlanmakta, uygulamada ki boşluklar doldurulmakta, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun ve HUMK'un aynı şekilde uygulanması sağlanmaktadır. Bu konuda başlıca ve belirgin olanları şunlardır.

* Genelde iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere yapılan toplu iş sözleşmeleri (TİSGLK m. 2) ile öngörülen disiplin kurulları işçinin özlük haklarını ilgilendiren kararlar vermektedirler. Bu nedenle bir disiplin kurulu kararı da olsa bunun iptali isteminin, iş sözleşmesinden doğmuş bulunması nedeniyle iş mahkemesinde görülmesi gerekir.²⁶

* Keza, işçinin bir üst göreve kendisinin atanması gerekirken başkasının atanmasına dair işverenin işleminin iptali istemine ilişkin davaya bakma görevi de iş mahkemesine aittir. Zira taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğundan işverenin yönetim hakkına giren konularda da adli yargının bir kolu olan iş mahkemesi görevlidir.²⁷

* İşçinin çalışıp emekliye ayrıldığı işyeri bir kamu kuruluşu örneğin belediye olsa da 3417 sayılı Yasaya göre tasarrufu teşvik kesinti ve nemalarının tahsili için açılacak davada iş mahkemesi görevli bulunmaktadır²⁸. Zira burada tazminat, iş sözleşmesinin feshi şekline bağlanmıştır.²⁹

* Ayrıca işçi işveren arasında tespit isteğine ilişkin davada taraflar arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayandığından, uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı yeri değil iş mahkemesidir.³⁰

* Gemi adamının ücret ve izin alacağına gemi siciline rehin olarak tescili istemi, iş sözleşmesinden doğmuş bulunmasına rağmen uyuşmazlık Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanmasından doğmuş olduğundan anılan Yasanın 4. maddesi uyarınca dava ticari dava sayılacağından, iş mahkemesi değil ticaret mahkemesi görevlidir.³¹

* 4046 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde öngörülen iş kaybı tazminatı ile ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesinde iş mahkemesi görevli olarak gösterilmemiş ise de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş mahkemesinde davanın görülmesi gerektiği şeklinde karar almıştır.

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Uyuşmazlık Mahkemesinin aldığı ilke kararı üzerine, 04.06.1997 gün ve 242-502 ve 23.10.2002 gün ve 2002/9-805 E, 2002/851 sayılı kararı ile 4081 sayılı Yasa kapsamında çalışan çiftçi mallarını koruma

İşverenin yönetim hakkına giren konularda adli yargının bir kolu olan iş mahkemesi görevlidir.

bekçisinin kıdem ve ihbar tazminatına yönelik isteklerinin iş mahkemesinde görüleceğine karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu kararlardan önce, çiftçi mallarını koruma bekçisinin atama tasarrufu ile atanmadığını, arada iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığı, idari yargının görevli olduğu şeklinde kararlar vermiştir.

* Taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunmasa da yani butlan ile malûl olan bir sözleşmeye dayalı bir iş ilişkisinden dolayı açılacak dava da iş mahkemesinde görülmelidir.³² Zira, sözleşme butlan anına kadar geçersiz olsa da sözleşmenin bütün sonuçları söz konusu olacaktır. Çalışan işçi küçük, yabancı³³ veya ağır ve tehlikeli işte çalıştırılmış kadın da olsa işçilik haklarından yararlanacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Davacı, iş kazası sonucu yapılan ödemelerin rücu tahsiline karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde, davalılar avukatınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü. Davacı şirket, işyerinde iş kazası sonucu ölen işçinin hak sahiplerine yaptığı ödemelerin, olayda kusuru bulunan yüklenici şirketlerden kusurları oranlarında tahsili istemi ile rücuan dava açmıştır. Mahkemece istek kabul edilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre iş mahkemeleri İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarını çözüm yeridir. Somut olayda davacı işveren iş kazasında kusurları ve yüklenici durumunda bulunan davalı şirketlerden, işçinin hak sahiplerine ödediği tazminatı rücu yolu talep etmekte olup, taraflar arasında işçi ve işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Ayrıca uyuşmazlık da İş Kanunu'ndan kaynaklanmadığından davanın iş mahkemesinde görülmesi olanağı yoktur. Genel hukuk mahkemeleri yetkili olduğundan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Yazılı şekilde işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalıdır. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 18.03.2002 E: 2002/5690, K: 2002/4328.
- 2 Davacı, kıdem, ihbar-kötüniyet, iş güvencesi ve sendikal tazminat ile ücret farkı alacağını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Hizmet akdinin, davalı işverence haksız, siyasal ve sendikal nedenlerle Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak feshedildiğini

belirten davacı, vekili aracılığı ile Toplu İş Sözleşmesi'nin 71. maddesinde öngörülen kurala dayanarak sendika şubesinin bulunduğu merkezdeki iş mahkemesine dava açarak, ihbar, kötüniyet, sendikal iş güvencesi ve kıdem tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Sendika Şubesinin bulunduğu merkez iş mahkemesi olan yerel mahkemece istekler kısmen kabul edilerek, davanın esası hakkında karar verilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca "İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz." Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili bulunması imkanı yoktur. Bu nedenle Toplu İş Sözleşmesinin 71. maddesinde düzenlenen sendika şubesi merkezinin bulunduğu iş mahkemesinin yetkili olduğuna dair kural geçersizdir. Diğer taraftan yetkinin kamu düzenine ait olduğu hallerde yetki itirazı ilk itiraz değildir. Taraflar her zaman bu itirazda bulunabilecekleri gibi mahkemede her zaman kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceler. Mahkeme buna göre yetkisizlik kararı vermek zorundadır (Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü 6. baskı, Cilt: 1, sayfa: 630). Somut olayda davalının ikametgahı ile işin yapıldığı yer Kelkit ilçesi olduğundan, uyuşmazlığa Kelkit İş Mahkemesi'nce bakılması gerekir. Bu hukuki olgulara göre mahkemece yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurulması hatalıdır. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 23.6.2003 E: 2003/11081, K: 2003/11772.

- 3 Davalı, takas talebinde bulunmuş, mahkeme 10 günlük cevap süresinde takas talebinde bulunmadığı için bu isteğin reddine karar vermiştir. İş Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü değil şifahi yargılama usulü uygulandığından ilk oturuma kadar takas talebinde bulunulması mümkündür. Davalı, ilk oturumdan önce takas talebinde bulunmuştur. Bu nedenlerle takas talebinin bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuçlandırılması gerekir. Yazılı gerekçe ile takas talebinin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 19.04.2004 E: 2003/19869, K: 2004/8806.
- 4 İş mahkemelerinden verilen kararlar 5521 Sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca tefhim yada tebliğden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir. Mahkemece verilen karar davalı vekiline 23.10.2002 tarihinde tebliğ edilmiş olup, 8 günlük süre geçtikten sonra 5.4.2002 tarihinde davalı vekili tarafından temyiz edildiğinden, HUMK'nın 432/4. maddesi uyarınca süre aşımı nedeni ile davalı vekilinin temyiz isteminin reddine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14.04.2003 E: 2002/4574, K: 2003/6205.
- 5 Mahkeme, uygulamada "Kısa karar" adıyla anılan ve yargılama bitiminde taraflara bildirilen kararında davalı Kurum yararına avukatlık ücretine hükmetmişken, imzalı ve gerekçeli kararında, Yargıtay'ın ve bu arada Dairemizin yerleşmiş görüşüne uygun olarak, Kurum yararına avukatlık ücretine hükmedilmesine yer olmadığını belirtmiş; Kurumun "tavzih" istemi üzerine de, 800 lira vekalet ücretinin davacıdan alınarak Kuruma ödenmesine ve durumun o yolda açıklığa kavuşturulmasına karar verilmiştir. Burada söz konusu olan hususun "kısa karar" ile "gerekçeli karar" arasındaki uyumsuzluk olduğu ve "tavzih" istemine bu

uyumsuzluktan ötürü gidilmiş bulunduğu ortadadır. Ne var ki böyle bir nedene dayanılarak "tavzih yolu"na başvurulamayacağı da söz götürmez. Gerçekten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ne 455, ne de 459. maddeleri buna cevaz vermektedir. Gerçi, hakim, henüz şekli anlamda kesinliğe bürünmemiş hükme ilişkin davayı dahi, o hüküm Yargıtay'ca bozulmuş olmadıkça, yeni bir inceleme konusu yapamaz. Zira, meydana gelmiş olan "dar anlamdaki kesin hüküm", davanın yeniden incelenmesine engeldir. Lakin bunun için ortada bir hükmün varlığı şarttır. Şayet verilmiş hüküm hukukça yok sayılmak gerekiyorsa, dar anlamda kesin hükümden ve onun doğurduğu inceleme engelinden söz edilemez. Hal böyle olunca, hakimin yok sayılması gereken önceki hükümle bağlı bulunması düşüncesine yer verilemez. Öbür yandan, iş mahkemelerinde görülen davalarda, 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi hükmüne göre sözlü yargılama usulü uygulanır. Aynı Kanun'un 15. maddesinde de, Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun uygulanacağı öngörülmüştür. Mahkemece, hükümleri konusunda 5521 sayılı Kanun'da açıklık bulunmadığı için de bu yönden Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 489. maddesinin uygulanmasında zorunluk vardır. Bu maddede ise, gayet belirgin olarak, hakimin, yargılamanın bittiğini bildirip kararını gerekçeli yazarak imza ve tefhim edeceği belirtilmiştir. Demek ki tefhim edilecek karar, gerekçeli ve imzalı olacaktır. Her iki unsur da kararın varlık şartları olup bu şartları taşımayan bir karar hukukça var saymak mümkün bulunmamaktadır. Olayda hakimin yargılamayı bitirdikten sonra bu nitelikte bir karar vermediği açıktır. Bu yön, "tavzih" dilekçesiyle şimdi Yargıtay incelemesine konu olan karardan kuşkusuz olarak anlaşılmaktadır. O halde, olayımızda tefhim edilmiş kararın hukukça yok sayılması gerekir. Şu duruma göre, ortada birbiriyle çelişen ve uyumsuzluk içinde bulunan iki karar ve gerekçeli karar ile, vekalet ücretinin tayinine yer olmadığını belirtmeye engel bir neden yoktur. Nihayet "tavzih yolu" çevresinde aydınlatmağı gerektiren bir durum dahi olsaydı, bu takdirde yapılacak iş, yukarıda belirtilen biçimde açıklamadan ibarettir. Daire, önceki kararı incelerken, hiç kuşkusuz, bütün dosyayı gözönünde tutmuş; tefhim edilen kısa kararın hukukça yok saydığı için - bu yolda bir temyiz bulunmasına rağmen - isabetli olarak avukatlık ücretine yer olmadığı kaydını taşıyan ve hukukça var olan gerekçeli ve imzalı kararı onamıştır. Eğer, Daire, tefhim edilmiş kısa kararı var saydı, yerleşmiş görüşüne aykırı olarak Kurum yararına avukatlık ücretine hükmeden bu kararı bozacağı, ya da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi gereğince bu kaydı kaldırmak suretiyle düzelterek onayacağı ve böylece uyumsuzluğu bertaraf edeceği söz götürmez. Bu nedenlerle, mahkemece, her bakımdan reddi gereken "tavzih" isteminin kabulüyle Kurum yararına avukatlık ücretine karar verilmesi, usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 12.04.1974 E: 1974/2225, K: 1974/3300.

6 (Yargıtay bir kararında "Aleyhine yargılamanın iadesi istenecek hüküm kesinleşmemiş ise, bu durumda Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 447. maddesinde 3 aylık yargılamanın iadesini isteme süresi yargılamanın iadesi istenilen hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesine göre, yargılamanın iadesi ancak kesinlik kazanmış olan kararlar hakkında talep olunabilir. Oysa davaya konu olan işte aleyhine yargılamanın

iadesi istenilen karar kesinlik kazanmamıştır. Karar 18.1.2002 tarihinde tebliğe çıkarılmış olup, yargılamanın iadesi talebi, 24.8.2000 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda istemin bu sebeple reddi gerekir (Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 13.3.2002 2002/5091-4083)." denilmiştir).

- 7 (Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. 1V, Ankara-1984, s. 3870).
- 8 (Yargıtay bir kararında "Taraflar arasındaki yargılama devam ederken davalı vekili mahkemeye vermiş olduğu bir dilekçe ile vekillikten çekildiğini bildirmiş. Mahkemece bu konu üzerinde hassasiyetle durulmamış ve bu çekilmenin davayı uzatmaya matuf olduğu düşünülerek davalı asilin yokluğunda yargılamaya devam edilmiştir. Oysa savunma hakkı en tabii Anayasal haklardandır. Çekilen vekil tebligat giderini de verdiği göre yani dava sonuçlandırılmadan önce istifa dilekçesini davalı asıla tebliğ ile gerekli vaki işlemlerin ikmali cihetine gidilmeliydi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13.2.2002, E.2001/17461, K 2002/2729)." denilmiştir. Öte yandan, Yargıtay'ın başka bir kararında "Sendika temsilcisi olan davacı iş akdinin feshi nedeni ile işe iadesi ile birlikte fesih tarihinden iade tarihine kadar geçen süre için ücret ve diğer işçilik alacaklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacının yargılama sırasında işe tekrar başlatılması nedeni ile konusuz kalan işe iade isteminde karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulurken, iş akdinin feshi ile işe iade tarihi arasındaki süre için davacıya ücret ve sosyal hak alacaklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmiştir. Dairemizce de benimsenen Hukuk Genel Kurulu Kararları'na göre "eda davası açılması gereken hallerde tespit davası açılmaz." Davacının ücret ve diğer işçilik alacaklarını eda davasına konu etmesi imkanı varken bunların ödenmesi gerektiğinin tespitine şeklinde karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir (Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14.10.2002 E.2002/22242, K. 2002/19133).
- 9 (Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 14.5.2001, 2001/8022-8284; 2. ıslah dilekçesi verilerek dava konusu miktarın artırılması halinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.7.2002 ve 2002/9-564E., 2002/572 K. Sayılı kararında ıslahla arttırılan miktar için ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi kabul edilmiş olup, Dairemizce de bu görüş benimsendiğinden, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti yönünden ıslahla arttırılan ve hüküm altına alınan miktara ıslah tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken ilk dava tarihinden faiz yürütülmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de; yapılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün düzelterek onanması uygun bulunmuştur. (Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 30.10.2002 E. 2002/5673, K. 2002/20210).
- 10 ("Hukukumuzda müdahale (katılma) asli müdahale ve fer'i müdahale olarak iki şekilde olmaktadır. Fer'i müdahale Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53-58. maddelerinde düzenlenmiştir. Asli müdahale kanunlarımızda düzenlenmemiş olup hukukumuzda içtihatla girmiştir. Her iki kurumun koşulları davadaki konumu ve sonuçları farklıdır. Özellikle fer'i müdahalede; müdahale talebinde bulunan, taraflardan birinin, başka bir anlatımla lehine müdahalede bulunan kişinin yardımcısıdır. Asli müdahalede ise taraflardan bağımsız, dava konusu üzerinde hak talebinde bulunulur. İlk davadan bağımsızdır. Harç ödenir.

Mahkemece asli müdahalenin kabulüne karar verilmesine gerek yoktur. Ancak, asli müdahale istemi hakkında karar verilmesi gerekir. Asli müdahale talebinde bulunanlar, iptali istenen 5.1.2002 tarihinde yapılan Genel Kurulda Şube Yöneticiliğine seçilmişlerdir. Kurulda davalı X İş Sendikası cevap dilekçesi ile davayı kabul etmiştir. Şu durumda asli müdahillerin davanın taraflarından bağımsız bir haklarının ve menfaatlerinin olduğu açıkça görülmektedir. Mahkemece yapılacak iş; asli müdahillerin istemleri ve sundukları delillerle diğer taraf delillerini birlikte değerlendirmek; davacı ve asli müdahillerin istekleri hakkında (ayrı veya birlikte) karar vermektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına aykırı olarak farklı hukuki sonuçlara yol açacak bir uygulama ile asli müdahalenin fer'i müdahale olarak kabulü şeklinde oluşturulan karar isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 3.10.2002 E. 2002/16193, K. 2002/17896.)

11 Çenberci, s. 114.

12 "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa" tümcesi Anayasaya aykırı bulunurken, "Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" hükmü Anayasaya aykırı bulunmadı. "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir." hükmü Anayasaya aykırı bulundu. A.M. Kararı, 19.10.2005 2003/66 E., 2005/72 K.).

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

2. Davacı ile davalı banka 1.5.1999 tarihli avukatlık sözleşmesi imzalamışlardır. Bir yıl süreli öngörülen bu sözleşme sonraki yıllarda yenilenerek belirsiz süreli hale gelmiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözülmesi belirtilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin davalı tarafından feshedilmesi üzerine, davacı hakem kurulunun oluşumu için iş mahkemesine müracaat etmiş ve bu kurulun oluşumuna ilişkin İstanbul 8. İş Mahkemesi'nin 22.05.2003 gün ve 11176-11697 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

Davacı bu uyuşmazlıkta hakem yolu ile işverence gerçekleştirilen feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama halinde iş güvencesi tazminatına, boşta geçen süre için ücret alacağına, ihbar ve kıdem tazminatına, yıllık ücretli izin alacağına ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verilmesini talep etmiştir.

Hakem kurulunca aradaki sözleşmenin iş ilişkisi olduğu tespit edildikten sonra, fesih için gerekçe gösterilmediği belirtilerek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, miktar belirtilerek iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı ile kullandırılmayan yıllık ücretli izin karşılığı izin alacağı ve sözleşmeden doğan ücret alacağına karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesi olarak yorumlanması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Zira davacı avukatlık hizmetini belirli bir mesai karşılığında davalı işverenin işyerinde onun denetimi ve gözetimi altında ve her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene bağlı olarak vermektedir. İş sözleşmesinin unsurları olan "zaman, bağımlılık ve ücret" koşulları gerçekleşmiştir.

Kanunda değişiklik getiren 4773 sayılı Yasa ile feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen

çin ücret alacağı uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceği düzenlemiştir. Davalı işveren belirsiz süreli hale gelen iş sözleşmesini geçerli bir neden göstermeksizin feshetmiş olduğundan feshin geçersizliğine, işe iadeye, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağına karar verilmesi de yerindedir.

Ancak feshin geçersizliğinin sonucu olarak öngörülen işe başlatmama halinde tazminat ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağı tespit niteliğinde olup, gerçekleşmeleri tazminat için başvurma ve işe başlatmama, ücret alacağı için başvurma koşuluna bağlı olduğundan miktar belirtilmeksizin hüküm altına alınmaları gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. Hakem kurulunca işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağına miktar belirtilerek karar verilmesi hatalıdır. Ayrıca feshin geçersizliği ve sonucuna bağlı iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağı istemleri için maktu harç ve vekalet ücretine karar verilmesi gerekir.

3. Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.1964 gün ve 1964/251 E., 1964/506 K. sayılı karar bu doğrultudadır. HUMK'nın 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Hakem kurulunca izin ve ücret alacağına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 22.03.2004 E: 2004/5846, K: 2004/5621.

14 Davacı işçinin 2.12.1999 tarihinde işine son verildiğinden bahisle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne şikâyetle bulunduğu anlaşılmaktadır. İş müfettişi raporunda da; davacı işçinin izin bitim tarihi olan 2.12.1999 günü işyerine gelip işe başlamak istediğinde işe alınmadığı, daha sonra da işe gelmediğinden bahisle 7.12.1999 tarihli tutanak tutulup 15.12.1999 tarihinde kendisine tebliğ ettirildiği dolayısıyla işverenin devamsızlık iddiasının yersiz olduğu belirtilmiştir. İş Kanunu'nun 89. maddesi gereğince iş müfettişi raporları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İşveren işçinin devamsızlığını kesin delillerle kanıtlaması gerekir. İş akdinin nasıl sona erdiğine dair dinlenen davalı tanıklarından birisi açık bir beyanda bulunmamış, diğeri ise nasıl işten ayrıldığını bilmediğini söylemiştir. Davacı tanığı ise işçinin 10 yıl işyerinde çalıştığını, devamsızlığı olmadığını, işverence işten çıkarıldığını belirtmiştir. Bu nedenlerle davacının iş akdinin davalıca haksız feshedildiği anlaşılmakla ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup kararın bozulması

gerekmıştır. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 17.03.2003 E: 2002/16031, K: 2003/4213.

- 15 İşçileri Bakanlığına izafeten İstanbul Muhakemat Müdürlüğü adına avukat Ayla ile Dayanışma Sendikası "İşsiz, sigortasız, sendikası, işçilerin dayanışma sendikası" adına avukat Mehmet aralarındaki dava hakkında (İstanbul Altıncı İş Mahkemesi'nden) verilen 3.10.2000 günlü ve 1171/1206 sayılı hüküm, davalı avukatınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Davacı İşçileri Bakanlığı "İşsiz, sigortasız, sendikası işçilerin dayanışma sendikası"nın İstanbul Kağıthane ve Gaziosmanpaşa'da faaliyette bulunan sendika ve temsilciliklerinin faaliyetlerinin durdurulması ve kapatılması isteğiyle iş mahkemesinde dava açmış, mahkemece yapılan yargılama sonunda da istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun işçiler ve işverenler tarafından meydana getirilen sendikalar ile konfederasyonların kapsamına aldığı fiili topluluklarının ise sendika halinde kurulabilmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu husus mahkemenin de kabulündedir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre anılan mahkemeler işveren veya işveren vekilleri ile işçi sayılan kişiler arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlığının çözülmesi için kurulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 63. maddesinde bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi kuralını koymuştur. Davaya konu olayda kurulmuş bulunan toplulukların sendika kapsamı içinde bulundukları düşünülemediğinden onlar tarafından kurulmuş olan temsilciliklerinin de kapatılması ya da faaliyetlerinin durdurulması gibi isteklerin iş mahkemelerinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Böyle olunca dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmelidir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 21.12.2000 E: 2000/19723, K: 2000/19481.
- 16 Davacı işveren çoğunluk tesbitine itiraz davasını iş mahkemesinde açmadan önce dava dilekçesini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ya da ilgili Bölge Müdürlüğüne kayıt ettirmiş değildir. Bu usulü eksiklik Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre davanın reddini gerektirir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 17.1.2002 E: 2001/20688, K: 2002/325.
- 17 Davacı işveren, şirkete ait işyeri için davalı sendikaya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2822 Sayılı Yasa'nın 16. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğuna ilişkin verilen yetki belgesinin yasaya uygun olmadığını, davalı sendikanın işyerinde hiç üyesinin bulunmadığını, kesinleşen yetki tespit kararına dayanılarak verilen yetki belgesinin işkolunda faaliyet gösteren diğer sendikalara tebliğ edilmediğini belirterek usulsüz verilen yetki belgesinin iptalini talep etmiştir.
- Davalı Sendika kesin hüküm, davalı Bakanlık ise yargı yolu ile alınan çoğunluk tespit kararının 2822 Sayılı Yasa'nın 13/2 fıkrasında belirtilen nitelikte bir tespit olmadığı gerekçesiyle davanın reddini istemişlerdir.
- Mahkemece, verilen kararın çoğunluk tespiti niteliğinde olduğundan o iş kolunda kurulu işçi sendikaları ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olarak işverene tebliğ edilmesi gerektiği halde Bakanlığın prosedüre uymadığından davanın kabulünü ve yetki belgesinin iptaline karar verilmiştir.
- 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu'nun 13/2. Fıkrasında yer alan düzenleme sadece sendikaların çoğunluğu

haiz olması halinde Bakanlık tarafından uygulanması gereken bir prosedürdür.

- Dolayısıyla olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu alınan yetki tespit kararına karşı da söz konusu prosedürün uygulanacağı ne madde metninde ne de toplu iş mevzuatında yer almaktadır. Böyle olunca Bakanlığın çoğunluk tespiti işlemine uygulanacak prosedürün yargı yoluyla alınan yetki tespitine uygulanması mümkün değildir. Bu durumda 2822 Sayılı Yasa'nın 13/2. maddesinde yer alan düzenleme somut olaya uygulanmayacak olduğundan sorunun genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. maddesi gereğince davalı sendikaların itirazı üzerine Kocaeli 1. İş Mahkemesi'nin 2000/1 Esas sayılı dosyasında bakılan dava ile iş bu davanın tarafları konusu ve sebebi aynı olup işveren yönünden maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğundan bu davanın kesin hüküm nedeniyle reddi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14.11.2003 E: 2003/18857, K: 2003/18693.
- 18 Davacı, 345.118.250 lira prim borcunun iptaline karar verilmesini istemiştir.
- Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde mahkemenin görevsizliğine karar vermiştir.
- Hükmün, davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.
- Dava hukuki nitelikçe davalı Sosyal Sigortalar Kurumu'nca fiilen ve kayden çalıştığının tespit olunduğu iddiası ile sigortalılar Ö. K. ve M. P.'ye ilişkin olarak 506 Sayılı Kanunun 79/5. maddesi hükmü kapsamında re'sen tahakkuk ettirilen prim borcunun iptali istemine ilişkindir. Anılan Kanun'un 134. maddesinde açıkça bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alındığına göre mahkemenin işin esasına girerek uyuşmazlık hakkında varacağı sonuca göre bir karar vermesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı vermesi usul ve yasaya aykır olup bozma nedenidir. O halde, davacı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 03.03.2003 E: 2003/658, K: 2003/1355.
- 19 Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 1.9.1987 -18.8.1996 tarihleri arasında geçen çalışmalarının tesbitine karar verilmesini istemiştir.
- Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.
- Hükmün davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.
- Davacı, davalı şirkete ait "kireç ocağı" işyerinde 1.9.1987 - 18.8.1996 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tesbitini istemiştir. İstek tanık beyanı ve kesinleşmediği anlaşılan Ankara Üçüncü İş Mahkemesinin 1996/1249 - 1997/1096 karar sayılı işçilik alacaklarına ilişkin dava dosyası ile bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm altına alınmış ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.
- Gerçekten bu tür hizmet tesbitine yönelik davaların kamu

düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi olan bu tür davalarda; öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren tarafından verilir verilmeyeceği yönteminde araştırılmalıdır. Bu koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlemeli, daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusu, niteliği başlangıç ve bitiş tarihleri hususlarında tanık sözleri değerlendirilmeli ve dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde çalışan işyerinde kayıtlı bordro tanıkları ya da komşu ve yakın işyerlerinde çalışan kayıtlı tanıklar olması sağlanarak çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. Bu yön Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999/21-510 527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 3.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578 ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Somut olayda ise yukarıda açıklanan şekilde bir inceleme yapılmadığı ortada olup hükme esas alınan bilirkişi raporu dahi yeterli değildir.

Mahkemeye yapılacak iş; yukarıda açıklanan şekilde davanın niteliğine uygun olarak inceleme yapılmakla birlikte, öncelikle, davacının açık kimliği ve doğum tarihi tesbit edildikten sonra, işyeri ve işverenlere ait çalışma dönemini kapsayan davacı ile ilgili tüm kayıt ve belgeleri varsa ücret bordroları birlikte istenmeli, davacıya ait Sosyal Sigortalar Kurumu'nda bulunması gerekli şahsi sicil dosyası ile işyerinin Kurumda bulunan işyeri sicil dosyası eklenmeli ve çalışma dönemini kapsayacak şekilde işyerinden Sosyal Sigortalar Kurumu'na bildirilen dönemin bordrolarının tümü de dosyaya konmalıdır. Davacının açık kimliği ile birlikte kayıtlı olduğu askerlik şubesinden de askerlik durumu ve süresi sorulmalı, işyerinin gerçek adresi yöntemince araştırılarak belirtilen bilgi ve belgeler bu adresten istenmelidir. Eklenen belgeler ve yapılacak değerlendirmelerden sonra yukarıda belirtildiği üzere işyerinde kayıtlı bordro tanıkları, bunların tesbit edilememesi halinde ise komşu ve yakın işyerlerinde aynı dönemlerde çalışan kayıtlı tanıklar dinlenmelidir. Davanın niteliği dikkate alınarak gerektiğinde resen yapılacak araştırma ve incelemeler ile çalışmanın niteliği ve süresi saptanmalı, davada hak düşürücü sürenin bulunup bulunmadığı dahi değerlendirildikten sonra gerektiğinde iş ve sosyal güvenlik hukuku konusunda uzman bir bilirkişiden varsa çalışma dönemleri ve bildirimsiz sürelerle ait çalışma ücreti ve dönemlerini gösterir, yöntemince raporda alınarak sonucuna göre bir karar vermektен ibarettir.

Söz konusu fiili ve hukuki gerekçeler ve özellikle, 506 sayılı Yasa'nın 79. maddesi hükümleri dikkate alınmadan, kesinleşmediği anlaşılan ve sadece esaslı delil sayılabilecek işçilik hakları dava dosyası ile tüm çalışma dönemlerini kapsamayan kısmi bordro tanık beyanları ile eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır. Yargıtay Yirmibirinci Hukuk Dairesi, 2.12.2004 E: 2004/6864, K: 2004/10490.

20 İdari para cezasının kesinleşip kurum alacağına dönüştüğünün tespiti halinde, bu takibe karşı yetkili iş mahkemesinde dava açılabilirliğinden artık mahkeme görevsizlik kararı veremez. Ancak idari para cezasına ilgili kurumda itiraz edilmiş, kurumun ret kararına karşı da idare mahkemesinde dava açılmış olduğundan bu dosya sonucu araştırılmalıdır. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 7.12.2004 E: 2004/7379, K: 2004/11507.

21 Taraflar arasında "tesbit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 6. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 25.2.1981 gün ve 1980/650-1981/231 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 2.4.1981 gün ve 1327-1934 sayılı ilamıyla; (... Davacı (A.A.)'ün 30.4.1953-31.12.1977 tarihleri arasında sigortalı olarak çalıştığından bahisle davalı Kuruma verdiği 9.5.1978 tarihli dilekçesiyle kendisine yaşlılık aylığı bağlanması isteminde bulunduğu, Kurumca gerekli işlemler yapılarak, davacının 31.12.1977 tarihinde işinden ayrılması nedeniyle 1977 yılına ait gelirlerin yaşlılık aylığı hesabına katılmadığı da belirtilerek aylık bağlandığı hususu 18.5.1979 gün ve 51312-284209 sayılı yazı ile kendisine bildirildiği, taraflar arasında bu konuda karşılıklı yazışmalar yapıldığı ve Kurumca en son 22.8.1980 günlü yazı ile; 18.5.1979 günlü yazıda tebliğ olunan hesap yönteminde değişiklik yapılamayacağına bildirilmesi üzerine de, bu davanın 16.10.1980 tarihinde açıldığı tartışmasızdır. Diğer taraftan, Kurumca bağlanacak aylıkların hesap ve tespitini takiben, durumun ilgililere tebliğ olunacağı ve tebliğ tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde de yetkili mahkemeye, sigortalı veya hak sahiplerince başvurulacak Kurum kararına itiraz olunabileceği, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 116. maddesi hükmü gereğidir. Bu durumda; davada öncelikle halledilmesi gereken ön sorun, anılan sürenin hukuksal niteliğini ne olduğu ve davanın yasal süre içerisinde açılıp açılmadığı konularındır. Davacının istemi üzerine, Kurumca hesaplanan ve tesbit edilen maaş yöntem ve miktarı, 18.5.1979 günlü yazı ile kendisine tebliğ olunmuştur. Yapılan bu tebliğ tarihinin Yasada anılan 1 yıllık sürenin başlangıcını teşkil etmek gerekeceği, davacının yazışmalara yer bırakmadan davasının yasal sürede açılması gereği ise ortadadır. Diğer yönden anılan sürenin hak düşürücü nitelikte bulunduğu ve mahkemelerce görevleri gereği re'sen gözönünde tutulmak lüzumu da Dairemizin yerleşmiş ve kökleşmiş görüşlerindedir. Önemli olan bir diğer nokta ise; 116. maddenin kapsamının ne olduğudur. Anılan maddenin malullük, ölüm ve yaşlılık aylıklarına hak kazanılıp kazanılmadığı, diğer deyimle hakkın doğumu ile ilgili bulunmadığı kuşkusuzdur. Ne var ki; "yaşlılık aylığının hesaplanması" madde başlığını taşıyan 506 sayılı Yasanın 561. maddesi ile 116. maddesinin 1. fıkrasında mevcut "... hesap ve tespit ederek..." şeklindeki paralellik karşısında, 116. maddenin hesap yöntem ve esaslarını da kapsadığı, diğer deyimle sadece maddi hesap hatalarını içermediği de ortadadır. Bu nedenlerle; mahkemeye, yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal nedenler göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi usule ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemeye önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı 30.4.1953-31.12.1977 tarihleri arasında, sigortalı olarak çalıştığı ileri sürerek 9.5.1978 günlü dilekçesiyle, Sosyal

Sigortalar Kurumuna başvurmuş, yaşlılık aylığı bağlanmasını istemiştir. Kurum, 18.5.1979 tarihinde, yaşlılık aylığı bağlamıştır. Ancak, 506 sayılı Kanununun 61/B maddesi uyarınca (... son 5 takvim yılının en yüksek aylıklı 3 yılının prim hesabına esas tutulan kazanç tutarlarına göre bulunacak ortalama yıllık kazancı...) 1977 yılı kazancını hesaba katmaksızın belirleyerek, yanlış göstergesi esas almış, yaşlılık aylığını eksik bağlamıştır. Davalı Kurum, davacının 31.12.1977 tarihinde işten ayrıldığını, bu nedenle 1977 takvim yılında tam çalışma olmadığını ve bu bakımdan 1977 yılı kazançlarının göstergesi bulunmasında kullanılan ortalama yıllık kazanç tesbitinde, dikkate alınmayacağını savunmakta ise de; davacının 31.12.1977 takvim yılında tam çalışmasının bulunmadığından söz edilemeyeceği gibi bir an için, o gün çalışmadığı kabul edilse bile, 1 gün için, 1 yıla ilişkin kazanç tutarının hesaba katılmamasının M.K. madde 2'deki dürüstlük kurallarına ters düşeceği de ortadadır. Bu nedenlerle, davacıya bağlanan yaşlılık aylığının hesabında esas tutulacak gösterge son beş yılının en yüksek aylıklı 3 yılı arasında, 1977 yılı kazançları da katılarak bulunacak ortalama yıllık kazançta göre belirlenmelidir. Öte yandan, bu yön, hakkın özüne ilişkindir. Zira, davacının, oluşmuş haklarıyla ilgisi olmayan, başka bir göstergeye oturtulması, hakettiğinden daha az aylık alması sonucunu doğurmaktadır. Davacı, bu işlemin düzeltilmesini, hakettiği aylığın tam olarak bağlanmasını istediğine göre, 506 sayılı Kanun'un 116. maddesinin davada uygulanma yeri bulunmamaktadır. Gerçekten, 116. madde, 506 sayılı Kanun uyarınca, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından bağlanacak aylıklar ve yapılacak toptan ödemelerin hesaplanmasına ilişkindir ve bu yönle sınırlıdır. Hakkın özüne ilişkin bir sınırlamayı içermez ve hakkın özüne ilişkin davaları etkilemez. Öte yandan, anılan Kanununun 99/1. maddesine nazaran, yaşlılık aylığına ilişkin ileriye dönük haklar, hak düşürücü süreye tabi bulunmamaktadır. Bu nedenle, düşmesi olanaksızdır. 99/2. maddedeki geçmiş döneme ilişkin yaşlılık aylığı haklarına ait hak düşürücü sürenin ise, bu olayda geçmediği meydandadır. O halde, direnme kararı yukarıdaki gerekçelerle doğru olduğundan, işin esasının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.4.1984 E: 1982/10-72, K: 1984/422.

22 Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 130. ve İş Kanunu'nun 89. maddesine göre müfettişler ve yoklama memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Bu tutanakların aksinin aynı güç ve nitelikteki delillerle kanıtlanmış olması gerekir. Somut olayda davacının anılan nitelikte herhangi bir delil getirmediği anlaşıldığı halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken salt tanık sözlerine dayanılarak yazılı şekilde karar verilmiş bulunması usul ve yasaya aykırı olup bozulmalıdır. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 17.4.2003 E: 2003/2947, K: 2003/3554.

23 Davacı, emekli maaşından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintisi ve gecikme cezasının yasal olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükümün, davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Ebru P.Akın tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1479 sayılı Kanun'un "Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri" başlıklı 70.

maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür" hükmünün öngörülmesi karşısında, HUMK'nın 9 ve 17. maddeleri uyarınca, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü aleyhine açılan iş bu davanın ya genel müdürlüğün bulunduğu Ankara ya da şubesinin bulunduğu Karabük İş Mahkemesinde açılması gerekir. Davalı Kurum vekilinin; davaya bakmaya Karabük İş Mahkemesinin yetkili olduğuna dair itirazı dikkate alınarak, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekirken Bağ-Kur'un şubesinin bulunmadığı Safranbolu Asliye Hukuk-İş Mahkemesinde yargılamaya devam olunup işin esasına girilerek hüküm kurulması isabetsizdir.

Kabule göre de; Anayasa'nın, 73. maddesi ile 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 20. maddesi hükümlerine göre, lehine hüküm kurulan taraf vekilinin hizmetinden yararlanan kişi olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmayan davada haksız çıkan taraf aleyhine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesi hükmüne aykırı olarak 04.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 21. maddesi gereğince asgarî ücret ile birlikte Katma Değer Vergisine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 26.01.2004 E: 2003/9277 K: 2004/374.

24 Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 10.6.2004 tarihli davanamesinde özetle, davalı sendika tüzüğü'nün "sendikanın amaçları" başlığını taşıyan 2. madde (b) bendinde "...bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur" sözcüklerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir" ve yine 42. maddesinin 6. paragrafında yer alan "Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez." kurallarına ve Yabancı Dil eğitimi ve öğretimi, Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğretilmesi Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinin (a) fıkrasında eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına Türkçe'den başka hiçbir dil ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez şeklindeki düzenlemelere açıkça aykırı olduğunu, Ankara Valiliğinin ihtirana rağmen belirtilen sözcüklerin tüzükten çıkarılmadığını, davalı sendikanın bu şekilde 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan sendika ve konfederasyonların yönetim ve işleyişleri Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz şeklindeki düzenlemeye aykırı olduğundan anılan Yasanın 37. maddesi gereğince kapatılmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkeme; tüzükteki hükmün Türkiye Cumhuriyeti Devletinin toprak bütünlüğü, ulusun birliği ve devletin teklifi esaslarına karşı bir tehlike oluşturmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. ve 11. maddelerine de aykırı olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 37. maddesinde, "Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan sendika ve konfederasyon, merkezlerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararı ile kapatılır.." denilmektedir.

Mahkemece 4688 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca tüzüğünde değişiklik yapması için 13.7.2004 tarihli duruşmada davalı sendikaya 60 günlük süre vermiştir. Esasen mahkeme davalı

sendikanın tüzüğünde kanuna aykırılık bulunup bulunmadığını açılan dava üzerine hemen değerlendirip, buna göre süre verilip verilmeyeceğini kararlaştırmak zorundadır. Tüzüğü değerlendiren mahkeme yasalara aykırı olduğunu tespit ederek ilgili sendikaya düzeltme yapması yönünde süre vermiş olup, tüzüğün kanunlara uygun hale getirilmemesinin yaptırımını sendikanın kapatılması olduğu halde sendika vekilinin tüzükte değişiklik yapılmayacağı yolundaki beyanına rağmen davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemenin gerekçeli kararında; "...verilen sürede tüzük düzeltilmez ise işin esasına girilmesi; düzeltilme halinde ise verilen mehile ve ihtara uyulduğu için karar verilmesine yer olmadığı..." şeklinde hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme verdiği ihtarla tüzükteki düzenlemenin yasaya aykırılığını baştan itibaren kabul etmiş ve kendisini bağlamıştır. Gerçekten 4688 sayılı Yasa'nın 6. maddesi hakime takdir hakkı da vermemektedir. Mahkeme yapacağı incelemede kanuna aykırılık olup olmadığını belirleyip, tarafları da dinleyip düzenleme yapılması yönünde karar verdiğine göre, düzeltme yapılmaması üzerine yeniden esasa girip inceleme yapamaz. Anılan yasa hükmü emredici niteliktedir. Mahkeme bu durumda sadece sendikanın kapatılmasına karar verebilir.

Ancak, mahkeme verilen süreye rağmen düzeltilmeyen sendika tüzüğünün 2. maddesinin (b) bendi hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 ve 11. maddelerine aykırı olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğü ile ilgili olup herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmekle beraber, bu özgürlüğün ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu düzeninin sağlanması amacıyla yasayla sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir. Aynı sözleşmenin 11. maddesi ise dernek kurma ve toplantı özgürlüğüyle ilgili olup, herkesin sendika kurabileceği ve sendikalara katılabileceği belirtilmekle beraber bu hakkın da bazı hallerde sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Bu nedenle sendika kurma hakkının da ulusal güvenlik, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması için sınırlandırılabilirliği benimsenmiştir.

Sendikalar tüzüklerinin ilgili makama verilmesi ile tüzel kişilik kazanır. Sendika tüzüğü sendikanın amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdüreceği çalışma konuları ile çalışma usullerini kapsar. Bu doğrultuda 4688 sayılı Yasanın 3/f maddesinde sendikanın tanımı "Sendika: Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları" şeklinde yapılmıştır. Anılan yasanın 7/b maddesinde sendika tüzüklerinde sendikaların amacının yer alacağı düzenlenmiştir. Davalı sendika tüzüğünde amaçlar belirtilirken 4688 sayılı yasanın 3/f maddesinde açıklanan amaçları aşar şekilde "bireylerin anadillerinde öğretim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur" düzenlemesine yer vermiş, yukarıda açıklandığı gibi, Valiliğin ve Mahkemenin verdiği süreler içerisinde de tüzüğünden bu ifadeleri çıkarmamıştır.

4688 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde sendika ve konfederasyonların yönetim ve işleyişini Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine aykırı olamayacağı, 2925 sayılı Yasa'nın 4771 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesinde de eğitim ve öğretim kurumlarının Türk vatandaşlarına Türkçeden başka hiçbir dil anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek 3. maddesinde Türkiye

Devletinin anadili Türkçe olduğu belirtildiği gibi, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi başlıklı 42. maddesinin 6. fıkrasında "Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk Vatandaşlarına anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez", 66. maddesinde "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür" düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yasaların ve Anayasanın açıklanan bu hükümleri ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir olarak ülke bütünlüğüne karşı eylemleri önlemek için düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 ve 11. maddeleri ile uyumlu bulunmaktadır. Anayasa'nın ve yasaların yukarıdaki hükümlerine aykırı olan sendika tüzüğündeki düzenlemenin Valilikçe ve Mahkemece yapılan ihtarlarla ve verilen süreye rağmen davalı sendika tarafından düzeltilmemesi, sendikanın bir faaliyetidir. Ayrıca, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumaktan başka bir amacı olmayacak sendikanın tüzüğündeki bu düzenlemenin kelime değişimi yapılmak suretiyle de olsa ısrarla devam ettirilmesi dikkat çekici olup, gerçek amaç dışına çıkıldığını göstermektedir. Bu nedenle davalı sendikanın tüzüğünün "Sendikanın Amaçları" başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde "Toplumun bütün bireylerinin, temel insan hakları ve özgürlükler doğrultusunda demokratik, laik, bilimsel ve parasız eğitim görmesini, bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur" şeklindeki düzenlemeden "...bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur" sözcüklerinin Anayasanın 3, 42/6, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 20. maddesi hükümlerine aykırı olduğundan 4688 sayılı Yasanın 37. maddesi uyarınca mahkemece davalı sendikanın kapatılmasına karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 3.11.2004 E: 2004/28345, K: 2004/24792.

25 Ana dilde öğrenim görmeyi savunmak, Anayasa'nın 3 ve 42/6 maddeleri ile belirtilen hükümlere aykırı bulunduğu, taraf olduğumuz uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerle uyumlu iç hukuk düzenlemeleri ve kurallarıyla çatıştığı, demokratik bir toplumda, üniter devlet yapısını bozmayı amaçlamamanın yaptırımının zorunlu önlemler niteliğinde bulunduğu gözetildiğinde: davalı sendikanın tüzüğünde Sendikanın Amaçları başlıklı bölümde yer alan, "...bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur." sözcüklerinin Anayasa'nın 3, 42/6, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 20. maddesi hükümlerine aykırı olduğundan, 4688 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca davalı sendikanın kapatılmasına karar vermek gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.5.2005 E: 2005/9-320, K: 2005/355.

26 Yargıtay'ın bir kararında "Davacı, işçi Disiplin Kurulunca hakkında verilen iki günlük ücret kesme kararının iptali isteminde bulunmuştur. Mahkeme, idare mahkemesi görevlidir gerekçesi ile davayı reddetmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına giren ve iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren arasındaki anlaşmazlıkların çözüm yeri İş Mahkemeleri'dir. Disiplin Kurulu Kararının iptali isteminin de aynı şekilde değerlendirilerek, İş Mahkemesi'nde görülmesi gerekir. Bu durumda işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu husus düşünülmeden idare mahkemelerinin görevli olduğundan söz edilerek görevsizlik kararı verilmesi, isabetsiz olup, bozmayı

gerektirmiştir," denilmiştir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 01.02.1996, E. 1996/1026- K. 1996/1385).

- 27 Yargıtay bu olguya ilişkin kararında "Dava, bir üst göreve kendisinin atanması gerekirken başkasının atanmasına dair işveren işleminin iptali istemine ilişkindir. Davacının iş sözleşmesi ile davalı işyerinde çalıştığında taraflar arasında uyumsuzluk yoktur. İş Mahkemeleri iş sözleşmesinden doğan işçi ve işveren arasındaki uyumsuzluklara bakmakla görevli olduğuna göre, davaya bakma görevi iş mahkemesine aittir. Aksine düşünce ile idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 25.01.1996, E. 1995/38238 - K. 1996/780; Öte yandan, Yargıtay başka bir kararında "Davacının işyerine sanatsız işçi olarak girdiği daha sonra daimi işçi kadrosuna geçirildiği halde 1995de meslek lisesini bitirerek işverenden sanatkâr işçi kadrosuna geçirilmesini istediği ancak bu isteğin kabul edilmediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Meri Toplu İş Sözleşmesinin 25/1-d maddesinde "Sanat Enstitüsü, Endüstri Meslek Lisesi, Teknik liseyi bitirenler ile TCDD Pratik Sanat Okul mezunları 6. dereceden ise alınır..." hükmünün münhasıran "sanatkar işçilik işlerine alınacaklar" için uygulanması görülmüştür. Sanatsız işçilerin terfiini düzenleyen Toplu İş Sözleşmesinin 60/11 maddesinde ise sanatsız işçilerin sanat öğrenmeleri tezkiye amirleri tarafından tespit edilmesi halinde sanatkâr işçiliğe terfi ettirilmeleri yöntemi gösterilmiştir. Bunun dışında meslek lisesi diploması almak suretiyle işçinin sanatkâr işçiliğe geçmesi veya sanatsız işçinin diploması sebebiyle terfi ettirilmesi hususunda Toplu İş Sözleşmesinde bir kurala yer verilmemiştir. Dairemizin emsal sayılan kararlarında işe girişinde sanat enstitüsü mezunu olduğu sanatsız işçi olarak işe giren bilahare sanatkâr işçiliğe geçirilen işçilerin sanat enstitüsü (Meslek Lisesi) diplomasına sahip işçilerin sanatkâr işçi kadrosuna geçirildiği tarihten itibaren intibakının yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Dava konusu olayda ise davacının meslek lisesini işyerinde çalışırken bitirip diplomasını ibraz ederek sanatkârlık kadrosuna geçirilmeyi dilekçe ile talep ettiğinden sanatsız işçinin salt meslek lisesi diploması ibrazının Toplu İş Sözleşmesinde derece terfiine ve sanatkâr işçilerin derecesine intibakına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi işverenin yönetim hakkını kısıtlayacak şekilde mahkemece karar verilemeyeceğinden davanın reddi yerine kabulü hatalıdır." denilmiştir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi 10.12.2001 E.2001/14629, K. 2001/19099.
- 28 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 8.12.1999 E. 1999/9-994 - K. 1021.
- 29 Yargıtay'ın önceki bir kararında bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi kararı doğrultusunda idari yargının görevli olduğu kabul edilmişti. Bkz. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 16.09.1997 1997/11540-15586.
- 30 Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında "Dava, tesbit isteğine ilişkindir. Taraflar arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayandığından, uyumsuzluğun çözüm yeri idari yargı yeri değildir. Davanın iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece verilen görevsizlik karar usul ve yasaya aykırı olduğundan, kararın bozulması gerekmiştir." denilmiştir. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 09.03.1995 E. 1994/17887, K. 1995/6918.
- 31 Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi 26.4.1999 1999/7103-7700.

32 (Çenberci, s.21).

33 (Çenberci, s.18, dn.66).

KAYNAKÇA

- İŞ MAHKEMELERİ KANUNU ŞERHİ, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000,
- İŞ HUKUKU, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- MEDENİ USUL HUKUKU, Prof. Dr. B. KURU - Prof. Dr. R. ARSLAN - Prof. Dr. E.YILMAZ, Yetkin Yayınevi, Ankara. 15. Bası, 2004.
- İŞ DAVALARI, Av. H. Argun BOZKURT, Adil Yayınevi, Ankara 2001.
- İŞ KANUNU ŞERHİ, Mustafa ÇENBERCİ, Olgaç Matbaası, Ankara, 6 Bası, 1986.
- YARGITAY KARARLARI.

Av. Bekir UZUN

T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Genel Sekreteri

Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi

I- KAVRAM

İş Yasası'nda çalışma koşulları (iş şartları) kavramından söz edilmiş; ancak, kavramın herhangi bir tanımına yer verilmemiştir.¹ Genel anlamda çalışma koşulları, iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin tabi olacağı tüm hak ve borçları ifade eder. İşin ifa yeri, ifa zamanı, ücret, çalışma süreleri, yıllık ücretli izin süreleri gibi işin görülmesi sürecine ilişkin hususlar, çalışma koşullarını oluştururlar. Doğrudan işin ifası ile ilgili olmamasına karşın işçinin o işyerinde çalışması nedeniyle tabi olduğu koşullar; ısınma, havalandırma sistemleri, güvenlik-sağlık önlemleri, işyerine giriş-çıkış kuralları, sigara içme yasağı gibi hususlar da geniş anlamda çalışma koşulları kapsamındadır.²

II- ÇALIŞMA KOŞULLARININ BELİRLENMESİ

Anayasa, yasa hükümleri, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki ve mütemmimi niteliğindeki işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı çalışma koşullarının hukuki temellerini oluşturan kaynaklardır.³

Aslında, çalışma koşullarında değişiklik kavramı geniş anlamı ile toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesini de kapsar.⁴ Ancak, yasa ve toplu iş sözleş-

mesi ile düzenlenmiş konularda işverenin tek yanı olarak esaslı değişiklik yapması söz konusu olmadığı içindir ki, bireysel iş hukukunda; iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ya da sözleşme şartı haline gelmiş işyeri uygulamaları ile belirlenmiş çalışma koşullarında değişiklik ile bunun yöntemi ve hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Bu yüzden Yasanın 22. maddesinde; "iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik"ten söz edilmiştir.

O sebeple, bu çalışmada öncelikle yasa ve toplu iş sözleşmesi dışındaki kaynaklarla oluşan çalışma koşulları ele alınacak; daha sonra, esaslı değişiklik ve sonuçları incelenecektir.

1. İş Sözleşmesi

İşçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulması, ancak bir iş sözleşmesinin varlığı ile olanaklıdır. Bireysel iş hukuku alanında çalışma koşullarını belirleyen kaynakların başında iş sözleşmesi gelmektedir. Taraflar, mevzuatın çizdiği sınırlar içinde olmak koşulu ile iş sözleşmesini gereksinimlerine uygun türde düzenleyebilirler. (4857 s. K. 9/1) Ancak, iş sözleşmesi ile daha başlangıçta, -

İş sözleşmesi hükmüne dönüşmüş işyeri uygulamasından söz edebilmek için, bu uygulamanın genel nitelik taşınması, devamlılık arz etmesi ve edimin aynı koşullarla sağlanması gereklidir.

süreklilik arzedecek, belki yıllarca sürececek, zaman içinde değişiklik zorunluluğu gösterecek olan bir iş ilişkisinde- çalışma koşullarının eksiksiz, ayrıntılı ve değişmez bir şekilde belirlenmesi mümkün olmadığından, çalışma koşulları genellikle “çerçeve” olarak belirlenir.

O nedenle, iş sözleşmesiyle belirlenmemiş çalışma koşullarının çoğu, süreç içinde işyerinin, üretimin ve yapılan işin gereklerine göre, işverence tek yanlı olarak hazırlanan personel yönetmeliği (iç yönetmelik), işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkını kullanarak verdiği emir ve talimatlarla oluşur ve belirginleşir.

2. İç Yönetmelik

Toplu iş sözleşmesi hükümleri dışında kalan bazı konular, ya da toplu iş sözleşmesi olmayan işyerlerinde çalışma koşullarının büyük bir bölümü, işverenler tarafından tek yanlı olarak düzenlenen “İç Yönetmelik”lerle belirlenmektedir.

Gerçekten de işyerinin bütününe ve çalışanların tamamını kapsayan genel ve yeknesak çalışma koşullarının ve işyeri kurallarının ayrıntılı olarak her iş sözleşmesinde yer alması, pratik değildir. Bu sebeple işveren, işyerinin bütününe veya bir bölümünde uygulanacak kuralları ve genel çalışma koşullarını mevcut veya gelecekteki çalışanlar açısından, kişiye özgü niteliklerden bağımsız olarak, genel ve yeknesak bir biçimde bir iç yönetmelik ile belirleyebilir. Ancak, işverence iç yönetmelikle yapılacak tek yanlı bir düzenlemenin işçiyi bağlayıcı bir nitelik kazanması, hukuki bir değer taşıması için, sözleşmenin yapılmasından önce işçiye bildirilmiş olması gerekir. İşçi, iç yönetmeliğe itiraz etmeden işe başlarsa, yönetmelikte düzenlenmiş çalışma koşullarını kabul etmiş sayılır. Buna karşılık, iş sözleşmesi yapıldıktan sonra iç yönetmelik

hükümlerinin işçiye bildirilmesi ya da işverence tek yanlı olarak değiştirilmesi, yeni bir icap (teklif) niteliği taşır.⁵

Bu suretle bağlayıcılık kazanan iç yönetmelikler, iş sözleşmesinin eki niteliğini kazanırlar. 4857 sayılı Kanun’un 22. maddesinde de, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği veya benzeri kaynaklarla oluşan çalışma koşullarından söz edilmiştir.

3. İşyeri Uygulamaları

Çalışma koşullarını belirleyen bir diğer kaynak ise, işyeri uygulamalarıdır. İşveren tarafından başlangıçta akdi ya da yasal bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlanması ve işçilerin de zımni (örtülü) kabulleri ile iş şartı haline gelen bir işyeri uygulaması oluşur. İşverenin uygulamayı yaparken, bunun gelecekte bağlayıcı olmasını gerçekten düşünmüş ve istemiş olması gerekmez. Dürüstlük ve iyi niyet kurallarına göre işçilerin, işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucuna varmış olmaları yeterlidir.⁶

Ancak, genel bir iş koşulu haline gelmiş ve iş sözleşmesi hükmüne dönüşmüş işyeri uygulamasından söz edebilmek için, bu uygulamanın genel nitelik taşınması, devamlılık arz etmesi ve edimin aynı koşullarla sağlanması gereklidir.

Gerçekten de işverence edimin tek taraflı olarak tüm işçilere veya işçilerin belirli bir bölümüne sağlanması ve böylece işyerinin bütününe veya belirli bölümlerinde uygulama bakımından yeknesak bir çalışma şartının oluşturulması gerekir. Söz gelimi işverenin, vasıflı bir işçisine tek yanlı olarak bazı haklar vermesi, sadece o işçi bakımından bir iş sözleşmesi hükmü oluşturabilir; genellik niteliği taşımadığından, böylesi bir uygulama, bir genel iş koşulu ve işyeri uygulaması sayılamaz.⁷

Keza, uygulamanın devamlı olması, belirli bir süre tekrarlanması halinde bağlayıcı bir işyeri uygulamasının varlığından söz edilebilir.

Bir uygulamanın genel iş koşulu haline gelmesi için kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçü verilmesi olanaklı değildir. Ancak, dürüstlük kuralına göre işçilerin, uygulamanın işyerinde mutlak bir davranış haline geldiği ve gelecekte de devam edeceği kanısına varmalarına yetecek bir süre olması yeterlidir.⁸

Yönetim hakkı, işletme risklerinin işverene ait olmasının doğal bir sonucudur ve hakkın kaynağı iş sözleşmesidir.

Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında ikramiyenin üç yıldan fazla ödenmesi halinde bir işyeri uygulaması oluştuğuna ve işçinin bundan sonra ikramiyenin aynı koşullar çerçevesinde ödenmesi yönünde bir talep hakkının doğduğuna hükmetmiştir.⁹

Bunun gibi, kural olarak uygulamanın aynı nedenlerle yapılması da işyeri uygulamasının oluşmasında önem taşır. İşverence aynı nedene bağlı olarak yıllarca devamlı bir ödeme yapılmışsa, bu konuda bir işyeri uygulaması oluşmuş demektir. Bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması, sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan husus, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmasıdır. Bu nedenle, işveren tarafından tek yanlı olarak bir ödemenin yapılması yönünde devamlı bir uygulama oluşturulmuş, ancak ödemenin miktarı konusunda henüz belirgin bir ilke ortaya çıkmamışsa, miktarın hakkaniyete göre belirlenmesi gerekir.¹⁰

Buna karşılık, ödeme her yıl devamlı olarak, aynı tutarda veya aynı hesap yöntemi ile yapılmışsa, makul bir süre sonra işyeri uygulamasının o miktar üzerinden oluştuğu, yahut aynı hesap yöntemine göre yapılması gerektiği sonucuna varılacaktır.

İşverenin, bir ödemeyi belirli koşulların (örneğin, hastalık ve mazeret izni kullanmama ya da verimlilik gibi) gerçekleşmesine bağlı tutması da işyeri uygulamasının oluşumuna engel değildir. İşçiler, yıllar süren devamlı bir uygulama sonucu, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde belirli bir ödemenin yapılacağını dürüstlük kuralı gereği beklemekte haklı iseler, bu koşul gerçekleştiği takdirde söz konusu ödemeyi isteyebilirler.¹¹

Belirtilmelidir ki, işveren uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutarak, işçilere belirli bir süre tek yanlı bir ödemede bulunmuş ise, sonraki yıllarda bu ödemeyi yapmakla yükümlü tutulamayacaktır. Çünkü, vazgeçme hakkının saklı tutulduğu hallerde gelecek açısından bir bağlayıcılık doğmayacaktır.¹²

Aynı şekilde işverence hata sonucu verilen hak-

lar, uzun bir zaman süreci içinde uygulamaya konu olsalar dahi, bir işyeri uygulaması oluşturmazlar. Yargıtay da toplu iş sözleşmesinin yanlış uygulanmasından bir iş şartının oluşmayacağını kararlaştırmıştır.¹³

Keza, işverence bazı konularda işçilere gösterilen hoşgörünün (örneğin, işe gecikmeler veya verilen bazı zararlara göz yumulması) de bir işyeri uygulamasına dönüşmesi söz konusu olamaz.

İşyeri uygulamaları, işçilerin örtülü kabulleriyle iş sözleşmesi hükmü haline geldiğinden, İş Yasası'nın 22. maddesinde "işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulu"na yer verilmiştir. İşyeri uygulamaları ile, yasalara ve toplu iş sözleşmelerine göre ancak işçi lehine çalışma koşulları oluşturulabilir. İş yasalarının emredici hükümlerine ve toplu iş sözleşmelerine aykırı ve işçi aleyhine işyeri uygulamaları geçersiz olduğu gibi, işyeri uygulamalarının iş sözleşmesi ve iç yönetmelik hükümlerine göre işçi aleyhine çalışma koşulları oluşturması da söz konusu olamaz. Yargıtay da iş sözleşmesinde yer alan ücret artışına ilişkin hükmün işverence uygulanmamasına işçinin altı ay süre ile ses çıkarmamasının, bunu bir iş koşulu (iş sözleşmesi hükmüne dönüşen işyeri uygulaması) haline getirmeyeceğini isabetle kararlaştırmıştır.¹⁴

4. İşverenin Yönetim Hakkı

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan birisi de işverenin yönetim hakkıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, süreklilik arzeden iş ilişkisi içinde sonradan ortaya çıkabilecek tüm ihtiyaçların önceden belirlenerek daha başlangıçta bunların tümüne iş yasaları, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile çözüm getirilmesi olanaklı değildir. Bu sebeple, iş sözleşmelerinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu iş, genellikle "çerçeve" niteliğinde belirlenir; işin ayrıntılarına kural olarak yer verilmez. İşin görülmesine ilişkin ayrıntılar boş bir alan olarak kalır. Bu boş alanı işveren, yönetim hakkını kullanarak doldurur.

Yönetim hakkı, işletme risklerinin işverene ait olmasının doğal bir sonucudur ve hakkın kaynağı iş sözleşmesidir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak işçinin edimini tür, yer ve zaman olarak belirler, somutlaştırır.¹⁵

4857 sayılı İş Yasası'nın 8. maddesi, "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi,

diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” tanımını getirmiştir.

Buna göre işçi, iş görme edimini işverenin yönetim, gözetim ve denetimi yani otoritesi altında yerine getirir. Bu otorite-bağımlılık ilişkisi meşruluğunu, sözleşme ile bağımlılık altına giren işçinin bu hukuki durumu kendi özgür iradesiyle kabullenmesinden alır.¹⁶

Yönetim hakkının sınırları

Yönetim hakkı, bir yandan iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda çalışma koşullarının belirlenebilmesine olanak tanırken, diğer taraftan mevcut çalışma koşullarında değişikliğe de imkân vermektedir. Bu sebeple, yönetim hakkının sınırının tespiti önem taşımaktadır. Gerçekten de, yönetim hakkının kullanımı, tek yanlı bir edim belirleme yetkisini ifade eder. Bu yüzden tüm karşılıklı borç ilişkilerinde olduğu gibi, iş sözleşmesinde de ahde vefa prensibi uyarınca, işçinin korunması gerekli menfaatleri, işverenin bu tek yanlı edim belirleme yetkisini objektif iyi niyet ölçüleri içinde ve sıkı sınırlar dahilinde kullanmasını gerektirir.¹⁷

Yönetim hakkının sınırlarının tespiti, çalışma koşullarının işverence tek yanlı değiştirilmesinde işverenin hareket alanını belirlediği gibi, değişikliğin yöntemini de belirlemektedir. Çünkü, işverenin yönetim hakkının dışında kalan alanlarda herhangi bir değişiklik, ancak İş Yasası'nın 22. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir.¹⁸

İşverenin yönetim hakkı, iş ilişkisini düzenleyen kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer aldığından, daha üstte yer alan kaynaklar, yönetim hakkına belirli sınırlamalar getirmiştir. İş yasalarının emredici (mutlak-nispi) hükümleri, işverenin yönetim hakkını kullanmasını engeller. Bu yasaların sadece emredici hükümleri değil, yedek hukuk kuralları da yönetim hakkını sınırlarlar. Gerçekten, yedek hukuk kuralları, sözleşmenin taraflarınca aksi kararlaştırılabilen, ancak aksi kararlaştırılmamışsa uygulama alanı bulan kurallardır. Taraflarca yedek hukuk kuralının aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşme hükmü uygulanacak; buna karşılık bu yönde bir düzenleme yapılmamışsa, yasadaki yedek hukuk kuralı uygulama alanı bulacaktır; her iki durumda da işverenin yönetim hakkından söz edilemeyecektir.¹⁹

Yönetim hakkı, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesinde belirlenen koşullarda kural olarak işverenin yönetim hakkı yoktur ve bu sebeple, sözleşmeyle belirlenen koşullar, yönetim hakkı çerçevesinde işverence tek yanlı olarak değiştirilemez.²⁰ Dolayısıyla, iş sözleşmesinde ne kadar çok ayrıntıya yer verilirse, işverenin yönetim hakkı kapsamında talimat verme hakkı da o ölçüde sınırlanmış olur. Aynı şekilde, gerek işyeri iç yönetmelikleri, gerekse iş şartı niteliğini kazanmış işyeri uygulamaları, iş sözleşmesi hükmünde olduklarından, işverenin yönetim hakkının üstünde yer alırlar.²¹

İşverenin yönetim hakkının dışında kalan alanlarda herhangi bir değişiklik, ancak İş Yasası'nın 22. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir.

Yönetim hakkının kullanılması, bu hakkın kendi amacıyla da sınırlıdır. Bu hak, işverene, işyerinde işin görülmesinin, işyerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tanınmıştır. Bu nedenle, işveren işçiye işyeri dışındaki davranışları ya da özel yaşantısı konusunda talimatlar veremez. Bu sınır, işçinin kişilik haklarının korunmasının bir gereğidir.²²

İşverenin işçiyi gözetme borcu, yönetim hakkının bir diğer sınırı oluşturur.²³ Bu sebeple işveren, işçiyi gözetme borcuna aykırı olarak, onun kişilik haklarını ihlâl edecek veya iş sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte bir talimat veremez.

Aynı şekilde, işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar, yerine getirilmesi olanaksız, ya da kamu düzenine, hukuka, genel ahlâka aykırı olamaz.

Yönetim hakkının; yapılacak iş, işin ifa edileceği işyeri ve ücret bakımından sınırları ise, şu şekilde belirlenebilir: Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesi, yönetim hakkının kaynağı olduğundan; sözleşme, bu hakkın sınırını da belirler. İşveren kural olarak, iş sözleşmesinde belirlenen çalışma koşullarının değiştirilmesinde yönetim hakkına dayanamaz. İşçinin göreceği iş, sadece “çerçeve”

niteliğinde tanımlanmışsa; örneğin, düz işçi, uzman işçi, satış elemanı vb. gibi, veya meslek ya da meslek dalı olarak nitelendirilmişse, işveren, işçiden ancak bu kapsam içinde farklı işlerde çalışmasını isteyebilir. Salt temizlik işçisi olarak işe alınan birisinin pres başında çalışması istenemez; fakat, temizlik işi olmak kaydı ile, farklı işlerde çalıştırılması mümkündür. Bir diğer ifade ile işveren, işçiden ancak onun kişisel nitelikleri ile bağdaşan işlerin görülmesini isteyebilir. Keza, işçinin uzun süre belli bir işte çalıştırılması, kural olarak bu iş sözleşmesinin konusu haline getirmemekle birlikte, örtülü somutlaştırmanın kabul edilebildiği, (örneğin, işçinin bu iş için eğitilmesi gibi) durumlarda yönetim hakkının sınırları bu çerçevede belirlenmelidir.²⁴

İş değişikliği bakımından işverenin yönetim hakkı aynı değerdeki işlerle sınırlıdır. Bu noktayı belirleyici unsurlar, ücret ve işin sosyal değeridir.

yatında zorluklar yaratacak nitelik taşıyorsa, bu hal esaslı değişiklik olarak kabul edilir. Yargıtay da, iş sürelerinin geceye kaydırılması ve işçinin hafta sonu çalışmaya zorunlu tutulmasını esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir.²⁶

İşin yapılacağı yer (işyeri) de iş sözleşmesi ile belirlenir. İş sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde işveren, yönetim hakkına dayanarak işin yapılacağı yeri belirler. İşçinin bir başka işyerinde çalıştırılması, kural olarak işverenin yönetim hakkı kapsamına girmez. Diğer işyerinin, işverene ait aynı işkolunda veya aynı şirketler topluluğu bünyesinde bir işyeri olması sonucu değiştirmez. İşveren bu yöndeki bir değişikliği ancak Yasanın 22. maddesi kapsamında gerçekleştirebilir.²⁷

Niteliği gereği, değişen yerlerde ifa edilmesi gereken işlerde çalışanlar, (örneğin, temizlik elemanları, tanıtım elemanları, satış temsilcileri, dış mon-

Yönetim hakkı, çalışma koşullarının tek yanlı olarak belirlenmesi veya değiştirilmesi bakımından işverene ancak yatay bir alanda hareket olanağı vermektedir.

Ücret aynı kalsa bile, işveren işçiyi işyerindeki hiyerarşi içinde sosyal statü bakımından daha düşük değerde bir işe veremez. Ancak, zorunlu nedenlerin varlığı; örneğin, doğal afet veya bir başka işçinin beklenmeyecek bir şekilde işe gelememesi halinde işveren, işletme zararının önüne geçebilmek amacıyla, işçiyi sözleşmede kararlaştırılan iş dışındaki işlerde de çalıştırabilir. Şu kadar ki, önceden görülebilir nitelikteki sipariş artışı, nakliye sorunları, organizasyon bozukluğu gibi etkenler, zorunlu neden oluşturmaz.²⁵

Çalışma süreleri, yasanın emredici hükümleriyle düzenlendiği için, işverenin yönetim hakkı kapsamında tek yanlı olarak ücrette azalma ile birlikte bu sürelerin kısaltabilmesi mümkün değildir. İş süresinin aşılması ise, yasanın fazla çalışma konusunda öngördüğü esaslara tabidir. Bu sebeple işverenin bu alanda yönetim hakkı, sadece çalışma zamanını kapsar. İşveren, yasal çerçevede olmak kaydı ile yönetim hakkı kapsamında işin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmeleri ve vardiya düzenini belirleyebilir. Ancak, çalışma saatlerindeki değişiklikler ücreti etkilemese bile, işçinin özel ha-

taj işlerinde çalışanlar, yapı işlerinde çalışanlar vb. gibi) tek taraflı olarak farklı ve değişen işyerlerinde görevlendirilebilirler.²⁸

İşyerinin değiştirilmesi ve taşınması konusunda karar yetkisi, kuşkusuz işverene aittir. Ancak, sözleşmede konuya ilişkin açık hüküm bulunmaması halinde, her iki işyeri arasındaki uzaklık, değişikliğin işçiyi bağlayıp bağlamayacağı bakımından belirleyicidir. Yeni işyerinin eski işyerine uzak olmadığı, yeni işyerinin işçinin yaşam alanı dışında bulunmadığı durumlarda çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikten söz edilemez.²⁹

Özetle denebilir ki, yönetim hakkı, çalışma koşullarının tek yanlı olarak belirlenmesi veya değiştirilmesi bakımından işverene ancak yatay bir alanda hareket olanağı vermektedir. İşçinin aynı değerde işe verilmesi, aynı sosyal statü içinde çalıştırılması, aynı ücret seviyesindeki işlerde ve aynı işyerinde görevlendirilmesi, aynı iş süresi fakat aksine bir düzenleme olmamak kaydı ile, farklı başlangıç ve bitiş saatlerinin kararlaştırılmasında işveren, çalışma koşullarını belirler veya değiştirebilir.³⁰

İşyerinde yürütülen işin nerede, ne zaman, na-

sıl yapılacağını düzenleyen; yöntem veya tekniğini belirleyen işveren talimatları işin görülmesine ilişkindirler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerine, ara dinlenmelerinin nasıl uygulanacağına, yıllık izinlerin kullanma zamanına, işyerinde işin dağıtımına ya da kullanılacak araç ve gereçler ile tekniklere ilişkin verilecek talimatlar vb. bu tür talimatlardır.

İşçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar ise, işin görülmesi ile doğrudan ilişkisi bulunmayan, işyerinde belirli bir düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik işyeri koşullarını belirleyen talimatlardır. İşyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kurallar, mekânların kullanımı, kaza ve yangın olaylarında yapılacak işler, işyerinde sigara içilmesi, hastalık halinde uyulacak kurallar vb. bu niteliktedir.

III- ÇALIŞMA KOŞULLARINDA “ESASLI” DEĞİŞİKLİK

İşverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan ve iş ilişkisindeki denge ve düzen unsurlarına müdahale niteliğinde olan değişiklikler, esaslı değişiklik olarak kabul edilir.³¹ Kural olarak, çalışma koşullarındaki değişikliklerin işçi lehine gerçekleştirilmesi durumunda yönetim hakkının aşılmasından söz edilemez. Ancak, somut olayın koşulları, böylesi bir değişikliğin de esaslı değişiklik olarak nitelendirilmesini gerektirebilir.

Aslında çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklik yapmak da sözleşmede değişikliklerdir ve genel hükümlere göre, esaslı olsun veya olmasın, tüm çalışma koşulu değişikliklerinin her iki yanın rızası ile yapılması gerekir. Ancak kanun koyucu, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile yönetim hakkının karşılıklı sınırlarını belirlerken, yönetim hakkı lehine, genel sözleşme hukuku ilkelerinden ayrılarak, işverene esaslı olmayan çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisini vermek suretiyle, onun yönetim hakkının alanını genişletmiş; yönetim hakkının kullanılmasından kaynaklanan değişiklikleri hükmün kapsamı dışında bırakmıştır.³²

İş sözleşmesi ile belirlenen esaslı çalışma koşulları, sözleşmenin birinci derecede unsurlarıdır. Bunlar; ücret, ücret ekleri, yapılan iş, çalışma yeri ve çalışma saatleri olarak sayılabilir. Esaslı olmayan çalışma koşulları ise, sözleşmenin ikinci derece unsurları (örneğin, işyeri içinde benzer yahut

İşverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan ve iş ilişkisindeki denge ve düzen unsurlarına müdahale niteliğinde olan değişiklikler, esaslı değişiklik olarak kabul edilir.

eşdeğerde işlere nakiller, izinli ya da raporlu iş arkadaşının yerine geçici olarak işyeri içinde veya dışında görevlendirmeler vb.) olabileceği gibi, sözleşmenin unsuru niteliği taşımayan çalışma koşulları da (örneğin, işçinin çalıştığı kat, kalıp işçisinin hangi tezgâhta çalışacağı, şoför olan işçinin hangi aracı kullanacağı vb.) olabilir.³³

Bununla birlikte, esaslı değişiklik-esaslı olmayan değişiklik ayrımı konusunda her olay için geçerli olabilecek tek bir ölçüt verilemeyeceği açıktır. Gerçekten de, örneğin, kamyon şoförü olarak çalışan bir işçinin tır şoförü olarak çalıştırılmak istenmesi halinde, bu değişiklik işçinin durumunu esaslı ölçüde ağırlaştırıyor, işçiden beklenemeyecek ölçüde ifayı güçleştiriyor ise, kullanılan aracın niteliğinin sözleşmenin esaslı unsuru haline geldiği ve yapılan değişikliğin de esaslı değişiklik olduğu sonucuna varılabilecektir. Bunun gibi örneğin, işçiye daha yüksek değerinde bir iş verilmesinin daha fazla sorumluluk yükleme, ya da çalışma koşullarını ağırlaştırma gibi sonuçları varsa, böyle bir değişiklik de esaslı değişiklik olarak değerlendirilir.³⁴ Bu nedenle, hangi değişikliğin esaslı, hangi değişikliğin esaslı olmayan değişiklik olduğu somut olaya göre belirlenecektir.

22. madde hükmünün açık anlatımından, 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, değişikliğin niteliğine bakılarak, esaslı değişiklik-esaslı olmayan değişiklik ayrımının, 4857 sayılı Yasa'da da korunduğu; bu sebeple, Yargıtay'ın 1475 sayılı Yasa döneminde ne zaman bir değişiklik esaslı bir değişiklik oluşturur ekseninde belirlenen içtihatlarının 4857 sayılı Yasa döneminde de geçerliliğini koruyacağı anlaşılmaktadır.³⁵ Bugüne kadarki Yüksek Mahkeme kararlarında, işçinin değişiklikten önce ve sonraki menfaatlerinin karşılaştırılması sonucu, -zararına ya da aleyhine- durumunu ağırlaştırıcı değişiklikler, esaslı değişiklik olarak nitelendiril-

Hangi değişikliğin esaslı, hangi değişikliğin esaslı olmayan değişiklik olduğu somut olaya göre belirlenecektir.

miştir. İşverenin değişiklik yapması için işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedeninin bulunup bulunmadığı, değerlendirme açısından önemli değildir. Değişiklik için işveren makul bir nedene sahip olsa bile, işçi haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilir.³⁶

IV- ESASLI DEĞİŞİKLİK HAKKININ SAKLI TUTULMASI

1475 sayılı Yasa, 16/II-(e) maddesi hükmü ile, işverenin iş sözleşmesinde çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutabileceğini öngörmüştü.

4857 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin Bilim Kurulu'nca hazırlanan ilk şeklinde (Tasarı md. 23) de değişiklik hakkının saklı tutulabileceğine ilişkin düzenlemeye açıkça yer verilmişti. "İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu halde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde..." esaslı değişikliğe ilişkin birinci fıkra hükmünün uygulanmamasını öngören bu hüküm, Yasama Meclisi tarafından madde metninden çıkarılmıştır.

Burada soru şudur: Yasalaşma sürecinde böyle bir değişikliğe uğrayan 22. maddenin mevcut hükmü karşısında işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutan sözleşme kayıtları yine geçerliklerini koruyacak mıdır? Ya da Yargıtay'ın; "İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle yasama organı boşa geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur. 34. maddenin bu düzenlemesine göre işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin ücretini işverenden talep etmesi mümkün değildir."³⁷ şeklindeki kabulünden yola çıkılarak, "yasa koyucu

işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutabileceğine ilişkin hükmünü yasa metninden çıkararak bu konudaki iradesini açık olarak ortaya koymuştur. Bu nedenle artık işverenin böyle bir hakkı yoktur, bu yöndeki sözleşme kayıtlarına geçerlik tanınmaz" mı denmelidir?

Bu yazının konusu olmadığı için burada sadece, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararını hukuka uygun bulmadığımızı belirtmekle yetinelim.

Öğretide bir grup yazar, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulmasına ilişkin kayıtların bu yasa döneminde de mümkün olduğunu belirtirken³⁸, bazı yazarlar da Meclisteki yasama çalışmalarını esas alarak, bunun mümkün olmadığı yönünde görüş açıklamışlardır.³⁹ Yüksek Mahkeme de bu ikinci görüş doğrultusunda toplu iş sözleşmesiyle değişiklik yetkisinin işverene verildiği bir olaya ilişkin 26.1.2004 tarihli kararında; toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü ile 22. madde hükmünü karşılaştırmış ve 22. maddenin işçi lehine olduğunu belirterek, anılan hüküm çerçevesinde (işçinin bir başka işyerine nakline ilişkin) yetkinin saklı tutulamayacağı yönünde karar vermiştir.⁴⁰ Ne var ki, aynı Daire, 7.7.2005 tarihli bir başka kararında⁴¹ ise, "Davacının işe girerken imzaladığı sözleşme ve taahhüname işverenin diğer işyerlerine atanmayı ve oralarda görev yapmayı kabul etmiş bulunmaktadır. İşveren hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracığını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahiptir. Bu işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir. İşverenin bu hakkını kötüye kullandığı kanıtlanmadıkça, hakim işverenin eylemine müdahale hakkına sahip değildir." gerekçesi ile birinci kararın tam tersi yönde bir hüküm kurmuştur.

İş sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Bu sürekli ilişkide işçinin korunması ilkesinden vazgeçilmeksizin, işletmelerin teknolojik ve ekonomik koşullara uyum sağlayabilmeleri de bir gerekliliktir.⁴² Bu nedenle, çalışma ilişkilerinde esneklik, 4857 sayılı Yasa'nın genel amaçları arasında sayılmıştır. Denkleştirme çalışması, çağrı üzerine çalışma, telafi çalışması, ödünç iş ilişkisi gibi esnek çalışma enstrümanlarının tümüne yer veren ve sözleşme serbestisi ilkesini gözardı etmeyen yasa koyucunun; Tasarıda yer alan bir hükme Yasada yer vermemekle, çalışma koşullarında değişiklik konusunda katı bir düzenlemeyi amaçlamış olduğunu söylemek güçtür.

Tasarı'da yer almasına rağmen Yasa metninde yer verilmeyen, "İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağını" öngören hükmün, bu elemeye tabi tutulmuş olması, maddenin birinci fıkrasının işlerliği bakımından son derecede isabetlidir. Zira, bu hüküm korunsa idi, 22. maddenin birinci fıkrasının uygulama alanı bulması asla söz konusu olamayacak; bu hüküm kapsamında gerçekleştirilen değişikliklerin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması istenemeyecek, bir diğer söyleyiş ile değişiklik, geçerlilik (hakkaniyete uygunluk) denetimine tabi tutulamayacaktı. Dolayısıyla, son anda bu hükmü kanun metninden çıkaran yasa koyucunun asıl amacının, işverenin değişiklik yetkisini saklı tutma hakkını yasaklamak

de hükümleri ile doğrudan ilgilidir. İşverenin saklı tuttuğu değişiklik kayıtları, 22. madde kapsamında değerlendirilerek içerik ve yürürlük denetimine tabi tutulmadığı takdirde, iş güvencesinden söz etmenin bir anlamı kalmayacak; aşağıda görüleceği üzere, 1475 sayılı Yasa dönemi uygulamaları aynen sürdürülebilecektir.

Sözleşmenin kurulması sırasında işveren tarafından saklı tutulabilecek değişiklik kayıtlarının, mevzuatın emredici hükümlerine, işçinin kişilik haklarına ve anayasal özgürlüklerine aykırı olmayacağı ve bunlara geçerlilik tanınmayacağı tartışma dışıdır. Bu tür kayıtlar, genellikle işverenin bağımlılık unsurunu ve ekonomik gücünü kötüye kullandığı kayıtlardır.⁴⁵ İşçinin kişilik haklarını (her türlü işe verilme), davranış serbestisini kısıtlayan (çalışma sürelerinin belirlenmesini tamamen işve-

Akit serbestisi çerçevesinde sözleşme yapılırken tarafların tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

değil, işverenin saklı tuttuğu değişiklik yetkisini de denetim altına almak sureti ile, maddenin birinci fıkrasının işlerliğini korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, akit serbestisi çerçevesinde sözleşme yapılırken tarafların tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.⁴³

Yasanın amacı, işçinin, fiili anlamda irade özerkliğine sahip olamaması nedeniyle, kötüniyetli uygulamalara ve dayatmalara karşı korunmasıdır. Şu halde, tartışılması gereken yön, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tuttuğu kayıtların bağlayıcı olup olmadıkları değil, bunların geçerlilik sınırlarının ne olduğu ya da ne olması gerektiğidir.⁴⁴

Bu itibarla, sözleşmenin kurulması sırasında saklı tutulmuş olan değişiklik hükümlerinin de 22. madde kapsamında değerlendirilerek, hem içerik, hem de yürürlük denetimine tabi tutulması zorunludur. Yasanın genel amacı ve iç bütünlüğünün korunması ve bu bağlamda iş güvencesi hükümlerinin işlerlik kazanması da buna bağlıdır. Gerçekten de, değişiklik feshini düzenleyen 22. madde, Yasanın iş güvencesini düzenleyen 18 ilâ 21. mad-

rene bırakan) veya edimler arası dengeyi bozacak şekilde ekonomik riski işçiye yükleyen kayıtlar vb. gibi...

Şu hale göre, tüm çalışma koşullarında değişiklik yapılabileceğine ilişkin bir kayıt geçerli kabul edilmeyeceği gibi; keyfi ve objektif koşullara bağlı olmayan bir uygulamaya da geçerlilik tanınmaz. Bunun gibi, iş ilişkisinin ana unsurları olan ücret ve iş görme edimlerini temelden değiştiren kayıtlar geçerli kabul edilemez. Aynı şekilde, çalışma süreleri ve zamanı bakımından iş ilişkisini tümüyle değiştiren uygulamalar da geçerli sayılmazlar.⁴⁶

Bunların yanında, sözleşmede kararlaştırılan kayıtlar çerçevesinde işin ifasının dürüstlük kuralına göre işçiden beklenemeyeceği veya kayda uygun ifanın işveren tarafından talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda, işçinin ifadan kaçınma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle geçerli kabul edilebilecek bir değişiklik kaydının uygulanması da MK. md. 2 hükmüne aykırı düşmemelidir.⁴⁷ Hakkın kullanımı, dürüstlük kurallarına uygun olmalı, amacı kapsamında kullanılmalı, işverenin işçiye koruma ve gözetme borcu ile çelişmemelidir.

V- İŞ YASASI'NIN 22. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ESASLI DEĞİŞİKLİK REJİMİ

4857 sayılı İş Yasası'nda çalışma koşullarında değişiklik rejimi düzenlenirken, 1475 sayılı Yasa dönemi uygulamalarının sakıncalarını giderme amacının yanında, iki farklı gereksinim arasında da bir denge kurma arayışının gözetilmiş olduğu söylenebilir.⁴⁸

Hukukun genel ilkesi olan ahde vefa prensibi gereğince, bir sözleşmenin (değişiklik yönünde), karşılıklı anlaşma bulunmadığı sürece, aynı koşullarda sürdürülmesi esastır. Buna karşın, belirli ya da belirsiz süreli, fakat sürekli bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinin, sürdürülebilmesi ve varlığının korunması, ancak değişen ekonomik ve teknolojik koşullara uyumunun sağlanması ile mümkün olabilmektedir.

Bu nedenle, bir yandan sözleşmenin değişen koşullara uyum sağlaması yolları açık tutularak olası bir feshi önlemek; diğer yandan da taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde yanlardan birinin diğerine tek taraflı değişiklikleri dayatmasını engellemek, yasa koyucunun düzenlemede esas aldığı iki temel unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁹

Değişiklik rejimini düzenleyen 22. madde gerekçesinde de;

“Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.” demek sureti ile bu iki unsurun esas alındığı belirtilmiştir.

1475 sayılı Yasa döneminde çalışma koşullarında esaslı değişiklik rejimi özel olarak düzenlenmemekle birlikte, işverence çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirildiği hallerde (işverence bu hak saklı tutulmamış ise) işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı tanınmıştı.

1475 sayılı Yasa'nın m.16/II (e) fıkrası “... yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa; (sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla)” hükmünü taşımaktadır.

Buna göre işveren, esaslı olmayan değişiklikleri tek taraflı emir ve talimatı ile gerçekleştirebilir; ça-

alışma koşullarında esaslı bir değişiklik yaptığında ise işçi; ya bu değişiklikleri kabul zorunda kalıyor, ya da iş akdini haklı nedenle feshederek (eğer işveren iş sözleşmesi ile iş koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkını saklı tutmuş ise, bu takdirde haklı nedenle fesih hakkını da kullanamıyordu) sadece kıdem tazminatını talep edebilir; sözleşmeyi kendisi feshettiği için, ihbar tazminatı da alamıyordu.

Gerçekten de anılan dönemde yargının, işçinin rızası alınmadan yapılan değişiklikleri sözleşme ihlâli değil de sözleşme değişikliği olarak görmesi; çalışma koşullarını tek yanlı olarak değiştirmek isteyen işverenin değil de, bunu kabul etmeyen işçinin sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı⁵⁰ sonucuna varması; keza, işverenin tek taraflı dayatması karşısında suskun kalan işçinin tutumunu “zımnî kabul”⁵¹ olarak değerlendirmesi gibi hiç de isabetli olmayan ve hukuka uygun bulunmayan kabulleri, yasal düzenleme ile birleşince, hukuki yapı; işçiye ya sözleşmeyi m.16/II (e) hükmü uyarınca altı işgünü içinde haklı nedenle feshetme, ya da değişikliği kabullenme seçeneklerinin sunulduğu bir hale bürünmüştü. Ahde vefa ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bu yapı, sadece çalışma koşullarının değiştirilmesinde değil; yaygın bir şekilde, işten çıkartılması plânlanan işçiye kabul edemeyeceği koşullar dayatılarak, sözleşmeyi feshe zorlanması biçiminde de kullanılmaya başlanmıştı.⁵²

1475 sayılı Yasa, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisini sözleşme ile saklı tutmuş olan işverenin tek yanlı olarak bu değişiklikleri yapabileceğini hüküm altına aldığı gibi, bu yetki sözleşmede saklı tutulmamış olsa dahi, tek taraflı esaslı değişiklik teklifi ile karşılaşan işçiye sadece derhal fesih hakkı tanımak suretiyle, işverene hukuken tek taraflı değişiklik yetkisinin bulunmadığı bir durumda da çalışma koşullarını dolaylı yoldan değiştirme olanağı tanımıştı.

Oysa, iş sözleşmesinin devamı sırasında işçinin kendi aleyhine olan sözleşme değişikliklerini bağımlılık unsurunun baskısı ile kabullenmek zorunda kaldığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu sebeple, böyle bir yapıda tarafların sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca çalışma koşullarında diledikleri gibi değişiklik yapabileceklerini kabul etmek kolay olmadığı gibi, böylesi bir kabul, iş hukukunun kamu düzenine ilişkin niteliği ve genel amacı ile de bağdaşmaz.

İşçinin kendisine yöneltilen değişiklik teklifi karşısında kabul ya da red yönünde bir bildirimde bulunma zorunluluğu yoktur.

4857 sayılı Yasa, bu noktada 1475 sayılı Yasa'ya oranla önemli bir düzenleme getirmiştir. Yasanın 22. maddesi ile; çalışma koşullarında değişiklik, esas itibarıyla tarafların anlaşması esasına bağlanmıştır; sadece tek yanlı dayatmaların önüne geçerek, tarafların anlaşmasını güvenceye almaya yönelik önlemler getirmiştir. Bilinmektedir ki, taraflardan birinin sözleşmeye tek yanlı müdahalesinin önlenmesi, iş hukukuna özgü bir özel koruma olmayıp, sözleşmeler hukukunun temel esaslarından biridir.⁵³

Yasanın 22. maddesine göre;

“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Bu hükümle, çalışma koşullarında esaslı değişiklik, sadece işçiye haklı fesih hakkı veren bir neden olmaktan çıkarılmış; değişiklik yöntemi sıkı koşullara bağlanmış, esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, sözleşmenin işverence feshedilebileceği öngörülmüştür.⁵⁴ Bununla birlikte, işçinin haklı nedenle fesih halleri arasında çalışma koşullarında esaslı değişikliğe, İş K. md. 24/II-f'de “...çalışma şartları uygulanmazsa” ifadesiyle yer verilmek sureti ile, işçinin bu hakkı seçimlik bir hak niteliğinde korunmuştur.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile, “iş güvencesi” ve “fesih” arasında bağlantı kurulmuş; güvence kapsamına giren işçilere güvenceden yararlanabilme olanağı getirilmiştir. Bu yolla iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından esaslı değişikliğin geçerli bir nedene dayanmaması veya fesih için geçerli bir nedenin bulunmaması durumunda, geçersiz feshine ilişkin tüm hukuki sonuçlar ortaya çıkacak; güvence kapsamı dışındaki işçiler bakımından da, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kötüniyet tazminatı talep olanağı doğacaktır.

1. Esaslı Değişiklik Yöntemi

Çalışma koşullarındaki değişiklik teklifi, hukuki niteliği itibarıyla bir icap olup, bir icabın taşınması gereken tüm özellikleri taşımaktadır. 22. madde uyarınca işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Değişiklik tekliflerinin sözlü ya da ilân biçiminde değil, her bir işçiye ayrı ayrı ve yazılı yapılması gerekir.⁵⁵

İşçi, önerilen bu değişikliği kabul ettiğini altı iş günü içinde işverene yazılı olarak bildirmediği takdirde, değişiklik, işçiyi bağlamayacaktır. Öğretide bazı yazarlar, işçinin red iradesini “altı iş günü içinde” açıklamak zorunda olduğu görüşündedirler.⁵⁶ Oysa, maddenin, “... işçi tarafından altı işgünü içinde” yazılı olarak kabul edilmeyen” değişiklikler ifadesinden bu sonucun çıkarılması mümkün değildir.

İşçinin altı iş günü içinde red yönündeki iradesini açıklama mecburiyetinde olduğunun varsayılması, bizi, bu süre itirazsız geçtikten sonra değişikliğin işçi tarafından kabul edilmiş sayılacağı, bir diğer ifade ile, örtülü kabul sonucuna götürür ki, amaç bu değildir. Tam tersine Yasa, değişikliğin geçerli olabilmesini işçinin açık kabulüne bağlı kılmıştır. Bu düzenleme ile, 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, dayatılan sözleşme değişiklikleri karşısında sessiz kalarak, iş görme borcunu ifaya devam eden işçinin tutumunun, bir zımni kabul olarak nitelendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

İşçinin kendisine yöneltilen değişiklik teklifi karşısında kabul ya da red yönünde bir bildirimde bulunma zorunluluğu yoktur. Suskun kalması, kural olarak işveren tarafından önerilen değişikliği kabul etmediğini gösterir. Şu kadar ki, iş, işyeri ve

çalışma saatleri değişikliği gibi fiili çalışma koşullarına özgülenen değişiklik isteklerinde, işçinin; işverenin isteğine uyarak önerilen yeni iş veya yerde ya da çalışma saatlerinde çalışmaya başlamasının, yazılı kabul bildiriminde bulunmamasına rağmen, değişiklik isteğini kabul ettiği anlamına geldiği açıktır. Önerilen yeni işte veya işyerinde çalışmaya başlayan işçinin bir süre geçtikten sonra, bu değişikliğin geçerli olmadığını iddia etmesi söz konusu olamayacaktır.⁵⁷

Buna karşın, işçinin ücret ve ücret ekleri gibi parasal haklarına ilişkin bir değişiklik teklifi karşısında suskun kalması, hiçbir şekilde değişikliği zımnen kabul ettiği anlamına gelmez. İşçinin, işverence yapılan ödemeler sırasında eksik ödenen miktarları talep hakkını saklı tuttuğuna ilişkin ihtirazi kayıt koymamış olması da sonucu değiştiremeyecek ve bir süre geçtikten sonra işveren, bu uygulamanın bir iş koşulu haline geldiğini ileri sürmeyecektir.⁵⁸

2. Esaslı Değişikliğin Sonuçları

İşverenin değişiklik teklifi işçi tarafından kabul edildiği takdirde, sözleşme yeni koşullarla devam edecektir.

Değişiklik teklifi kabul edilmeyen işverenin önünde iki seçenek bulunmaktadır: Ya değişiklik teklifinin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu açıklayarak, bildirim sürelerine de uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedecek; ya da değişiklik isteğinden vazgeçerek, sözleşmeyi mevcut koşullarla devam ettirecektir.⁵⁹

Eğer işveren, işçiyi kabul etmediği başka bir iş veya yerde çalışmaya zorluyor ve eski işine almıyor; ya da işçinin ücret, ikramiye gibi parasal haklarını eksik ödüyor ise, işverenin bu tavrı, işveren temerrüdü olarak değerlendirilebileceği gibi⁶⁰, somut olay çerçevesinde işveren tarafından fesih olarak yorumlanacak ve işveren feshine bağlanan hukuki sonuçlar gündeme gelebilecektir. Gerçekten de, iş, işyeri ve çalışma saatleri gibi fiili çalışma koşullarında değişiklik isteğinde ısrar ederek, işçiyi eski işine ya da işyerine almayan işverenin bu tavrı, sözleşmenin feshi niteliğindedir. Buna karşın, işçinin parasal haklarının eksik ödenmesi ise, işveren temerrüdü olarak ortaya çıkar.

İşveren feshine muhatap olan işçi, ihbar tazmi-

natı da dahil olmak üzere, sözleşmenin feshine bağlanan tüm haklarını isteyebileceği gibi, koşulları varsa ayrıca, Yasanın 17/6 hükmü uyarınca kötü niyet tazminatı da talep edebilir. Eğer işçi, iş güvencesi kapsamında ise, feshin geçersizliği savıyla işe iade davası açabilir. Belirtmeliyiz ki, sözleşmeden doğan hakların kullanımı, İş K. md. 18 kapsamında geçerli neden sayılamaz. Bu nedenle, işçinin salt değişiklik teklifini reddetmesi, bu madde bağlamında fesih için geçerli neden olarak değerlendirilemeyecektir.⁶¹

Buna karşın, işveren temerrüdü ile karşı karşıya kalan işçinin önünde üç seçenek vardır. İşçi, iş ilişkisini sürdürmekle birlikte, eksik ödenen hakları için işveren aleyhine yasal yollara (alacak davası, icra takibi) başvurabilir. İş K. md. 34 hükmü uyarınca alacakları tam olarak ödeninceye kadar iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Ya da isterse, İş K. md. 24/II f hükmü uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.⁶²

DİPNOTLAR

- 1 Engin, 314.
- 2 Ekonomi, 157; Yenisey, 113; Alpagut, 52; Engin, 314.
- 3 Çelik, 93; Alpagut, 53.
- 4 Alpagut, 53.
- 5 Çelik, 88; Süzek, 52.
- 6 Süzek, 55.
- 7 Süzek, 56.
- 8 Süzek, 57.
- 9 YHGK, 5.2.2003, 9-11/54; Süzek, 57, dipnot 39.
- 10 Soyer, 43-44; Süzek, 57.
- 11 Süzek, 58
- 12 Soyer, 46; Süzek, İşyeri Uygulamaları.
- 13 Y.9.HD., 20.4.1995, 1995/18 E., 1995/13867 K. Tühis D. Mayıs 1995, 51; Süzek, 59.
- 14 Y.9.HD., 25.5.1995, 3439/18493, Tekstil İşv., Kasım 1995, Kararlar eki; Süzek, 59.
- 15 Centel, 136; Alpagut, 54.
- 16 Süzek, 192.
- 17 Alpagut, 54.
- 18 Engin, 317; Alpagut, 54.
- 19 Taşkent, 17; Süzek, 64-65; Çelik, 94.
- 20 Alpagut, 55; Süzek, 65.
- 21 Taşkent, 138; Süzek, 65.
- 22 Taşkent, 101; Süzek, 65.
- 23 Süzek, 66; Taşkent, 123.
- 24 Yenisey, 122-123; Alpagut, 55.

- 25 Alpagut, 55.
- 26 Y.9.HD. 7.12.1995, 20913/35276. Yenisey, 126; Alpagut, 57 dipnot 37.
- 27 Alpagut, 56.
- 28 Alpagut, 56; Centel, 135.
- 29 Taşkent, 150; Centel, 135; Alpagut, 56.
- 30 Alpagut, 56.
- 31 Alpagut, 57.
- 32 Engin, 316.
- 33 Engin, 316.
- 34 Yenisey, 121; Engin, 317.
- 35 Yenisey, 107; Engin, 317.
- 36 Engin, 318.
- 37 Y.9.HD. 10.2.2005, E. 2004/13259, K. 2005/3782, Kazancı İçtihat Bilgi B.
- 38 Alp, 257; Alpagut, 59; Yenisey, 118-119; Soyer, III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, s.132.
- 39 Güzel, 120; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 170.
- 40 Y.9.HD. 26.1.2004, E. 2003/23105, K. 2004/1204 sayılı karar ve Alpagut'un incelemesi, Çimento İşv. Eylül, 2004, s.52 vd.
- 41 Y.9.HD. 7.7.2005, E. 2004/30947, K. 2005/24233, Kazancı İçtihat Bilgi B.
- 42 Yenisey, 119.
- 43 Yenisey, 119.
- 44 Alpagut, 59.
- 45 Yenisey, 120; Alpagut, 60.
- 46 Alpagut, 60.
- 47 Alpagut, 61.
- 48 Yenisey, 104.
- 49 Alp, 23; Yenisey, 104.
- 50 Y.9.HD. 21.6.1990, 7006/7675 İş Hukuku Dergisi, 251; Y.9. HD. 19.9.1996, 5577/17549 Kılıçoğlu, 545.
- 51 Y.9.HD. 14.3.1996, 31367/5335, Kılıçoğlu, 546.
- 52 Ekonomi, 165; Engin, 316.
- 53 Alp, 34; Yenisey, 107.
- 54 Alpagut, 58.
- 55 Çelik, 223; Yenisey, 127.
- 56 Yenisey, 127.
- 57 Uzun, 71.
- 58 Uzun, 71.
- 59 Uzun, 71.
- 60 Alp, 75. Süzek, 498; Yenisey, 131.
- 61 Yenisey, 131.
- 62 Alp, 75; Alpagut, 58; Yenisey, 131; Uzun, 70.

KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005.
- ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, Sayı: 5.
- CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003.

- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul, 2005.
- EKONOMİ, Münir, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen Şartlara Uyumu, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997.
- ENGİN, Murat: Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İÜHF, 2003, C. LXL, S. 1-2.
- EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası İstanbul, 2004.
- GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2002.
- POLAT, Soyer, Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- SÜZEK, Sarper, İşyeri Uygulamaları, Kemal Oğuzman'a Armağan Ankara, 1997.
- TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- UZUN, Bekir, Yeni İş Yasası Semineri, İTO Yayınları, Yayın No: 2004-31, İstanbul.
- YENİSEY, K. Doğan: Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, Toprak İşveren Sendikası Yayını, İstanbul 2005.

Yrd. Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri

İşverenin eşit davranma borcu hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni bir boyut kazanmış konular arasında yer almaktadır. “Eşit davranma ilkesi” başlıklı İş Kanunu’nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım, 3. ve 4. fıkrasında iş ilişkisinin kurulmasında, ücret ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle her türlü ayırım yasaklanmıştır. İş Kanunumuz yalnızca işçinin temel hakları ile ilgili konulardaki ayrımcılığı yasaklamamış, ayrıca sözleşmenin türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi ve belirsiz süreli çalışan işçi ile belirli süreli çalışan işçi arasında farklı işlem yapamaz (İŞK. m. 5/2, 12, 13). İş Kanunu’ndaki bu nedenler yanı sıra Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesinde sendikal nedene dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Ayrıca, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 14. maddesinde engellilik özel bir ayrımcılık yasağı olarak belirtilmiştir. Böylece iş hukukumuzda eşit işlem

ilkesi katmanlı bir yapıya kavuşmuştur: Bir yanda işverenin genel anlamda eşit işlem borcu varlığını korurken, diğer yanda somut ayrımcılık yasakları geniş biçimde düzenlemeye kavuşmuştur¹.

Somut ayrımcılık yasaklarının bu ölçüde genişlemesi işverenin genel anlamdaki eşit işlem borcunun da daha sık gündeme gelmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin varlığı sözleşmenin feshinde işverenin eşit işlem borcu tartışmalarını alevlendirmiştir. Nitekim Yargıtay, yukarıda belirtilen 4.11.2004 tarihli kararında kavga eden iki işçiden birinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin, 25.4.2005 tarihli kararında ise işyerinde 30 işçi toplantı yapmasına rağmen sadece 4 işçinin işten çıkartılmasının işverenin eşit işlem borcuna aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. İşverenin sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunun varlığı Türk öğretisinde oldukça tartışmalıdır: Bir grup yazar sözleşmenin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcundan bahsedilemeyeceğini, bu konuda işverenin sözleşme serbestisinin esas olduğunu belirtirken², bazı yazarlar sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunun mutlak bir anlam taşımadığının altını çizerek bu görüşü yumuşatmakta³, diğer bir grup yazar

sözleşmenin feshinde de işverenin eşit davranma borcuna uymakla yükümlü olduğu görüşünü savunmaktadır⁴.

İşverenin eşit davranma borcunun temelinde hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi hükmü⁵ ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı gösterilmiştir⁶. Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesi yukarıda belirttiğimiz gibi işçinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan nedenlerle farklı işleme maruz kalmasına karşı bir koruma getirip, bu durum 4857 sayılı yasanın 5. maddesi ile iş hukukunda özel bir biçimde düzenlenmiştir. Sözleşmenin türü nedeniyle ayrımcılık yasağı ayrı tutulmak kaydıyla, 5. maddedeki düzenlemeler çerçevesinde ayrımcılık yasağı, hem temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasının bir temel şartı, hem de kendi başına bir temel hak ve özgürlüktür. Ancak belirttiği-

mesinde sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır. Kural olarak işveren hangi işçinin sözleşmesini sona erdireceğini ve hangi işçilerle iş ilişkisini devam ettireceğini belirlemede serbesttir. Bu sözleşme serbestisinin bir gereğidir. Ancak işveren objektif bir nedene dayanmaksızın, keyfi veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmesini sona erdirip, diğerlerininkini sona erdirmemişse ancak bu takdirde eşit işlem borcu uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim konuya ilişkin yabancı hukuk uygulamaları da bu görüşü desteklemektedir. İşverenin eşit davranma borcu Alman hukuku kökenli bir kavram olup, Alman hukuku etkisi altındaki İsviçre, Türk ve Avusturya hukuklarında işverenin temel borçlarından birisi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle konuya ilişkin Alman hukukundaki görüşler hukukumuzun şekillenmesinde her zaman bü-

İş Kanunumuz yalnızca işçinin temel hakları ile ilgili konulardaki ayrımcılığı yasaklamamış, ayrıca sözleşmenin türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir.

miz nedenler dışında kalan işverenin genel anlamda eşit işlem borcu açısından somut ayrımcılık yasaklarında olduğu kadar mutlak bir ilkedен bahsedebilmek mümkün değildir.

O halde altını titizlikle çizmek gerekir ki bu çalışmada fesihle işverenin eşit davranma borcundan bahsederken kastettiğimiz yasa ile düzenlenen somut ayrımcılık yasakları dışında işverenin genel anlamda eşit işlem borcudur. Yoksa işverenin iş ilişkisinde ve sözleşmenin sona ermesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, gebelik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, sendikaya üyelik ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapamayacağı tartışmasızdır. İşverenin genel anlamda eşit işlem borcu açısından bakıldığında ise sorun dürüstlük kuralları gereği işverenin işten çıkarttığı işçileri arasında eşit işlem borcunun varlığından bahsedilebilir mi biçimini almaktadır. Aslında daha yakından bakıldığında Türk öğretisinde iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit işlem borcundan söz edilemeyeceğini belirten yazarların dahi bunu mutlak bir serbesti biçiminde yorumlamayıp, "Borcun mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar" arasında belirttiği ve kötüniyetli uygulamaları ayırdığı görülmektedir⁷. Kanımızca da eşit işlem ilkesi sözleşmenin sona er-

yük önem taşımıştır. Alman öğretisinde klasik görüş olarak nitelendirilen çoğunluk görüşü iş hukukundaki genel eşit işlem prensibinin kural olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde uygulanmayacağını belirtmiş, bu görüşe dayanak olarak fesih hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu, bu hak kullanılırken her bir özel durumun kendi koşulları çerçevesinde incelenmesi ve her bir feshin somut olayın koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği gösterilmiştir⁸. Klasik öğretinin bu gerekçeleri günümüzde tartışılır hale gelmiştir. Örneğin Wank'a göre her ne kadar sözleşmenin sona erdirilmesinde işverenin geniş bir takdir yetkisi bulursa ve işçinin içinde bulunduğu somut koşulların değerlendirilmesi gerekse de nadir hallerde eşit işlem ilkesi uygulanabilecektir. Çünkü eşit işlem ilkesinin uygulanabilmesi için bir topluluğun bulunması gerekir. Fesih doğası gereği bireysel bir işlem olmasına rağmen bazı durumlarda bir topluluğu ilgilendirebilmektedir. İşyeri gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ya da sosyal seçim halleri bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır⁹. Yine aynı şekilde birden fazla işçinin katıldığı bir olay nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilkesinin uygulanabileceği bir topluluk

İşverenin eşit davranma borcunun temelinde hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi hükmü ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı gösterilmiştir.

ortaya çıkmaktadır. Ancak eşit işlem ilkesinin uygulanır olması mutlak bir eşit uygulama anlamı taşımamaktadır. Sözleşmenin feshinde eşit işlem ilkesi sınırlı bir uygulama alanına sahiptir¹⁰. Fesihte eşit davranma ilkesi ile kastedilen objektif ve haklı bir neden bulunmaksızın sırf keyfi nedenlerle veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilip diğerlerinin sona erdirilmemesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işveren bir işçiyi işten çıkartıp çıkartmayacağına karar vermekte serbesttir¹¹. İşveren işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesi için gerekli olan haklı veya geçerli nedenlerin ortaya çıkıp çıkmadığını serbestçe belirler. İşçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkinin baskın olduğu iş sözleşmesinin sona ermesinde de işçinin kişisel durumu ve özellikleri dikkate alınmalıdır¹². Nitekim Yargıtay uygulamasına bakıldığında geçerli nedenlerin ve hatta bazı hallerde haklı nedenlerin takdirinde işçinin özel koşullarının dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin işçinin işyerindeki kıdemi, cezanın eyleme orantılılığı çerçevesinde dikkate alınmaktadır¹³. Benzer şekilde Yargıtay aynı sebeple sözleşmeleri sona erdirilen işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu işaret eden bir kararında, bu davaların birleştirilmesinin doğru olmadığını açıklarken feshin geçersizliği ve işe iade istemi içeren davalarda her davacı için fesih nedeni, hizmet süresi, iş güvencesi hükümleri kapsamında olup olmadığı, dava açma süresi gibi hususların ayrı ayrı belirlendiğini, işe iade kararının infazında da yine işçinin iş sözleşmesindeki kişisel unsurların ön plana çıktığını belirtmiştir¹⁴. Ancak takdir yetkisine sahip olmak işverenin keyfi davranış serbestisi olarak anlaşılamaz.

Fesihte eşit işlem borcunun uygulanabilmesi için ayrıca birden çok işçinin katıldığı bir olay ya da işçilerin toplu işten çıkartılmalarını gerektiren işin, işletmenin veya işyeri gereklerinden kaynaklanan bir neden ortaya çıkmalıdır. Bir başka deyiş-

le feshin kolektif bir boyut kazanması gerekir¹⁵. Bir tek işçinin sözleşmesinin feshi halinde doğası gereği bu borç gündeme gelmez. Karşılaştırma fikri temelinde birden çok kişinin var olduğu bir topluluğun varlığını gerektirir¹⁶. İşveren karşılaştırılacak grupları oluştururken de keyfi davranmamalı, objektif yönden haklı görülebilir ölçütler çerçevesinde bu gruplar oluşmalıdır¹⁷. Birden çok işçinin katıldığı bir olayda işverenin mutlaka bütün işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmesi gerektiğinden bahsedilemez. Unutmamak gerekir ki her ne kadar birden çok işçinin katıldığı bir olay da söz konusu olsa her bir işçinin feshinin geçerliliği ya da haklılığı değerlendirilirken bireysel olarak bir tek işçinin durumu, hem de bu işçinin diğer işçiler karşısındaki konumu esas alınacaktır.

Dava konusu olaylara baktığımızda ilkinde iki işçi birbiriyle kavga etmiş ve işveren işçilerden sadece birinin iş sözleşmesini 1475 s. İş Kanunu m. 17/II ç (4857 s. İş Kanunu m. 25/II, d) uyarınca sataşma nedeniyle sona erdirmiştir. Diğerinde ise 30 işçi toplantı yapmasına rağmen bunlardan yalnızca 4'ünün sözleşmesi sona erdirilmiştir. İşK. m. 25/II d (1475 s. İşK. m. 17/II ç) uyarınca işçinin işverene, aile üyelerinden birine yahut işverenin başka bir işçisine sataşması, hakaret etmesi, küfretmesi vb. hallerde yasa koyucu tarafından iş ilişkisinin katlanılmaz hale geldiği kabul edilmiş ve bu nedenler bir haklı neden olarak düzenlenmiştir. Aslında bu gibi hallerin fesih nedeni olarak düzenlenmesinin amacı iş disiplini ve çalışma düzenini korumak olup, bu hususları zedeler nitelikte olmayan eylemler nedeniyle sözleşme haklı nedenle feshedilemez¹⁸. Özellikle işçilerin birbiriyle kavga etmesi halinde sıkça uygulanan madde sırf kavgaya katılmanın haklı neden oluşturacağı izlenimi verse de Yüksek mahkemenin uzun bir süredir kavganın kim tarafından ve ne şekilde başlatıldığını, işçinin kavgaya katılma biçimini haklı nedenin varlığını tespit ederken dikkate aldığını görmekteyiz. Amaç iş disiplini korumak olduğu için tahrik sonucu kavgaya katılınması halinde Yargıtay savunma sınırları içinde kalınması kaydıyla davranışın haklı bir neden oluşturmayacağını belirtmektedir¹⁹. Örneğin dövülen işçinin tezahür eden reaksiyonu sonucu işten çıkartılması²⁰ veya kendisine sataşan işçiye karşılık veren işçinin sözleşmesinin feshi haksız kabul edilmiştir²¹. Buna karşılık tahrik

üzerine kavgaya katılsa dahi savunma sınırlarını aşarak işçinin diğer işçiyi yaralaması halinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir²².

Dava konusu ilk olaydan iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin diğer işçinin kendine hakaret ettiği ve bu nedenle kavganın başladığını iddia ettiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan ceza yargılamasında hakaret fiilinin gerçekleşmediği, ancak hafif tahrikin bulunduğu kabul edilmiştir. Yüksek mahkeme, "Davacının kaşını yaralama fiilini ika eden N.S.'nin hizmet akdi bu olay nedeniyle sona erdirilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından ..." biçiminde karar vermiştir. Kararın kaleme alınış biçiminde sırf işçilerden birinin sözleşmesinin sona erdirilmemesi eşit işlem borcuna aykırılık olarak değerlendiriliyor izlenimi edinilse de, dokuz yıl kıdemi olan işçinin

Yüksek mahkeme haklı nedenin bulunmadığını belirtmekle yetinmemiş, bunlara ek olarak "Ayrıca, toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi, eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir." biçiminde karar vermiştir. Eğer bu kararla işverenin fesihle mutlak bir eşit işlem borcunun varlığına işaret ediliyorsa, bu karara katılmamız mümkün değildir. Ancak işverenin keyfi davrandığı ve objektif bir neden bulunmaksızın sadece bazı işçileri işten çıkarttığı, bu nedenle eşit işlem borcuna aykırı davrandığı düşünülüyorsa bu takdirde karar kanımızca da yerindedir. Nitekim somut olayda alt işveren tarafından ileri sürülen iddialar keyfi bir feshin bulunduğunu düşündürmektedir. Davalı alt işveren, asıl işverenle yaptığı sözleşme hükümleri uyarınca asıl işverenin isteği üzerine sözleşmeleri sona erdirdiğini, fesih

Birden çok kişinin katıldığı bir olayda işverenin mutlaka bütün işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmesi gerektiğinden bahsedilemez.

diğer işçiye sataştığının kanıtlanamaması kararın temelinde yatan temel nedenlerden biri olarak değerlendirilebilir. Olay bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın somut olayın özellikleri dikkate alındığında işverenin keyfi ve kötüniyetli ayırımını önlemeye yönelik bir karar verdiği görülmektedir. Kavgayı başlatmamasına rağmen yalnızca 9 yıl kıdemi işçinin işten çıkartılması, işverenin bu durumu kıdem tazminatı ödemediği sözleşmeyi sona erdirmek için bir fırsat olarak değerlendirdiğini düşündürmektedir. Bu halde keyfi veya kötüniyetli ayırmacılığı önleme anlamında bir eşit işlem borcuna aykırılıktan bahsedilebilir.

İkinci dava konusu olay bu anlamda çözümü biraz daha zor bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır. Alt işverenin 30 işçisinin mesai saatleri içinde işletme müdürü ve şefinin bilgisi dahilinde 1,5 saat toplantı yaptığı ve bu işçilerden yalnızca 4'ünün asıl işverenin talebi üzerine sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Bu halde işveren işi bırakma ve zararının oluşması nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmişse de toplantının işverenin bilgisi dahilinde gerçekleştiği ve işçilerin daha sonra ücret almaksızın mesaiye kalmaları nedeniyle herhangi bir işveren zararından bahsedilemeyeceği belirtilmiş

iradesinin bulunmadığını açıklamıştır. Yüksek mahkeme de davalı alt işverenin fesihle iradesinin bulunmamasını kararına bir dayanak olarak göstermiştir. Hukuki işlem özü itibarıyla bir irade açıklanması olduğu için, eğer fesihle alt işverenin iradesinin bulunmadığı kabul ediliyorsa burada gerçekten bir fesih var mıdır, fesih varsa işveren kimdir sorularının tartışılması gerekirdi. Aslında somut olay dikkatle incelendiğinde muvazaalı bir alt işveren uygulamasının izleri görülmektedir. Asıl işverenle alt işveren arasında yapılan sözleşmede asıl işverenin talebi üzerine alt işveren işçilerinin işten çıkartılacağı belirtilmesi, alt işveren işçilerinin asıl işverene bağlı işveren vekili yönetiminde çalışması, alt işveren işçilerinin savunmalarının asıl işveren tarafından alınması gibi olgular dikkate alındığında burada muvazaalı bir hukuki işleme ilişkin bazı belirtilerin bulunduğu²³, bu hususun araştırılması gerektiği açıktır. Eğer muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu ise işçinin gerçekte asıl işverenin işçisi olduğu sonucuna ulaşılabılır. Yüksek mahkemenin somut olayda bütün bu olguları göz ardı etmesi kanımızca yerinde olmamıştır.

Sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilke-

Hukumumuzda Yargıtay'ın, sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin tespitinde Alman hukukunda olduğu gibi sosyal seçim esasını benimsediği görülmektedir.

si sınırlı bir uygulama alanı bulacak olup, feshin doğası gereği ayırım yapılmasını haklı gösteren bir çok neden bulunabilir²⁴. Bu halde işveren farklı işlemleri temel haklar nedenine dayanan ayırımcılık hallerine göre çok daha kolay bir biçimde meşrulaştırabilir²⁵. Örneğin işveren işin yürümesi için işçilerden bazılarının çalışmaya devam etmesine ihtiyacı bulunduğunu,²⁶ işin ya da işletmenin sürekliliği açısından bazı işçilerin konumları gereği yerine yenisinin bulunması ya da yetiştirilmesinin güç olduğunu, işçinin kıdemi ve geçmiş dönem sicili itibarıyla bu davranışın bir istisna teşkil ettiğini ya da o meslekte işçi bulmanın güç olduğu gibi nedenlerle farklı davranışı haklı gösteren nedenler ortaya koyabilir. Üstelik işyerindeki bütün işçilerin katıldığı bir olayda mutlak anlamda eşitlik ilkesinin uygulanması, işverenin yeniden işe almadaki serbestliği de dikkate alınırsa çözümü oldukça güç sorunlar yaratacaktır²⁷.

Değinmek istediğimiz son husus işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışının feshin geçerliliğini ne şekilde etkileyeceğidir. Bu anlamda da İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ayırımcılık yasakları ile işverenin genel anlamda eşit işlem borcu arasında fark vardır. İş Kanunu m. 18/d de açıkça belirtildiği üzere işveren işçinin ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, aile yükümlülükleri, hamileliği, doğum, dini, siyasi görüşü, sendika üyeliği ve benzeri nedenlerle iş sözleşmesini sona erdirirse, fesih geçersiz fesihtir. Burada feshin temelinde ayırımcılık teşkil eden bir davranışın bulunması feshin doğrudan geçersizliği, eğer işçi iş güvencesinden yararlanmıyorsa kötüniyetli fesih sonucunu yaratacaktır²⁸. Ancak işverenin genel anlamda eşit işlem borcuna aykırı davranması feshin doğrudan geçersizliği sonucunu doğurur mu sorusunu Alman Federal İş Mahkemesi olumsuz yanıtlamıştır. Federal Mahkeme'ye göre, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışı doğrudan, tek başına feshin geçersizliği sonucunu yaratmaz; eşit işlem borcuna aykırı-

lılığın geçerli nedenin tespitinde dolaylı bir etkisi vardır. Somut olayın koşullarına göre aynı olaya katılan işçilerden bazılarını işten çıkartmayarak işveren kendisi açısından söz konusu olayın kabul edilebilir bir olay olduğunu, dolayısıyla geçerli neden oluşturmadığını kabul etmiş sayılabilir²⁹. İşverenin eşit işlem borcu sözleşmenin sona erdirilmesinde tek başına bağımsız bir ilke olarak değil, geçerli nedenin gerisinde yatan menfaatler arası dengeğin tespitinde dikkate alınan bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰.

Hukumumuzda da Yargıtay'ın, sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin tespitinde Alman hukukunda olduğu gibi sosyal seçim esasını benimsediği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işyerindeki aynı işçilerle karşılaştırma yapılması, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir³¹. Bu bağlamda eşit işlem ilkesi açısından da Alman hukukundaki çözüm hukukumuz açısından benimsenebilir³². Aslında doğası gereği feshin gerisinde yatan nedenler incelenirken işverenin bu işçiyi diğerlerinden ayırmasının temelinde yatan nedenler de incelenecektir.

Sonuç olarak, yayımlanan yargı kararlarına bakıldığında 4857 yasa ile getirilen somut ayırımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelere ilişkin şimdilik fazla sayıda uyuşmazlık çıktığından bahsedebilmek mümkün değildir. Ancak görülen odur ki somut ayırımcılık yasaklarına yapılan vurgu işverenin genel anlamda eşit işlem borcunun güçlenmesi, en azından bu borca Yüksek Mahkeme tarafından eskiye oranla daha sık biçimde gönderme yapılmasına neden olmuş, işverenin genel anlamda eşit işlem borcu iş güvencesine ilişkin düzenlemelerle bir araya geldiğinde eskisine oranla çok daha etkin bir içeriğe kavuşmuştur. Ancak unutmamak gerekir ki kaynağını dürüstlük kurallarında bulan bu borcun mutlak olarak uygulanması işverenin yönetim hakkının ciddi biçimde sınırlanması sonucunu doğuracaktır. İşçinin temel hak ve özgürlüklerine dayanan konularda ayırım yasakları saklı kalmak kaydıyla, kanımızca sözleşmenin sona erdirilmesinde işverenin mutlak bir eşit işlem borcu bulun-

duğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Yukarıda incelediğimiz gibi eğer fesihte eşit davranma borcu ile mutlak bir eşitliği kastediyorsa, kanımızca Yüksek Mahkeme'nin bu kararları eleştiriye açıktır. Ancak eşit işlem borcu ile işverenin objektif ve haklı bir nedene dayanmayan, keyfi ve kötüniyetli davranışları engellenmek isteniyorsa bu takdirde Yüksek Mahkeme'nin kararlarını paylaştığımızı ifade etmek isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 362-363; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 430 vd.; K. Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal-İSGHD 2005, S. 7, s. 978.
- 2 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005, s. 168-169; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 137; F. Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", Legal İSGHD 2005, S. 8, s. 1624 vd.
- 3 S. Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s. 83; Centel, s. 168; H. Mollamahmutoğlu, s. 431; H. H. Sümer, İş Hukuku, 11. Baskı, Konya 2005, s. 85-86.
- 4 C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 213-217; ancak önemle belirtilmelidir ki açıklamalarından Tuncay'ın bir üst gruba da dahil edilebileceği izlenimi edinilmektedir; M. Ekonomi, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 157; Süzek, s. 366; ancak belirtilmelidir ki yazar görüşünü açıklarken işverenin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, sendika üyeliği ve benzeri nedenlerle ayırım yapamayacağına işaret etmektedir; aynı biçimde Ş. Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 112.
- 5 Tuncay, s. 108 vd.; Taşkent, s. 82; Çelik, s. 164; T. Centel, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 165; Ö.Eyrenci/S. Taşkent/D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 133-134; F. Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Bası, İzmir 2003, s. 87; Mollamahmutoğlu, s. 432-433; Süzek, s. 364; Ertürk, s. 98-99; M. Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 97, 112-113; H. Keser, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, 2004/3, s. 61. E. Özdemir, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet", Legal-İSGHD, 2005, S. 5, s. 258.
- 6 Çelik, s. 166; Süzek, s. 362; Ertürk, s. 98; karşı. Tuncay, s. 58-61.
- 7 Çelik, s. 167-169; Centel, s. 168; Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", s. 1630.
- 8 Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auf., Berlin und Frankfurt a.M. 1963, s. 428 vd.; E. Bötticher, "Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht", RdA 1953, s. 168; H. Galperin, "Der Grundsatz der Gleichbehandlung", RdA 1953, s. 172; bu görüşteki diğer yazarlar ve görüşleri için bkz. Tuncay, s. 207-209.
- 9 R. Wank/MünchArbR, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 116; Berkowsky/MünchArbR, § 130; Nr. 97.
- 10 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 95 vd. özellikle Nr. 100.
- 11 Ascheid/Erfurter Kommentar, zum Arbeitsrecht, 5. Auf., München 2005, 430 KSchG, § 1, Nr. 153.
- 12 Centel, s. 168; Sümer, s. 86.
- 13 Yarg. 9. HD., 16.01.2002, E. 2001/15510, K. 2002/266, karar ve T. Centel'in incelemesi, Tekstil İşv. Der., Şubat 2003, s. 34-36.
- 14 Yarg. 9. HD., 30.1.2006, E. 2005/39008, K. 2006/1806, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S. 9, s. 174-175.
- 15 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 97.
- 16 Tuncay, s. 149; Tunçomağ/Centel, s. 134; Centel, s. 165-166, Mollamahmutoğlu, s. 434.
- 17 Löwisch, M., Arbeitsrecht, 7. Auf., Dusseldorf 2004, No. 141.
- 18 Yarg. 9. HD., 30.12.1982 ve E. İnce'nin incelemesi, İHU 1982/III, İŞK. 17 (No. 19); sataşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Odaman, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 109 vd.
- 19 Odaman, s. 118-119.
- 20 Yarg. HGK, 11.12.1985, E. 1984/9-248, K. 1985/1042, Tekstil İşv. Der., Eylül 1987, s. 18-19; benzer biçimde Yarg. 9. HD., 27.11.1997, E. 1997/18409, K. 1997/19850, Ekonomi, M., 1997 Yılı Emsal Kararları, s. 117-118.
- 21 Yarg. 9. HD., 1.11.2004, E. 2004/27598, K. 2004/24585, Günay, s. 824.
- 22 Yarg. 9. HD., 8.6.1998, E. 1998/8304, K. 1998/10072, M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 57-58.
- 23 Yargıtay'ın hangi hallerde muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilebilir konusunu incelediği kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD., 18.11.1997, E. 1997/16673, K. 1997/19164, M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 12-16; Yarg. HGK, 14.11.2001, E. 2001/9-711, K. 2001/820, Çimento İşv. Der., Temmuz 2002, s. 54-60 ve S. Süzek'in incelemesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 11 vd.
- 24 Tuncay, s. 214; Şentürk, s. 111.
- 25 K. Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık", s. 997.
- 26 Ascheid/Erfurter Kommentar, 430 KSchG, § 1, Nr. 154.
- 27 Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", s. 1630-1631.
- 28 Süzek, s. 366.
- 29 BAG 28.4.1982, AP Nr. 3 zu § 2 KschG 1969.
- 30 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 96
- 31 Yarg. 9. HD., 19.9.2005, E. 2005/28125, K. 2005/30446, O. G. Çankaya/Ş. Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 60-61; bu yönde bkz. D. Ulucan, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 253-254.
- 32 Bkz. ve karşı. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, s. 110-113.

Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkânını Verip Vermeyeceği Sorunu

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Esas No : 2006/9-51**Karar No** : 2006/27**Tarihi** : 1.3.2006

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 1. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22/4/2004 gün ve 2002/593-2004/207 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.3.2005 gün ve 15131-9393 sayılı ilamı ile, (...Davacı işçi davalılardan ... A.Ş. işçisi olarak işe alınmış ve işe başladığı tarihte yapılan bir ödünç iş sözleşmesi ile diğer davalı ... Bilgi İşlem A.Ş. nezdinde çalışmaya başlamıştır. Bu şekilde kadrosu ... A.Ş.de kalmak üzere 11 ay çalıştıktan sonra ödünç iş ilişkisi karşılıklı olarak sonlandırılmış, davalılardan ... Bilgi İşlem

A.Ş.nin gerçek işçisi olarak çalışmaya başlamış ve bu davalı şirket adına işe giriş bildirgesi verilmiştir. Davacı işçi aynı yerde çalışmasını sürdürdüğü bir sırada 1.7.2001 tarihinden itibaren dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş. işyerine transfer edileceğine dair bir belge düzenlenmiş ve davacı işçi bu bildirim kabul etmediğini belirterek, iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesi uyarınca feshettiğini açıklamıştır.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece, 1475 sayılı İş Kanununda ödünç iş ilişkisi düzenlenmemişse de, Yargıtay tarafından bu uygulamanın kabul edildiği ve işçi adına yapılan bu değişikliğin iş koşullarında esaslı değişiklik mahiyetinde olmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının ... Bilgi İşlem A.Ş. işçisi olarak çalışırken dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş.'ne transferi ile ilgili yapılmak istenen işlem, ödünç iş ilişkisi niteliğinde değildir. Gerçekten, davacının işyeri de-

ğiştirilmeksizin ve aynı işi yapması koşulu ile dava dışı diğer şirket işçisi olarak çalıştırılmak istendiği hususu tartışma dışıdır. Bu durumda dosyada mevcut olan “ödünç iş ilişkisi sözleşmesi” başlıklı belgeye rağmen davacının aynı yerde çalışması söz konusu olduğuna göre ödünç iş ilişkisinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır. Davacı tanıkları beyanlarına göre işyerindeki diğer işçilerin de aynı işleme tabi tutulduğu anlaşılmakla 1475 sayılı İş Kanunu 14/2 maddesi anlamında işyerinin el değiştirilmesi söz konusudur.

Kural olarak işyerinin devri işçiye haklı fesih imkanı vermemektedir. Ancak, devir ile birlikte getirilen yeni uygulamaların iş koşullarının esaslı değişikliği niteliğinde olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Somut olayda davacı işçiden imzalanması istenilen “ödünç iş ilişkisi sözleşmesi” başlıklı sözleşmenin 4. maddesinde fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücretin içinde olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar davacının muvafakat ettiği ilk ödünç iş sözleşmesinde aynı kural yer almakta ise de, bu ilişkinin işçinin ödünç alanın gerçek işçisi olması suretiyle 1.5.1999 tarihinde sonlanması üzerine söz konusu hükmün geçerliliği ortadan kalkmış durumdadır. Bu durumda fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücretin içinde yer aldığına dair yeni sözleşme hükmü iş koşullarının işveren- ce işçi aleyhine tek taraflı olarak ağırlaştırılması niteliğindedir. Böyle olunca davacı işçinin iş sözleşmesini feshinin 1475 sayılı İş Kanunu 16/2 e maddesine uygun olarak yapıldığının kabulü gerekir. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kıdem tazminatı istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, işveren değişikliğinin çalışma koşullarında farklılık yaratmadığı, bu nedenle de davacı işçinin fesih hakkı doğmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıda metni yazılı gerekçe ile hükmün bozulmasına karar vermiş, yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

1475 sayılı Kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi; işçi tarafından bu (1475 sayılı) Kanunun 16. maddesi uyarınca hizmet akdinin feshedilmiş olması durumunda kıdem tazminatına hak kazanılacağı hükme bağlamıştır.

16. maddenin II/e bendinde ise; (sözleşmeler bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla) iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa, işçinin bildirimsiz fesih hakkının bulunduğu öngörülmektedir.

Davaya konu somut olayda, davacı işçi, davalı ... Bira ve Malt Sanayi Anonim Şirketine işe başlamış, yapılan bir ödünç iş sözleşmesi (sonrasında gerçek işçisi olarak) ile diğer davalı ... Bilgi İşlem Anonim Şirketi nezdinde çalışmaya başlamıştır. Bu işyerinde çalışmasını sürdürmekte iken 1.7.2001 tarihi itibarıyla dava dışı ... Birleşik Pazarlama Anonim Şirketine transfer edileceğine ilişkin bir belge düzenlenmiş, davacı işçi bu belgeyi imzalamayarak, 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesi gereğince iş sözleşmesini feshetmiştir. Somut olay, 1475 sayılı İş Kanununun yürürlük döneminde gerçekleşmiştir.

İş akdinin haklı nedenle feshedilmesi olgusundan önce, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri kavramları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

İşyeri devri, 4857 sayılı İş Kanununda kapsamlı bir şekilde düzenlenmekte ise de mülga 1475 sayılı İş Kanununda bağımsız olarak yer verilmemiş, sadece 14. maddede, kıdem tazminatına esas sürenin hesabında kavram olarak yer almıştır. İşyeri devrine ilişkin sorunlar, 1475 sayılı Kanun döneminde Borçlar Kanunu kapsamında ele alınmaktadır.

Borçlar Kanununun “Bir mamelekin veya bir

işletmenin devralınması” kenar başlığı altında yer alan 179. maddesinde; “Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve payları ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; Şu kadar ki iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar içinde muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar” ifadesi yer almaktadır.

Malvarlığının devri, o malvarlığının içinde bulunan her bölümün devri için yasaca aranan biçimlere uyularak yapılır. Alacakların temliki, Borçlar Kanunu 163. madde uyarınca yazılı olarak yapılması gereklidir. Borçlar Kanununun 179. maddesi uyarınca devreden, devir sözleşmesine göre borcunu ifası ve devrin alacaklılara ihbarı veya gazetelerde ilanı ile işyerinin devri tamamlanmış olup, İş Hukuku yönünden de devreden işveren sıfatını kaybetmiş, devralan ise kazanmış olur. (Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 26)

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi ile, salt işyerinin devri ya da el değiştirmesi özel bir neden sözkonusu değilse işçiye fesih hakkı vermemektedir.

İşçi işveren arasındaki iş ilişkisinin devri, işveren tarafının değişmesi, bir başka anlatımla iş akdinin devrinde, ortada bir üçlü ilişki vardır. İşçinin de bu devre rızası gerekir. Tarafların, özellikle sözleşmede kalan taraf olarak işçinin çıkarları göz önünde tutulduğunda, sadece devreden ve devralan işverenin ifade beyanıyla iş sözleşmesinin devri mümkün değildir. 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-e maddesi de aynı esası doğrulamaktadır (Ekonomi/Eyrenci, s. 1219).

İş sözleşmesinin devrinde işyerinin değiştirilmesi koşulu bulunmamaktadır. (Ekonomi/Eyrenci: s. 1203). Öte yandan işçinin rızasının bulunması koşulu da yargısal kararlarla vurgulanmaktadır.

Ödünç iş ilişkisi ise 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yasada düzenlenmemesine karşın, içtihat yoluyla uygulama olanağı bulmuş, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde ise “Geçici İş

İlişkisi” kenar başlığı altında yer almıştır. Bu ilişkide de işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Devreden işveren devir sırasında işçinin yazılı rızasını alarak, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulmakta, bir süre sınırlanması getirilmektedir. İş sözleşmesinin devri ve ödünç iş ilişkisi birbirine yakın kavramlar olmasına rağmen birebir örtüşmemektedir.

“Transfer Belgesi” başlığı altında davacıya hitaben yazılan yazıda; “Muvafakatınız alınarak ... AŞ'den ... Topluluğuna dahil ... Bileşik Pazarlama AŞ'ne geçirilme konusunda her iki şirket İdare Meclisi tarafından karar verilmiş olup, 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren hizmet akdinizin işveren tarafında ... Bileşik Paz. AŞ'de yer alacak ve iş ilişkiniz bu şirket ile devam edecektir...” ifadeleri yer almaktadır. Bu belge, iş sözleşmesinin devri niteliğinde bulunmaktadır. Davacı işçi söz konusu belgeye “Bu tebligatı kabul etmiyorum, İş Kanununun 16. maddesi gereğince iş akdimi feshediyorum” şerhini düşmüştür. Somut olayda bir işyeri devri değil, iş sözleşmesinin devri sözkonusu olup, tek başına bu belge, öğretilerde de benimsendiği gibi 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-e maddesinde yer alan iş şartlarında esaslı bir değişikliği ifade etmekte olup, davacı işçinin kıdem tazminatı hakkı iş sözleşmesinin devri bağlamında ele alınarak, kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alınarak yapılacak değerlendirme ile karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeler ile önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 1.3.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen ihtilaf; davacı işçinin hizmet aktinin 1475 sayılı Yasanın 16/2 maddesi gereğince iş koşullarının ağırlaştırılması nedeni ile fesih edip etmediği bunun sonucu kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığıdır.

Mahalli mahkeme kararı, Daire çoğunluğunun bozma kararı ve daire kararına karşı yazılan muhalefet yazısında davacının işvereni ... A.Ş. tarafından dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş.'ne davacının çalıştığı işyerinin devredildiği, ödünç iş ilişkisi sözleşmesinin bulunmadığı kabul edilmiş, bu konuda görüşler birleşmiştir. Hatta işyeri değişikliğinin tek başına işçiye haklı fesih hakkı vermeyeceği kabul edilmiş ancak somut olayda mahalli mahkeme ve daire karşı oy yazısında davacının çalışma şartlarının ağırlaştırılmadığı bu nedenle davacının feshinin haklı olmadığı görüşü benimsenmiş, Daire çoğunluğu ise bu işyeri devri sebebi ile davacının çalışma şartlarının ağırlaştığı bu sebeple davacı feshinin 1475 sayılı Yasanın 16/2 maddesine uygun bulunduğunu, kıdem tazminatı isteğinin haklı olduğunu kabul etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca işyeri devrinin söz konusu olmadığı "hizmet akdi devri"nin bulunduğu kabul edilerek değişik bir bozma yapılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki somut olayda hizmet aktinin devrini kabul etmek mümkün değildir. Yasalarımızda hizmet akdi devri düzenlenmemiştir. Bu müessese son yıllarda doktrinde ve Dokuzuncu Hukuk Dairesi kararlarında benimsenmiştir. Buna göre üçlü bir sözleşme olan hizmet akdi devri ilişkisinin kurulabilmesi için temel kural devreden işveren-devralan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatının olması, işyerinin de değişmesi gerekir. Dava konumuzda iki işveren anlaşmış ancak davacı işçi bu ikili anlaşmaya muvafakat vermemiş, transfer belgesinin altına yazdığı şerhte devri kabul etmediğini açıkça bildirmiştir. Buna rağmen Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunun hizmet akti devrinin varlığını kabul etmesi dosya içeriğine Yargıtay uygulamalarına uygun düşmemektedir.

Gerçekleşmeyen hizmet akdi devrinin varlığı kabul edilerek işçinin bu nedenle hizmet akdini fesihte haklı olduğu sonucuna varmanın izahı mümkün değildir.

Hizmet akdinin feshini kabul etmeyen davacı işçinin akdi fesih yoluna gitmeyip devreden işverenin işçisi olarak çalışmaya ve aynı işi yapmaya devam etmesi gerekirdi.

Hizmet akdi devrinin varlığı kabul edilse bile devir şartları işçinin muvafakatı ile gerçekleşeceğinden işçi rıza gösterdiği devir koşullarını haklı fesih nedeni yapamaz.

Hukuk Genel Kurulundaki tartışmalarda somut olayda işyeri devri mi yoksa hizmet akdi devri mi mevcut olduğu hususları üzerinde durulmuş, davacının haklı fesih nedenlerinin var olup olmadığı tartışılmamıştır.

Transfer belgesi başlıklı yazı incelendiğinde; davalı ... A.Ş. işçisi olarak çalışan davacının 1.7.2001 tarihinden itibaren aynı ücret ve sosyal haklar ile aynı işi yapmak kaydıyla dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş. işçisi olarak çalıştırılmak istenmiş, davacı bunu kabul etmediğini bu nedenle akdi feshettiğini bu belge altına yazmıştır. Davacının çalıştığı yer, ücreti ve sosyal hakları değiştirilmemiştir. Davacı devraldığı açıklanan dava dışı işveren yanında hiç çalışmamıştır. İş koşullarının ağırlaştırıldığı konusunda hiçbir delil yoktur.

Davacının iş koşullarının ağırlaştırıldığı kanıtlanamadıkça hizmet akdinin 1475 sayılı Yasanın 16/2 maddesi gereğince işçi tarafından sona erdirildiğini ve kıdem tazminat isteğini kabul etmek mümkün değildir.

Somut olayda işyeri devri veya hizmet akdi devrinin varlığını kabul etmek de sonucu değiştirmez. Zira ne işyeri devri ne de hizmet akdi devri iş koşulları ağırlaştırılmadıkça davacı işçiye haklı fesih hakkı vermez. Davacı işçinin iş koşullarının ne şekilde ağırlaştırıldığı da Hukuk Genel Kurulunda tartışılmadığından ve Hukuk Genel Kurulu değişik gerekçeli bozma kararını da henüz yazmadığından karşı oy yazımızda bu hususların tartışma olanağı bulunmamıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle dosya içeriğine, yasal düzenlemelere ve Yargıtay'ın uygulamalarına uygun düşen yerel mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumuzdan, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunun bozma kararına katılamıyoruz.

9. H.D. Başkanı
Osman Güven Çankaya

9. H.D. Üyesi
Tuncer Özmen

1. KARARA KONU MADDİ OLAYA İLİŞKİN TESPİTLER

İncelemeye konu olayda, davacı işçi, ... A.Ş. isimli işverenin işçisi olarak çalışmakta iken, bu işyerinde işe başladığı tarihte yapılan bir ödünç iş sözleşmesi ile ... Bilgi İşlem A.Ş. adlı şirkete ait işyerinde çalışmaya başlamıştır. Anılan ödünç iş sözleşmesinde fazla mesai ücretinin aylık sabit ücretinin içinde olduğu belirtilmiştir. 11 ay çalıştıktan sonra sözü edilen ödünç iş ilişkisi sonlandırılmasına rağmen, davacı önceki işvereni ile değil de, ödünç alan davalı ... Bilgi İşlem A.Ş.'ye bağlı ve onun işçisi olarak çalışmasına devam etmiş ve anılan şirketçe işe giriş bildirgesi verilmiştir. Davacı bu işverenin işçisi olarak çalışmasına devam ettiği sırada, işvereni olan ... Bilgi İşlem A.Ş. tarafından davacı işçiye iki adet belge imzalatılmak istenmiştir. Bunlardan birisi fazla mesai ücretinin aylık sabit ücretin içinde olduğu hükmünü de içeren "Ödünç İş İlişkisi Sözleşmesi", diğeri de "Muvafakatiniz alınarak ... A.Ş.'den ... Topluluğuna dahil ... Bileşik Pazarlama A.Ş.'ye geçirilme konusunda her iki şirket İdare Meclisi tarafından karar verilmiş olup, 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren hizmet akdinizin işveren tarafında ... Bileşik Paz. A.Ş.'de yer alacak ve iş ilişkiniz bu şirket ile devam edecektir..." ifadelerini içeren "Transfer Belgesi" başlıklı yazıdır. Davacı her iki belgeyi de imzalamamış; transfer belgesi üzerine "Bu tebligatı kabul etmiyorum, İş Kanunu'nun 16. maddesi gereğince iş akdimi feshediyorum" şerhini düşerek işyerinden ayrılmıştır.

Davacı işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Olayın, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde meydana geldiği anlaşılmaktadır.

Karardan tam olarak anlaşılammakla birlikte, davalı ... Bilgi İşlem A.Ş. ile dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş.'nin ticaret unvanlarının benzer olması aynı holding bünyesi içinde yer aldığı izlenimini vermektedir. Buna karşılık, davacının ilk işvereni olan davalı ... A.Ş. ile anılan şirketler arasında benzer bir ilişkinin bulunup bulunmadığı anlaşılammaktadır.

Yine davacının ödünç olarak verilmek istendiği dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş.'ye bağlı olarak, aynı iş ve işyerinde çalıştırılmak istendiği, davacı-

dan başka diğer işçilerin bu uygulamayı kabul ettiği karardan anlaşılmaktadır.

Yerel mahkeme, 1475 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olsa da, Yargıtay tarafından kabul edilen ödünç iş ilişkisi uygulaması ile davacının çalıştırılmak istenmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik mahiyetinde olmadığı, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Yerel mahkemece davanın reddine ilişkin verilen kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacı işçinin dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş.'ye transfer edilmek istenmesi ile ilgili işlemde, çalışmasını aynı işyerinde sürdürecektir olması nedeniyle olayın ödünç iş ilişkisi çerçevesinde düşünülmemeyeceğini, işyerindeki diğer işçilerin de aynı uygulamaya tâbi tutuldukları gerekçesi ile işlemin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/2 maddesinde belirtilen işyerinin el değiştirmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği, işyeri devrinin kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermediği ancak, davacıya fazla mesai ücretinin aylık sabit ücretin içinde olduğunu içerir sözleşmenin imzalatılmak istenmesinin çalışma koşullarının işverence tek taraflı işçi aleyhine esaslı değiştirilmesi mahiyetinde olduğu ve bunun da işçiye haklı fesih imkanı verdiği belirtilerek davacının kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulması yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir.

Karara muhalefet eden Daire Başkanı, olayda davacı işçinin iş koşullarının değiştirilmediğini, aynı yerde ve aynı ücretle çalışmasına devam edeceğinin açıklandığını, işveren değişikliğinin işçiye haklı fesih imkânı vermeyeceğini, 1.7.2001 tarihli sözleşmede de fazla mesai ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde olduğu kuralının bulunması nedeniyle, sonradan aynı şekildeki uygulamanın iş şartlarının değişikliği olarak nitelendirilemeyeceğini, kaldı ki, işverenin fazla çalışma ile ilgili bu teklifinin icap niteliğinde olduğu ve henüz uygulamaya geçirilmediği, işçinin bu icabı kabul etmeyebileceği, işverenin buna rağmen böyle bir uygulamaya gitmesi durumunda işçinin haklı fesih koşullarının tartışılabilceği, sonuç itibarıyla işçi aleyhine henüz fiilî bir uygulama da mevcut olmadığı, davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi gerektiği gerekçesi ile çoğunluk kararına karşı oy kullanmıştır.

Yerel mahkemece Özel Daire'nin kararına direnilmesi üzerine konu Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararında sırasıyla çalışma koşullarının değiştirilmesi, işyeri devri, iş sözleşmesinin devri ve ödünç iş ilişkisi ayrı ayrı ele alındıktan sonra sonuç itibarıyla olayın iş sözleşmesinin devri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu bağlamda işçiye imzalatılmak istenen, ancak işçi tarafından imzalanmayan belgenin tek başına iş şartlarında esaslı değişiklik anlamında olduğu, bunun da davacıya iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı ve dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazandırdığı sonucuna varılarak yerel mahkeme kararının direnme kararı oy çokluğu ile bozulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu kararına muhalefet eden üyeler, iş sözleşmesinin devrinden söz edebilmek için devreden işveren, devralan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatının olması ve işyerinin de değişmesi gerektiği, olayda davacının anlaşmaya yanaşmadığı, bu nedenle iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceği, iş sözleşmesinin devri kabul edilse bile işçinin muvafakati ile gerçekleştiği kabul edileceğinden işçinin sonradan rıza gösterdiği devir koşullarını haklı fesih nedeni yapamayacağı, somut olayda, "Transfer Belgesi" başlıklı belgeye göre, davacının ... Bilgi İşlem A.Ş.'nin işçisi olarak 1.7.2001 tarihinden itibaren aynı ücret ve sosyal haklar ile aynı işi yapmak kaydıyla dava dışı ... Birleşik Pazarlama A.Ş. işçisi olarak çalıştırılmak istendiği, davacının çalıştığı yer, ücret ve sosyal haklarının değiştirilmediği, iş şartlarının ağırlaştırıldığı konusunda hiçbir delil bulunmadığı bu nedenle davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığı, işyeri devri veya iş sözleşmesi devrinin iş şartlarında ağırlaştırma meydana getirmedikçe işçiye haklı fesih hakkı vermeyeceği, bu nedenle işyeri devri veya iş sözleşmesi devrinin kabul edilmesinin de sonucu değiştiremeyeceği sonucuna varılarak çoğunluk kararına karşı çıkmışlardır.

II. OLAYA İLİŞKİN HUKUKİ MÜESSESELER

1. İşyerinin Devri

İşyeri devri, 1475 sayılı İş Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu konudaki boşluk, Borçlar Kanunu'nun 179, 180, 320 ve 347. maddeleri ile dol-

durulmaya çalışılmıştır¹. Ancak, belirtilen bu hükümlerin tek başına işyeri devrinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkileri noktasında ortaya çıkan uyumsuzluklar bakımından yeterli çözümü içerdikleri söylene- mezdi. Gerçekten, BK 179. maddesinin iş sözleşmesinin devrini kendiliğinden sağlayamadığı, 320. maddenin ise iş sözleşmelerinin bir bütün olarak devrine imkân tanımadığı ileri sürülmüştür². Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinde işveren değişikliği halinde iş sözleşmesi kaynaklı haklardan hangi işverenin ne şekilde sorumlu tutulacağı hususu ayrıca düzenlenmemiştir. İşyeri devri ile ilgili 1475 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen düzenlemeler ise kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin 2. fıkrası ile yıllık ücretli izin alacağına ilişkin 53/son maddeleridir. Bu hükümler de sözü edilen haklar dışındaki uyumsuzluklar bakımından yetersiz kalmaktaydılar. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü sırasında Yargıtay, işyeri devri durumunda kural olarak iş sözleşmesinin devam edeceğini kabul etmekle birlikte, ücret, ikramiye, fazla mesai, hafta ve genel tatil ücreti gibi alacakları bakımından her işverenin kendi dönemindeki alacaklardan sorumlu olacağına ilişkin çok sayıda karar vermiş³, son zamanlarda da konuyu Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi çerçevesinde değerlendirerek devreden işverenin de devralan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin kararlar vermiştir⁴.

Deniz İş Kanunu'nun 19. maddesine göre, geminin mülkiyetinin kısmen veya tamamen başkasına geçmesi iş sözleşmesinin feshini gerektirmez. Aynı Kanununun 20/2 maddesinde de işyeri devri kıdem tazminatı açısından ele alınmıştır.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 8. maddesinde de toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği öngörülmüştür.

İşyeri devri ve sonuçları hakkındaki boşluk, öğretisi ve yargı kararlarıyla İş Kanunu'nun temel ilkelere göre doldurulmuş olmasına rağmen, özellikle ekonomik koşulların etkileriyle daha çok görülen bu tür devirler için kanuna açık düzenlemeler getirilmesi tarafların menfaatleri yönünden de kaçınılmaz bir durum olarak görülmüştür⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin yürürlüğe girmesi ile işyeri devrinin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi noktasında tereddütler önemli ölçü-

de giderilmiştir. Kıdem tazminatı yönünden halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanunu'nun 14. maddesi uygulanmaya devam etmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığını taşıyan 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği ilke olarak kabul edilmiştir. Buna göre gerek işyeri devrinde gerek bu devirle birlikte mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçmesinde işçinin rızası veya iradesi önem arz etmemektedir. Emredici nitelikteki bu hükmün aksi kararlaştırılmaz.

İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyeri devrinin bir hukuki işleme dayalı olarak yapılabileceği öngörülmüştür. İşyerinin miras yoluyla intikali dışında satış, bağışlama, trampa, kiralama, şirketleşmeye gidilmesi gibi işyerinin devrine yol açan tüm işlemler maddede belirtilen "hukuki işlem"e bağlanan sonuçları doğuracaktır.

Devralan işveren, hizmet süresinin esas alınacağı haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (m. 6/2). Buna göre ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin gibi hizmet süresine bağlı haklarda davacının devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapılacaktır. Davacının iş güvenliği hükümleri bakımından altı aylık kıdem süresi de aynı şekilde hesaplanacaktır.

İş Kanunu'nun 6/3. maddesine göre devir halinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Devir tarihinden sonra doğan borçlardan devreden işverenin kural olarak sorumluluğu bulunmamaktadır⁸. Bu kuralın istisnası kıdem tazminatına ilişkin düzenlemede yer almaktadır. Buna göre kıdem tazminatına hak kazanma devirden sonra gerçekleşmesine rağmen devreden işverenin kendi

Devralan işveren devredilen iş sözleşmesi ile ilgili değişiklikleri ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde yapabilecektir.

Tüzel kişiliğin birleşme, katılma veya türünün değiştirilmesi hallerinde de işyeri kural olarak hukuki bir işlem sonucu farklı bir tüzel kişiliğe geçmekle birlikte, burada birlikte sorumluluk hükümleri uygulanamaz (İş K. m.6/4)

Yürürlükteki İş Kanunu'na göre, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (m. 6/1). Böylece işyerinin devredilmesi suretiyle oluşan işveren değişikliğine rağmen, işin sürekliliği ve iş sözleşmesinin yeni işverenle devamı sağlanarak işçi yönünden bir iş güvenliği amaçlanmaktadır. Devralan işveren devredilen iş sözleşmesi ile ilgili değişiklikleri ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde yapabilecektir.

Söz konusu düzenlemeye göre işyeri veya bir bölümünün devredildiği sırada mevcut olmayan iş sözleşmelerinin devralan kişiye geçmesi mümkün olmadığı gibi, sözleşmenin belirli veya belirsiz olmasının da önemi bulunmamaktadır⁷.

dönemine ilişkin miktardan devralan işverenle birlikte sorumlu söz konusu olmaktadır.

İşyerinin devrine ilişkin 6. madde hükümleri, iflâs dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz (m. 6/son).

İşyeri devrinin işçi ile devreden veya devralan işveren bakımından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmadığı, işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden dolayı derhal fesih hakları saklı olduğu ayrıca düzenlenmiştir (m. 6/5). Buna göre, örneğin işçi salt işyeri devrini gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemeyecektir⁹. Salt işyeri devrini gerekçe göstermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatı talep edemeyecektir. Buna karşılık, İş Kanunu'nun 24. maddesinde öngörülen haklı nedenlerle, örneğin ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini derhal feshedebilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. İşyerini devreden veya devralan işveren de salt işyerinin devredildiği veya devralındığı olgusunu fesih için haklı neden gösteremeyecek, buna karşılık, İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen hak-

İşçi yönünden salt işyeri devri, fesih için haklı neden teşkil etmezse de süreli fesih bildiriminde bulunma hakkını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.

lı nedenlerle, örneğin işçinin devamsızlığı yahut yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde iş sözleşmesini feshedebilecektir.

İş Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez" kuralı, işverenlerin süreli fesih haklarını da yasaklamış bulunmaktadır¹⁰. Buna göre devreden veya devralan işveren salt işyeri devrini geçerli fesih nedeni yapamayacaktır. Ancak, anılan düzenlemede devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih haklarının saklı olduğu belirtildiğinden devirden önce veya devirden sonra ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerektirdiği sebepler geçerli fesih nedeni yapılabilecektir.

İşçi yönünden salt işyeri devri fesih için haklı neden teşkil etmezse de süreli fesih bildiriminde bulunma hakkını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹.

2. İş Sözleşmesinin Devri

Uygulamada zaman zaman başvurulmuş bir hukuki işlem olmasına rağmen iş yasalarımızda düzenlenmeyen iş sözleşmesinin devri ya da işçinin sürekli olarak başka bir işverene nakli müessesesi, 4857 sayılı Kanun'un Bilim Kurulu tarafından hazırlanan tasarısının 7. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Ne var ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmaları sırasında bu madde Tasarı'dan çıkarılmıştır. İşverenin işçiden olan iş görülmesini talep hakkını kesin veya geçici olarak (geçici iş ilişkisi) devri çalışma hayatının ihtiyaçları arasında yer almasına rağmen 4857 sayılı İş Kanunu'nda sadece geçici iş ilişkisi düzenlenmiştir (m. 7).

Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin 2. fıkrasına göre, işveren rızasını almak suretiyle işçiden olan işin görülmesini talep hakkını başkasına geçici veya kesin olarak devredebilir. Ancak, bu hükmün iş sözleşmesinin bütün olarak devrini sağlayamadığı gerekçesi ile yetersiz olduğu ileri sürülmüştür¹².

İş sözleşmesinin kesin devrinde işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işverenle iş ilişkisi sona ererken, devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde işyeri devredilmemekte, işçi bir işverenin işyerinden başka bir işverenin işyerine kesin olarak nakledilmektedir.

İş sözleşmesinin kesin devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez. İşçinin hizmet süresi ile irtibatlı haklarında yeni işveren toplam çalışma süresi üzerinden sorumludur. Buna göre, işçinin çalışma süresi bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı hesaplanarak devralan işverenin sorumluluğu belirlenmelidir. Tarafların bu genel kuralın aksini kararlaştırmaları mümkündür. Başka bir anlatımla, devreden işverenin devir tarihi itibarıyla doğmuş bulunan haklardan, devralan işverenin ise sadece kendi döneminde doğacak olan işçilik alacaklarından sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Ancak, bu hususta yapılan anlaşma sadece tarafların yani iş sözleşmesini devreden işveren ile devralan işvereni bağlar. İşverenlerin sözü edilen genel kuralın aksine anlaşmalarına rağmen, işçi iş sözleşmesinin devrinden doğan alacakları ile çalışma süresinin bütünü üzerinden hesaplanması gereken ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin gibi alacaklarını devralan işverenden talep edebilecektir. Yargıtay, iş sözleşmesinin devrinden bir müddet sonra iş sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar ve kıdem tazminatının önceki işveren dönemi de dikkate alınarak hesaplanması gerektiğine karar vermiştir¹³.

İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin kesin devrinde de kural olarak iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile yeni işverene geçer. Devralan işverenin sözleşme şartlarını değiştirebilmesi işçinin buna muvafakat etmesi ile mümkün olacaktır. Başka bir anlatımla iş şartlarının değiştirilmesi İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde yapılabilir. Ancak, iş sözleşmesinin

devri, iş kanunlarımızda özel olarak düzenlenmediği için, Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin 2. fıkrası gereğince "iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile yeni işverene geçer" kuralının aksini kararlaştırmaları mümkündür.

İş sözleşmesinin devrinde işyerinin devrinden farklı olarak iş sözleşmesini devreden ve devralacak olan işverenlerin anlaşmasından başka işçinin de muvafakati bu ilişkinin kurucu unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu ilişkinin tesisi üç taraflı bir anlaşmanın varlığını gerektirir. Bu anlaşmanın sözlü olarak yapılması da mümkündür. İşçinin açık veya örtülü olarak muvafakati bulunmadıkça iş sözleşmesinin devrinden veya böyle bir devrin hukuki sonuç doğurmasından söz edilemeyecektir. İhtirazî kayıt ileri sürmeden başka bir işverenin işyerine kesin olarak nakledilen ve çalışmaya devam eden işçinin üçlü ilişkiye örtülü olarak muvafakat ettiği kabul edilmelidir. İşçinin muvafakati olmadıkça iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceğinden iş sözleşmesini devretmek isteyen işverenin bu işçinin sigortalılığını sona erdirecek işlemler yapması (Sigortadan çıkışını yapması, Çalışma Bakanlığı birimlerine Ek 2 İşçi Çıkış Bildirgesi düzenlemesi vb.) olsa olsa iş sözleşmesinin işverence feshi anlamına gelecektir. Nitekim, Yargıtay da işçinin muvafakati olmadan yapılan işveren değişikliği işlemini fesih olarak değerlendirmiştir¹⁴. Buna karşılık, işverenin iş sözleşmesinin devri konusunda rızası olmadan işçinin ayrılarak diğer bir işverene ait işyerinde çalışması işçinin tek taraflı olarak iş sözleşmesini feshettiği anlamına gelecektir.

İşçinin iş sözleşmesinin devrine muvafakati devir anında alınmalıdır. Toplu iş sözleşmesi veya hizmet sözleşmesine bu yönde önceden konulan kural geçersiz olduğundan buna rağmen işçinin başka bir işverene ait işyerine nakledilmesi fesih olarak değerlendirilebilir. Yargıtay da bir kararında toplu iş sözleşmesine işçinin başka bir işverene ait işyerine nakli konusunda konulan hükümlerin geçersiz olduğunu, naklin ancak üçlü anlaşma ile mümkün olabileceğini belirtmiştir¹⁵. Ancak, işçi ihtirazî kayıt ileri sürmeden yeni işverene ait işyerine çalışmasını üçlü anlaşmaya örtülü olarak rıza gösterdiği kabul edilebilir.

3. Geçici (Ödünç) İş İlişkisi

1475 sayılı Kanun döneminde yasal düzenleme

İş sözleşmesinin devrinde işçinin de muvafakati bu ilişkinin kurucu unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

konusu yapılmayan ancak öğretisi ve yargı kararlarında "ödünç iş ilişkisi" olarak ifade edilen¹⁶ geçici iş ilişkisi, iş hukukunda esneklik arayışı sonucunda 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenmek suretiyle mevzuatımıza girmiştir.

Ödünç ya da geçici iş ilişkisi, bir işverenin kendi işçisini, rızasını almak suretiyle, geçici veya belirli bir süre için çalışmak üzere bir başka işverenin emrine vermesi ile kurulan ilişki olarak tanımlanmaktadır¹⁷.

İşveren (ödünç veren), yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi başka bir işverene (ödünç alan) iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak verdiğinde geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulmuş olur. İşverenin, rızasını almak suretiyle bir işçinin, holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer bir işte çalıştırılmak üzere geçici olarak devri ile geçici iş ilişkisi kurulur (İş K. m. 7/1).

İşçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenle (ödünç veren) arasındaki sözleşme sona ermemekte, ödünç veren işveren işçiden olan işin görülmesini talep hakkını geçici bir süre için diğer bir işverene (ödünç alan) devretmektedir. İşçi, iş görme borcunu geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici işveren ile işçi arasında geçici iş ilişkisi süresince herhangi bir sözleşme yoktur. Ancak, geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür (m.7/1).

İş Kanunu'nun 7/1. maddesinde işçinin rızasının devir sırasında ve yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun 99. maddesinde, geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddedeki ilke ve yükümlülükler uymayan işveren veya işveren vekili için cezaî yaptırım öngörülmüş olması, işçinin geçici iş ilişkisine muvafakatine ilişkin yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğunu göstermektedir¹⁸. İşçinin rızasının alınacağı zaman konusu öğretilerde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, yazılı rıza önceden, örneğin

İşçinin iş sözleşmesinin devrine muvafakati devir anında alınmalıdır.

İş sözleşmesi yapılırken alınabilir¹⁹. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, önceden, iş sözleşmesi yapılırken alınmış olan izin ile geçici iş ilişkisi kurulamaz²⁰. Kanımca, maddede yazılı rızanın “devir sırasında” alınması gerektiğine ilişkin kural (m. 7/1) ve bu kurala aykırılığı cezaî yaptırıma bağlayan 99. madde birlikte değerlendirildiğinde devirden önce işçiden alınan yazılı rıza ile geçici iş ilişkisi kurulamaz. Diğer yandan, iş sözleşmesi kural olarak tarafları arasında bir iş ilişkisi kurar. Geçici iş ilişkisi bu genel kuralın bir istisnası olup, atipik bir iş ilişkisidir²¹. İşçiyi atipik bir iş ilişkisine zorlamak, başka bir anlatımla, işçiden bir başka işverene ait işyerinde geçici veya belirli bir süre için iş görme borcunu ifa etmesinin istenmesi, çalışma koşullarının esaslı tarzda değişikliği anlamına gelir. Çalışma koşullarının esaslı tarzda nasıl değiştirilebileceği İş Kanunu'nun 22. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, işveren çalışma şartlarındaki değişikliği ancak işçinin yazılı kabulü ile yapabilir. 22. madde çalışma şartlarında değişiklik yapılmadan önce işçiden rızasının alınması veya bu konuda anlaşma yapılması gerektiğini aramaktadır. 7. maddede ise bu anlama gelecek özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre geçici iş ilişkisi ancak işçinin devir sırasında yazılı rızası alınarak yapılabilir. Ayrıca belirtilmelidir ki, öğreti ve uygulamada işverenin, çalışma koşullarında değişiklik yetkisinin saklı tutulabileceği kabul edilmekte²² ise de, geçici iş ilişkisi bakımından 7. maddedeki açık düzenleme gereği değişiklik yetkisinin saklı tutulması mümkün değildir.

İş hukukunda esnekliğin bir ürünü olmasına rağmen, geçici iş ilişkisinin işçiden devir sırasında yazılı rızasını almak gibi katı kurallara bağlanmasının düzenlemenin amacı ile uyumlu olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim Yargıtay, bir kararında işçiden yazılı rızasının alınıp alınmadığına bakılmaksızın kurulan üçlü ilişkiyi geçici iş ilişkisi olarak nitelendirmiştir²³.

Başlangıçta rıza vermesine rağmen ödünç alan işverenin işyerinde çalışmayı reddeden işçinin kendi işverenine karşı iş sözleşmesinden doğan sorumluluğu söz konusu olur. Buna karşılık, rıza

vermediği halde geçici iş ilişkisine zorlanması çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir. İşveren bu durumda, İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun olarak hareket etmek durumundadır²⁴.

Geçici iş ilişkisi, klasik iş sözleşmesi ilişkisinden ayrılan atipik bir iş ilişkisi olduğundan, ispat külfeti, ilişkinin ödünç veya geçici iş ilişkisi olduğunu iddia eden tarafa aittir.

İş Kanunu'nun 7. maddesinde işçiden yazılı rızasının alınması ilişkinin kurucu unsuru olarak öngörülmesine karşın, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında bu amaçla yapılan anlaşmanın şekli konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Öğretilerde bir görüşe göre, ödünç iş ilişkisinin alacağın temlikli niteliğinde olduğu, bu nedenle geçici iş ilişkisinin yazılı olması gerekir²⁵. Diğer bir görüşe göre ise, ödünç verme sözleşmesi, bazı işveren haklarını ve/veya bu hakların kullanımı yetkisini devreden ve bu arada ödünç alana ödünç veren yanında bir takım borçlar da yükleyen kendine özgü bir sözleşme olduğundan her hangi bir şekle tabi değildir²⁶.

Kanuna göre, ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak ödenmeyen ücretinden ve işçiyi gözetme borcu ile sosyal sigorta priminden birlikte sorumludur (m. 7/3). Buna göre, geçici iş ilişkisi kurulduktan sonra işçinin ödünç verilen işverene ait işyerinde yaptığı çalışma karşılığı ücretleri, fazla mesai hafta ve genel tatil ücretleri, prim gibi alacaklarında ödünç veren işverenle birlikte ödünç alan işveren de birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay, ödünç iş ilişkisi kurulduktan sonra işçinin ödünç alan işveren nezdinde yaptığı fazla çalışma ücretlerinden sadece ödünç alan işverenin sorumlu olduğu, buna karşılık ödünç veren işverenin birlikte sorumlu tutulmayacağı yönünde karar vermiştir²⁷.

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre, geçici iş ilişkisi kurulan işveren kendi işyerinde uygulanan grev ve lokavt aşamasında ödünç işçiyi çalıştıramaz. Ancak işçinin grev ve lokavta katılmayacak işçi kadrosunda olması durumunda çalışması mümkündür. Ayrıca ödünç veren işverenin de ödünç verilen işverenin işyerinde uygulanan grev ve lokavt süresince işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır. Başka bir anlatımla, işveren işçisini grev ve lokavt uygulanan bir işyerine

Geçici iş ilişkisinin, işçiden devir sırasında yazılı rızasını almak gibi katı kurallara bağlanmasının düzenlemenin amacı ile uyumlu olmadığını belirtmek gerekir.

ödünç olarak gönderemez. Grev ve lokavttan önce ödünç ilişkisi kurulmuşsa grev ve lokavt aşamasında işçisini kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır. Bu hükümler, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işyerinde grev ve lokavtın uygulanması durumunda söz konusu olur. Buna karşılık, ödünç veren işverenin işyerinde grev ve lokavta gidilmesi durumunda geçici iş ilişkisi nasıl etkileneceği düzenlenmemiştir. Öğretide, grevin anayasal bir hak olduğu ve toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için işçinin kendi işyerinde yapılacak greve katılabilmesi gerektiği, bu durumda iş görme borcunun ihlalden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür²⁸.

Ödünç verilen işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur. İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılamiyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır (İş K. m. 7/4). İşçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığından, işçinin geçici işverene karşı kusuru ile sebep olduğu zarardan dolayı sorumluluğu akdi değil, haksız fiil sorumluluğudur²⁹.

Geçici işverenin, işin yapılması ve işyeri düzenine ilişkin verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşin yapılması ve işyeri düzeni dışında bir talimat verilmesi durumunda geçici iş ilişkisinin akıbeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işçi bu durumda çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirildiğini ileri sürerek iş sözleşmesini haklı olarak feshedebilecektir³⁰. Bir başka görüşe göre ise, bu halde İş Kanunu'nun 22. madde hükümlerinin doğrudan uygulanması doğru olmaz. İşçi, geçici işverenin işin yapılması ve işyeri düzeni dışına çıkan talimatına uymayıp, işvereni haberdar etmeli ve kendi işverenin tavrına göre 22. maddenin uygulanması söz konusu olabilmelidir³¹.

İşçinin ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden kural olarak yararlanması mümkün değildir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinin işyeri düzenine ilişkin hükümlerin işçiye uygulanabilecektir³².

Geçici iş ilişkisine konu olan işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, ödünç alan işveren işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin tedbirleri almakla yükümlüdür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi geçici iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere ve en fazla iki defa yenilenebileceğini düzenlemiştir. Buna göre geçici iş ilişkisi üst üste ve her biri altı ay olmak üzere en fazla üç dönem için yapılabilir. Böylece Kanuna göre geçici iş ilişkisi en çok 18 ay için kurulabilir. Öğretide her dönem için işçiden ayrıca yazılı rızasının alınması gerektiği ileri sürülmüş ise de, kanımca, ilk dönem için işçiden yazılı rızası alınmış ise sonraki dönemde işçi ihtirazî kayıt ileri sürmeden ödünç alan işveren yanında çalışmasına devam ediyorsa tekrar yazılı rızasının alınmasına gerek olmamalıdır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasından bu sonuca varmak mümkündür. Gerçekten, anılan hükümde sadece ilk altı aylık dönem için yazılı rızadan söz edilmiştir. İşçinin azami süre olan 18 aydan fazla geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalıştırılması mümkün değildir. Öğretide anılan sürenin sona ermesinden sonra işçi aynı ödünç işveren nezdinde çalışmaya devam etmekte ise artık ödünç alanın işçisi kabul edilmektedir³³. Kanımca bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir. İşçinin geçici iş ilişkisine ilişkin 18 aylık azami sürenin sona ermesinden sonra ödünç veren işverenin davetine rağmen geri gelmeyip, ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde ödünç veren işveren ile olan iş sözleşmesini kendi isteği ile sonlandırdığı ve geçici iş ilişkisinin sona erdiği tarih itibarıyla ödünç alan işverenle iş sözleşmesi yaptığı ve artık onun işçisi olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, geçici iş ilişkisine ilişkin azami sürenin sona ermesine rağmen işçinin ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya de-

İşçinin grev ve lokavta katılmayacak işçi kadrosunda olması durumunda çalışması mümkündür.

vam etmesi ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçinin içinde bulundu üçlü bir anlaşmaya dayanmakta ise bu durumda iş sözleşmesinin geçici iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren kesin olarak ödünç işverene devredildiği sonucuna varılmalı ve artık bu durumda iş sözleşmesinin kesin olarak devrine ilişkin hükümler söz konusu olmalıdır.

Yargıtay, bir kararında geçici iş ilişkisi süresi sona erdikten sonra önceki işyerinde çalışması istenmesine rağmen dönmeyen işçinin iş sözleşmesini haklı neden olmadan feshettiği sonucuna vararak ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁴.

Öğretinin yukarıda belirtilen görüşü ve yargı kararları ışığında geçici iş ilişkisine ilişkin azami sürenin sona ermesine rağmen ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya devam eden işçinin durumunu ikili bir ayırım yaparak incelemek gerekir. İşçinin geçici iş ilişkisine ilişkin 18 aylık azami sürenin sona ermesinden sonra ödünç veren işverenin davetine rağmen geri gelmeyip, ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde ödünç veren işveren ile olan iş sözleşmesini kendi isteği ile sonlandırdığı ve geçici iş ilişkisinin sona erdiği tarih itibariyle ödünç alan işverenle iş sözleşmesi yaptığı ve artık onun işçisi olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, geçici iş ilişkisine ilişkin azami sürenin sona ermesine rağmen işçinin ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçinin içinde bulunduğu üçlü bir anlaşmaya dayanmakta ise bu durumda iş sözleşmesinin geçici iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren kesin olarak ödünç işverene devredildiği sonucuna varılmalı ve artık bu durumda iş sözleşmesinin kesin olarak devrine ilişkin hükümler söz konusu olmalıdır.

4. Çalışma Koşullarının İşverence Esaslı Tarzda Değiştirilmesi Nedeniyle İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabileceği haller sınırlı olarak sayılmıştır. Maddede işçinin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hallerden birisi de iş sözleşmesinin işçi tara-

İlk dönem için işçiden yazılı rızası alınmış ise sonraki dönemde tekrar yazılı rızasının alınmasına gerek olmamalıdır.

findan anılan Kanun'un 16. madde uyarınca feshedilmesidir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-e maddesinde "... iş şartları esaslı tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa ; (sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla)" yer alan kural gereğince işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği düzenlenmiştir.

İncelemeye konu olayın meydana geldiği tarih itibariyle 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunan 16. maddesinin II. bendinin (e) alt bendinde sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, iş şartlarının esaslı tarzda değiştirilmesi, başkalaştırılması veya uygulanmaması durumunda işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, iş şartlarında yapılan her türlü değişiklik, işçiye fesih imkânı vermemektedir. Sözü edilen düzenleme gereği, değişiklik veya uygulamama ancak esaslı tarzda olması durumunda fesih için haklı neden teşkil edebilecektir. Önemsiz sayılabilecek değişiklikler işçiye bildirimsiz fesih hakkı vermez³⁵. Ayrıca, işçi lehine olan değişiklikler esaslı tarzda olsa bile işçi bu değişikliği feshetme gerekece yapamaz. Gerçekten, işçinin yararına yapılmış bir değişikliğe dayanarak ve rızası bulunmadığından söz ederek iş sözleşmesini feshetmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır³⁶. Kuşkusuz, tarafların anlaşarak emredici yasa hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla işçi aleyhine de olsa iş şartlarında değişiklik yapmaları mümkündür. Ancak, toplu iş sözleşmesine aykırı olarak işçi aleyhine değişiklik yapılması taraflar anlaşsa bile mümkün değildir. Bunun dışında, işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarını işçi aleyhine değiştirmesi mümkün değildir. İşçiye iş sözleşmesini derhal feshetme imkânını veren değişiklik işverence yapılanıdır. Ancak, işçi buna rağmen iş sözleşmesini feshetmeyebilir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde işveren çalışma koşullarında değişikliği yaptığında, işçi ya değişen şartlarda çalışmaya devam edecek ya da iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda kalıyordu. İş sözleşmesini kendisi feshettiğinde de ihbar tazmina-

İşverenin şahsının sözleşmenin kurulmasında ve yürütülmesinde ön planda olmadığı durumlarda, işyerinin işverenin değişmesi işçi yönünden fesih için haklı neden oluşturmaz.

tından mahrum kalıyordu. Bazen, işveren ihbar tazminatını ödememek için çalışma şartlarında tek taraflı esaslı tarzda değişiklik yaparak işçiyi feshetmeye zorlamaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ise, işçinin bu durumda iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmasına rağmen, iş sözleşmesini feshetmeyip, çalışma şartlarında yapılan esaslı değişikliği kabul etmeden çalışmaya devam etmek istemesi mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca işçinin kabul etmediği esaslı tarzdaki değişiklik kendisini bağlamayacaktır. İşveren bu durumda ya değişikliği yapmamak veya iş sözleşmesini bildirimli feshetmek zorundadır. İş sözleşmesinin işverence bu nedenle feshedilmesi durumunda işçi ihbar ve kıdem tazminatı talep edebildiği gibi, bunları istemeyip, şartları varsa işe iade davası da açabilmektedir³⁷.

İş şartlarındaki değişikliğin esaslı tarzda olup olmadığı her olayın özelliklerine göre değerlendirilir. İş şartlarının işçi aleyhine değiştirilmiş olması, bu değişikliklerle işçinin gerek ücretinin, gerek diğer maddi menfaatlerinin azaltılmış olması veya yeni iş şartlarının işçinin yaşayışı ve sağlığı için tehlike arz etmesi gibi hallerde esaslı bir değişiklik kabul edilebilir. İş şartlarının işçi aleyhine değiştirilmiş olup olmadığını tespit ederken, işçinin değişiklikten önceki menfaatleri ile değişiklik sonucu elde edeceği tüm menfaatlerin karşılaştırılması gerekir³⁸. Yargıtay kararlarında, işverence tek taraflı olarak işçinin ücretinin indirilmesi, işin niteliğinin, işyerinin veya çalışma sürelerinin değiştirilmesini esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir³⁹.

1475 sayılı Kanun döneminde iş şartlarındaki değişikliğe işçinin açık ya da örtülü olarak muvafakat etmesi durumunda, bu değişikliğe dayanılarak iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi⁴⁰. 4857 İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da anılan Ka-

nun'un 22. maddesinde değişikliğin ancak işçinin yazılı muvafakati ile mümkün olabileceği düzenlenmesine rağmen uygulamada yine değişikliğe örtülü olarak da muvafakat gösterilebileceği⁴¹, öğretiyeye göre ise işverenin sözleşme ile değişiklik yapma hakkını saklı tutabileceği kabul edilmektedir⁴².

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenin değişmesi kural olarak işçiye derhal fesih imkanı vermez. İşverenin şahsının sözleşmenin kurulmasında ve yürütülmesinde ön planda olmadığı durumlarda, işyerinin işverenin değişmesi işçi yönünden fesih için haklı neden oluşturmaz⁴³.

İş şartlarında işçi aleyhine tek taraflı yapılan esaslı değişikliğin fiilen yapılmış olması gerekir. İşverenin ileride yapacağını düşündüğü değişiklikler uygulanmadıkça işçiye iş sözleşmesini derhal feshetme imkânı vermez.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

İş hukukunda üçlü ilişkiler içerisinde yer almakla birlikte yukarıda belirtildiği gibi işyeri devri, iş sözleşmesinin devri ve geçici (ödünç) iş ilişkisi müesseseleri yapıları, tarafları ve hukuki sonuçları bakımından farklılık arz etmektedir. İş sözleşmesinin kesin devri ile geçici iş ilişkisinde işçinin muvafakati bu ilişkiler için kurucu unsur iken, işyeri devrinde işçinin muvafakatine gerek bulunmamaktadır. İşyeri devrinde, devir tarihi itibarıyla mevcut olan iş sözleşmeleri devralan işverene kendiliğinden geçmektedir. İşçinin muvafakati aranmasına rağmen, işçinin bazı işçilik hakları bakımından işyerini devreden işveren ile devralan işverene birlikte ya da bunlardan yalnızca birine başvurma hakkı bulunmaktadır. İşyerinin devrinde, işyeri bir işverenden diğer bir işverene geçerek el değiştirmek suretiyle işveren değişikliği söz konusu olmakta ve böylece işyeri aynı kalmaktadır. İşyeri devri ile meydana gelen işveren değişikliğinin kural olarak işçiye bildirimsiz fesih hakkını vermediği yukarıda açıklanmıştır. Söz konusu olayda, aynı holdinge bağlı şirketler arasında açıkça bir işyeri devri sözleşmesi yapılmış değildir. Ancak, dava-

Önemsiz sayılabilecek değişiklikler işçiye bildirimsiz fesih hakkı vermez.

cıdan başka diğer tüm işçilerin kararda belirtilen transfer belgesini imzaladıkları düşünüldüğünde işyerinin fiilen el değiştirdiği söylenebilir. Uygulamanın işyeri devri olduğu kabul edilirse, devir ile birlikte mevcut iş sözleşmelerinin de devralan işverene kendiliğinden geçtiği sonucuna varılır. Bu durumda, işçiden muvafakatinin alınmasına veya transfer belgesi imzalatılmasına gerek yoktur. İşyeri devrinin bulunduğu kabul edildiğinde davacının iş sözleşmesi de devir alan işverene geçmiş olur. Davacının bu durumda iş sözleşmesini salt işyeri devrini gerekçe göstererek feshetmesi mümkün değildir. Ancak, iş sözleşmesi devralan işverene geçen işçi, devirden sonra çalışma koşullarının değiştirildiğini ileri sürerek iş sözleşmesini feshedebilir. Somut olay yönünden davacıya imzalatılmak istenen belgede fazla mesai ücretinin aylık ücretinin içinde olduğu belirtilmiş olup, bunun yürürlüğe

ücretin içinde olduğunu içeren “Ödünç İş İlişkisi Sözleşmesi”, diğeri de “Muvafakatiniz alınarak ... AŞ'den ... Topluluğuna dahil ... Bileşik Pazarlama A.Ş.'ye geçirilme konusunda her iki şirket İdare Meclisi tarafından karar verilmiş olup, 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren hizmet akdinizin işveren tarafında ... Bileşik Paz. A.Ş.'de yer alacak ve iş ilişkiniz bu şirket ile devam edecektir...” ifadelerini içeren “Transfer Belgesi” başlıklı yazıdır. Davacı her iki belgeyi de imzalamamış; transfer belgesini üzerine “Bu tebligatı kabul etmiyorum, İş Kanunu'nun 16. maddesi gereğince iş akdimi feshediyorum” şerhini düşerek işyerinden ayrılmıştır. İşyerinde davacıdan başka tüm işçilere aynı mahiyete belge imzalatılmış olmasına rağmen işyeri değişmemiş, tüm işçiler ve bu arada davacı işçi aynı işyerinde çalışmaya devam etmekte iken bu uygulama yapılmıştır. Kural olarak, işyeri değişmeden

İş sözleşmesinin kesin devri ile geçici iş ilişkisinde işçinin muvafakati bu ilişkiler için kurucu unsur iken, işyeri devrinde işçinin muvafakatine gerek bulunmamaktadır.

girmesi halinde davacının çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişiklik meydana geleceği açıktır. Ancak, davacının bu belgeyi imzalamadığı karardan anlaşıldığına göre, çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik meydana geldiğini söylemek mümkün değildir.

Geçici (ödünç) iş ilişkisinde ise, ne bir işyeri devri ne de iş sözleşmesinin devri söz konusudur. İşçi işverene karşı olan iş görme borcunu belirli veya geçici bir süre ile bir başka işverene bağlı olarak ve o işverenin işyerinde yerine getirmektedir. İşyeri devri ve iş sözleşmesinin devrinden farklı olarak burada işçinin gerçek işvereni değişmemektedir. Geçici bir süre için farklı bir işyerinde çalışmaktadır. Ancak, bu ilişkinin kurulması da yine üçlü bir anlaşmanın varlığını gerektirir. İşçinin muvafakat etmediği bir geçici iş sözleşmesi kurulmamış olur ve buna rağmen başka bir işverene ait işyerine geçici bir süre için gönderilirse bu iş sözleşmesinin esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına gelir ve işçiye haklı nedenle fesih hakkını verir. İncelemeye konu olayda, davacı işçiye iki adet belge imzalatılmak istendiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birisi fazla mesai ücretinin aylık sabit

işçinin bir başka işverene ödünç verilmesi olanağı yoktur. Başka bir anlatımla, işçi aynı işyerinde çalışmasına devam ederse burada ödünç iş ilişkisinden söz edilemez. Zira, ödünç ilişkisi yukarıda belirtildiği gibi işçinin muvafakati ile başka bir işverene ve onun işyerine gönderilmekle olur. Olayda, işçi sözü edilen belgeyi imzalaması durumunda aynı işyerinde çalışmaya devam edeceği gibi, ödünç verilme noktasında rıza da göstermemiştir. Şu halde, yerel mahkemece olayın ödünç iş ilişkisi olarak ele alınması isabetli değildir.

İş sözleşmesinin devrinde işçinin muvafakati şart olup, davacı işçinin imzalatılan belgeyi imzalamadığı açık olduğuna göre, olayın iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten Hukuk Genel Kurulu'nun kararına katılmak da mümkün görülmemektedir. Kuşkusuz, iş sözleşmesinin kesin olarak başka bir işverene devrinde işçinin buna örtülü olarak rıza göstermesi de mümkündür. Ancak, somut olayda, davacı işçinin iş sözleşmesinin devrine açıkça rıza göstermediği karar içeriğinden anlaşılmaktadır. Gerçekten işçinin işverenlerce yapılmak istenen iş sözleşmesinin devrine muvafakat etmediği konusunda uyuşmaz-

lık bulunmadığı halde iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiğinden söz edilmesi ve buna hukuki sonuç bağlanmasını anlamak güçlük arz etmektedir. Burada tüm unsurları ile gerçekleşmiş bir iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceğine göre Hukuk Genel Kurulu'nca varılan sonuç bir anlamda işverenlerin bu konudaki istek ve iradelerine iş sözleşmesinin devrinin sonuçlarını bağlanması söz konusu olmaktadır. Ancak, işçi açısından hukuki sonuç doğurmayan bir işlemin iş sözleşmesinin esaslı değişikliği olarak kabul ve değerlendirilmesi yerinde bir yaklaşım olmamak gerekir. Diğer yandan, somut uyuşmazlık bakımından iş sözleşmesinin devri nedeni ile iş şartlarının nasıl ağırlaştığı tartışılmış ve dayanakları ortaya konulmuş değildir. Kaldı ki, salt iş sözleşmesinin devrinin ise davacı işçi bakımından iş şartlarının ağırlaştırılması olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nca varılan bu sonuç, işçinin muvafakati bulunmaması nedeniyle kurucu unsurlarından biri gerçekleşmeyen ve iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilemeyecek bir istek ve irade üzerine iş sözleşmesinin haklı olarak feshine imkân tanımaktadır ki, bunun yeni hukuki tartışmalara yol açacağı tabiidir. Davacı tarafından fazla mesai ücretinin aylık sabit ücretin içinde yer aldığını içeren "Ödünç İş İlişkisi Sözleşmesi" de imzalanmadığına göre çalışma şartlarında fiilen esaslı bir değişiklik meydana geldiği söylenemeyeceğinden işçinin o tarihte yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-e maddesi uyarınca haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir.

IV. SONUÇ

İncelenen olay bakımından işçinin muvafakati olmadığına göre ortada iş sözleşmesinin devri veya geçici iş ilişkisinden söz etme olanağı bulunmamaktadır. İşçinin muvafakatının bulunması durumunda ise salt iş sözleşmesi devrinin-işyeri devrinde olduğu gibi- davacı işçiye haklı nedenle sözleşmeyi fesih imkânı vermeyeceğini kabul etmek gerekir. Aynı şekilde işçinin yazılı rıza verdiği geçici iş ilişkisinin kurulmasını da haklı fesih nedeni yapması mümkün değildir. Olayda işyeri devri, iş sözleşmesinin devri veya geçici iş ilişkisi olgularının tartışılmasından ziyade önemli olan işçinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı ve dolayısıyla kıdem tazminatını hak edip etmediğidir. İş

sözleşmesinin devri veya geçici iş ilişkisinde işçinin muvafakati zorunlu unsur olduğundan ve davacının devire rıza göstermediği açık olmakla davacının çalışma şartları ağırlaşmış olsa bile henüz kurulamadıkları için anılan müesseseler nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinde haklılık yoktur. Öte yandan, işyeri devri kabul edilse bile, salt işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih imkanı vermez. İşçinin devredilen işyerinde çalışma koşullarının değiştirilmesi halinde bildirimsiz fesih hakkı var ise de, somut olayda bu anlamda çalışma koşullarında fiilen bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle, incelenen olayda davacının kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin Genel Kurul Kararı ile aynı görüşü paylaşamıyorum.

DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Şubat 2005, s. 165.
- 2 Mollamahmutoğlu, s.165-166.
- 3 Yrg. 9. HD. 5.7.2001, 10947-12054 (Kişisel Arşiv).
- 4 Yrg. 9. HD. 30.9.2004, 5530-21060 (Kişisel Arşiv).
- 5 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesinden.
- 6 Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 1987, s. 4; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 168.
- 7 Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 189-190.
- 8 Yrg. 9. HD. 11.4.2005, 23994-12847 (Kişisel Arşiv).
- 9 Yrg. 9. HD. 4.10.2004, 5986-21949 (Kişisel Arşiv).
- 10 Süzek, S.: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 171.
- 11 Süzek S.: (İş Hukuku), s.171.
- 12 Mollamahmutoğlu, s.165.
- 13 Yrg. 9. HD. 14.11.2005, 7767-35771 (Kişisel Arşiv).
- 14 Yrg. 9. HD. 6.11.2002, 6352-20664, Yrg. 9. HD. 21.5.2000, 6039-8613 (Kişisel Arşiv).
- 15 Yrg. 9. HD. 14.11.2005, 7767-35771 (Kişisel Arşiv).
- 16 Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 130-131; Yrg. 9. HD. 7.5.2001, 7837-7889 (Çankaya, O./Çil, Ş.: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 173).
- 17 Akyiğit, (Ödünç İş İlişkisi), s. 11; Süzek (İş Hukuku), s. 248; Mollamahmutoğlu, s. 221.
- 18 Mollamahmutoğlu, s. 223; Keser, Hakan: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/9, s. 68.
- 19 Mollamahmutoğlu, s. 223.
- 20 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, s. 85; Ekmekçi, Ö.; 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, Sayı 2, s. 271.
- 21 Mollamahmutoğlu, s. 221.
- 22 Süzek, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/I, s. 22.

- 23 Yrg. 9. HD. 28.11.2005, 32439-37317 (Kişisel Arşiv).
- 24 Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 223-224.
- 25 Engin, Murat: Ödünç İş İlişkisi, C. 1, S. 3 s. 342-343; Mollamahmutoğlu, s.225.
- 26 Akyiğit, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s. 119.
- 27 Yrg. 9. HD. 14.5.1996, 1014-10093 (Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s 109)
- 28 Süzek (İş Hukuku), s. 250; Mollamahmutoğlu, s.227.
- 29 Mollamahmutoğlu, s. 231.
- 30 Engin, Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3 s. 103.
- 31 Mollamahmutoğlu, s. 230.
- 32 Mollamahmutoğlu, s. 231.
- 33 Eyrenci 4857 Sayılı Yasa ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Legal sayı 1., 2004, s. 30; Akyiğit, (İş Hukuku) s. 131; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005, s. 95; Ekmekçi, Ödünç İş İlişkisi s. 381; Süzek (İş Hukuku), s. 239.
- 34 Yrg. 22.9.2003, 2572/15250 (Kişisel Arşiv).
- 35 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976, s. 409.
- 36 Çenberci, s. 24.
- 37 Süzek (Değişiklik Feshi), s. 7-8.
- 38 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998, s. 342-343.
- 39 Yrg. HGK. 1.10.1986, 1985/9-349, 1986/807; Yrg. 9. HD. 3.10.2003, 3164-16022; Yrg. 9. HD. 28.1.2003, 2002/12289 2003/845 (Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, s.427 vd.).
- 40 Yrg. 9. HD. 7.3.2002, 2001/18292-2002/3415 (Kişisel Arşiv).
- 41 Yrg. 9. HD. 10.5.2005, 2004/22844-2005/16135; Yrg. 9. HD. 19.9.2005, 27703-30371 (Kişisel Arşiv).
- 42 Alpagut, Gülsevil: İş Kanunu'nun 22. maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, Sayı 6, s. 60; Süzek, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/I, s. 22.
- 43 Narmanlıoğlu, s. 346-347.
- Eyrenci, Ö.: 4857 Sayılı Yasa ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Legal sayı 1. 2004,
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.
- Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 1987.
- Keser, Hakan: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/9
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Şubat 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 168 (İş Hukuku).
- Süzek, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/1 (Değişiklik Feshi).
- 4857 Sayılı İş Kanunu Bilim Kurulu Ön Tasarısı.
- Kişisel Arşiv.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995 (Ödünç İş İlişkisi).
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005 (İş Hukuku).
- Alpagut, Gülsevil: İş Kanunu'nun 22. maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, Sayı 6.
- Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Ekmekçi, Ö.: 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, Sayı 2.
- Engin, Murat: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3.

Nağme N. HOZAR, LL.M*

MESS Müşavir Avukatı

İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2004/30947

Karar No : 2005/24233

Tarihi : 07.07.2005

Dava

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret alacağına ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Karar

Davacı işe girerken imzaladığı sözleşme ve taahhütnamede işverenin diğer işyerlerine atanmayı ve oralarda görev yapmayı kabul etmiş bulunmaktadır. İşveren hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracağını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahiptir. Bu, işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir. İşverenin bu hakkını kötüye kullandığı

kanıtlanmadıkça hakim işverenin bu eylemine müdahale etme hakkına sahip değildir.

Somut olayda davacı ile aynı görevi yapan tanıkların açıklamaları işverenin davacının tayininde kötü niyetli davrandığının kabulü için yeterli değildir. Tanık ifadelerinde davacı ile aynı durumda olan başka bir şahsın Ankara'ya atama istediği halde bu şahsın atamasının yapılmayıp davacının tayin edildiği bildirilmişse de bu konuda belge ibraz edilmemiş ve anılan kişi de tanık olarak dinletilmemiştir. Açıklanan nedenle davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 7.7.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

1. Kararın İncelenmesi

Karardan anlaşıldığı üzere davacı işçi, işe girerken imzaladığı sözleşme ve taahhütnamede işverenin

diğer işyerlerine atanmayı ve oralarda çalışmayı kabul etmiş, işveren de, bu yetkiye dayanarak işçiyi başka bir işyerine çalışmaya göndermiştir. Bu atamayı kabul etmeyen işçi tarafından açılan ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret alacağına ödettirmesi ne ilişkin davada, Yerel Mahkeme, davacının, kıdem tazminatı alacağını hüküm altına almıştır.

Her ne kadar davacı ile aynı görevi yapan tanıklar, açıklamalarında işverenin davacının tayininde kötü niyetli davrandığını, davacı ile aynı durumda olan başka bir şahsın Ankara'ya atama istediği halde bu şahsın atamasının yapılmayıp davacının tayin edildiğini iddia etmişlerse de iddia edilen bu hususu ispat edecek ne bir belge sunulmuş ne de söz konusu işçi tanık olarak dinletilmiştir. Yüksek Mahkeme, işverenin, hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracağını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahip olduğu, işçinin işe girerken imzaladığı sözleşme ve taahhütname ile işçinin işverene vermiş olduğu başka işyerlerine atanma yetkisini işverenin kötüye kullandığı kanıtlanmadıkça mahkemenin, işverenin bu eylemine müdahale etme hakkına sahip olmadığına hükmetmiş ve davacının kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulünü hatalı bulup Yerel Mahkeme'nin kararını bozmuştur.

Kararda üzerinde durulması gereken husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi hükmü karşısında iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmelikleri ya da benzeri kaynaklarda çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların geçerli olup olmadığıdır.

Ücret, işin niteliği, işyeri veya çalışma saatleri çalışma koşullarını oluştururlar. Kararın da konusu olan ve bizim de irdeleyeceğimiz konu, işyerine ilişkin değişiklik yapma yetkisinin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ya da benzeri kaynaklar ile saklı tutulup tutulmayacağıdır. İşyeri dışındaki çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi hususu incelememizde yer almayacaktır.

II. İş Kanunu'nun 22. Maddesinde Öngörülen Usul

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri de işverence çalışma koşullarında yapılacak değişikliklerin belirli bir usule bağ-

lanmış olmasıdır. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun "İşçinin bildirimsiz fesih hakkı"nı düzenleyen 16/II-e maddesine göre; iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa işçi, kıdem tazminatını almak suretiyle iş sözleşmesini feshedebiliyordu. Ancak getirilen yeni düzenleme ile eski 16/II-e maddesine karşılık gelen 24/II-f maddesinde, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi, yalnızca işveren tarafından çalışma şartlarının uygulanmaması hali ile sınırlı tutulmuştur. Çalışma şartlarının değişmesi veya başkalaşması durumunda bundan böyle işverence İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usul ve esaslara göre hareket edilmesi gerekecektir.

İş Kanunu'nun "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı 22. maddesine göre işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilecektir. Kanun'un öngördüğü bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uyum suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında da, tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği, ancak çalışma koşullarında değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı belirtilmektedir.

Eğer 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi hükmü karşısında iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmelikleri ya da benzeri kay-

Çalışma şartlarının değişmesi veya başkalaşması durumunda bundan böyle işverence İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usul ve esaslara göre hareket edilmesi gerekecektir.

**İşin nerede, ne zaman,
hangi saatlerde,
kimlerle ilgili olarak,
hangi koşullarda yapılacağını
işveren, sözleşmeden kaynaklanan
yönetim yetkisine dayanarak
belirleme hakkına sahiptir.**

naklarda işyerine ilişkin değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların geçerli olmadığı kabul edilirse işveren, söz konusu maddede öngörülen usule uymak zorunda kalacaktır.

Bu çerçevede incelememizde öncelikle Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda çıkış noktası olan işverenin yönetim hakkı ve sınırları, daha sonra konuya ilişkin doktrinadaki görüşler ile bugüne kadar konumuzla ilgili verilmiş Yargıtay kararları üzerinde durulacaktır. Son olarak da konuyla ilgili görüşlerimiz açıklanacaktır.

III. Yönetim Hakkı

İş sözleşmesinin en temel özelliklerinden birisi de bağımlılık unsurunu içinde barındırıyor olmasıdır. Bu özellik iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırır. İşçinin işverene bağımlı olması demek, işverenin emir ve talimatlarına göre ve onun denetimi altında çalışması demektir. İşverenin, vereceği talimatlarla, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir¹. İşverenin yönetim hakkı işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin karakterinden doğar. Gerçekten, işçinin işverene karşı yapmakla yükümlü olduğu çalışmasıyla ilgili olarak bütün faaliyetinin ayrıntılı olarak belirtilmesi, bunların ne şekilde yapılacağını saptanması olanaksızdır. Bunların düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan yönetim hakkının işverene ait olduğu iş sözleşmesinin özelliğinden çıkmaktadır². Yönetim hakkı, işverene çalışma koşullarını değiştirmekten ziyade, mevcut çalışma koşullarını ve asil olarak iş görme edimini somutlaştırmak yetkisi veren bir hukuki araçtır. İşveren, talimatları ile bu faaliyetin ayrıntılarını belirleyecek, iş görme edimini somutlaştıracaktır³.

İşin nerede, ne zaman, hangi saatlerde, kimlerle ilgili olarak, hangi koşullarda yapılacağını işveren, sözleşmeden kaynaklanan yönetim yetkisine dayanarak belirleme hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin doğasında bulunan bu otorite/bağımlılık ilişkisi sözleşmenin tarafları arasında kaçınılmaz olarak bir ast-üst ilişkisi (hukuki hiyerarşi) yaratır. Ancak, iş ilişkisinde bağımlılık kavramı mutlak değil, göreceli bir nitelik taşır. Başka bir söyleyişle her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık ilişkisi farklı derecelerde sıkı veya gevşek olabilir. İşyerindeki üst düzeydeki yöneticilerin, uzmanlığa sahip (hukukçu, doktor, mühendis vb.) vasıflı ve vasıfsız işçilerin işverene bağımlılıkları farklı düzeydedir⁴. Oysa belirli bir mesleki bilgisi olmayan vasıfsız işçiler bakımından işverenin yönetim yetkisinin kapsamı daha geniştir ve dolayısı ile işçinin bağımlılığı çok daha sıkı ve yoğundur⁵.

İşverene, tek taraflı irade beyanıyla işyerinde mevcut çalışma koşullarını tespit etme hakkı tanıyan yönetim hakkının kapsam ve etkisi sınırlıdır. Bu çerçevede yönetim hakkının sınırlarını belirlemek gerekir. Bir konu eğer Anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ya da eki niteliğindeki kaynaklar ile düzenlenmişse o konuda işverenin, yönetim hakkının varlığından söz etmek mümkün olamayacaktır.

Anayasa hükümleri, devletin temel kurumları yanında kişileri de bağladığından yönetim hakkı anayasada yer alan ilke ve kurallara aykırı biçimde kullanılamaz. Anayasanın, eşitlik, kişi dokunulmazlığı ve özel yaşamın gizliliği gibi ilkeleri işverenin yönetim hakkını sınırlar. Aynı şekilde iş yasalarının emredici (mutlak-nispi) hükümleri işverenin yönetim hakkını kullanmasına engel oluşturur. İşverenin yönetim hakkı, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılmıştır⁶.

İşverene, tek taraflı irade beyanıyla işyerinde mevcut çalışma koşullarını tespit etme hakkı tanıyan yönetim hakkının kapsam ve etkisi sınırlıdır.

IV. Değişiklik Yetkisinin İş Sözleşmesi veya Toplu İş Sözleşmesinde Saklı Tutulmasının Mümkün Olup Olmaması

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkını saklı tutan düzenleme iş sözleşmesinde olabileceği gibi toplu iş sözleşmesinde de bulunabilir. Bunların yanı sıra, söz konusu kayıtların personel yönetmelikleri ve işyeri iç yönetmeliklerinde yer alması mümkündür. Her ne kadar iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, personel yönetmelikleri veya işyeri iç yönetmelikleri ile düzenlenen konularda yönetim hakkı sınırlıysa da kimi hallerde söz konusu düzenlemeler yönetim hakkının genişletilmesinde bir araç da olabilirler. Uzun bir zamana yayılan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tüm unsurlarının, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile sürekli değişim gerektiren üretim ve işletme organizasyonu karşısında eksiksiz hazırlanması olanaksızdır. Sözleşmenin tüm unsurları ile baştan belirlenmesinin zorluğu karşısında sözleşme özgürlüğüne dayanılarak taraflardan birine tek taraflı olarak edimi belirleme ve değiştirme hakkı tanınması uygun bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzeni, emredici kurallara, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bireyin kendini bağlamasını, yükümlülük altına girmesini yasaklamamaktadır. Bu açıdan değişiklik kayıtları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işverene çalışma koşullarının tek taraflı belirlenmesi ve değiştirilmesi için tanınmış yenilik doğurucu bir hak görünmektedir⁷. Zira, iş sözleşmesi, iş ilişkisinin başlangıç anındaki durumunu yansıtmakta ve bu duruma göre bir denge kurmaktadır. Oysa iş ilişkisi zamana yayılarak uzun bir süre devam etmekte ve bu süreç içinde teknolojik ve ekonomik koşullar değiş-

İşçinin işverene bağımlı olması demek, işverenin emir ve talimatlarına göre ve onun denetimi altında çalışması demektir.

4857 sayılı İş Kanunu ile küresel rekabetin getirmiş olduğu esneklik olgusu, çalışma hayatındaki gelişmelere ve değişimlere ayak uydurabilmenin her zaman temel anahtarı olmalıdır.

mektedir. Geleceğe yönelik olarak ortaya çıkacak tüm olasılıkların sözleşme kurulurken öngörülmesi ve dikkate alınması imkansızdır⁸. Değişen piyasa koşullarına uyum sağlayarak çalışmak katı değil, ancak esnek hükümlerle mümkündür. Sözleşme yapılırken öngörülemeyen ancak sonradan ortaya çıkması ihtimaline yönelik hususlara işçinin, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtlara en başında muvafakat etmesi, mümkün görülmelidir. Çalışma hayatı ve endüstri ilişkilerini düzenleyen iş hukuku, ekonomik, teknolojik ve toplumsal değişikliklerden kolayca etkilenen dinamik bir hukuk dalıdır. Bilindiği üzere, yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu, zaman zaman yapılan değişikliklere karşın çağdaş gelişmeleri yeterince yansıtamamıştı. İşte bu nedendir ki, yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile küresel rekabetin getirmiş olduğu esneklik olgusu çalışma hayatındaki gelişmelere ve değişimlere ayak uydurabilmenin her zaman temel anahtarı olmalıdır.

Söz konusu maddenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metninde yer alan "İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde" öngörülen usulün uygulanmayacağı ibaresinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almaması uygulamada tartışmalara yol açmıştır. Tasarıda yer alan bu hükmün yasada yer almamasının yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu gösterdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Sözleşme serbestisi ilkesi ve çalışma yaşamının gerekleri belirli sınırlar dahilinde bu tür kayıtların geçerliliği görüşünü getirdiği gibi hükmün amacı ve menfaatler dengesinin değerlendirilmesi yoluyla da aynı çözüme ulaşılabilecektir. Nitekim iş ilişkilerinin dinamik niteliği, iş piyasasının gelişimi, farklı coğrafi alanlarda faaliyette bulunma, çalışma koşullarında değişikliği ge-

İş ilişkisi için öngörülen sistem hiçbir şekilde çalışma koşullarının değiştirilememesi değildir.

rektirebilir. Bu noktada katı bir sistem üretim ve verimliliğe de aykırılık oluşturabilecektir⁹. Konuyla ilgili aynı doğrultuda başka bir görüş, kanunların yorumunda Meclis'teki çalışmaların bağlayıcı bir nitelik taşımayıp, objektif olarak yorum yönteminin esas olduğunu, değişiklik yetkisinin metinden çıkartılmasının, bir yasağın ifadesi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, işçinin korunması ilkesinden vazgeçilmeksizin teknolojik ve ekonomik ihtiyaçların gereğine uyum sağlanmasının esas olduğunu ifade etmektedir¹⁰. Yine bir başka görüşe göre ise, İş Kanunu tasarısında yer alan bu hükmün maddeden çıkarılmış olması, işverenin genel olarak iş koşullarında esaslı değişiklik yapabileceğini peşinen belirlemesinin -işçinin şekli kabulü söz konusu olsa dahi- geçerli görülemeyeceği yönündedir. Buna karşılık iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; sözgelimi işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği öngörülmüş ise, böyle bir hükmün hukuka uygun olacağı açıktır¹¹. Öğretide aksi yöndeki bir görüş ise, işverence, çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutmanın mümkün olmadığını belirtmektedir¹².

Gerçekten de 22. maddenin gerekçesine baktığımızda, madde ile amaçlananın işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla iş ilişkisinin sürdürülebilmesinin sağlanması olduğunu görüyoruz. Nitekim, iş ilişkisi için öngörülen sistem hiçbir şekilde çalışma koşullarının değiştirilememesi değildir. Dolayısıyla buradaki sorun sözleşmenin kuruluşu aşamasında işçinin fiili anlamda irade özerkliğine sahip olamaması nedeniyle kötüniyetli uygulamalara karşı korunmasıdır¹³. Nitekim, söz konusu Yargıtay kararında da "kötüniyet" kavramı üzerinde durulmuş, bu husus ispatlanamadığı için de işverence yapılan görevlendirme hukuka uygun bulunmuştur. Dikkat edilecek husus, işverenin işçiden çalışma koşullarında yapacağı değişiklikler için önceden almış olduğu de-

ğişiklik yapma yetkisinin yönetim hakkının sınırları yani işçinin Anayasa uyarınca kişilik hakları, mevzuatın diğer emredici hükümleri ve MK. m.2'deki dürüstlük kuralı dahilinde kullanılması zorunluluğudur.

V. Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler

Konuyla ilgili olarak doktrindeki görüşlere bakacak olursak;

Centel'e göre; uyuşmazlığın çıkmasından önce de, yani iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yapılırken, böyle bir muvafakat alınması, tarafların anlaşması hali içinde görülmelidir. Mutlaka uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşmak gerekir diye bir şey yoktur¹⁴.

Akyiğit'e göre; İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde çalışma şartlarında değişikliğin yapılabilmesi için öyle bir değişiklik konusunda işverene önceden verilmiş bir yetkinin bulunmaması gerekir. Eğer iş sözleşmesi ve/veya toplu iş sözleşmesi veya bir yasa hükmü ile işveren o konuda değişikliğe yetkili kılınmışsa, somut değişiklik yapılırken İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usule uymak gerekmez. Ancak işverene değişiklik yapma yetkisinin sözleşmeyle verildiği hallerde, sözleşmede bu değişikliğin çeşitli açılardan sınırlandırılması söz konusu olabilir. Fakat sözleşmede sınır olmasa da söz konusu değişiklik yetkisini MK. m.2 uyarınca dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanmak gerekir. Bunun dışında işçinin, yapılan değişikliğe karşı çıkması mümkün gözükmez¹⁵.

Mollamahmutoğlu'na göre, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya işyeri uygulaması işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma yönünde bir hak tanıyorsa işveren, işçinin muvafakatini aramaksızın çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapabilir. Örneğin, işverene işçinin işyerini değiştirme yetkisi veren bir sözleşme hükmüne dayanarak işverenin yaptığı nakil, tek yanlı bir değişiklik olarak nitelenemez. Bununla birlikte,

Geleceğe yönelik olarak ortaya çıkacak tüm olasılıkların sözleşme kurulurken öngörülmesi ve dikkate alınması imkansızdır.

sözleşmenin işverene tanıdığı bu değişiklik hakkı mutlak bir anlam ifade etmeyip iyiniyetle kullanılması gerekir¹⁶.

Soyer'e göre, değişiklik yapma hakkının işveren tarafından saklı tutulmasına engel bir durum yoktur. Ancak bu, bir şartla geçerli olacaktır. O da, Alman hukukunda da kabul edildiği üzere, işverenin değişikliği saklı tutma kaydına sınırsız bir biçimde dayanmasının mümkün olmaması kaydıyla. Yani, saklı tutma kaydına dayanılarak yaptığı değişikliklerin, yargı organları tarafından bir uygulama denetimine tabi olması gerekir. Değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasını önlemek işletmecilik gerekleriyle de bağdaşmaz. Böyle bir genel yasak, işletmeleri kilitlenme noktasına götürür. Sözleşmelerde nakil yetkisi saklı tutulmuş olsa da, işyeri değişikliği bir cezalandırma, sürgün amacını taşıyorsa, eğer ortada objektif nedenler olmadan gönderme var ve saklı tutma kaydı işçiyi, feshe zorlamak amacıyla kullanılıyorsa, ortada bir hakkın kötüye kullanılması mevcuttur¹⁷.

Eyrenci'ye göre, işverenin genel olarak iş koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesini peşinen belirlemesi işçinin şekli kabulü sözkonusu olsa dahi- geçerli görülemez. Ancak iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabilmesi; örneğin, işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği öngörülmüş ise, böyle bir hüküm hukuka uygundur¹⁸.

Çankaya/Günay/Göktaş'a göre, çalışma koşullarında değişiklik, sözleşmeden kaynaklanan yetkiye dayanılarak yapılmakta ise, bu değişiklik işçiyi bağlayacaktır. Sözleşmede işçinin işletme dahilinde başka bir işyerine gönderilmesine imkan veren bir düzenleme yapılabilir. Ancak işveren, sözleşmeden doğan bu yetkiyi iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmalıdır. Sözleşmedeki nakil yetkisine rağmen işçinin uzun bir süre çalıştığı işyerinden başka bir işyerine nakli, bazen kendisi ve ailesi açısından ağır sonuçlara yol açabilir. Uzun süre bir işyerinde çalışmış, sosyal çevresi buna göre şekillenmiş ve çocuklarının eğitim durumunu buna göre planlamış olan işçinin, sırf sözleşmedeki yetkiye dayanılarak, işletmeye bağlı başka bir şehirdeki işyerine nakledilmek istenmesi durumunda, İş Kanunu'nun 22. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, işçinin nakledilmesine ön-

Türk-İsviçre hukuk geleneğinde yönetim hakkı, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılır.

ceden muvafakat ettiği işyeri ya da işyerleri, işverene nakil yetkisi veren sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. İşçinin nakledilmek istendiği işyeri, sözleşmenin yapılmasından sonra kurulmuşsa, bu durumda da nakil için işçinin yazılı muvafakatının alınması gerekir¹⁹.

Çil'e göre, işçinin başka şehirlerde çalıştırılabileceğine dair sözleşme hükümlerini Yargıtay geçerli kabul etmektedir. Ancak, işverene sözleşme ile tanınan bu hakkın kötüye kullanılmaması, işverence işçiyi işten ayrılmaya zorlayıcı şekilde uygulanmaması gerekir. Sözleşmede geçen nakil yetkisine rağmen yıllarca aynı şehirde çalışan bir işçinin mesafe olarak uzak ve küçük bir yerleşim yerinde görevlendirilmesi bu şüpheyi beraberinde getirir. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin işverene verdiği hakkın kötüye kullanıldığı, gerçekte diğer işyerinde bu işçinin hizmetlerine ihtiyaç olmadığı ileri sürülebilir²⁰.

Yenisey'e göre, birden fazla işyeri olan işletmelerin sayısının artması ile işçinin işverenin farklı işyerlerinde görevlendirilebilmesi ciddi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Eğer taraflar sözleşmede işyerini belirlemişlerse, bu takdirde işveren işyerini değiştiremez. Hatta işyerinin sözleşmenin bir parçası haline gelmesi, zımni bir biçimde uzun yıllar aynı işyerinde çalışma ile de gerçekleşebilir. Sözleşmenin parçası haline gelmemiş işyeri ile çalışma saatleri gibi unsurlar ise kural olarak işverenin yönetim hakkına dahildir. Ancak değişiklik yapma hakkı saklı tutulmuşsa, bu takdirde diğer çalışma koşulları üzerinde ağırlaştırıcı etkisi bulunmamak ve iyiniyet kurallarına aykırı kullanılmamak kaydıyla işyeri değişikliği tek başına esaslı değişiklik oluşturmaz. Türk-İsviçre hukuk geleneğinde yönetim hakkı, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılır²¹.

Alpagut'a göre, tasarıda yer alan bir hükme kanunda yer verilmemesi doğrudan kanun koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermemektedir. Hükümün amacı, çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri dikkate alındığında bu tür kayıtları kural olarak geçerli kabul etmek gerekir. İş

Hakkaniyete uygun davranmak isteyen işveren mümkün olduğunca çalışma koşullarında değişiklikten en az zarar görececek işçilere yönelmelidir.

İlişkilerinin dinamik niteliği, iş piyasasının gelişimi, farklı coğrafi alanlarda faaliyette bulunma, değişen sipariş durumları gibi olgular çalışma koşullarında değişikliği gerektirebilir. 22/II hükmü, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra karşılıklı rıza ile esaslı değişiklik yapılabileceğini öngörmüştür ki, bu noktada değişiklik gereksiniminin ortaya çıkabileceği kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir. Amaç, hiçbir surette çalışma koşullarının değiştirilmeksizin uygulanması değildir. Değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasındaki tek sakınca, sözleşmenin kurulması aşamasında fiilen irade özerkliğini kullanamayan işçinin kötüniyetli uygulamalara maruz kalmasıdır. Madde hükmü çerçevesinde geçerli fesih hakkının bulunduğu durumlarda sözleşmedeki kayda dayalı uygulamanın MK. m.2'ye aykırı olmadığı kabul edilmelidir²².

Alp'e göre, söz konusu kayıtlar, işverene çalışma koşullarının hızlı, masrafsız ve bir denetime tabi olmadan değişen koşullara uyarlanması olanağını tanımaktadır. Ancak bu kayıtlar ile işverene sınırsız yetkilerin tanınması düşünülemez. İş sözleşmesinde yer alan yetkinin kullanılması, sözleşme değişikliği değil, sözleşmeye uygun bir davranıştır. İş Kanunu m.22 ile bu kayıtların yasaklandığı düşüncesi de doğru değildir. Sözleşme özgürlüğüne dayanan, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmayan bu tür değişiklik kayıtlarının da denetlenmesi, işçinin korunması ve içerik güvencesi bakımından zorunludur. Öncelikle çalışma koşullarının değiştirilmesinin işverenin amacına ulaşması için gerçekten elverişli olması denetlenecektir. Bu denetim, işverenin değişikliğin nedenlerini açıklamasını gerektireceğinden, elverişlilik denetimi hem işçi açısından hukuki güvenlik sağlayacak, hem de değişikliğin objektif nedenlere dayandığının, işverenin yetkisini kötüniyetli ya da amacından saptırarak kullanmadığının anlaşılmasına hizmet edecektir. Değişikliğin amaç bakımından elverişli olduğu kabul edildiğinde bu sefer de gereklilik ilkesine gö-

re çalışma koşullarındaki somut değişiklik denetlenecektir. İşverenin amacına ulaşması için aynı ölçüde elverişli olmak kaydı ile işçinin daha lehine, onun menfaatlerine daha az zarar veren başka alternatifler mevcut ise işveren önce bu alternatiflere başvurmalıdır. Bu denetimden sonra da amaca ulaşmaya elverişli ve gerekli olduğu anlaşılan aracın muhatabın menfaatlerine verdiği zararlar hak sahibine sağladığı yararın makul bir oran içinde bulunması gerekir. İşverenin işçiyi gözetme borcu, bu denetimin önemli bir ölçütü olacaktır. İşverenin değişiklik yetkisini kullanırken işçinin gerek iş ilişkisiyle, gerekse kişisel özellikleri ve özel hayatıyla ilgili unsurlara göre davranmasını gerektirmektedir. İşçinin işyerindeki kıdemi, yaşı ve ailevi durumu da çalışma koşullarının değiştirilmesinde gözetecek unsurlardır. Hakkaniyete uygun davranmak isteyen işveren mümkün olduğunca çalışma koşullarında değişiklikten en az zarar görececek işçilere yönelmelidir²³.

Şen'e göre, işyerinin değiştirilmesine ilişkin kayıtlar kural olarak geçerlidir. İşverenin işçinin işe alınması sırasında mevcut işyerlerinin tamamında işçiyi çalıştırabileceğine ilişkin bir sözleşme hükmü, yer bakımından belirsizliğe neden olduğu gerekçesiyle kötüye kullanılmış sayılmaz. Zira bu halde işçi rıza gösterdiği bu hükmün sonuçlarını öngörebilmektedir. Ancak işçinin işe alınmasından sonra açılan işyerleri açısından aynı sonuca ulaşılmaz. İşçinin ikametgahının değişmesi gerekliyse işçinin eşinin işi, çocuklarının okul durumu, bakmakla yükümlü olduğu aile büyükleri bu değişimden önemli ölçüde etkileneceği için işyerine ilişkin değişiklik hükmünün, işçinin özel hayatı üzerinde doğurduğu sonuçlar dikkate alınmaksızın uygulanması dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacaktır. Böyle bir durumda taşıma masraflarının işveren tarafından karşılanması, lojman imkanının sağlanması, çalışma saatlerinin değiştirilmesi halinde özel servis araçları konulması gibi işverence sağlanan maddi kolaylıklar da göz önünde bulundurulmalı ve işçinin gereğini yapabilmesi için uygun bir tanım gerekir²⁴.

VI. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta²⁵, işveren, uzun yıllar Ankara'da çalışan davacıyı, taraf-

lar arasında imzalanmış toplu iş sözleşmesine istinaden çalışmasına ihtiyaç olduğu gerekçesiyle, Şırnak ilindeki başka bir işyerine çalışmak üzere atanmıştır. Davacı işçi bu tayini kabul etmeyince, işveren de iş sözleşmesini feshetmiştir. Yerel Mahkeme, işçinin işe iade talebini reddetmiştir. Yargıtay her ne kadar sona eren toplu iş sözleşmesinde nakil yetkisine dair hüküm bulunsa da, nakil esnasında yeni İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiğini, bu sebepten ötürü toplu iş sözleşmesi hükmünün değil, lehe olan 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını, işverenin işçiye Şırnak ilinde ihtiyacı olduğunu kanıtlayamadığı gibi, fesihden sonra da yeni işçi aldığı gerekçesiyle işe iade kararı vermiştir.

27.12.2004 tarihinde verdiği bir kararında²⁶, işverenin işyeri yönetmeliği gereğince tayin yetkisini kullanarak davacının Takos Şubesindeki görev yerinde Söke Şubesine atanmasına karar verdiğini, davacının, bu yeni görev yerine gitmemekte ısrar etmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiğini, davalı işverenin işyeri yönetmeliği gereğince tayin etme yetkisinin mevcut olup bu yetkinin kullanılmasında işverenin kötüniyetli davrandığının iddia edip kanıtlanmadığı, bu sebeple yeni görevine gitmeyen davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir nedenin mevcut olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay, 4.4.2005 tarihli kararında²⁷, taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinde davacının, işyerinin değiştirilmesini kabul ettiğini, sözleşme gereği Antalya'da çalıştığı işyerinden Batman'a atandığını, davacının bu atamaya uyması gerekirken yeni görev yerine gitmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği ve bu feshin geçerli olduğunu belirterek işe iade davasının reddine karar vermiştir.

19.4.2005 tarihli başka bir kararında²⁸, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin özel şartlar bölümünde "İşveren, işçiyi ücretinde değişiklik yapmadan kendisine ait aynı il hudutları dahilinde herhangi bir başka işyerine tayin ve nakil etmekte serbesttir." ifadesine yer verildiğini, davalı firmanın ihale yoluyla temizlik işlerini alan bir şirket olduğu, bu kapsamda Maliye Bakanlığı'nın Dikmen Caddesinde bulunan işyerinde çalışan davacı işçinin sözleşmedeki hükme uygun olarak Sincan'da bulunan başka bir işyerinde temizlik işçisi olarak çalıştırılmak istendiği, davacının bunu kabul etme-

yerek işten ayrıldığı, işverenin bunun üzerine devamsızlık tutanakları düzenlediği, işverenin yaptığı uygulamanın iş sözleşmesi hükmüne uygun olup, işçinin görevlendirildiği işyerinde çalışması gerektiği, görevlendirilen işyerinin işçinin ikamet ettiği adrese uzak olmasının bu sonucu değiştirmediğine hükmetmiştir.

21.4.2005 tarihli kararında²⁹, taraflar arasında imzalanmış iş sözleşmesinin, işverenin davacıyı diğer şehirlerdeki işyerlerine nakil imkanı verdiği, nakil dışında iş şartlarının ağırlaştırıldığı da iddia edilip kanıtlanmadığından davacının İstanbul'dan Ankara'daki işyerine nakledilmesi sebebiyle Yerel Mahkeme tarafından iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği gerekçesiyle hüküm altına alınan kıdem tazminatının reddine karar vermiştir.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁰, davacı, işverence, çalıştığı işyerinden takriben 35 km. uzaklıktaki başka bir işyerine tayin edilmiştir. Yargıtay, her ne kadar iş sözleşmesinde nakil serbestisi var ise de, davacının önceki işyerinden 35 km. uzakta bir işyerine kendi ücretinden fedakârlık yaparak yol parasını karşılamasının beklenmeyeceği, iş sözleşmesinin esaslı unsurunda aleyhe değişiklik olduğu, davacının ve iş sözleşmesinin, çalışma şartlarının uygulanmadığından bahisle işçi tarafından feshi nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir.

Yargıtay, 24.10.2005 tarihli kararında³¹, davacı, davalının iş yaptığı Keçiören M. Şubesinde çalışırken geçici olarak Balgat şubesinde görevlendirilmiştir. Davacı, geçici olması nedeniyle bu görevi kabul etmiş, uzun sürmesi üzerine eski işyerine gitmeyi talep ettiğinde ise, işveren daha önce bulunmayan yazılı iş sözleşmesi ile Ankara ili sınırları içinde görevlendirmeyi ve diğer şartları içeren sözleşmeyi işçiye imzalatmak istemiş, davacı bunu kabul etmeyip, davalı işverence yasal işlem yapılacağına belirtilmesi üzerine sözleşmeyi, görevlendirme içeren maddeyi kabul etmemek suretiyle imzalamıştır. Bu şekilde sözleşme imzalanmasına rağmen, davalı işveren davacıyı Eryaman şubesinde görevlendirmiş, davacının bunu kabul etmemesi üzerine Balgat şubesine gelmediği gerekçesiyle devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini feshetmiştir. Yerel Mahkemece, davacının ihbar ve kıdem tazminatı talebi reddedilmiştir. Yargıtay, davacıya servis yardımı sağlanmadığına ve davacı, görevlendir-

Birden fazla işyeri olan işveren ile iş sözleşmesi imzalayan işçinin sözleşmenin yapılması aşamasında birden çok işyerinde çalışabileceğini kabulünün mümkün olmaması, yasanın genel esneklik amacı ile bağdaşmayacaktır.

me ile ilgili sözleşme hükmünü kabul etmediği için, Balgat şubesinde yaklaşık 40 km. uzaklıkta bir şubede görevlendirilmesini, iş şartlarında esaslı değişiklik olarak kabul etmiş ve Yerel Mahkemenin kararını bozmuştur.

6.2.2006 tarihli kararında³², uzun süredir İ. il sınırları içinde davalıya ait işyerinde çalışan davacı, işe girerken imzalamış olduğu sözleşmedeki yetkiye dayanılarak, işverence uzak bir yerde görevlendirilmiş, işverence bu görevlendirmenin geçici olduğu, daha sonra yeni açılacak Bingöl şubesinde görevlendirileceği belirtilmiştir. Ancak işveren, bu şekilde atama yaptığı işçiler yerine yeni işçi almıştır. Davacı, bu görevlendirmeyi kabul etmediğini yazılı olarak belirtmiş, işveren de işçiyi eski görev yerine kabul etmemiştir. Mahkeme, sözleşmedeki yetkiye dayanılarak yapılan görevlendirmeyi kabul etmeyen işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin işe girerken imzalamış olduğu sözleşmede, işverenin diğer illerdeki işyerlerinde çalışmayı kabul etmiş olup, işverenin hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracağını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahip olduğunu, yönetim hakkı ile ilgili olan bu hakkın kötüye kullanıldığı kanıtlanmadıkça, hakimin işverenin bu eylemine müdahale etme hakkına sahip olmadığını belirtmiştir. Ancak, İ. il sınırları içinde uzun süre görev yapan ve davacının, bu yerin çok uzağında bulunan ve henüz açılmayan ve açılacağı da kesin olmayan bir yerde görevlendirilmesi, yerine yeni işçi alınması, görevlendirilme konusunda neden gösterilmemesi gibi maddi olguların işverenin sözleşmedeki nakil yetkisini kötüye kullandığını gösterdiğini, nakil yetkisinin kötüye kullanılması sebe-

biyle, işçinin bu görevlendirmeyi kabul etmemesinin İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun olduğundan bahisle feshin geçersizliğine hükmetmiştir.

VII. Sonuç

Söz konusu maddenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metninde yer alan "İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde" öngörülen usulün uygulanmayacağı ibaresinin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamasının yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu gösterdiğini söylemek kanaatimizce doğru değildir. İş hukukunun diğer hukuk dallarından ayrılan en büyük özelliği, dinamik bir hukuk dalı olmasıdır. İşçi ve işveren tarafından, iş sözleşmesi yapılırken varolan şartların, uzun vadede de aynen sürmesi gibi bir husus söz konusu olamaz. İş ilişkisinin, değişen koşullara uyum sağlaması gerekir. Ekonomik ve endüstriyel çevrenin sürekli değişmesi sonucu, işletmeler kendilerini ancak yenileyerek ayakta kalabilmektedirler. Bu ayakta kalma savaşı da katı ve kuralcı hükümler yerine ancak esnek hükümlerle mümkün olabilir. Otuz yılı aşkın bir süre yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunumuz, işletmelerimize bu mücadelede ayakta durabilme imkanı vermekten ziyade, hızlı gelişim ve değişim karşısında yetersiz kalıyor, onlara nefes bile aldırılmıyordu. İşte bu ihtiyaçtan yola çıkarak hazırlanan ve 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, günümüz rekabet koşullarına uygun olarak getirmiş olduğu esnek düzenlemeler ile önümüzde yepyeni bir sayfa açtı. Ancak işletmelere hizmetteki kaliteyi artırarak günümüz rekabet koşullarına uyum sağlama, verimliliği artırma ve istihdam edilebilirliği koruma şansı veren esnek hükümler, gelişmiş ülkelerde etkili ve hızla uygulanabilen bir istihdam aracı olarak değerlendirilirken ülkemizde, geçen şu üç sene içerisinde "esneklik" kavramının, kavram olarak İş Kanunu'nda yer almanın ötesinde uygulamada kendini gösterebildiğini söylemek mümkün olmadı. Birden fazla işyeri olan işveren ile iş sözleşmesi imzalayan işçinin sözleşmenin yapılması aşamasında birden çok işyerinde çalışabileceğini kabulünün mümkün olmaması, yasanın genel esneklik amacı ile bağdaşmayacaktır³³. İçinde bulunduğumuz çağın, rekabet çağı olduğu ve işverenin de kendisini bunun dışında tutmasının mümkün olmadığından yola çıkarak taraflara iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya

işyeri iç yönetmelikleri ya da benzeri kaynaklar ile çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının tanınması gerekir.

Nitekim, İş Kanunu'nun 22. maddesinde tarafların anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği hükmü yer almaktadır. Buna göre söz konusu anlaşma, muvafakatın iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi veyahut da işyeri yönetmelikleri ile önceden alınması şeklinde olabilir. Zira, bu hususun mümkün olmadığı ileri sürülürse, o halde madde hükmü gereğince tarafların anlaşması nasıl gerçekleşecektir? İşçinin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veyahut işyeri iç yönetmelikleri ile önceden işverene ait diğer işyerlerinde çalışmayı kabul ettiğine dair kayıtların, sözleşme serbestisi içinde değerlendirilmesi ve genel olarak sözleşmeler için geçerli olan ilkelerin burada da uygulanması gerektiği inancındayız. İşçi ve işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinde diğer sözleşmelerde olduğu gibi borçlar hukukuna hakim olan irade serbestisi prensibi hakimdir. Nitekim Anayasamızın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesine göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Kural olarak bir kişi dilediği kimse ile dilediği akdi yapmakta serbest olduğu gibi akit yapmak isteyen taraflar, bu akdin konusunu diledikleri gibi belirleyebilirler. Pek tabiidir ki bütün akitler için aranan şartlar işçi ve işveren arasında akdedilecek iş sözleşmelerinde de aranacaktır. Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre, bir akdin konusu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Ancak akdin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmayacaktır. Öte yandan irade beyanlarının da sıhhatli ve hata, hile veya ikrah ile sakatlanmamış olması aranacaktır. Zira MK. m. 2 uyarınca sözleşmeden doğan hakkın iyiniyet kuralları çerçevesinde de kullanılması gerekecektir.

Öte yandan, taraflar arasında yapılan anlaşmalarda yer alan "işverenin, diğer işyerlerinde çalışmayı kabul eder." şeklindeki kayıtları değerlendirirken 22. maddenin amacını da gözden uzak tutmamak gerekir. Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır. İşveren, ayrıca tec-

İşçinin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veyahut işyeri iç yönetmelikleri ile önceden işverene ait diğer işyerlerinde çalışmayı kabul ettiğine dair kayıtların, sözleşme serbestisi içinde değerlendirilmesi ve genel olarak sözleşmeler için geçerli olan ilkelerin burada da uygulanması gerektiği inancındayız.

rübesine güvendiği bir işçisini de diğer işyerlerine çalışması için göndererek onun bilgi ve tecrübesinden yararlanmak isteyebilir. Nitekim, Yargıtay kararında da açıkça zikredildiği üzere, işveren hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracağını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahip olup, bu, işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir. İşverenin bu hakkını kötüye kullandığı kanıtlanmadıkça hakim işverenin bu eylemine müdahale etme hakkına sahip değildir. Gerçekten de yukarıda da bahsettiğimiz üzere burada üzerinde önemle durulması gerekli husus, işverenin, bu hakkını kötüniyetli olarak kullanıp kullanmadığıdır. Kötüniyetli davranıldığını ispat yükü ise işçinin üzerindedir. Pek tabiidir ki, işçi, ancak sözleşme yapılırken işverenin var olan işyerlerine gidebilecektir. İşçi ile iş sözleşmesi yapılırken ya da toplu iş sözleşmesi imzalanırken henüz ortada olmayan bir işyerine işçinin daha sonra gönderilmesi başlangıçta işçi tarafından verilen yetkinin kapsamı içinde düşünülemez. Bununla beraber akdin yapıldığı sırada imkansız olmakla beraber, tarafların ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesiyle yaptıkları akit geçerlidir. Fakat akit yapılırken böyle bir şey söz konusu değilse akit yapılırken imkansız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi akde muteberlik sağlamayacaktır³⁴. Zira, 6.2.2006 tarihli kararında Yargıtay, işçi ile işverenin aralarında nakil yetkisine imkan tanıyan bir sözleşme olmasına rağmen henüz açılmayan ve açılacağı da kesin olmayan bir yerde görevlendirilmesini işve-

renin bu yetkisini kötüye kullanması olarak değerlendirmiştir.

Doktrindeki ağırlıklı görüşün ve Yargıtay'ın da son dönemlerde vermiş olduğu kararların işverenin işyeri değişikliğine ilişkin yetkisini saklı tutan düzenlemelerini geçerli olarak kabul ettiği yönünde olduğu görülmektedir. Yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılıyoruz.

DİPNOTLAR

* Hukuk yüksek lisans derecesi

- 1 ŞEN, Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, 52.
- 2 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul 2004, 103.
- 3 ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 107. (WANK, Änderung, 38)
- 4 ULUCAN (EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN), Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Mart 2005, 48. (Ö. Eyrenci, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarını Değerlendirme Semineri, İstanbul 1991, 4.)
- 5 ULUCAN (EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN), Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Mart 2005, 47-48.
- 6 SÜZEK, Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, 83-84.
- 7 ŞEN, Murat, age., 99.
- 8 ALP, Mustafa, age., 40.
- 9 ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 59.
- 10 YENİSEY, Kübra Doğan, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 119.
- 11 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, (TAŞKENT) Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Mart 2005, 170.
- 12 GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, s.120.
- 13 ALPAGUT, Gülsevil, a.g.e., 59.
- 14 CENTEL, Tankut, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 4857 sayılı İş Kanunu (Konferans Notları), 2 Temmuz 2003, İstanbul Hilton Oteli, 40.
- 15 AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2006, Cilt 1, 863-864.
- 16 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2005, 235.
- 17 SOYER, Polat, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 132., TİSK Akademi, Değişiklik feshi, 2006/1, 7.
- 18 EYRENCİ (EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN), Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Mart 2005, 170.
- 19 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 60.
- 20 ÇİL, Şahin, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2004, 424-425.
- 21 YENİSEY, Kübra Doğan, age., 125.
- 22 ALPAGUT, Gülsevil, İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9/2006, 60-61.
- 23 ALP, Mustafa, age., 244, 408-410.
- 24 ŞEN, Murat, age. 173-174.
- 25 Yargıtay 9. HD.'nin 26.01.2004 tarih, 2003/23105 Esas, 2004/1204 Karar nolu Kararı (ALPAGUT, Gülsevil,, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 52-53).
- 26 Yargıtay 9. HD.'nin 27.12.2004 tarih, 2004/20848 Esas, 2004/29320 Karar nolu Kararı (ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 600.).
- 27 Yargıtay 9. HD.'nin 4.4.2005 tarih, 2005/9605 Esas, 2005/11820 Karar nolu Kararı (ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 598.).
- 28 Yargıtay 9. HD.'nin 19.04.2005 tarih, 2004/20234 Esas, 2005/13747 Karar nolu Kararı (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/4, 7. sayı, 252-253.) Aynı yönde Bknz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, İş Hukuku, İstanbul Kasım 1999, 87. Örneğin yapı ve montaj işçileri ile ürün tanıtımcıları gibi işin niteliği gereği işyerinin dışında çalışmakla yükümlü olanlar, sürekli veya geçici olarak, değişik yerlerde çalışmak durumundadır. Söz konusu çalışanlar için işin görüldüğü yer, yanlar arasında özel bir anlaşma bulunmadığı sürece, işveren tarafından belirlenir.
- 29 Yargıtay 9. HD.'nin 21.04.2005 tarih, 2004/24670 Esas, 2005/14022 Karar nolu Kararı (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 7/2005, 1322.).
- 30 Yargıtay 9. HD.'nin 17.05.2005 tarih, 2004/27850 Esas, 2005/18819 Karar nolu Kararı (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/4, 7. sayı, 224-225.).
- 31 Yargıtay 9. HD.'nin 24.10.2005 tarih, 2005/5483 Esas, 2005/34251 Karar nolu Kararı (Toprak İşveren, Mart 2006, Sayı 69, 22-23.)
- 32 Yargıtay 9.HD.'nin 06.02.2006 tarih, 2006/835 Esas, 2006/2400 Karar nolu Kararı (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/10, 683-684-685.)
- 33 YENİSEY, Kübra Doğan, age, 119.
- 34 OĞUZMAN Kemal M., ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000, 78.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması

1- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

İngiliz işçi hareketinin ünlü tarihçileri Sidney ve Beatrice Webb tarafından ilk defa 1891 yılında kullanılan “toplu pazarlık” (collective bargaining - négociation collective) deyimini, işçilerin temsilcisi olarak sendikalar ile işverenler arasında ücret ve diğer çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla yapılan toplu iş sözleşmelerini ve buna ilişkin görüşmeleri, yorumları ve uygulamaları anlatır. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerine çağrıda bulunulmasından toplu iş uyuşmazlıklarına ve çözüm yollarına kadar bütün bu ilişkiler süreci, toplu pazarlık (toplu görüşme) kavramı içinde yer alır. Türk hukukunda işçiler ile işverenlere “karşılıklı olarak” ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla tanınan “toplu iş sözleşmesi” yapma hakkı (Any.md.53/1), işçiler tarafından sendikaları aracılığıyla kullanılmaktadır. Bu nedenle tek tek (münferiden) işçilerin böyle bir sözleşme yapma hakkı olmadığı gibi, fiili işçi topluluklarının da böyle bir hakkı yoktur.

Toplu iş sözleşmeleri çalışma düzeninin ve iş barışının kurulmasını sağlayan yöntemlerden en mükemmeli sayılan bir iş hukuku kaynağıdır. Çünkü toplu iş sözleşmeleri hem yasama organının iş ilişkilerine “keyfi” müdahalesini hem de çalışma koşullarının işveren tarafından “tek yanlı” kararlaştırılmasını

(dikte edilmesini) önleyen yararlı bir sistemdir. Toplu iş sözleşmeleri, kanuni düzenden ayrı ve fakat onunla aynı değerde bir “mesleki (işkolu - işyeri) düzeni” kurmakta; iç hukuki düzenden farklı ve fakat onu tamamlayan “mesleki sosyal düzenin” başlıca hukuk kaynağını oluşturmaktadır¹. Üstelik, öyle bir hukuk kaynağı ki, ekonomik ve sosyal değişimlere ve krizlere kolayca ve hızla intibak ettirilebilir özelliklerinden dolayı, kanuni ve idari düzenlemelerden çok daha esnek nitelikte bir kaynaktır. Gerçekten, toplu iş sözleşmelerinin değişen ekonomik ve sosyal koşullara taraflarca intibak ettirilerek hem işyerinin hem de çalışanların durumlarında yeni düzenlemelere gidilebilmesi, onun üstün nitelikli bir hukuk kaynağı olduğunu göstermektedir². Bu sayede taraflar, değişen sosyo-ekonomik koşullara uygun sözleşmeler yaparak işletmelerin ve işçilerin en az zararlı krizden çıkmasını sağlayabilmektedir. Ülkemizde son yıllarda sık sık yaşanan krizler nedeniyle sözleşmelerin yürürlük süresi içinde taraflarca yapılan “toplumsal anlaşmalar” ile “protokoller” bunların iyi birer örneğini oluşturmaktadır³.

Öte yandan, toplu iş sözleşmeleri işveren karşısında tek başına (münferiden) zayıf kalan işçilere birleşerek (güçlenerek) pazarlık yapma imkanını verdiğinden, işçi-işveren ilişkilerinde karşılıklı “eşitlik” (denklik) ilişkisi de kurulabilmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri çalışma düzeninin ve iş barışının kurulmasını sağlayan yöntemlerden en mükemmeli sayılan bir iş hukuku kaynağıdır.

Gerçekten, ekonomik bakımdan güçlü işverenin dilediği gibi ücret ve çalışma koşullarını belirlemesi ve bunu yaptığı iş sözleşmeleri ile istediği biçimde işçilere yüklemesi, toplu iş sözleşmesi sistemi ile ortadan kaldırılmıştır. Artık, ferdi düzeydeki işçi-işveren ilişkileri sadece işverenin tek taraflı iradesiyle değil, eşit durumdaki taraflar; yani işçi sendikaları ile işveren sendikaları veya münferit işverenler arasında birlikte kararlaştırılmaktadır⁴.

II- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNİN YARARLARI VE AMACI

Toplu iş sözleşmesi sisteminin sağladığı yarar, görünüşte sadece işçiler lehine bir izlenim yaratsa da çift taraflıdır: Bir yandan çalışanlar arasında “eşit işe eşit ücret” uygulayarak eşitlik ve sosyal adalet ilkelerine katkıda bulunan toplu iş sözleşmeleri; öte yandan özellikle “grup sözleşmeleri” ile işkolları düzeyinde sağladığı yeknesak (standart) çalışma koşulları sayesinde, sosyal ve ekonomik yükümlülükleri eşit duruma gelen işverenler arasında haksız rekabetin önüne geçmektedir⁵. Özellikle ülkemizde “kayıt dışı işçiliğin” yarattığı haksız rekabetin yaygınlaşması ve derinleşmesi, toplu iş sözleşmesi düzeninin önemini bir kat daha artırmıştır. Bu nedenle, haksız rekabete maruz kalan toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu işyerlerinde, sendikalı işçilerin sigorta primlerinin ve vergi oranlarının yarı yarıya indirilmesi önerilmiştir⁶.

Haksız rekabeti önlemede başlıca araç olan toplu iş sözleşmeleri, işletmelerin reorganizasyon ve teknolojiyi yenilemelerinde de itici bir rol oynamaktadır. Gerçekten, yeknesak (standart) işgücü maliyetlerine sahip işletmeler, rekabet güçlerini artırmak için işletme içinde çalışanlardan azami istifadeyi (yararı) sağlayacak yeni organizasyonlara gitmekte veya teknolojiyi yenilemeye zorlanmaktadır. Bunun sonucu, geri teknoloji kullanarak ve

“kayıt dışı” işçilerin emeğini “istismar” ederek “kalitesiz” üretim yapan işyerleri zaman içinde kapanmakta; bunların yerini, ileri teknoloji ile “kayıtlı” işçi çalıştırarak “kaliteli” üretim yapan ve üretimleri gittikçe artan işyerleri almaktadır.

Toplu iş sözleşmesi sisteminin sağladığı önemli bir yarar da çalışma hayatında yarattığı “istikrar ve disiplin (düzen)”dir. Çünkü toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre içinde taraflar arasında bir uyumsuzluk ihtimali son derece zayıflamış ve hatta engellenmiştir⁷. Bunun sonucu, işçi-işveren ilişkilerinde sözleşmenin yürürlük süresi içinde “kalıcı ve istikrarlı” bir çalışma ortamı kurduğu⁸, çalışma hayatında “dirlik ve durulmayı” sağladığı gerekçesiyle⁹ toplu iş sözleşmelerinin “iş barışını” ve giderek “sosyal barışı” sağlayan birer “toplumsal anlaşmaya” dönüştüğü gözlenmektedir. Bu nedenle, “verimlilik artışına” önemli katkıları olan toplu iş sözleşmelerinin, giderek “toplumsal huzuru” sağlayan “siyasi nitelikteki” katkısının da göz ardı edilmemesi gerekir.

Nihayet, toplu iş sözleşmesi sisteminin çalışma koşullarında yarattığı yeknesaklık ve istikrarın çift taraflı bir yararı da maliyet hesaplarının yapılmasında sağladığı kolaylıkta görülür. Özellikle yeni yasal düzenlemelerin getirdiği “esneklik” hükümlerinin taraflarca toplu iş sözleşmelerinde karşılıklı olarak karara bağlanması, hem işçi hem de işveren bakımından önceden bilinen maddi ve manevi yararlar sağlar. Gerçekten, işçi kararlaştırılan ücret ve çalışma koşullarının esnek uygulanması çerçevesinde toplu iş sözleşmesi süresi içindeki devamlılığını (istikrarını) göz önünde tutarak mali durumunu ona göre ayarlar. İşveren de toplu sözleşme süresi içinde işgücü maliyetlerinin belirli (sabit) ve istikrarlı olması nedeniyle esneklik hükümleri çerçevesindeki hesaplarını daha kolay yapar; rekabet piyasası içinde ileriye dönük fiyat politikasını ve yatırım hesaplarını ona göre belirler¹⁰.

III- TOPLU SÖZLEŞME SİSTEMİNİN ÖZERKLİĞİ VE SINIRLARI

A) TOPLU SÖZLEŞME SİSTEMİNİN ÖZERKLİĞİ

Toplu iş sözleşmesi ile taraflar “işyerinin yasasını” belirler. Taraflar bu “yasayı” hiçbir baskı altında kal-

madan, kendilerine sağlanan toplu sözleşme özerkliği sistemi içinde özgürce tartışarak kabul ederler. Toplu sözleşme sisteminin özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Batı ülkelerinin anayasalarında tanınan bu özerklik, bizim Anayasamızda da yer almaktadır Buna göre, “işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” (Any. md.53)¹¹. Bu özerklik, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı ile de “tescil” edilmiştir: Buna göre, “yasa koyucunun toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışlarını önceden sınırlandıran yasal düzenlemesi Anayasa'nın toplu iş sözleşmesi hakkını ve özerkliğini tanıyan hükmüne (eski 1961 Anayasası'nın aynı yoldaki 47. maddesine) aykırı” olduğundan; “toplular iş sözleşmelerine tavan getiren bu (yasa) hükmünün iptaline oybirliği ile karar verilmiştir”¹².

Bununla birlikte, 1961 Anayasası'nda yer almayan “karşılıklı olarak” deyimine 1982 Anayasası'nda yer verilmesi, her iki Anayasa'da yer alan “toplular iş sözleşmesi özerkliği düzeninin aynı olmadığı”; anayasa koyucunun işçilerin korunması işlevinden çok, “bilinçli bir tercihle düzenleme işlevini özerkliğin temel amacı haline getirdiği” yorumlarına yol açmıştır¹³. Kanımızca, her iki hüküm “sözü” (lafzi) bakımından ayrı görülse de “özü” (ruhu, amacı) bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Maddede taraflar her bakımdan eşit tutulmuştur. Tıpkı, Borçlar Kanunu'nun sözleşmede tarafları eşit tuttuğu gibi... Toplu sözleşme özerkliğinin tarafları kendi “yasalarını” kendileri koyarken de “karşılıklı olarak” deyimini ile belirli bir “dengenin” gözetildiği anlaşılıyor. Böylece, işçinin tek başına sağlayamayacağı dengesizlik ortadan kalkmakta, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren karşılıklı olarak bu dengeyi ortaya koymaktadır. Gerçekten toplu iş sözleşmesi sisteminde “işçiyi koruma” yararı, toplu iş sözleşmesi ile sağlanan “istikrar (düzen) ve disiplin” içinde mümkün olabilmektedir. Bu nedenle, biz her iki kavramı birbirini nakzeden değil, birbirini tamamlayan sine qua non (olmazsa olmaz) iki unsur olarak görüyoruz. Zira, istikrar ve disiplin sağlamayan bir toplu iş sözleşmesi düzeni içinde işçinin çıkarlarının korunamayacağına inanıyoruz. So-

Genelde “sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi” anlamına gelen sözleşme özerkliğinin, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi ve işverenler ile sendikalarına büyük sorumluluklar yüklediği kuşkusuzdur.

nuç olarak, 1982 Anayasası'nda yer alan “karşılıklı olarak” deyiminin “özerkliği” sınırlandırıcı bir etki yaratmaktan çok, tarafların birbirlerini “tanınmalarını” ve “anlamalarını” kolaylaştırıcı, demokratik anlamda “uzlaşmaya” teşvik edici bir etki yaratmayı amaçladığını düşünüyoruz.

Üstelik, toplu iş sözleşmesi sistemi içinde işçi ve işveren taraflarına “karşılıklı olarak” tanınan özerklik ile “siyasi demokrasi” yanında bir de “iktisadi demokrasi” imânının da yaratılmış olduğuna inanıyoruz. Bu sayede işyeri ve işkolları düzeyinde yürütülen (grup) toplu iş sözleşmeleri sayesinde özellikle (milli) gelir paylaşımında işçi sendikalarının verdiği mücadeleye bir güç de sağlanmakta; endüstri ilişkileri sistemi, ulusal düzeydeki “endüstriyel demokrasi” ile güçlendirilmektedir. Ancak, bu gücün toplumun diğer kesimlerine karşı bir tehlike haline gelmemesi, “güçler dengesinin” sağlanabilmesi için, yine toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde, “gücü karşı güçle zararsız duruma getirme” yolunun izlendiği görülmektedir¹⁴. Bu nedenle, genelde “sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi” anlamına gelen sözleşme özerkliğinin, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi ve işverenler ile sendikalarına büyük sorumluluklar yüklediği kuşkusuzdur. İşçi ve işveren taraflarının, ekonomik ve sosyal haklar yanında çalışma barışını ve giderek sosyal barışı da sağlayan toplu sözleşme düzeninin ancak kendi sorumlulukları altında korunabileceğini ve gelişebileceğini akıldan çıkarmamaları gerekmektedir¹⁵.

B) TOPLU SÖZLEŞME ÖZERKLİĞİNİN SINIRLARI

Borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğünün kural olarak toplu iş sözleşmesi özerkliği için-

de de geçerli olacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla, toplu iş sözleşmesinin muhtevası emredici “kamu düzeni” hükümlerine aykırı olmadığı sürece taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecektir. Bu sınırlar içinde taraflar, başta ücretler olmak üzere, diğer çalışma koşullarını istedikleri gibi düzenleyebileceklerdir. Öyle ki, yeni toplu iş sözleşmesi ile önceki toplu iş sözleşmesinde kabul edilmiş ve tanınmış birtakım haklar değiştirilebileceği gibi, tamamen kaldırılabilir de...¹⁶.

Her şeyden önce, Anayasa gereği “işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkını” kullanırken; bu düzenlemenin “çalışma ilişkileri” çerçevesinde kalmasına özen göstermek zorundadırlar. Tarafların “ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması veya geliştirilmesine” yönelik olsa bile,

raflar hakkında “altı aydan bir yıla kadar hapis” cezası da öngörülmüştür (TİSGLK md.68).

Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, maddede yer alan “kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamayacağına” ilişkin hükmüdür (md.5/son cümlecik). Buradaki “emredici hükümlerin” iş hukuku anlamında “mutlak (kesin) emredici hükümler” olduğu, İş Kanunu’nun genellikle “nispi emredici olan hükümlerinin” kastedilmediği kuşkusuzdur. Aksi halde, iş hukukunun amacına uygun olmayan; toplu iş sözleşmesi düzeninden beklenenin elde edilemeyeceği sonuçlar, bizzat toplu iş sözleşmesi özerkliğini tehlikeye sokabilecektir. Bu nedenle, İş Kanunu’nun asgari ücret, çalışma süreleri, fazla mesai, ihbar öneleri gibi “nispi emredici” hükümlerin aksinin “işçi lehine” toplu iş sözleşmelerinde her zaman kararlaştırılabileceği açıktır¹⁹.

Toplu iş sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmayacak emredici hukuk kuralları, sadece iş mevzuatı kurallarıyla sınırlı değildir.

“çalışma ilişkileri” dışında kalan (Any. md.51/1, 53/1) toplu iş sözleşmesi hükümleri taraflara herhangi bir hak ve yükümlülük getirmeyecektir¹⁷. Bu nedenle, 1982 Anayasası’nın getirdiği asıl özerklik sınırlamasının, 53/1. maddedeki “karşılıklı olarak” deyiminden çok, 51/1. maddedeki “çalışma ilişkilerinde” deyimi olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁸.

Bundan başka, 2822 sayılı TİSGLK toplu iş sözleşmesine konulamayacak hükümleri ayrıca belirterek, özerkliğe ilişkin açık bir sınırlama getirmiştir: Buna göre, toplu iş sözleşmelerine “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlak ve sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz” (TİSGLK md.5). Bu hükmün, esas itibarıyla sendikalara yasaklanan faaliyetler arasında sayılan ve sadece sendikal hak ve özgürlüklerin değil, diğer bütün hak ve özgürlüklerin “genel” sınırlandırma sebepleri arasında bulunduğunu belirtmekle yetinelim. Böyle bir durumda, sözleşmeye konulan hükümlerin hukuken “geçersiz” olması dışında; “ilgililer”, yani sözleşmeyi imzalayan ta-

İş hukukunda bir hükmün “mutlak emredici” niteliği bazen yasa metnindeki “aksine hüküm konulamaz”, “aksi kararlaştırılmaz”, “zorunludur”, “vazgeçilemez” gibi deyim ve sözcüklerden anlaşılır. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu’nun “emredici” hükümleri arasında bulunan “kıdem tazminatının üst sınırına” (md.14/14), Sendikalar Kanunu’nun “sendika üyeleri arasında ayırım yapılamayacağına” (md.31), “sendika aidatlarının ödenmesine” (md.61/2), TİSGLK’nın “dayanışma aidatı ödeyenlerin sözleşmeden yararlanmak için sendikanın muvafakatine gerek olmadığına” (md.9) ve grev veya lokavt nedeniyle sözleşmeleri askıda kalan işçilere “askı süresi içinde ücret ödenmeyeceğine ve kıdemden sayılmayacağına” (md.42) ilişkin hükümlerin aksini, işçi lehine olsa taraflar kararlaştıramayacaklardır. Bunun gibi, toplu iş sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmayacak emredici hukuk kuralları sadece iş mevzuatı kurallarıyla sınırlı değildir. Tüm hukuk düzeninin ve bu arada borçlar hukukunun emredici kurallarına aykırı hükümler de toplu iş sözleşmelerinde yer alamaz. Bunlar gibi, “işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını ortadan kaldıran” (BK. md.340, 344), işçi alacakları için “kanunen öngörülen zamanaşımı sürelerini

Bir tüzük hükmünün toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapma yetkisini sınırlayabilmesi için, öncelikle dayandığı yasa hükmünün böyle bir sınırlamaya izin vermesi gerekir.

düşüren” (BK. md.127), “işçinin kasdı veya ağır kusurundan sorumlu olmayacağını” (BK. md.99) öngören toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçerli olmayacaktır²⁰.

Toplu iş sözleşmesi tarafları, mutlak emredici yasa hükümleri gibi, yasanın uygulanmasını göstermek veya emrettiği işlerin nasıl yapılacağını belirtmek üzere çıkarılan “tüzük hükümlerine” de aykırı düzenlemeler getiremezler. Bununla birlikte, bir tüzük hükmünün mutlak emredici nitelik kazanabilmesi için tüzüğün dayandığı yasanın veya yasa hükmünün de mutlak emredici nitelikte olması gerekir. Yoksa, bir tüzüğün veya tüzük hükmünün Bakanlar Kurulu’nun takdiriyle mutlak emredici niteliğe büründürülmesi mümkün değildir. Mutlak emredici bir yasa hükmüne dayanan tüzük de mutlak emredici, nispi emredici bir yasa hükmüne dayanan tüzük de zorunlu olarak nispi emredici niteliktedir. Nispi emredici bir yasa hükmüne dayanılarak yürürlüğe konmuş bir tüzüğün, kaynağını aşarak mutlak emredici hükümler getirmesi mümkün değildir. Bunun gibi, tüzüklerin uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarıldıkları yasada yer almayan bir yasak getirmeleri, tüzüğün yasaya aykırılığı sonucunu doğurur. Bir tüzük hükmünün toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapma yetkisini sınırlayabilmesi, örneğin toplu iş sözleşmesinde öngörülemeyecek bazı düzenlemelere yer verebilmesi için, öncelikle dayandığı yasa hükmünün böyle bir sınırlamaya izin vermesi gerekir. Tüzüğün dayandığı yasada öngörülmeyen bir sınırlamaya yer verebilmesi mümkün değildir²¹.

TİSGLK sadece yasa ve tüzüklerden bahsetmekte, “yönetmelikler” ile ilgili bir hüküm getirmemekteyse de, aynı durum yönetmelikler için de geçerlidir. Toplu iş sözleşmelerine yönetmeliklere de aykırı hükümler konulamaz. Çünkü, yönetmelikler

de yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabılır (Any. md.124). Yönetmelik çıkarmaya yetkili kılınanlar, yönetmeliğin dayandığı yasa veya tüzükte öngörülmeyen bir sınırlamaya yönetmelikte yer veremezler²². Örneğin, İş Kanunu’nun 13 ve 63. maddelerine uygun olarak İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nde (RG, 06.04.2004-25425) işyerinde tam (45 saat) süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisine kadar önemli ölçüde daha az belirlendiği (30 saate kadar) çalışmalar “kısmi süreli çalışma” sayılmıştır (Yön. md.6). Bunda yasaya aykırı bir yön yoktur. Bunun gibi, İş Kanunu’nun 41. maddesine dayanılarak yürürlüğe konmuş bulunan (RG, 06.04.2004-25425) İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Sürelerle Çalışma Yönetmeliği de “fazla süreli çalışmayı” Kanuna uygun olarak “haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışma” olarak belirlemiş (Yön. md. 3/b) ve “fazla sürelerle çalışmalarda her bir saat için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle” ödeneceğini hükme bağlamıştır (Yön. md. 4/2). Bunda da yasaya aykırı bir yön yoktur. Buna karşılık aynı Yönetmelik, yasada hiçbir dayanağı bulunmayan bir “yasak” getirerek, “fazla çalışma” ve “fazla süreli çalışma” yaptırılmayacak işçiler arasında “kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçileri” de saymıştır (Yön. md.6/son). Halbuki, 45 saatin altında 30 saate kadar çalışan bu işçilerin, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma şartlarına uygun olarak, 45 saate kadar olan çalışmalarının “fazla süreli çalışma” sayılarak %25 oranında yükseltilmiş ücrete hak kazanmaları, 45 saati aşan çalışmalarının da “fazla çalışma” sayılarak %50 oranında ücrete hak kazanmaları veya bu süreler karşılığı “serbest zaman” kullanmaları hiçbir surette engellenmemelidir²³.

Bununla birlikte, Türk hukukunda bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir yasa hükmünün üstün hukuk kuralı Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varması halinde dosyayı Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirmesi mümkün olduğu halde (Any. md.152), davada karşılaştığı tüzük veya yönetmelik hükmünün üstün hukuk kuralı anayasa veya yasaya aykırı olması halinde ne şekilde davran-

Sendika toplu iş sözleşmesini kendi adına yapar, ayrıca işçinin onayına gerek yoktur. Zira işçi, sendikaya üye olmakla onayını vermiş olur.

çağı hususu düzenlenmemiştir. Buna karşılık, mahkemenin böyle bir durumda söz konusu Anayasa ve yasaya aykırı tüzük veya yönetmelik hükmünü her ne pahasına olursa olsun davada uygulamasını öngören bir hüküm ve düzenleme de bulunmamaktadır. Kaldı ki, bir davada yargıç, uygulayacağı kuralı kendisi belirlemekle yükümlü olduğundan, davada önüne gelen tüzük veya yönetmelik hükmünün özü itibarıyla Anayasa veya yasaya aykırı olduğu sonucuna varırsa, bu tüzük veya yönetmelik hükmünü davada uygulamaktan kaçınması gerekir. Bu, mahkemenin Anayasa ve yasa kurallarını üstün hukuk kuralı sayarak uygulama ödevinin de bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır (Any. md.11; 138/1). Bu nedenle, mahkemenin tüzük ve yönetmelik hükümlerinin Anayasa veya yasaya aykırı olduğu durumlarda da üstün hukuk kuralına uygunluk yorumunu yapması, söz konusu yasal dayanağı bulunmayan tüzük ve yönetmelik hükümlerini uygulamaktan kaçınması zorunluluğu vardır²⁴.

IV- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) SENDİKANIN İŞÇİLERİ TEMSİL YETKİSİ

1- Toplu İş Hukukunda

Sendikaların işçileri temsil yeteneği, her şeyden önce onların toplu iş sözleşmesi yapma ehliyet ve yetkisine bağlanmıştır. Toplu iş sözleşmesi özerklik sınırları içinde taraf sendika olabilmek için, kuruluşun öncelikle Sendikalar Kanununun aradığı koşullara uygun olarak işkolunda faaliyet gösteren “ehliyetli” bir sendika olması gerekmektedir. (Sen.K. md. 3, 6, 54). Sonra, sendikanın işçilerini temsilen toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için sadece “ehliyetli” olması yetmemekte; aynı zamanda işkolundaki işçilerin

en az %10'u ile işyerindeki işçilerin “yarıdan fazlasını” temsil eden “yetkili” bir sendika olması gerekmektedir (TİSGLK md.12-20)²⁵.

Bununla birlikte, sendika bu anlamda işçileri tek tek temsil etmemekte, onların “asgari ortak ve özdeş yararını” (ortak iradesini) temsil eden bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında asgari ortak ve özdeş yarar, işçilerin her birinden bağımsız bir “sosyal gerçeklik” olmakla birlikte, başlı başına bir “hukuk süjesi” değildir. Asgari ortak ve özdeş yararın (ortak iradenin) “hukuk süjesi” (tüzel kişilik) haline gelmesi, ortak iradeye işçilerin katılımı (üyelik) ile mümkün olur. Ama, ortaya çıkan “tüzel kişilik” işçilerin (üyelerin) her birinden “bağımsız” bir hukuki kişiliktir. Bu bağımsız tüzel kişiliğin yasa çerçevesinde yaptığı hukuki işlem (toplular iş sözleşmesi), işçinin (üyenin) iradesinden bağımsız olarak kendisini (üyeyi) bağlar. Bu nedenle, sendika toplu iş sözleşmesini kendi adına yapar, ayrıca işçinin onayına gerek yoktur. Zaten, işçinin onayının pratik bir yararı da yoktur. Zira işçi, sendikaya üye olmakla onayını vermiş olur, sendikanın yetkisine dayanarak toplu iş sözleşmesi yapmasını ve toplu iş sözleşmesi ile getirdiği kurallara bağlılığını meşrulaştırmış olur. Aslında işçinin “taraf” olmadığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan kurallara tabi olması, kendisini kurallara bağlı hissetmesi için, bu uygulamanın kendisi tarafından kabul edilmesi, “onaylanması” gerekir. İşte bu kabul ve onay, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasında önce veya sonra “üyelik” ile beyan edilmiş olur. Böylece işçi, üyelik ile toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine “otomatik” olarak kendiliğinden tabi olmuş olur²⁶.

Üstelik, üyelik toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kaynağı olan “asgari ortak ve özdeş yarara” (ortak iradeye) katılmanın “tek koşulu” değil, sadece “ön koşuludur”. Gerçekten, nasıl ki üyenin iradesinin olmadığı hallerde sözleşme özgürlüğü bir anlam kazanamaz ise, ortak iradenin bulunmadığı hallerde de toplu iş sözleşmesi yapma iradesi bir anlam ifade etmez. Bu nedenle yasa, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin ortaya çıkması için gerekli olan “ortak iradenin asgari sınırını” belirlemiş; işkolu barajının (%10) aşılmasından başka, işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma iradesini (yetkisini) “yarıdan fazla üyenin varlığına” bağlamıştır. Öyleyse, toplu iş sözleşmesinin meşrulaşmasını

yalnız “üyelikte” görmemek gerekir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, “çoğunluğa dayalı” bir kuruluşun temsili iradesiyle de onaylanmış ve meşru kılınmış sayılmalıdır²⁷.

2- Borçlar Hukukunda

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bir bakıma “ortak iradeyi” temsil etmesi nedeniyle borçlar hukukunun “iradi temsil” kurumunu da akla getirebilir. Ancak, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, kendine özgü nitelikleriyle iradi temsilden farklıdır. Borçlar hukuku anlamında “doğrudan iradi temsilde” temsilci temsil olunanın sübjektif hakkını kullanarak onun adına ve hesabına işlem yapar. Temsilcinin yaptığı hukuksal işlemde kaynaklanan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunana ait olur²⁸. Buna karşılık sendika toplu iş sözleşmesini işçiler adına değil, kendi adına yapar. Böylece “asgari ortak ve özdeş yarar”, sendika tarafından kabul edilen normatif hükümlerle toplu iş sözleşmesinde somut bir hal alır.

Sendikanın toplu iş sözleşmesini kendi adına ve fakat normatif hükümlerin doğrudan etkisi nedeniyle üyeleri hesabına yapması, akla “dolaylı iradi temsili” de getirebilir. Borçlar hukukunda dolaylı iradi temsil, temsilcinin hukuki işlemi kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına yapmasıdır. Ancak, dolaylı temsilde hukuksal işlemde doğan hak ve borçlar önce temsilcinin hukuksal alanında doğar; bilahare, ikinci bir işlemle haklar alacağın temlik yoluyla, borçlar borcun nakli yoluyla temsil olunana devredilir²⁹. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri sendikaya herhangi bir sübjektif hak tanımaz ve borç yüklemesiz. Sözleşme kapsamındaki üyeler (hatta belirli koşullarda diğer işçiler), bireysel iş ilişkilerinde doğrudan doğruya ve ikinci bir işleme gerek kalmaksızın otomatik olarak kendiliğinden etkilenirler (TİSGLK md.6).

Ekleyelim ki, sendikaya toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi ile tanınan “kanuni temsilin” de “tam” ve “sınırlı ehliyetsizler” ile ilgili olarak tanınan kanuni temsilden farklı özellikleri vardır. Temyiz kudretini

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin sınırları toplu iş sözleşmesinin özerkliğinin sınırları ile aynıdır.

haiz olmayan, dolayısıyla iradesi bulunmayan tam ehliyetsizler adına işlem yapan temsilci, yasa gereği temsil olunanın iradesine bağlı olmaksızın onun adına ve hesabına işlem yapar. Sınırlı ehliyetsizler ise, hukuksal işlemleri kendi adına yapmakla birlikte, işlemin geçerli olması için yasal temsilcinin onayı gerekir. Buna karşılık, her iki halde de toplu iş sözleşmesini kendi adına yapan sendikanın yetkisi, “asgari ortak ve özdeş yararın” gözetildiği “ortak iradeden” kaynaklanır. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, “ortak iradeye” dayanan temsilcinin yasa ile belirlenen kendine özgü bir “kanuni temsil” yetkisi olarak tanımlanabilir³⁰.

B) SENDİKANIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNİN SINIRLARI

1- Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alamayacak Hükümler

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin sınırları toplu iş sözleşmesinin özerkliğinin sınırları ile aynıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu sınırlar hukuk düzeni içinde diğer hukuk kuralları ile çizilen sınırları anlatır. Toplu iş sözleşmesi tarafları toplu iş sözleşmelerinde diledikleri kurallara yer veremezler. Zira, toplu iş sözleşmesinde yer alan kurallar da hukuk düzeninin bir parçasıdır ve hukuk düzeni içindeki kanunlar hiyerarşisine aykırı olamaz. Bu nedenle en başta “üstün hukuk kuralları” tarafların toplu iş sözleşmesiyle koyacakları kuralların sınırını oluşturmaktadır. Başta Anayasa olmak üzere, toplu iş sözleşmesinin hükümleri yasaların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin “mutlak emredici” hükümlerine aykırı olamaz. Örneğin, nasıl ki yasa koyucu temel hak ve özgürlüklerle kendini bağlı hissediyor ve bu sınırlar içinde kanun yapıyorsa, toplu iş sözleşmesi ile kural koyma yetkisine sahip taraflar da temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olarak kural koyma yetkisine sahiptir. Devletin kural koyma yetkisini devrettiği taraflara, kendisinin sahip olduğu kural koyma yetkisininin daha fazlasını devrettiği düşünülemez. Kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, seyahat özgürlüğü, siyasi hak ve özgürlükler, eğitim ve sağlık hakkı gibi tüm kişi hak ve özgürlükleri, her iki tarafı bağlayan ve sınırlandıran temel hak ve özgürlükler arasındadır. Üstelik, toplu iş sözleşmesi ile konulabilecek hükümler, sadece toplu iş sözleşmesinin kapsamına

Toplu iş sözleşmesi ile konulabilecek hükümler, sadece toplu iş sözleşmesinin kapsamına girebilecek “işçi işveren ilişkilerini” ilgilendiren konularla sınırlıdır.

girebilecek “işçi işveren ilişkilerini” ilgilendiren konularla sınırlıdır. Yoksa, sözleşmenin konusunu işçi ve işverenlerin oluşturmadığı, örneğin ancak devlet tarafından yerine getirilebilecek konular toplu iş sözleşmesi taraflarınca düzenlenemez³¹.

Üstelik, işçiler ve işverenlerin her türlü “ekonomik ve sosyal durumları” ile ilgili konular da toplu iş sözleşmesinde düzenlenemez. Bunların da “karşılıklı iş ilişkileri” (Any. md.51, 53/1) çerçevesinde kalması gerekir. Örneğin, işyerine ulaşımın rahat sağlanabilmesi için servis aracı tahsis edilmesiyle ilgili hükümler toplu iş sözleşmesinin konusu yapılabilmekle birlikte, belediye otobüslerinin işyeri önünden geçirilmesi veya otobüs durağının işyerine yaklaştırılması gibi hükümler toplu iş sözleşmesi konusu yapılamaz. İşverenin üçüncü şahıslarla ilişkilerini düzenleyen bu konulara, işverenin hangi bankadan ne kadar kredi alacağını ve kredi faiz oranlarını belirleyen sözleşme hükümleri de dahildir. Bunun gibi, sadece işverenlerin üçüncü şahıslarla değil, işçilerin de üçüncü şahıslarla olan ilişkilerini düzenleyen hükümler toplu iş sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Örneğin, kendileri tarafından kurulmuş olsa bile tüketim kooperatifleri veya yardımlaşma dernekleri veya kiracı, kiralayanı, elektrik, havagazı, su vs. gibi diğer şirketlerle, vakıf, siyasi parti ve benzeri birliklerle olan ilişkileri, bu anlamda işçinin kira veya elektrik parasının ücretinden kesilip havale edilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de konu dışında kalır³².

Aynı şekilde işçinin münhasıran şahsa bağlı hakları “temsil” konusu yapılamayacağı gibi³³, toplu iş sözleşmesi konusu da yapılamaz. Bu anlamda işçinin kişi özgürlüğü alanı içinde karar verebileceği konular; örneğin, iş süresi dışındaki serbest zamanını nerede ve nasıl kullanacağı, yıllık iznini nerede ve nasıl geçireceği, ücretinin ne kadarını harcayacağı ne kadarını tasarruf edeceği yolundaki bireysel tasarruf alanına giren “ekonomik ve sosyal durumla” ilgili konular bunlar arasındadır. Aynı şe-

kilde, işçinin işe girdikten sonra evlenmeyeceği, hamile kalmayacağı şeklindeki hükümler gibi, işçilerin işverene karşı açtıkları ve açacakları davalardan vazgeçmelerine, kazanılmış haklarından geriye doğru feragat etmelerine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz olacaktır. Aksi halde, bütün bu durumlarda ne işveren ne de işçi herhangi bir borç altına girmeyeceğinden, taraflar için herhangi bir subjektif hak da doğurmaz³⁴.

2- Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alabilecek Hükümler

Toplu iş sözleşmesinde yer alacak hükümler arasında, “işçi ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarının düzenlenmesi” yer almaktadır (Any. md. 53/1). Ancak tekrar edelim ki, bu düzenlemenin “üyelerinin çalışma ilişkileri” çerçevesinde yapılması gerekmektedir (Any. md.51/1). Nitekim TİSGLK bu ilişkinin çerçevesini, yukarıda yer alan sözleşme konularını dışarıda bırakacak şekilde şu şekilde belirlemiştir: “Toplu iş sözleşmesi hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususlar” (TİSGLK md.2/1). Gerçi, işçinin ücret ve çalışma koşullarını otomatik olarak doğrudan etkileyen, onun onayına ihtiyaç bırakmayan, üyelik ile gerçekleşen bu normatif hükümlere bağlılık dışında, toplu iş sözleşmesinde “tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen” hükümler de (TİSGLK md.2/2) yer alır. Ancak biz, çalışmamızın sınırları içinde, tarafların karşılıklı borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri değil, toplu iş sözleşmesinde işçinin onayına gerek duyulmaksızın veya işçinin onayının toplu iş sözleşmeleriyle alınabileceği normatif hükümleri inceleme konusu yapacağız³⁵.

Aşağıda kısaca hatırlatacağımız bütün bu hükümler, aynı zamanda işçilerin özerk ve özgür iradeleriyle “işverenlerle karşılıklı iş ilişkileri içinde” kararlaştırabileceği hükümlerdir. Bu nedenle, bu tür hükümlerin sendika tarafından kabulünde, işçilerin ayrıca “onayına” ihtiyaç bulunmadığı gibi, yasalarda işçinin “onayına ihtiyaç duyulduğu belirtilen hallerde” de, işyerinin “istikrar ve disiplini” (düzeni) ile kısa veya uzun vadede “işçilerin çıkarlarının korunması” ilkeleri çerçevesinde, sendika tarafından bu onay işçinin kişilik haklarını zedelediği sürece bizzat verilebilecektir. Özellikle es-

neklik hükümlerinin uygulanmasında, emredici bir hukuk kuralına istisnalar getirilmek suretiyle “esnekleşme” de sağlanabilecektir. Zira, işçinin korunması bir işe sahip olması halinde anlam kazandığından, işletmenin varlığı ve rekabet gücünü korumaya yönelik esnekleştirme faaliyeti işçinin de yararına³⁶. Ancak burada amaç, işçiyi koruyucu kuralların etkisini azaltmak olmamalıdır. Çünkü, ekonomik uyumu olumsuz etkileyen kuralların değiştirilmesi, işçinin korunması ilkesinin kaldırılması anlamına gelmez³⁷.

a) Hizmet (İş) Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerin başında, sözleşmenin ilk olarak yapılmasını veya yeniden kurulmasını emreden veya yasaklayan hükümler ile iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler gelir. Örneğin, işyerinin ekonomik veya teknolojik nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin belirli bir süre sonra yeniden işe alınması, askerlik veya sağlık nedeniyle ayrılan işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapılması, işyerinde belirli oranda özürlü, eski hükümlü veya terör mağduru çalıştırılması yolundaki hükümler bunlar arasındadır. İşyerinde iş sözleşmesi yapılmasını yasaklayan hükümler arasında ise, belirli oranın üzerinde mesleğe yabancı, vasıfsız işçi, emekli veya çırak çalıştırılmasını yasaklayan hükümler vardır. İşçilerle yapılan sözleşmelerin yazılı yapılmasına ilişkin hükümler de şekil şartı arayan hükümlerdir.

b) Hizmet (İş) Sözleşmesinin Muhtevasına ve Sona Ermesine İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmesinin en önemli kısmı, kuşkusuz iş sözleşmesinin muhtevasına ve sona ermesine ilişkin hükümlerden oluşur. İş görme borcunun yerine getirilmesinden iş sürelerine, fazla çalışmalardan işçinin ücretine, tatil ve izinlerden işin sona ermesine kadar geniş bir yelpaze içinde yer alan bu konuların da taraflarca toplu iş sözleşmesi özerkliği ve yetkisi içinde düzenlenebileceğine kuşku yoktur. Ayrıca, işin doğrudan ifası ile ilgili bulunmayıp, işçinin o işyerinde bulunması nedeniyle tabi olduğu işyeri organizasyonu, çevre koşullarının düzenlemesi³⁸, işyerinin güvenliği, işyeri düzeni ve sağlık koşulları, işyerinin kirli hava ve gürültü gibi zararlı etkenlerden arındırılması, temizlik koşullarının sağlanması, sağlık birimi kurulması, işçilerin beden ve ruh dinlenmelerinin sağlanması için oyun odası,

dinlenme odası, kitaplık kurulması, oyun sahası tesisi gibi konular da iş sözleşmesinin muhtevasını ilgilendiren hükümler de vardır³⁹. Bunun gibi, iş ilişkilerinin ekonomik ve teknolojik gelişmelere ve değişen üretim modellerine uyumunu sağlayan, bu yolla işçilerin işlerini kaybetme tehlikesini bertaraf eden, daha çok çalışma süreleri ve istihdam türleri konusunda gündeme gelen “esnekleştirme” hükümleri de bunlar arasındadır⁴⁰. Bütün bu toplu iş sözleşmesi hükümleri, işçinin irade özerkliğine dayanarak üzerinde tasarruf edebileceği hak ve menfaatlerdir. Bu nedenle, işçinin kendi tasarrufu dışında bir konuda toplu iş sözleşmesi tarafları herhangi bir düzenleme yapmadıkları sürece, işçilerin ayrıca onayını almaksızın bütün bu muhteva hükümleri konusunda düzenleme yapabileceklerine kuşku yoktur⁴¹. Yeter ki, yapılan düzenlemeler mevzuata, işçinin kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı ve konusu imkansız olmasın.

Muhteva ve sona ermeye ilişkin bütün bu konuların incelenmesi, bu çalışmanın boyutlarını aşmaktadır. Bu nedenle, özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünden sonra öğretilerde tartışma ve görüş ayrılıklarına yol açan bazı konuları aşağıda inceleme konusu yapacağız.

aa- İş Görme Borcunun Yerine Getirilmesi ve İşin Esaslı Surette Değiştirilmesi

Borçlar Kanunu'na göre, “aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça” veya “hal icabından anlaşılmadıkça” işçi taahhüt ettiği işi kendisi yapmakla yükümlü olup “başkasına devredemez” (BK. md.320/1). Bunun gibi, “işçi taahhüt ettiği işi ihtimam ile ifaya mecburdur” (BK. md.321/1). Öyleyse işçinin işini yaparken göstermesi gereken dikkat ve özen (ihtimam) borcu, iş görme borcunun önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bunun anlamı, işçinin kendisi “işveren” olsaydı o işi nasıl yapacak idiyse, işine o derece özen göstermesidir. Öyle ki, “güvenlik görevlisi” işçinin günlük saat kurmalarını yaptıktan sonra bir sonraki saat kurmaya kadar bekçi kulübesinde bulunmayıp “personel odasında televizyon seyretmesi” ve böylece kısa süreli de olsa görev yerinden ayrılması nedeniyle iş sözleşmesinin tazminatsız feshi, “haklı sebeple fesih” sayılmıştır⁴².

- İşçinin Sözleşmede Belirtilen İşinin Değiştirilmesi

Sözleşmede işçinin yapacağı işin konusunun belirlenmesi halinde, işveren tek taraflı olarak işçi-

nin işinin konusunu değiştiremez. Ancak toplu veya bireysel iş sözleşmesinde (veya sözleşmenin eki iç yönetmeliklerde) işverene işçinin işini değiştirebilme konusunda yetki verilmişse, bu durumda işveren tek taraflı değişikliği yapabilir. Buna uymayan işçinin iş sözleşmesi “haklı sebeple” tazminatsız feshedilir⁴³. Doğal olarak, işverenin kendisine tanınan bu yetkisini de yine “yasalara” ve “ahlak ve adaba” (BK. md.9) aykırı olarak kullanmaması; objektif “iyiniyet” kurallarına (MK. md.2) uygun kullanması gerekir⁴⁴. Bu anlamda işveren, işçinin “ücretinde” veya “ücret eklerinde” indirim yol açan bir iş değişikliği yapamayacağı gibi (BK. md.60; İş K. md.62)⁴⁵; kendisine o güne kadar yaptığı işten “daha farklı ve ağır” bir iş vererek iş sözleşmesinde “esaslı bir başkalaşma ve değişiklik” de yapamaz. Bu konuda Yargıtay, esaslı değişikliğin

rilmemesi⁵⁸, “gece bekçisine görevi dışında bahçe sulama işinin verilmesi”⁵⁹, “Belediye Park ve Bahçeler Müdürlüğünde çalışan işçinin bulaşıkçılığa verilmesi” veya “Belediye su işlerinde ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle temizlik işine verilmesi” veya “kalite kontrol görevi dışında ek olarak sorumluluğu büyük postabaskılık görevinin verilmesi”⁶⁰ işçinin işinde tek taraflı “esaslı” ve “ağırlaştırılmış” iş değişikliği olarak kabul edilip işveren “haksız” sayılmıştır.

4857 sayılı yeni İş Kanunu bu konuda özel bir hüküm getirerek yapılacak “esaslı değişikliğin” önceden işçiye “yazılı olarak bildirilmesini” ve yine “işçinin rızasının yazılı olarak alınmasını” şart koşturmaktadır. Buna göre, “işveren iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygu-

“Esaslı değişiklik” anlaşmasında dikkat edilmesi gereken husus, yürürlüğün geriye etkili (makale şamil) konulmamasıdır.

kabulü için “işçinin son işinin önceki işle aynı değerde olup olmadığının, görev, unvan ve kariyeri ile ücretlerinde bir olumsuzluk olup olmadığının belirlenmesini” kararlaştırmıştır⁴⁶. Bununla birlikte, dürüstlük kuralları çerçevesinde, “işçinin kendi yararına” olan “esaslı” iş değişikliği sonucu meydana gelen başkalaşmayı ve uygulamayı reddederek sözleşmeyi feshetmesi “haklı” görülmemiştir⁴⁷.

Buna karşılık Yargıtay kararlarında, tek taraflı olarak yürürlüğe konulan Personel Yönetmeliği ile önceki yönetmelikte belirtilen kıdem tazminatı, ihbar öneleri ve izin sürelerinin indirilmesi⁴⁸, “işyerinde verilen yemeğin”⁴⁹ veya “ikramiyenin”⁵⁰ kaldırılması veya “oluru alınmadan işçinin gündüz vardiyasından gece vardiyasına geçirilmesi”⁵¹, yıllardan beri fabrikada “ipekli işlerinde” çalışarak ihtisas kazanan bir işçinin “yün işlerinde” çalışmaya zorlanması⁵² veya “temizlik işine” verilmesi⁵³; “doküman tezgahından” alınan işçinin “tuvalet işlerine” verilmesi⁵⁴; çalıştığı kısımdan “daha ağır, daha zor ve tehlikeli” işte çalıştırılmak istenmesi⁵⁵; “öğretmenlik görevi ile uyuşmayan Ar-Ge biriminde görevlendirilmesi”⁵⁶; normal “hafta içi” yapılan mesaiden “gece ve hafta sonu da çalışmayı gerektiren” bir göreve verilmesi⁵⁷; “personel şefliğinden” alındıktan hemen sonra kendisine “münasip bir iş” ve-

lamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz”. İşçinin yazılı cevap vermeyerek sessiz kaldığı değişiklikler de kabul etmediği şeklinde yorumlanır⁶¹. İşçinin kabul etmediği değişiklik önerisi üzerine işveren, “değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını” veya “iş sözleşmesini fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir” (İş K. md.22/1).

Bununla birlikte, işverenin çalışma koşullarında yapacağı esaslı olmayan iş değişikliklerini işçi kabul etmek zorunda olduğu gibi, işçi ile işverenin “kendi aralarında anlaşarak” çalışma koşullarını “esaslı surette değiştirebilmeleri” de her zaman mümkündür. Hatta bu değişikliğin, daha “düşük ücretle”⁶² veya daha “ağır bir işte çalışılması” suretiyle yapılması da mümkündür. Yeter ki taraflar arasında “yazılı” bir anlaşma bulunsun. İşçinin kendi irade özerkliğine dayanarak yapabileceği böyle anlaşma, bireysel iş sözleşmeleriyle yapılabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleriyle de öngörülebilir. Ancak, böyle bir “esaslı değişiklik” anlaşma-

İşyeri değişikliği konusunda sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde de işveren “yönetim hakkına” dayanarak “iyi niyet kuralları” çerçevesinde “işyeri değişiklik” yetkisini her zaman kullanabilir.

sında dikkat edilmesi gereken husus, yürürlüğün geriye etkili (makale şamil) konulmamasıdır. Çünkü, “çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz” (İş K. md.22/2).

- *İşçinin Sözleşmede Belirtilen İşyerinin Değiştirilmesi*

İş değişikliği gibi, işyeri değişikliği de “esaslı bir değişiklik” halinde bile, öncelikle toplu ve bireysel sözleşme hükümlerine uygun davranmayı gerektirir. Bu nedenle, birden çok işyeri bulunan bir işverenin, işçiyi kendisine ait işyerlerinden herhangi birinde çalıştırma yetkisini saklı tuttuğu sözleşme hükümleri geçerlidir⁶³. Örneğin bir bankaya giren işçi ile yapılan iş sözleşmesi genellikle işverenin işyeri değiştirme yetkisini saklı tuttuğundan, bir şehirden diğerine “tayin olan” banka çalışanlarının, sözleşmedeki bu esaslı değişikliğe uymak mecburiyetleri vardır. Nitekim, Yargıtay’ın kararlarında da; “toplu iş sözleşmesinde işverenin sendika üyelerini (işçileri) aynı şehirdeki veya diğer şehirlerdeki görevlere serbestçe nakledebileceği kabul edilmişse”, işçinin buna karşı çıkması kabul görmemektedir⁶⁴. Bunun gibi, “toplu iş sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, ücretinde bir eksiltme yapılmadan başka bir göreve verilen işçinin bu görevi kabul etmeyerek akdi feshetmesi” kıdem tazminatı talebinin reddini gerektirmiştir⁶⁵. Aynı şekilde, “iş sözleşmesinde ücretinde bir değişiklik yapılmadan il hudutları dahilinde kendisine ait herhangi bir başka işyerine işçiyi tayin ve nakil etmekte serbest olduğu” hüküm altına alınan işveren temizlik şirketinin, Maliye Bakanlığı’nın Dikmen Caddesinde bulunan işyerinden Bilkent Üniversitesi’ndeki işyerine aynı şekilde temizlik işçisi olarak tayin ettiği davacının bu görevi kabul etmediğini açıklaması, servis hizmetinden de yararlanan davacının iş sözleşmesinin “devamsızlık” nedeniyle “haklı sebeple”

feshine yol açmıştır⁶⁶. Benzer nedenlerle Yargıtay’ın “geçerli sebep” saydığı kararlar da vardır: “İş sözleşmesinde işyerinin değiştirilebileceğini kabul eden davacı işçinin çalıştığı Antalya’daki işyerinden Batman’daki işyerine atanmayı kabul etmemesi”⁶⁷ gibi; “işyeri yönetmeliğinin 35. maddesine göre İzmir Takas Şubesindeki görevinden Söke Şubesine atanan işçinin, 35. madde gereği atama yetkisi bulunan işverenin bu yetkisini kullanmasında “kötüniyetli” olduğunu kanıtlayamaması ve yeni görevine gitmeyip işe başlamaması, iş sözleşmelerinin “geçerli nedenle” feshine yol açmıştır⁶⁸.

Kaldı ki, işyeri değişikliği konusunda sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde de işveren “yönetim hakkına” dayanarak “iyi niyet kuralları” (MK. md. 2) çerçevesinde “işyeri değişiklik” yetkisini her zaman kullanabilir. Özellikle işletmenin ekonomik ve teknik zorunluluklarından kaynaklanan hallerde işçinin işinin değiştirilmesi gibi, “bir işyerinden diğerine nakledilmesi” de mümkündür⁶⁹. Bu anlamda, işçinin çalıştığı Sincan Belediyesi’nin Büyükşehir Belediyesine bağlanması ve kadrosunun nakledilmesi, kendisine mücerret olarak fesih hakkı vermemiş; “iş şartlarında esaslı değişiklik için, işçinin Sincan Belediyesi’nden alınıp Büyükşehir Belediyesi’ne ait başka bir işe verilmesi ve bunun sonucu iş şartlarının esaslı bir şekilde değişmiş olması gerektiği” kabul edilmiştir⁷⁰. Bunun gibi, işverenin elektrik kısıntısı nedeniyle iş saatlerinde değişiklik yapması⁷¹, fabrikada “ilikçi” olarak çalışan işçiyi işin daha yoğun olduğu “kalite kontrol-tasnif bölümünde giysilerin ipliklerinin temizlenmesi işinde geçici olarak görevlendirmesi”⁷² çalışma koşullarının tek taraflı “ağırlaştırılması” olarak nitelendirilmemiştir. Aynı şekilde, işverenin “işçilik maliyetlerini azaltmak” amacıyla yaptığı Personel Yönetmeliği’ndeki değişiklikleri kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesini feshi “kötü niyetli” fesih sayılmamış; “işletme gereği” kabul edilerek “geçerli sebep” sayılmıştır⁷³. Tıpkı, “aynı bina içinde görevlendirmenin fiziki mekan, sosyal çevre ve ücret yönünden işçi aleyhine bir sonuç doğurmadığı” gerekçesiyle işçiye “haklı sebeple” fesih hakkını vermediği gibi⁷⁴...

Buna karşılık, işçinin çalıştığı işyerinin “uzak bir yere taşınması”⁷⁵; “işyerinin başka yere taşınması halinde servis aracından yararlanmanın”⁷⁶ kaldırılması veya “işçinin tanker şoförlüğünden alınıp

kamyon şoförlüğüne verilmesi” nedeniyle artık “belirli bir yerde değil çeşitli yerlerde çalışmak zorunda kalması”⁷⁷; “işçinin işinin Yatağan’da bitmesi nedeniyle Soma’ya naklinin yapılması”⁷⁸; işçinin “irtibat bürosunda çalışırken fabrika işyerinde çalıştırılmak istenmesi”⁷⁹ işverenin iş sözleşmesinde tek taraflı “esaslı değişiklik” yapması olarak kabul edilmiş ve bu gibi hallerde işçinin işverenle yaptığı iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği (1475 s. İş K. md.16/II) ve kıdem tazminatına hak kazanacağı (1475 s. İş K. md.14/1) kararlaştırılmıştır⁸⁰. Üstelik, “devamlı işyeri değişikliğini” Disiplin Kurulu kararına bağlayan toplu iş sözleşmesi hükmü “geçerli” sayılmıştır⁸¹.

Görülüyor ki, gerek toplu gerek bireysel iş sözleşmelerinde herhangi bir hüküm bulunmadığı hallerde işverenin yönetim hakkına dayanarak yaptığı iş ve işyeri değişiklikleri, işçi bakımından ek bir külfet getirmediği ölçüde “geçerli” sayılmaktadır. Buna karşılık, işçiye ek maddi veya manevi külfet getiren iş değişiklikleri, toplu veya bireysel iş sözleşmesinde daha önceden kararlaştırılmış olsa bile geçerli olmamaktadır. Nitekim, uygulamada Yargıtay “sözleşmede işverene böyle bir yetki verilmiş” olmasına rağmen, “işçi aleyhine” sayılabilecek işyeri değişikliklerini kabul etmemektedir: “İşçi, Türkiye genelinde işverenin bütün işyerlerinde çalışma koşulunu hizmet akdinde açıkça kabul etmiş olsa bile, bu koşulun bağlayıcılığını mutlak olarak kabul etmek doğru olmaz. Nakil, işçinin sosyal ve ekonomik durumu ile sonraki durumu arasında işçi aleyhine büyük farklar yaratmamalıdır”⁸². Doktrinde de sözleşmedeki nakil yetkisine rağmen, işçinin uzun bir süre çalıştığı işyerinden başka bir işyerine nakledilmesinin, bazen kendisi ve ailesi için ağır sonuçlara yol açabileceği; bu nedenle, uzun bir süreden beri çalıştığı işyeri çevresinde sosyal hayatı buna göre şekillenmiş, çocuklarının eğitim durumları buna göre planlanmış olan işçinin, sırf sözleşmedeki yetkiye dayanılarak işletmeye bağlı başka bir işyerine nakledilmek istenmesi durumunda, İş K. md.22 hükmünün gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸³.

bb- İş Sürelerinin Düzenlenmesi

- Günlük ve Haftalık İş Süreleri

İş Kanunu, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin azami sınırlarını belirlemiştir. Bu sınırların “azami” olması, bu sınırların üstünde tarafların bir

Gerek toplu gerek bireysel iş sözleşmelerinde herhangi bir hüküm bulunmadığı hallerde işverenin yönetim hakkına dayanarak yaptığı iş ve işyeri değişiklikleri, işçi bakımından ek bir külfet getirmediği ölçüde “geçerli” sayılmaktadır.

sözleşme yapamayacağını; buna karşılık bu sınırların altında bir çalışma süresini her zaman kabul edebileceklerini göstermektedir. İşte bu sınırlar içinde işveren, işe başlama ve işin bitiş saatlerini kendisi tespit eder. İşveren bu tespiti “yönetim hakkına” dayanarak yapar⁸⁴.

Kanunda belirtilen azami süre, 45 saatlik “haftalık iş süresidir”. Bu süre, “aksi kararlaştırılmamışsa” işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine “eşit ölçüde” bölünerek uygulanır (İş K. md.63/1; Yön.⁸⁵ md.4/1). Bu anlamda haftada altı işgünü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere; Cumartesi günlerini kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde günde 8 veya 9 saat haftanın çalışılan günlerine “eşit ölçüde” bölünerek uygulanır. Bu şekilde ortaya çıkan çalışma süresine de “günlük iş süresi” denir. Böylece, Cumartesi günü işyerinin kapatılması ve öteki çalışma günlerinde günde 9 saat çalışılması halinde, haftalık iş süresinin beş işgününde tamamlanması ve pazar günüyle birlikte iki günün dinlenmeye ayrılması (genellikle bankalarda yapıldığı gibi) mümkündür. Cumartesi günü kısmen çalışılan işyerlerinde ise, Cumartesi günü işyerinde uygulanan çalışma süresi 45 saatten çıkarıldıktan sonra, arta kalan sürenin beşe bölünerek diğer günlere dağıtılması suretiyle günlük iş süresi bulunur. Örneğin, Cumartesi günleri 5 saat çalışılan işyerlerinde diğer günlerin iş süresi 8 saat olur. Doğal olarak, bir işyerinde çalışanların tümüne aynı iş süresini uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. İşçilerin çalışma yerlerine ve işlerine göre farklı iş süreleri belirlenebileceği gibi, işin başlangıç ve bitiş saatleri de değişik şekilde düzenlenebilir. Bu anlamda, günde 7,5 saatlik iş süresi ile üç vardiya halinde çalışan fabrikadaki imalat işçileri-

ne karşılık, aynı fabrikanın büro işçileri Cumartesi günü kısmen veya tamamen tatil yaparak günde 8 veya 9 saat çalışabilir⁸⁶.

Buna karşılık, 4857 sayılı yeni Kanunun “aksinin kararlaştırılabileceği” yolundaki esnek hükmü karşısında; tarafların “yazılı” anlaşmasıyla ve işverene verilen yasal sınırlar içindeki yetki çerçevesinde, haftanın bir gününü farklı, diğer günlerini farklı iş süreleriyle çalışarak geçirmek de mümkündür. Yeter ki, günlük çalışma süresi “on bir saati aşmamış” olsun...⁸⁷. Aksi halde işveren para cezasına çarptırılır (İş K. md.63/2; md.104; Yön. md.4/1, 3; 5/1). Bu durumda, taraflar arasında yapılacak anlaşmalarla işçinin bir gün 11 saat, bir gün 10 saat, bir gün 9 saat, 8 saat, 6 saat, hatta teorik olarak bir gün 1 saat gibi hafta içi farklı sürelerle çalıştırılması suretiyle 45 saatlik haftalık iş süresinin doldurulması söz konusu olabilecektir. Taraflar arasındaki bu “yazılı” anlaşma ve işverene verilen yetki, işçi işe başlamadan önce bağtlanan “iş sözleşmesi” ile hükme bağlanabileceği gibi, işçinin işe başlamasından sonra “sözleşmenin yürürlük süresi içinde” de kararlaştırılabilir. İşçinin irade özerkliği içinde yapabileceği böyle bir anlaşmanın “toplu iş sözleşmesi” taraflarınca da “önceden” hükme bağlanmasını engelleyen hiçbir hüküm yoktur. Yeter ki, her iki halde de hafta içinde 11 saati aşmayacak şekilde farklı sürelerle düzenlenen iş süreleri toplamı, haftalık çalışma süresi olan 45 saati aşmasın... Aksi halde, gerek diğer günlere eşit ölçüde bölünmesiyle gerek farklı dağıtılmasıyla bulunan haftalık toplam iş süresinin 45 saati aşması halinde, aşan kısım kanunen “fazla çalışma” sayılacaktır (Yön. md.44)⁸⁸.

- Yoğunlaştırılmış ve Denkleştirilmiş İş Süreleri

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun radikal sayılabilecek değişikliklerinden en önemlisi, hiç kuşkusuz iş sürelerinin ayarlanarak “yoğunlaştırılmış” ve “denkleştirilmiş” iş günleri veya iş haftaları şeklinde düzenlenebilmesidir. Gerçekten, Kanuna göre “genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saat” olmakla birlikte; “tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir” (md.63/2).

Görüldüğü gibi, işçilerin sağlıklarının da korunması amacıyla, Avrupa Birliği'nin değişik 23 Kasım 1993 tarih ve 93/104 sayılı Direktifi'ne uygun olarak, 24 saat içinde işçilere kesintisiz 12 saatlik bir dinlenme olanağı sağlamak şartıyla, ara dinlenmeleri dışında günlük çalışma süresi her bir işçi için en fazla 11 saat olarak kararlaştırılabilecektir. Ancak, haftalık çalışma süresini aşan iş süreleri, haftalık ortalama çalışma süresine (45 saate) tekabül edecek şekilde “iki aylık” süre içinde ya haftalık çalışma sürelerinin (45 saatin) altında iş süreleri uygulayarak ya da haftalık çalışma süresini aşan iş süreleri toplamı kadar işçilere tam gün tatil verilerek veya işyeri tatil edilerek denkleştirilecektir. Böylece, çeşitli nedenlerle işyerlerinde “yoğunlaştırılmış” işgünleri veya haftaları uygulamasına geçilebilecek, iş yoğunluğunun bitimini müteakip ya mutad iş sürelerinin altında çalışmak ya da işyeri tatil edilmek suretiyle “denkleştirilmiş” işgünlerine veya haftalarına geçilebilecektir. Gerçi Kanunda yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş bu iş sürelerinin 2 ay içinde tamamlanması öngörülmüştür. Ancak, işverene tanınan 2 aylık süre toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar arttırılabilecektir. Böylece, yoğunlaştırılmış iş haftalarına karşılık 2 veya 4 aylık süreler içinde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması veya işyerinin tatil edilmesi imkânı getirilmek suretiyle, işverenin fazla çalışma ücreti ödemesi veya fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullandırması da söz konusu olmayacaktır. Üstelik, Kanunda denkleştirme sayısı konusunda bir sınırlama getirilmediğinden, 2 veya 4 aylık dönemlerin bitiminde “tarafların anlaşması” ile her defasında yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş işgünlerinin ve haftalarının tekrarlanabileceğine kuşku yoktur.

Tarafların karşılıklı “yazılı anlaşması” (Yön. md.5/1) ile Kanunda açıkça belirtilen “toplu iş sözleşmeleri” veya iş sözleşmeleriyle işe girmeden önce veya sözleşmenin yürürlük süresi içinde kararlaştırılabilen yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş iş haftaları, “başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenmek” koşuluyla, mutlaka “iki (veya 4) aylık” süre içinde tamamlanmak zorundadır (Yön. md.5/2, 4). İş sağlığı ve güvenliği kaygıları ile “emredici” olarak sınırlandırılan bu sürenin “taraf iradeleri” ile bile uzatılması “geçersiz” sayılır. Zira Kanun, “bu maddede ve Yönetmelikte belirtilen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran” iş-

veren veya işveren vekili hakkında “para cezası” öngörmüştür (md.104/1). Üstelik, iki (veya 4) aylık süreler içinde denkleştirilmeyen iş süreleri artık “fazla çalışma” sayılacağından, %50 artırımlı ücret ödenmesi veya “işçi isterse” fazla çalışma karşılığı %50 artırımlı serbest zaman kullandırılması söz konusu olacaktır. Ekleyelim ki, yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş iş haftalarının “toplu iş sözleşmesiyle” kabul edildiği hallerde, “işyerinin çalışma düzeyine” ilişkin bu hükme sadece “sendika üyeleri” değil, “sendika üyesi olmayan” veya “toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan” işçiler de tabi olacaklardır⁸⁹.

cc- Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

Kanuna göre “haftalık kırk beş saati aşan” çalışmalar “fazla çalışma” (fazla mesai) sayılır (İş K. md.41/1). İşçilerin Cumartesi günleri çalıştırılıp çalıştırılmamalarına göre, haftalık 45 saatlik iş süresinin işgünlerine “eşit ölçüde” dağıtılmasıyla bulunan 7,5 saat ile 9 saat arasında değişen günlük çalışma süreleri toplamının veya “aksinin kararlaştırıldığı” hallerde farklı sürelerle dağıtılan günlük çalışma süreleri toplamının “haftalık 45 saati aşan” çalışmalarını “fazla çalışma” kavramının içine girecektir. Bir başka deyişle, artık belirlenen “günlük çalışma süresinin” üstünde yapılan çalışmalar değil, “haftalık çalışma süresinin” üstünde yapılan çalışmalar “fazla çalışma” sayılacaktır⁹⁰. Bu nedenle,

**Tarafların karşılıklı
“yazılı anlaşması” ile
Kanunda açıkça belirtilen
“toplu iş sözleşmeleri” veya
iş sözleşmeleriyle işe girmeden
önce veya sözleşmenin yürürlük
süresi içinde kararlaştırılabilen
yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş
iş haftaları, “başlangıç ve
bitiş tarihleri işverence belirlenmek”
koşuluyla, mutlaka
“iki (veya 4) aylık” süre içinde
tamamlanmak zorundadır.**

haftalık 45 saatlik iş süresini hafta içinde tamamlayan işçiler, gerek denkleştirilen ve telafi edilen süreler dışında hafta içinde, gerekse hafta sonu tatilinde (Cumartesi, Pazar veya haftanın bir başka tatil günü) yaptıkları fazla çalışmalar nedeniyle fazla çalışma ücretine hak kazanacaklardır⁹¹.

Bununla birlikte, haftalık ve günlük çalışma sürelerinin “azami” sınırlarının belirlendiği kanuna göre, bu sürelerin altında bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile haftalık çalışma süreleri de kararlaştırılabilecektir. Bu durumda sözleşmeler ile belirlenen haftalık çalışma sürelerinin üstündeki 45 saate kadar olan çalışmalar “fazla çalışma” değil, “fazla sürelerle çalışma” sayılacaktır. Örneğin günlük 5 veya 7 saat, haftalık 30-42 saat arası sözleşmelerle belirlenen çalışma sürelerinin üstünde yapılan çalışmalar 45 saate kadar “fazla sürelerle çalışma”, 45 saatin üzerindeki çalışmalar da “fazla çalışma” sayılacaktır (İş K. md.41/3). Böylece Kanun daha önce bilinen “fazla çalışma” kavramının yanına “fazla sürelerle çalışma” kavramını ilave etmiş ve her ikisine de farklı hüküm ve sonuçlar bağlamıştır.

Gerçekten, “fazla çalışma” halinde ücret “%50 yükseltilecek” ödenirken, “fazla sürelerle çalışma” halinde ücret “%25 yükseltilecek” ödenmektedir. Ancak, her iki halde de bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile bu oranların “işçi lehine” artırılacağı; örneğin, “fazla sürelerle çalışma” ücretinin “fazla çalışma” ücreti gibi veya daha yüksek oranlarda da kararlaştırılabileceği açıktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, haftalık çalışma süresinin “toplu iş sözleşmesinde öngörülen süreleri aşması halinde”, bu çalışmaların sözleşmede öngörüldüğü oranlardan ödenmesi gereken “fazla çalışma” olarak kabulü gerektiği sonucuna varmıştır⁹². Bununla birlikte, “fazla sürelerle çalışma” kavramına yer vermeyen 1475 sayılı eski İş Kanunu zamanında verilen bu kararların, 4857 sayılı yeni İş Kanunu döneminde değişmesi beklenebilir. Kanımızca, aksi kararlaştırılmadıkça, haftalık 45 saatin altında tespit edilen çalışma süreleri, 45 saate kadar olan çalışmalar için “fazla süreli çalışma”, 45 saatin üzerindeki çalışmalar için “fazla çalışma” olarak değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, yılda 270 saati geçmeyecek şekilde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapması istenen işçiden “yazılı onayının” alınması

şarttır (İş K. md.41/7, 8). Bireysel veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle “önceden alınması” mümkün olan bu onay, “her yıl başında yazılı olarak” yenilenmek ve “işçinin özlük dosyasında saklanmak” zorundadır (Yön. md. md.5)⁹³. İşçiden “önceden alınan” bu onay, fazla çalışmanın özerk iradesi içinde tasarrufunda bulunan “para olarak ödenmesi” veya “serbest zaman olarak kullanılması” (İş K. md.41/4) yolundaki “işçi isteğini” de içerebilir. Ancak, işçinin bu isteği “işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak” işverence “belirlenen tarihten itibaren işgünleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanılır” (Yön. md.6/2). Öyleyse, işçinin “fazla çalışma” veya “fazla süreli çalışma” karşılığını “serbest zaman olarak” kullanmak isteğinin bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle önceden belirlendiği hallerde dahi,

meven ve fazla çalışma yapmayan işçinin iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir⁹⁶.

Ekleyelim ki, “fazla çalışma” ve “fazla süreli çalışma” konusunda işçiye tanınan “onay” hakkının “objektif iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması” (MK. md.2); işçinin “haklı bir nedeni” olmadan fazla çalışmaya kalmama hakkını kullanmasının “işvereni zarara uğratmaması” gerekir. Aksi halde, işçinin işe girmeden önce veya sonra onay verdiği halde “haklı bir sebebe” dayanmadan “fazla çalışmaya” kalmaması veya fazla çalışma karşılığını onay verdiği halde “serbest zaman” olarak kullanmaması, “işverenin uğradığı zarara” (örneğin işçinin 30 günlük ücretini aşmayan veya aşan zarara) paralel olarak iş sözleşmesinin “geçerli sebeple” tazminatlı veya “haklı sebeple” tazminatsız feshine neden olabilir⁹⁷. Üstelik, işverenin ihtiyacı-

Yılda 270 saati geçmeyecek şekilde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapması istenen işçiden “yazılı onay” alınması şarttır.

Bu onayın bireysel veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle önceden alınması mümkündür.

bu istek “mutlak nitelikte” (emredici) bir hüküm olmayıp, “işin ve işyerinin gereklerine uygun olduğu” müddetçe yerine getirilebilecek bir hükümdür. Yoksa, işin ve üretimin akışını olumsuz etkileyecek bir “serbest zaman isteği”, işverence yerine getirilmeyebilecek, işçi isteği “para olarak ödemeye” dönüşebilecektir.

Görüldüğü gibi, işçinin “onayı” olmadıkça işverenin işçisine fazla çalışma yaptırması mümkün olmadığı gibi, bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle onayı alınmayan “işçinin isteğine aykırı” olarak fazla çalışmayı “serbest zaman” olarak kullanması da mümkün değildir. Buna aykırı olarak fazla çalışma yapmadığı veya fazla çalışmayı serbest zaman olarak kullanmadığı için işten çıkarılan işçi, “geçerli sebeple” işten çıkarılmış sayılmaz ve işveren bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır⁹⁴. Bunun gibi, “1475 sayılı yasa zamanında bir kez alınma ile yeterli görülen fazla çalışmaya muvafakatın, 4857 sayılı yasa ile ilgili Yönetmelik gereği her yıl alınması öngörüldüğünden artık geçerli değildir”⁹⁵. Buna karşılık, “1475 sayılı yasa döneminde alınan fazla çalışma muvafakati gereği 4857 sayılı yasaya göre her yıl alınması gereken onayı ver-

nin olduğu, fazla çalışma yapılmadığı takdirde işverenin zarara uğrayacağı, özellikle bu zararın işçinin 30 günlük ücreti ile ödeyemeyeceği miktarlara ulaşacağı hallerde, işçinin “dürüstlük” ve “objektif iyi niyet” kuralları çerçevesinde “fazla çalışma” yapmak mecburiyeti bulunduğu kuşkusuzdur. Bu gibi hallerde işçinin önceden “onay” verip vermemesinin de hiçbir önemi yoktur. Bu nedenle, yıllık 270 saatlik fazla çalışma sınırları içinde kalmak şartıyla, “işçinin onayını” arayan yasa ve yönetmelik hükümlerinin ilga edilmesi, tarafların fazla çalışma yapma, yapmama ve yaptırma haklarının “haklı sebep” sınırları içinde “dürüstlük” ve “objektif iyi niyet kuralları” içinde değerlendirilerek bir sonuca varılması ülke gerçekleriyle bağdaşan en çıkar yoludur kanısındayız. Aksi halde, her yıl başında yüzlerce ve hatta binlerce işçinin çalıştığı işyerlerinde “fazla çalışma onayı” için kuyruğa girenlerin her birinden ayrı ayrı “onay belgesi” imzalanmasının istenmesi, daha önce onay verdiği halde sonradan onay vermekten vazgeçenler hakkında ne işlem yapılacağına açıkça belirtilmemiş olması, işyerlerini “kaosa” sürüklemese bile, üretim akışını önemli ölçüde aksatmaya devam edeceği muhakkaktır.

*dd- Kısa Çalışma ve Ücretsiz İzinler**- Kısa Çalışma ve Ödeneği*

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun getirdiği önemli yeniliklerden bir diğeri, "kısa çalışmalar" ve kısa çalışmalar sırasında işçiye ödenecek "kısa çalışma ödeneği" konusundadır. Geçtiğimiz genel ekonomik kriz dönemlerinde özellikle sendikalar ile işverenler arasında karşılıklı anlaşmalarla uygulamaya konulan "kısa süreli çalışmalar" ve "ücretsiz izinler", işyerlerinde hem toplu işçi çıkarmaların önüne geçmiş hem de işyerlerinin faaliyetinin devamını sağlamıştır. İşte yeni Kanun bu konuya yasal bir çerçeve çizmekte, bu dönemde işçinin uğradığı gelir kaybını Anayasa'nın "sosyal devlet" ilkesine uygun olarak (md.2) "kısa çalışma ödeneği" ile karşılamaya çalışmaktadır.

Gerçekten, "genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durduran işveren, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Bunun usul ve esasları bir yönetmelikle belirlenir" (md.65/1)⁹⁸.

Görüldüğü gibi, "ekonomik krizin" isabetsiz olarak bütün ülkeyi etkisi altına alan "genel" nitelikte bir kriz olması şart koşulmuştur. Üstelik, "genel ekonomik krizin varlığını işçi ve işveren sendikaları konfederasyonunun iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması" yetmemekte; bu konuda "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının genel krizin varlığını açıklaması" şart koşulmaktadır (Yön. Md.6; Tebliğ No:1, md.3)⁹⁹. Bu nedenle, terör veya savaş gibi dış siyasi nedenlerle "sektör düzeyinde" (örneğin turizm sektöründe) baş gösteren ekonomik krizler, ÇSGB tarafından yapılan "tespit" ile sabit olsa bile, "kısa süreli çalışma" ve "ödeneği" için yeterli olmayacaktır¹⁰⁰. Bunun gibi, işyerinin ekonomik zorluklarından, yönetim biçiminden, nakit darlığından, ödeme gücünden, stok artışından, organizasyon hatalarından veya pazar daralmasından kaynaklanan sebeplerle bir işyerinin krize girmesi "kısa çalışma" yapılmasını haklı gösterecek nedenler değildir (Tebliğ No:1, md.4/2).

Bundan başka, "genel ekonomik kriz" veya "zorlayıcı sebeplerin" (yangın, su baskını, deprem,

Tarafların fazla çalışma yapma, yapmama ve yaptırma haklarının "haklı sebep" sınırları içinde "dürüstlük" ve "objektif iyi niyet kuralları" içinde değerlendirilerek bir sonuca varılması ülke gerçekleriyle bağdaşan en çıkar yoldur kanısındayız.

salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenlerin) işyerinde faaliyeti "tamamen veya kısmen durduracak" veya "haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltacak" nitelikte olması gerekmektedir. Öyle ki, "işyerinde geçici olarak işin kısmen veya tamamen durması" veya "haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılarak uygulanması" en az "dört hafta" sürmelidir. Bunun istisnası "zorlayıcı sebebin devam süresidir". Ancak bu süre dahi "her halde üç ayı aşmamalıdır" (md.65/2; Yön. md.3/4).

- Ücretsiz İzin

Yukarıda açıklandığı gibi, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin ödenmesinin koşulu oldukça katı kurallara bağlanmıştır. Buna karşılık, "genel ekonomik kriz" dışında, sektör düzeyinde veya işverenin istek ve iradesi dışında meydana gelen işletme gerekleri ile sınırlı (satışların durması, stok fazlalığı, işletmenin verimlilik ve rekabet yeteneğinin artırılması gibi) "ekonomik güçlükler", "yapısal nedenler" ve 4 haftadan az süren "zorlayıcı nedenler" çalışma sürelerinin kısaltılmasını veya işçilerin geçici bir süre ücretsiz izne çıkarılmasını gerektirebilir. Özellikle ekonomik güçlükler ve diğer umulmayan haller nedeniyle işverenin geçici bir süre için işçinin edimini kabul edemeyerek temerrüde düştüğü hallerde işveren doğrudan feshi gidemeyeceği için, temerrüdü sona erdirmenin tek yolu tarafların karşılıklı rızasıyla sözleşmenin askıya alınmasıdır¹⁰¹. Bu yönü ile iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ücretsiz izin, tüm askı uygulamalarında olduğu gibi, iş ilişkisinin sürekliliğine hizmet eden ve işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshini önleyen bir araçtır¹⁰².

Bununla birlikte, uygulamada bazı işverenlerin

fesih iradelerini ücretsiz izin adı altında gizlemele-ri, uzun süreli ücretsiz izinlerin işçi açısından sözleşmenin feshinden daha ağır sonuçlar doğurmuştur. Bu nedenle, uygulamada Yargıtay bu gibi hal-lerde işçinin korunmasını sağlayan farklı bir içtihat geliştirmiş; işçinin başlangıçtaki iradesini ve ücret-siz izne dair anlaşmasını geçersiz saymıştır. Ger-çekten, “geçerli bir nedenin” bulunmadığı, işvere-nin temeldeki fesih iradesini ücretsiz izin altında gizlediği, asıl amacın ihbar ve kıdem tazminatların-dan kurtulmak olduğu durumlarda işçilerin ücret-siz izne çıkarılması işverenin fesih iradesi olarak kabul edilmiştir¹⁰³.

Buna karşılık, “işletme gereklerine” dayanan “geçerli bir nedenin” mevcut olduğu durumlarda geçici ifa engeli sebebiyle ücretsiz izin uygulama-sını kabul eden Yargıtay, buna razı olmayan işçi-nin sözleşmeyi kendisinin feshetmesi gerektiğine karar vermiştir. Gerçekten, “havaaların sert gitmesi karşısında inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü ne-deniyse işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarmak istediğini, ortada makul bir sebep olduğu için ücret-siz izne çıkarma işlemine değer verilmesi gerekti-ğine, işverenin gizli fesih iradesinin bulunmadığı-na, bu nedenle ücretsiz izni kabul etmeyen işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmesi gerektiğine” kar-rar verilmiştir¹⁰⁴. Bunun gibi Yargıtay, ücretsiz izin ile ilgili geçici süreler konusunda da olayın niteli-ğine göre altı, sekiz ve on bir ay devam eden üc-retsiz izinler kabul etmiştir¹⁰⁵.

Hukukumuzda işverene tek taraflı olarak iş sözleşmesini askıya almak, böylece işçiyi ücretsiz izne çıkarmak hakkı tanınmamıştır. Böyle bir du-rumda iş sözleşmesinde “esaslı” bir değişiklik ol-duğu kuşkusuzdur¹⁰⁶. Bu nedenle, işverenin böyle

**“İşletme gereklerine” dayanan
“geçerli bir nedenin”
mevcut olduğu durumlarda geçici
ifa engeli sebebiyle ücretsiz izin
uygulamasını kabul eden Yargıtay,
buna razı olmayan işçinin
sözleşmeyi kendisinin feshetmesi
gerektiğine karar vermiştir.**

bir esaslı değişikliği öncelikle işçiye “yazılı” olarak teklif etmesi, işçiden 6 işgünü içinde alacağı ceva-ba göre hareket etmesi gerekir. İşçinin onay ver-medığı ve sözleşmeyi “haklı sebeple” feshetmedi-ği her durumda ise, işverenin “geçerli sebep” bu-luncaya kadar işçiyi çalıştırması gerekir (İş K. md.22).

Buna karşılık, işçinin onay verdiği ücretsiz izin-ler süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağına kuşku yoktur. İşçinin “yazılı” rıza beyanına daya-nan böyle bir anlaşmanın “geçerli” olabilmesi için, ayrıca ücretsiz izin “süresinin” de belirtilmesi zo-runludur. Sözlü veya zımni olarak işçi ve işveren arasında yapılan bir anlaşma geçerli kabul edile-meyeceği gibi, sözleşmenin ana unsuru sayılan belirli bir sürenin belirtilmemiş olması da sözleş-menin geçersizliği sonucunu doğurur. Öyle ki, üc-retsiz izin süresini işverenin takdirine bırakan ve-ya “ekonomik kriz bitinceye kadar” gibi muğlak ifadeler kullanan ücretsiz izin anlaşmaları geçersiz sayılır. Buna karşılık, süresi kesin olarak belirtil-miş bulunan veya gerçekleşme süresi kesin belirli bir olaya bağlanmış ücretsiz izin anlaşmaları ge-çerli sayılır ve iş sözleşmesini askıya alır. Üstelik, süre sonunda işçiyi ücretsiz izine çıkarma sebebi devam ediyorsa, yazılı anlaşma tekrar süre belirtil-mek suretiyle yenilenebilir. Böyle durumlarda iş-çinin muzayaka durumu ve buna dayalı olan gabi-ni (BK. md.21) kabul etmek de söz konusu de-ğildir. Çünkü, işçi ücretsiz izin önerisini kabul et-me- ve iş sözleşmesini “haklı sebeple” feshetmek hakkına sahip olduğu gibi, işverenin “bildirimli feshinden” doğan haklarını da kullanmak imkanı-na sahiptir¹⁰⁷.

Böyle durumlarda, işçinin razı olduğu bir üc-retsiz izin anlaşmasının sonuçları ne olursa olsun işçi için bağlayıcı olacağı kuşkusuzdur. Hatta, ya-pılan ücretsiz izin anlaşması geçerli bir nedene dayanmasa ve uzun süreli bile olsa, hükümlerini doğurmaya devam edecektir. Özellikle başka bir iş bulmanın imkansız olduğu ekonomik kriz dö-nemlerinde işçinin işine geri dönebilmek umuduy-la kısa süreli olarak iş sözleşmesinin askıya alın-masına rıza gösterdiği ve bunda işçinin de çıkarı olduğu muhakkaktır. Buna karşılık, uzun süreli ücretsiz izin anlaşmalarının işçiye işinden olma-pahasına bazı işverenler tarafından dikte edildiği de iyi bilinmektedir. İşte böyle durumlarda, tüm

İşçinin onay verdiği ücretsiz izinler süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağına kuşku yoktur.

hakların kullanılmasında geçerli olan “dürüstlük kuralı” (MK. md.2) devreye girmekte, işverenin ücretsiz izin yoluyla iş sözleşmesini “esaslı surette” değiştirme hakkını kullanırken (İş K. md.22), işçiye zarar verecek şekilde “kötü niyetli” olmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Gerçekten, iş ilişkisini sürdürmeyeceğini anlayan işverenin işçiye bunu açıkça söylemek ve feshin sonuçlarına katlanmak yerine kendi çıkarına uygun olan ücretsiz izin uygulamasını uzatması “kötüniyetli” bir davranıştır. Bu nedenle, Yargıtay’ın ücretsiz izinlere ilişkin yukarıda belirtilen kararlarında da isabetle belirtildiği gibi, ücretsiz izne çıkarıldıktan sonra uzun süre geri çağrılmayan, ancak yeni bir işe girdiği işveren tarafından duyulunca işe davet edilen işçinin durumunda, işverenin gizli fesih iradesi olduğu açıktır. Bu tür kararların önümüzdeki dönemlerde de devam edeceği, ücretsiz izin anlaşma ve uygulamalarının “dürüstlük” kuralı çerçevesinde değerlendirilmeye devam edeceği kuşkusuzdur¹⁰⁸.

Burada sorun, işçinin ücretsiz izin onayının da toplu iş sözleşmeleriyle önceden alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır. Kanımızca, “işletme gereklerine” bağlı olarak belirli bir “süre” ile sınırlı olarak “işçinin irade özerkliği içinde kullandığı” ücretsiz izin uygulamasına geçilmesinin de toplu iş sözleşmeleriyle işverenlere tanınmasında hem işletmenin yaşamını devam ettirmesi hem de işçinin iş ilişkisini sürdürmesi bakımından yarar vardır. Bu nedenle, işverene İş Kanunu’nun 18. ve 29. maddelerinde belirtilen “geçerli sebepler” tahtında “azami sürelerle” sınırlı olarak “dürüstlük kuralları” çerçevesinde kullanılmak üzere “toplu iş sözleşmeleri” ile verilecek “ücretsiz izne çıkarma hakkı”, bütün taraflar için yararlı sonuçlar doğurabilecektir. Burada hemen aklımıza gelebilen ve kıyasen uygulanabilecek hükümler, “kısa çalışma” süreleri ile ilgilidir. Kanunda aranan “genel ekonomik kriz” dışında meydana gelen “sektörel” veya “işletme” düzeyindeki krizlerde, bu hükümler kıyasen uygulanabilir. İşletmenin içinde bulunduğu koşulları iyileştirmeye yönelik olarak en çok 3 aya kadar öngörülebilecek bu tür izin-

ler, sadece işletmelerin değil, uzun veya kısa vadede işçilerin ve sendikanın da yararına sonuçlar doğurabilir. Özellikle kıyasıya rekabetin egemen olduğu küreselleşme çağında, işyerlerinin verilecek bir iş olmadığı halde işçilere bakan bir “hayır kurumu” olmadığı, işletmenin yaşayabilmesi için rakipleriyle “boğuşmak” zorunda olduğu, bu bakımdan tüm tarafların “taşın altına elini sokmak” zamanının geldiği inancındayız.

DİPNOTLAR

- 1 J. PELISSIER/A. SUPLOT/A. JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, Paris, 2003, s. 863 vd.; G. GUERY, Pratique du Droit du Travail, Montchrestien, Paris, 2003, s.39 vd.; G.LYON - CAEN/ J. PELISSIER, Droit du Travail, Paris, 1992, s.714 - 716; GHESTIN, J., Droit du Travail, Paris, 1972, s.98; Ü. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001, s.296-297, dn.14.
- 2 Ü. NARMANLIOĞLU, II, s.297.
- 3 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s.418 ve 478.
- 4 Ü. NARMANLIOĞLU, II, s.296-297.
- 5 PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, s.864; G. GUERY, 40; GHESTIN, J., s.88.
- 6 V. SEVİÇ, Almanak 1997, MESS, İstanbul, 1998, s.348.
- 7 PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, S.865 vd.; G.GUERY, s.42 vd.; GHESTIN, J., s.88.
- 8 ROUASTA, A. - DURAN, P., Précis de Législation Industrielle, Paris, 1947; Ü.NARMANLIOĞLU, II, s.297.
- 9 275 Sayılı Kanununun Gerekeşi, MMTD, S. Sayı: 132, 1; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 18. B., İstanbul, 2005, s.463.
- 10 N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s.462; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 419.
- 11 Anayasada açıkça “özerklik” sözcüğüne yer verilmemiş olmakla birlikte, 53. madde (1961 Anayasasının 47. maddesi) hükmünün bu sonucu doğurduğu hakkında bkz.: D. ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İTÜ Sayı: 1198, İstanbul, 1981, 67; C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1999, s.110; N. ÇELİK, s.407; M. SUR, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara, 1990, s.3 vd.
- 12 Any. Mah. K., 09.12.1976, E. 976/34, K. 976/52-RG, 15.03.1977, 15879; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.420.
- 13 D. ULUCAN, Toplu Görüşme ve Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Kamu-İş, Ankara, 1990, s.64; M. ENGİN, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No:15, İstanbul, 1999, s.134.
- 14 N. ÇELİK, s.463-646; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.421.
- 15 N. ÇELİK, s.465; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.422.
- 16 9. HD., 24.04.2003, 22489/6879, İşveren D., Haziran 2003, s.19 ve Ağustos 2003, s.16; 9.HD., 30.04.2002, 17/6789, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s.78.
- 17 NARMANLIOĞLU, II, s.356; DEMİR, Sendikalar Hukuku, 4. B., İzmir, 1999 s.27 vd.
- 18 N. ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Kamu-İş, Ankara, 1990 s.80.

- 19 NARMANLIOĞLU, II, s.357.
- 20 NARMANLIOĞLU, II, s.357; Ö. EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, BANKSİS Yayınları No:79, İstanbul, 1996, s.63.
- 21 EKMEKÇİ, 65-66.
- 22 EKMEKÇİ, 67.
- 23 Bunun gibi, İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te "50 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" kurulması öngörülen sağlık birimlerinde "en az bir işyeri hemşiresi veya sağlık memuru görevlendirilmesini zorunlu" kılan Yönetmelik hükmü de (Yön. md.7/1) yasal dayanağı olmadığı için geçersizdir. Zira, "sözleşme özgürlüğü" temel bir hak ve özgürlük olduğu için, "işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğu" gibi, "işyeri hemşiresi veya sağlık memuru çalıştırma zorunluluğu" şeklindeki bir sözleşme özgürlüğü "sınırlandırılmasının" da "kanunla" yapılması gerekir (Any. md.13). Ne İş Kanunu'nda ne de başka bir kanunda yasal dayanağı bulunmayan "hemşire" veya "sağlık memuru" çalıştırma zorunluluğu bu nedenle geçersiz sayılmak ve "kanunsuz suç ve ceza olmayacağı" için İş Kanunu'nda öngörülen cezanın da (İş K. md.105/2) uygulanmaması gerekir.
- 24 Krş. F. ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992, s.181; Ö. EKMEKÇİ, s.67.
- 25 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.432.
- 26 Krş. D. ULUCAN, Özerklik, s.153; M. ENGİN, 91.
- 27 Krş. T. ESENER, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, 478; F. SAĞLAM, Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, AÜSBF, Cilt XXIX, Sayı 1-2, Ankara, 1975, s.213. SAĞLAM'a göre, "üyeliliği meşruiyetin tek koşulu saymak, olsa olsa yasa etkisine sahip toplu iş sözleşmesi hükümleri için gereklidir. Aynı gereği borç doğuran hükümler için de şart koşmak bu ülkenin amacını aşar. Çünkü, düzenlemeye muhatap olanın üyelik yoluyla düzenlemeyi meşru kılmayı zorunlu sayılıyorsa, bunun nedeni yapılan düzenlemenin bir hukuk normu niteliğinde olmasıdır. Oysa borç doğuran hükümlerin böyle bir niteliği yoktur".
- 28 K. OĞUZMAN/M. T. ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. B., İstanbul, 1998, s.157; F. EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 6. B., s.396; M. ENGİN, s.91.
- 29 K. OĞUZMAN/M. T. ÖZ, s. 155-156; F. EREN, s.398-399; M. ENGİN, s.92.
- 30 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.421; M. ENGİN, s.92.
- 31 SAĞLAM, s.212; ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, s.70; EKMEKÇİ, s.46 ve 70.
- 32 Yargıtay da işçilere yardım amacıyla kurulan vakfa işçi ücretleri üzerinden hesap edilerek kesintilerin "vakıf hesabına" yatırılmasını öngören hükmü, toplu iş sözleşmesi konusu yapılamayacağından "geçersiz" saymıştır: 9.HD., 23.12.1986, 8382/11656, TÜHİS, Şubat 1987, s.25; 9.HD., 16.04.1985, 867/4109, İş ve Hukuk, Temmuz-Ağustos 1985, s.17.
- 33 K. OĞUZMAN/M. T.ÖZ, s.156.
- 34 Örneklerle ilgili olarak geniş bilgi için bkz.: EKMEKÇİ, s.80 vd.
- 35 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.423-424.
- 36 M. EKONOMİ, Türk Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir, 1994, s.61.
- 37 Krş. ENGİN, s.157.
- 38 S. VARGI, Toplu İş Sözleşmeleri ile Çevrenin Korunması, Türk-İş, Şubat 1994, s.27.
- 39 Krş. EKMEKÇİ, s.76.
- 40 M. EKONOMİ, Esneklik, s.60.
- 41 Krş. M. ENGİN, s.155-156.
- 42 9.HD., 08.12.2003,19608/20354-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.84,dn.129; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.82.
- 43 9.HD., 28.01.1997, 18661/1424, MESS 1997 Almanya, T.CENTELE İncelemesi; N.ÇELİK, s.191; DEMİRCİOĞLU-CENTELE, İş Hukuku, 9. B., İstanbul, 2003, s.101; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2005, s.235; 9.HD., 21.09.2004, 21979/19484, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.60; Krş: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2005, s. 104-105; Aksi görüş: 9. HD., 26.01.2004, 23105/1204 - G. ALPAGUT İncelemesi, Çimento İşv. D., Eylül 2004, s.52; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.85.
- 44 9.HD., 15.11.1971, 17614/22586-ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, s.372.
- 45 Ücretin tek taraflı indirimine karşı korunması hak. bkz.: F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.116.
- 46 9.HD., 20.12.2004, 14805/28304 - ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.600.
- 47 HGK, 03.05.1975, E. 1972/9-76, K. 1974/48, İşv. D., Mart 1976, s.23; HGK, 15.10.1952, 183/119, EKONOMİ, İş Hukuku C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.109; F. DEMİR, İş Güvencesi Hukuku, İzmir, 1999, s.115; Bunun gibi, ücret artışını yeterli görmeyip iş sözleşmesini fesheden işçinin tazminata hak kazanamayacağı hakkında bkz.: 9.HD., 24.09.1996, 8892/17737, İşveren D., Aralık 1996, s.15-16.
- 48 9.HD., 30.12.2003, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.129.
- 49 HGK, 14.03.1996, 31367/5335-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL, İstanbul, 2005, s.190.
- 50 9.HD., 28.01.2003, 12289/845 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.193-194.
- 51 9.HD., 03.07.1996, 3709/15314 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.192.
- 52 Yrg. TD, 28.09.1953, 4650/119 - N. ÇELİK, s.189, dn.78.
- 53 9.HD., 06.06.1983, 3193/5109 - TÜTİS Eylül 1983, s.23; 9.HD., 29.01.1986, 11746/935, YKD, Ekim 1986, s.1485.
- 54 9.HD., 08.09.1987, 6812/7383, Tekstil İşv. D., Aralık 1987, s.17-18.
- 55 9.HD., 07.06.1984, 5509/6255, Tekstil İşv. D., Mart 1986, s.16.
- 56 9.HD., 14.04.2005, 22738/13190-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.597-598.
- 57 9.HD., 03.07.1996, 3709/15314, Tekstil İşv. D., Kasım 1996, s.16-7.
- 58 9.HD., 18.09.1990, 5528/9379, Tekstil İşv. D., Nisan 1991, s.18.
- 59 9.HD., 13.10.2003, 3872/16872, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 166.
- 60 9. HD., 24.01.2001, 1122/6706-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.190, 191193.
- 61 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.62; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.87-88.
- 62 9.HD., 28.12.2004, 4976/29755-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.599-600.
- 63 DEMİRCİOĞLU-CENTELE, 2003, s.105; 9.HD., 21.09.2004, 21979/19484, Toprak İşv. Mart 2005, s.22.

- 64 9.HD., 05.11.1986, 8696/9799, Tekstil İşv. D., Nisan 1987; HGK, 13.01.1988, E. 1987/9-478, K. 1988/7, TÜHİS, Mayıs 1988, s.22; 9.HD., 15.11.1988, 8034/8836, Çimento İşv. D., Ocak 1989, s.29; 9.HD., 19.06.1995, 5219/22082, Tekstil İşv. D., Kasım 1995, Kararlar Eki.
- 65 9.HD., 28.01.1997, 18661/1424, MESS, 1997 Almanığı, T.CENDEL İncelemesi; N. ÇELİK, s.191.
- 66 9.HD., 19.04.2005, 18877/13746-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.597.
- 67 9.HD., 04.04.2005, 9605/11820-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.598, 600.
- 68 9.HD., 27.12.2004, 20848/29320-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.85.
- 69 9.HD., 20.06.1966, 4045/4218-S. SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976 s.118; Aynı yolda 9. HD., 22.03.1982, 1037/2931-TÜTİS Temmuz 1982, s.17; Krş.: N. ÇELİK, s.189, dn. 80; 9. HD., 02.05.2000, 2387/6493-TÜHİS, Kasım 2000 - Şubat 2001, s.68; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.88.
- 70 9.HD., 05.04.1990, 1106/4455, TÜHİS, Mayıs 1990, s.13-14; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.89-91.
- 71 9.HD., 19.10.1976, 6929/19816, M. KUTAL İncelemesi, İHU, 1976, İş K.16, N:4.
- 72 9.HD., 09.11.2000, 11034/16085, TÜHİS, Kasım 2000 - Şubat 2001, s.57.
- 73 9.HD., 07.10.2003, 3161/16343, T. İncelemesi, Tekstil İşv. D. Şubat 2004, s.34.
- 74 9.HD., 08.11.1999, 14476/16882, İşveren D., Kasım 1999, s.18.
- 75 9.HD., 03.05.1973, 26166/14350, İHU, 1975, İş Kanunu 16, (N:2), E. COŞKUN'un İncelemesi.
- 76 9.HD., 13.01.1997, 17046/77-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.191-192; YKD, Haziran 1997, s.923.
- 77 9.HD., 14.09.1995, 7568/25752, İNTES İşv. D., Eylül-Ekim 1995, s.25; N. ÇELİK, s.190.
- 78 9.HD., 21.10.1983, 6227/8480, İHU, İş K. 16, N:6, M. EKONOMİ İncelemesi; N. ÇELİK, s.189, dn.80.
- 79 9.HD., 25.03.1997, 22847/5905, Tekstil İşv. D., Haziran 1997, s.17-18.
- 80 9.HD., 02.11.1998, 13590/15501, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s.78; 9.HD., 16.09.1999, 10998/13244, TÜHİS, Kasım 1999-Şubat 2000, s.73; HGK, 10.11.1999, E.999/9-47, K. 999/924, Tekstil İşv. D., Mart 2000, s.18.
- 81 HGK, 08.03.2000, E.2000/9-55, K. 2000/170, Tekstil İşv. D., Haziran 2000, s.19; Aksi görüş, 9.HD., 17.06.1999, 9663/11148, TÜHİS, Ağustos 1999, s.54.
- 82 9.HD., 11.04.1988, 2824/4094, YKD, Ocak 1989, s.51-53, Ü. NARMANLIOĞLU İncelemesi, İHU, İş Kanunu 16, No: 7; N. ÇELİK, s.183.
- 83 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.60; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.105.
- 84 Geniş bilgi için bkz.: S. TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- 85 İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG. 06.04.2004-25425.
- 86 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.141 Krş. N. ÇELİK, s. 240-241; EKONOMİ, I, s. 278.
- 87 Haftanın üç günü 15'er saat çalıştırılarak 45 saatlik haftalık iş süresinin tamamlanabileceği hakkında aksi görüş için bkz.: DEMİRCİOĞLU-CENDEL, 2003, s.128; TUNÇOMAĞ-CENDEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003, s.144; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.141-142.
- 88 Krş.: 9.HD., 12.07.1973, 36667/25462, İHU, 1975, İş K. md. 35, No: 1-M. EKONOMİ inceleme; Aksi görüşte, 9.HD., 08.09.1975, 20820/41048, İHU, 1976, İş K. md. 35, No: 4, D. ULUCAN inceleme.
- 89 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.154 vd.; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.162-163.
- 90 Aksi yönde bkz.: DEMİRCİOĞLU-CENDEL, 2003, s.131; TUNÇOMAĞ-CENDEL, 2003, s.147.
- 91 9.HD., 31.01.1969, 8815/1102, N.ÇELİK, s.257, dn.5; 9. HD, 09.01.1978, 5/14, YKD, Temmuz 1978, s.1134; 9.HD., 16.01.1990, 8382/148, Tekstil İşv. D., Temmuz 1990, s.16; 9.HD, 01.02.1990, 9833/899, Çimento İşv. D., Mayıs 1990, s.21; 9.HD., 16.09.1996, 15014/16843, GÜNAY, İş Kanunu 2, md.35, s.1647.
- 92 9.HD., 19.09.1991, 11289/12317, Çimento İşv. D., Kasım 1991, s.30; N. AKTAY'ın İncelemesi, Türk Kamu-Sen, Mart 1992, s.26-30; Krş.: N.ÇELİK, s.257; NARMANLIOĞLU, s.491; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 1993, s.121; Aksi ve ilgili görüşler için bkz.: 9.HD., 06.10.1983, 6648/7790, C. TUNCAY İncelemesi, İHU, İş K. md.35 No:8; 9.HD, 13.04.1984, 3415/4248, TÜTİS, Temmuz-Eylül 1984, s.38; 9.HD., 16.12.1986, 10452/11230, Tekstil İşv. D., Temmuz 1987, s.16; 9.HD, 13.07.1990, 8240/8316, Kamu-İş, Temmuz 1990, s.13, 9.HD, 18.09.1990, 5524/9375, Türk Kamu-Sen, Eylül 1990, s.41.
- 93 İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, RG. 06.04.2004-25425; 9.HD., 23.12.2004, 17276/29157 ve 02.03.2005, 27418/6716-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.521, 522.
- 94 Krş. 9.HD., 05.06.1980, 6852/6755, M. EKONOMİ İncelemesi, İHU, İş K. md.17, No:12. Ayrıca, "fazla mesai ücretleri ödenmeyen işçinin yapılacak fazla mesaiye kalma zorunluluğu bulunmadığından", iş sözleşmesinin feshi "geçersiz" sayılmıştır. 9.HD., 10.11.2003, 18858/19033-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 435.
- 95 9.HD., 23.12.2004, 17276/29157-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.81-83. Aynı yönde 9.HD., 02.03.2005, 27418/6716-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.521,522; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.143 vd.
- 96 İzmir 3. İş Mahkemesinin 14.07.2004 g. ve 319/641 s. kararını onayan 9.HD., 29.12.2004, 24975/29833-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s.86; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.146-147.
- 97 Krş. N. ÇELİK, s.259; M. EKONOMİ, I, s.305; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.169.
- 98 Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik, RG. 31.03.2004-25419.
- 99 4857 Sayılı İş Kanununun 65. Maddesine Göre Uygulanacak Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Tebliğ No:1, RG. 26.08.2004-25565 ve Kamu-İş Bülteni, Yıl:7, Sayı: 49, s.13.
- 100 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 158-159. Aksi görüşte: ÇELİK, 18. B., s.307; SÜZEK, 2005, s.621; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2005, 713.
- 101 S. SÜZEK, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara,

1989, s.46-47; N. ÇELİK, Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. T. ESENER'e Armağan, Ankara 2000, 433.

102 M. ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.228.

103 9.HD., 27.04.1998, 5112/7788, İşveren, Haziran 1998, s.15; 9.HD., 06.12.2000, 13338/18384, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.37; 9.HD., 29.12.2003, 22915/22947, İşveren, Ocak 2004, s.18. Ayrıca bkz.: S. SÜZEK, Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 2000, s.81; F. UŞAN, İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları, M. K. OĞUZMAN'a Armağan, İstanbul, 2000, 1213 vd; M. ENGİN, İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzni, LEGAL-İHSİGH, 2004/2, s.536

104 9.HD., 06.12.2000, 13381/18348, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.57.

105 9.HD., 23.06.1994, 8384/10060; 14.03.1989, 12107/2405 ve diğerleri için bkz.: Ö. EYRENCİ, Türk Hukukunda Ücretsiz İzni, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı:5, Bülten 2001, s.42 vd.

106 M. ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul, 2003, s.94 ve 208 vd.

107 Ö. EYRENCİ, Türk Hukukunda Ücretsiz İzni, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı:5, Bülten 2001, s.58.

108 Geniş bilgi için bkz.: M. ALP, s. 230-231; EYRENCİ, Ücretsiz İzni, s.43 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.130 vd.; M. ENGİN İşletme Gereklere, s.107 vd.; K. DOĞAN YENİSEY, Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzni Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul 2002, s.83 vd.; S. SÜZEK, Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 2000, s.81; F. UŞAN, İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları, OĞUZMAN Armağanı, İstanbul, 2000, 1213 vd.

KAYNAKÇA

- AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL, İstanbul 2005.
- ALP M., İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005.
- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- ÇELİK N., İş Hukuku Dersleri, 18. B., İstanbul, 2005.
- ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara, 1990.
- ÇELİK, Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara 2000.
- ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1976, 1984.
- DEMİR F. İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005.
- DEMİR, F. İş Güvencesi Hukuku, İzmir, 1999.
- DEMİR, F. Sendikalar Hukuku, 4. B., İzmir, 1999.
- DEMİRCİOĞLU-CENTEL, İş Hukuku, 9. B., İstanbul, 2003.
- EKMEKÇİ Ö., Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, BANKSİS, İstanbul 1996.
- EKONOMİ M., İş Hukuku C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1984.
- EKONOMİ, Türk Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir, 1994.
- ENGİN M., Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, GS Üniversitesi Yayınları No:15, İstanbul, 1999.

- ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul, 2003.
- ENGİN, İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzni, LEGAL-İHSİGH, 2004/2, s.536.
- EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 6. B., Ankara.
- ESENER T., İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978.
- EYRENCİ Ö., Türk Hukukunda Ücretsiz İzni, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı:5, Bülten 2001.
- EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2005.
- GHESTIN, J., Droit du Travail, Paris, 1972.
- GUERY G, Pratique du Droit du Travail, Montchrestien, Paris, 2003,
- GÜNAY C. İ., İş Kanunu 2, Ankara.
- LYON - CAEN G/PELISSIER J, Droit du Travail, Paris, 1992.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2005.
- NARMANLIOĞLU Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001.
- OĞUZMAN M. K./M. T. ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. B., İstanbul 1998.
- PELISSIER J/SUPIOT A/JEAMMAUD A., Droit du Travail, Dalloz, Paris, 2003, s.
- ROUASTA, A. - DURAN, P., Précis de Législation Industrielle, Paris, 1947.
- SAĞLAM F., Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, AÜSBF, Ankara, 1975.
- SUR M., Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara, 1990.
- SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, Konya, 1993.
- SÜZEK S., Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.
- SÜZEK S., İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989.
- SÜZEK S., Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul, 2000.
- ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
- TAŞKENT S., İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- TUNCAI A. C., Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1999.
- TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003.
- ULUCAN D.; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İTÜ S.1198, İstanbul, 1981.
- ULUCAN D., Toplu Görüşme ve Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Kamu-İş, Ankara, 1990.
- UŞAN F., İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları, M.K. OĞUZMAN Armağanı, İstanbul, 2000.
- VARGI S., Toplu İş Sözleşmeleri ile Çevrenin Korunması, Türk-İş, Şubat 1994.

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

1.Giriş

Öndokuzuncu yüzyıl boyunca çeşitli ülkelerde gelişen iş sözleşmesine ilişkin geleneksel normlar, işçi ve işveren arasında biçimsel eşitlik esasına dayanmakta ve tarafların hiçbir gerekçe göstermeden yalnızca bildirimde bulunarak iş sözleşmesini feshedebileceğini öngörmekteydi. Ancak bu biçimsel eşitliğin taraflar üzerindeki etkileri farklıdır: İş sözleşmesinin işçi tarafından feshi, genellikle işveren açısından uygunsuz bir durum yaratırken; iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi, özellikle işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde, işçi ve ailesi için güvencesizlik ve yoksulluk anlamına gelmektedir. İş sözleşmesinin feshinin sonuçlarının taraflar üzerindeki eşit veya orantılı olmayan etkisi, işçinin feshe karşı korunması gereksinimini doğurmuştur. Feshe karşı korumanın bugün için vardığı son nokta ise, işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işverenin en azından işçiyi keyfi bir şekilde çıkarmadığını göstermeye yetecek bir nedene dayanması gerekliliğidir¹.

İş sözleşmesinin feshine ilişkin uluslararası standartlar oluşturma konusunda kabul edilen ilk belge, UÇÖ'nün 1950 tarihli Kararı'dır. UÇÖ daha sonra 1963'te 119 sayılı Tavsiye Kararı'nı, 1982'de

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi Hakkında 158 sayılı Sözleşme'yi ve 119 sayılı Tavsiye Kararı'nın yerini alan 116 sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir.

158 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 4.1.1995 tarihinde onaylanmıştır.

158 sayılı Sözleşme'nin onaylandığı tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş K.'nun 13. maddesi, işverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanımaktaydı. 13. madde uyarınca işveren, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini, hiçbir gerekçe göstermeden yalnızca bildirim sürelerine uyararak feshetme olanağına sahipti. İş sözleşmesinin usulsüz ve/veya kötüniyetle feshi de feshi geçersiz kılmamakta, yalnızca bildirim (ihbar) ve/veya kötüniyet tazminatlarına yol açmaktaydı.

İşverene mutlak ve sınırsız fesih hakkı tanınması, AY ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkını (m.49), demokratik toplum gereklerine (AY. m.13) ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırladığı² gibi, kanımca ayrıca, işçinin, elverişli bir ortamda çalışma hakkına (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.23/1; BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.7), maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına (AY. m.17/1),

kendini savunma (veya dinlenilme) hakkına ve demokratik toplumların temel ilkelerini oluşturan şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine de aykırılık oluşturur.

Öte yandan o dönemde yürürlükte olan Sen. K. m.31/6 uyarınca, işverenin sendikalı ile sendikasız veya ayrı sendika üyesi işçiler arasında “işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından” veya “işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılmaları veya farklı muameleye tabi tutulmaları” halinde, işveren, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemekle yükümlüydü.

O dönemde yürürlükte olan Sen. K. m.30 çerçevesinde iş güvencesine sahip tek grup, işyeri sendika temsilcileri idi.

İş K. bağlamında iş güvencesi ilk olarak 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş K.'nda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun ve daha sonra 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş K.'nu yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş K. ile hukukumuzda girmiştir.

4773 sayılı Kanun'la Sen. K.'nun 30 ve 31. maddelerinde yapılan değişiklikle bireysel sendika özgürlüğü ve işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi³ konularında önceki düzenlemelerden farklı esaslar öngörülürken, 4857 sayılı İş K. ile belli koşullara sahip işçilere iş güvencesi tanınmıştır.

II. İş Güvencesi Kapsamındaki - İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçiler Ayrımı

4857 sayılı İş K., bazı işçileri iş güvencesi kapsamına alırken bazı işçileri iş güvencesi kapsamı dışında bırakmaktadır.

İş K.'nin 17 ve 18. maddeleri uyarınca, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde⁴ en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçiler iş güvencesi kapsamı içindedirler. İş K.'nin 116. maddesi uyarınca, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki

Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Bas. İş K.) kapsamındaki gazeteciler de iş güvencesi hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanırlar.

Öte yandan otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışmakla beraber, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcıları veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri (İş K. m.18/son f.) veya altı aylık kıdemini doldurmamış (İş K. m.18/1) işçiler; ayrıca belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçiler (İş K. m.11; 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu), İş K. ve Bas. İş K. kapsamı dışındaki işçiler iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadırlar. Böylece, belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçiler bir yana bırakılacak olursa, bu gruptaki işçilerin işverenlerinin sınırsız ve mutlak fesih hakları korunmuş ve AY'nın sözleşme ve özel girişim özgürlüğü (m.48) ile çalışma hakkına (m.49) ile ilişkin hükümleri arasındaki çatışmada, ilkinde üstünlük tanınmıştır.

III. İş Güvencesi Kapsamındaki ve Kapsam Dışındaki İşçilere Sağlanan Koruma

İş K., iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerle kapsamı dışındaki işçiler için farklı derecelerde koruma sağlamaktadır:

1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler

İş K.'nin 18 ve 21. maddeleri, aşağıda ele alınacağı gibi, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin hangi (geçerli) sebeplerle feshedilebileceğini, hangi durumların geçerli sebep sayılmadığını ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenlemektedir.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler, geçersiz feshin yol açan durumlara bağlı olarak, iki gruba ayrılarak incelenmek gerekir:

a. Geçerli Sebepler ve Geçersiz Feshin Sonuçları

18. maddenin 1. fıkrasına göre, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri ancak geçerli bazı sebeplerin varlığı halinde feshedilebilir. Bunlar,

-işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden veya

Olması gereken hukuk açısından, işçiye iş güvencesi tazminatı talep etmeyle işe iadeyi talep arasında seçimlik bir hak tanınmalıydı.

- işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerdir.

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshinin sonuçlarını düzenleyen 21. madde uyarınca ise, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (f.1); Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (f.3); İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (f.5)”.

Görüldüğü gibi, bu madde, işverene geçersiz fesih hallerinde işçiyi işe geri alıp almama konusunda seçim olanağı tanırken; işçiye yalnızca işe iadeyi talep hakkı tanımaktadır⁵. Bu düzenleme, işe iade kurumunun daha güçlü bir koruma rejimi sağladığı varsayımına dayanmaktadır; ancak feshe maruz kalan işçinin eski işine dönmek istememesi de son derece doğaldır⁶. Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından, işçiye iş güvencesi tazminatı talep etmeyle işe iadeyi talep arasında seçimlik bir hak tanınmalıydı⁷.

b. Geçerli Sebep Oluşturmayan Durumlar ve Geçersiz Feshin Sonuçları

18. maddenin 3. fıkrasında, iş güvencesi kapsamı dışındakiler için kötüniyetle fesih olarak nitelendirilebilecek sebepler, iş güvencesi kapsamındaki için geçerli sebep oluşturmayan durumlar olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra göre özellikle,

- sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,

- işyeri sendika temsilciliği yapmak,

- mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,

- ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,

- 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,

- hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık

fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz.

Bu maddede sınırlı bir sayım söz konusu olmadığından, kötüniyet oluşturan benzeri sebepler, bir başka deyişle, örneğin AY veya İş K. ile güvence altına alınmış olan hakların ihlaline yol açan diğer sebepler de kuşkusuz ki fesih için geçerli sebep oluşturmayacaktır.

Öncelikle bir saptamamı ortaya koymalıyım ki sayılan bu sebepler ve benzerleri, aynı zamanda ayrımcılık sebepleridir. Bir başka deyişle kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynıdır. İş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık, İş K. m.5'te de yasaklanmıştır. Bu madde uyarınca, iş ilişkisinin sona ermesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhebe, gebeliğe, tam veya kısmî süreli çalışmaya ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Tıpkı AY'nin 10. maddesinde olduğu gibi, bu maddede de ayırım yasakları sınırlı tutulmamış ve “benzeri sebepler” ifadesiyle ayırım yasaklarına yeni sebeplerin eklenmesine olanak sağlanmıştır⁸. İş K. m.5 uyarınca, işçi iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalırsa, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sen. K.'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır. İş K.'nun 5. maddesinde dü-

Kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynıdır.

zenlenen bu tazminatı, “ayrımcılık tazminatı” olarak adlandırmak doğru olacaktır.

Dolayısıyla kanımca iş ilişkisinin sona ermesi bakımından İş K.'nda aynı sebeplere dayalı fesih konusunda üç ayrı düzenleme mevcuttur. Birincisi, İş K.'nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındaki için öngörülen geçersiz fesih, ikincisi İş K.'nun 17. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayanlar için öngörülen kötüniyetle fesih, üçüncüsü İş K.'nun 5. maddesinde İş K. kapsamındaki bütün işçiler için öngörülen ayrımcılığa dayalı fesihtir. Böylece iş ilişkisinin sona ermesi bakımından hem iş güvencesi kapsamındaki hem İş K. kapsamında olup iş güvencesi kapsamı dışında olanlar için çifte düzenlemeler mevcuttur. Bunlar, iş güvencesi kapsamındaki için İş K. m.5 ve 18; kapsamı dışındakiler için İş K. m.5 ve 17'dir. Bütün bu maddelerde

Öte yandan sendikaya üye olup olmama özgürlüğünü güvenceye bağlayan Sen. K.'nun 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olan 31. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, “*Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ... , İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz (f.6)*”. Dolayısıyla sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilere de seçimlik bir hak tanınmamış, yalnızca işe iade talebiyle dava açma olanağı tanınmıştır.

İş K. m.20/2 uyarınca, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bir baş-

İş ilişkisinin sona ermesi bakımından İş K.'nda aynı sebeplere dayalı fesih konusunda üç ayrı düzenleme mevcuttur.

tazminat miktarları ve ispat yükü farklı düzenlenmiştir. Öte yandan iş ilişkisinin sona ermesinde kötüniyet/ayrımcılık hallerinden biri olan sendikal faaliyet nedeniyle fesih konusunda ise İş K. m.5, 18 ve Sen. K. m.31 sayılabilir. Bu düzenlemelerde ise, tazminat miktarı aynı şekilde öngörülmüş, ancak ispat yükü açısından farklılıklar mevcuttur.

Öte yandan İş K.'nun 21. maddesindeki düzenleme ve öngörülen yaptırım, kötüniyete/ayrımcılığa dayalı geçersiz fesihleri de kapsamaktadır. Bir başka deyişle, kötüniyet/ayrımcılık oluşturan sebeplerle fesihlerde de, işçi yalnızca işe iadeyi talep hakkına sahiptir; kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşverenin ise işçiye işe başlatmak veya tazminat ödemek konusunda seçimlik bir hakkı vardır ve işçiye başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Görüldüğü gibi İş K.'nun 21. maddesinde bütün geçersizlik halleri için aynı yaptırım öngörülmektedir. Kanımca, hem iş güvencesi hem tazminatlar açısından, fesih hakkının kötüye kullanılması/ayrımcılık niteliğinde olan geçersiz fesihlerde, daha ağır yaptırımlar öngörülmeli⁹ ve yukarıda da belirtildiği gibi işçiye seçimlik bir hak tanınmalıydı.

ka deyişle, işveren ileri sürdüğü fesih sebebinin geçerliliğini ispatlayamazsa, feshin kötüniyet oluşturan sebeplere/ayrımcılığa veya sendikal nedenle/ayrımcılığa dayandığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Bu da eleştiriye açık bir düzenlemedir¹⁰. Çünkü kötüniyetin varlığının ispatı işçi açısından çok zordur. Ayrıca bu düzenleme, sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilerle aşağıda ele alınan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler arasında ayrımcılığa yol açmaktadır.

Burada tartışılması gereken husus, iş güvencesi kapsamında olup İş K.'nun sözü (lafzi) itibariyle doğrudan kötüniyet veya sendikal tazminat talep hakkı tanımadığı işçilerin, İş K. m.5 çerçevesinde iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık nedeniyle doğrudan ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyecekleridir. Kanımca, söz konusu işçiler İş K.'nun 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatını talep edebilirler¹¹. Buna bir engel yoktur.

Ayrımcılık tazminatının talep edildiği hallerde, daha hafif bir ispat yüküne yer veren İş K. m.5/7 uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre, işçi, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü ola-

caktır. Bu düzenleme ile İş K. m.20/2'deki düzenleme arasındaki farklılık, iş güvencesi kapsamı içinde olup kötüniyetle feshe/ayırmıcılığa maruz kaldığı için işe iade davası açanlarla, işe geri dönmek istemediği için bu dava yerine ayırmıcılık tazminatı için dava açan işçiler arasında eşitsizlik oluşturmaktadır. Burada daha fazla korunduğu iddia edilen grup, daha az korunan gruba kıyasla mağdur durumdadır.

2. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçiler

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri, İş K. m.17, Den. İş K. m.16, Bas. İş K. m. 5, 6 ve BK. m.340, 341 uyarınca işverence, hiçbir gerekçe gösterilmeksizin öngörülmesi olan bildirim (ihbar) sürelerine uyularak feshedilebilir ancak bu fesih hakkı, iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamaz.

Fesih hakkının kötüye kullanılması, genel bir hüküm olan MK.'nın 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yasaklandığı gibi, İş K. m.17/6 ve Den. İş K. m.16 ile de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. MK. m.2 uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (f.1). Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)". Öte yandan İş K. m.17/4 uyarınca, "18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir". Den. İş K. m.16 uyarınca da, işveren, iş sözleşmesi, fesih hakkı kötüye kullanılarak sona erdirilen gemiadamına,¹² bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorundadır.

4857 sayılı İş K., 1475 sayılı İş K.'ndan farklı olarak kötüniyet oluşturan davranışlara ilişkin örneklere yer vermemiştir. Ancak İş K.'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında örnek olarak sayılan ve iş gü-

Ayrımcılık tazminatının talep edildiği hallerde, daha hafif bir ispat yüküne yer veren İş K. m.5/7 uygulama alanı bulacaktır.

Fesih hakkının kötüye kullanılması, genel bir hüküm olan MK.'nın 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yasaklandığı gibi, İş K. m.17/6 ve Den. İş K. m.16 ile de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır.

vencesi kapsamı içindeki işçiler için geçersiz feshe yol açan sebepler ve benzerleri, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için kötüniyetle fesih/ayırmıcılık sebebi oluştururlar ve iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler, bağlı oldukları mevzuattaki kötüniyetle feshe (İş K. m.17/4; Den. İş K. m.16) veya MK.'nın (m.2) kötüniyete ilişkin hükümlerine dayanarak dava açabilirler¹³.

Ancak yukarıda da belirttiğim gibi, iş ilişkisinin sona ermesi bakımından, İşK kapsamında olup iş güvencesi kapsamında olmayanlar açısından birincisi İş K.'nin 17. maddesinde öngörülen kötüniyet tazminatı, ikincisi İş K.'nin 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatı olmak üzere çifte düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olmayan İş K.'na tabi işçiler, seçimlik bir hakka sahiptirler: Dilerlerse, 17. madde yerine 5. maddeye dayanarak dava açabilirler. Nitekim kıdemi 2-4 hafta arasında olan işçiler, İş K. m.5 uyarınca daha yüksek tazminat alabilecekleri için, İş K. m.5 uyarınca davalarını daha lehte olacak, ayrıca İş K. m.5 uyarınca hafifletilmiş ispat yükünden de yararlanacaklardır. Ancak kıdemi 6-8 hafta arasında olan işçiler İş K. m.17 uyarınca daha yüksek tazminat alacaklar ancak kötüniyetin ispatı açısından sorun yaşayacaklardır¹⁴. Çünkü MK.'daki genel ispat kuralı (m.6) gereğince, feshin kötüniyetli olduğunu ispat yükü işçiye aittir ve yukarıda da belirtildiği gibi, işverenin iyiniyetli olup olmadığının ispatlanması yükü, işçi için büyük bir güçlük arz etmektedir.

Öte yandan Sen. K.'nin 31. maddesine 4773 sayılı Kanun'la eklenmiş olan 7. fıkra uyarınca, "854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20

Kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğu için, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez.

ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, işçiye ödenecek tazminat miktarı işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz". İş K. m.5 uyarınca da Sen. K.'nın 21. maddesi hükümleri saklıdır. Dolayısıyla İş K.'nin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçiler, iş sözleşmeleri sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmişse sendikal tazminat talep edeceklerdir.

Bu madde uyarınca, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükü işverene aittir. İspat yükümlülüğünün işverene yüklenmesi isabetli olmuştur.

Burada tartışılması gereken husus ise, İş K. kapsamı içinde fakat iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal veya kötüniyetle/ayrımcılık nedeniyle feshi halinde, kötüniyet veya sendikal tazminat yanında ayrımcılık tazminatı veya ayrımcılık tazminatı yanında kötüniyet tazminatının talep edip edilemeyeceğidir. Kanımca, her iki tazminatın birlikte talebi olanaklı değildir¹⁵. Çünkü birincisi, her iki tazminatın ayrı ayrı talebi için buna açıkça olanak veren bir yasal düzenlemeye gereksinim vardır. İkincisi, yukarıda da belirttiğim gibi, kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğu için, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez.

IV. Yargıtay'ın Konuyla İlgili Kararları

1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Kötüniyet Tazminatı Talebi

Yargıtay 9.HD., 21.2.2005 T., 2004/14422 E., 2005/5811 K. sayılı kararında, "...işçi iş güvencesi

kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından, kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Somut olayda işveren olan Kızılay Derneği'nin iş güvencesi kapsamında kaldığı ve davacının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21nci maddelerinin uygulanma alanı içinde kaldığı tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde kalan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi yerine kabulü hatalıdır." sonucuna varmıştır.

Bu kararda, iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde talepte bulunmak yerine, İş K. m.17 çerçevesinde kötüniyet tazminatı talep ettiği ve yerel mahkemenin bu talebi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay, iş güvencesi kapsamında kalan işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlanacağı, dolayısıyla kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

2. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Sendikal Tazminat Talebi

Yargıtay 9.HD., 27.12.2004 T., 2004/20181 E., 2004/29411 K. sayılı kararında, işçinin Sen. K. m.31/6 ve iş güvencesi hükümleri (İş K. m.18, 19, 20 ve 21) kapsamında feshin geçersizliği ve işe iade isteğinde bulunabileceği; İş K.'nin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olan davacının bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı; zira iş güvencesi kapsamında kalan işçinin feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmemesi halinde feshin anılan düzenlemeler gereğince geçerli bir hal alacağı, başka bir anlatımla feshin sendikal nedenle yapıldığını ve feshin ge-

Yargıtay, iş güvencesi kapsamında kalan işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlanacağı, dolayısıyla kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

çersizliğine karar verilmesini istemeyen iş güvenesi kapsamındaki işçinin sendikal tazminat isteğinde bulunamayacağı sonucuna varmış ve talebi reddetmemiş olan yerel mahkeme kararını hatalı bulmuştur¹⁶.

Bu kararda sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi de işe iade davası açmak yerine, sendikal tazminat talebiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme bu talebi kabul etmiştir. Yargıtay, İş K.'nın iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olan davacının bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 9.HD., 7.10.2004 T., 2004/21425 E., 2004/22545 K. sayılı kararında ise, görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: "Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, feshin sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak sendikal sebeple fesih yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle HUMK'nun madde 74 aykırı şekilde istekden fazlasına hüküm kurulamaz. Öte yandan Sendikalar Kanunu'nun değişik 31/6. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun 18-21 madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez. Birleştirilen sendikal tazminat davası bu davadaki işe başlatmama talebini artıramayacağından bu dava nedeniyle ayrıca vekalet ücretine hükmedilemez. Bu nedenle yerel mahkeme kararı bozularak ortadan kaldırılmış ve davanın kabulü ile işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine; davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin sekiz aylık ücreti olarak belirlenmesine; davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine karar vermiştir".

Bu kararda ise, yerel mahkeme, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersiz-

Yargıtay, kararında, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye, iş güvencesi hükümleri uygulanacağından, ayrıca sendikal tazminat talep edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

liğine ve işe iadesine karar vermiş ancak karar davalı tarafça temyiz edilmiştir. Yargıtay, davalı tarafın temyiz itirazlarını reddetmiştir.

Öte yandan karardan, davacının dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatını sekiz aylık ücretle sınırlandırdığı, ancak yerel mahkemenin sendikal nedenle yapılmış bir fesih sözkonusu olduğu için, işe başlatmama tazminatını bir yıllık ücret tutarında belirlediği anlaşılmaktadır. Yargıtay, yerel mahkeme kararını, HUMK m.74'e aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamayacağı, fesih sendikal sebeple yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenemeyeceği gerekçesiyle bu noktadan bozmuştur.

Buna ek olarak Yargıtay, kararında, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye, iş güvencesi hükümleri uygulanacağından, ayrıca sendikal tazminat talep edilemeyeceğini de vurgulamaktadır.

Görüldüğü gibi Yargıtay, yukarıda metinlerine yer verilen kararlarında, istikrarlı bir biçimde, iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinde, İş K.'nın 18-21 madde hükümleri uygulanacağından, kötüniyet veya sendikal tazminat talep edilemeyeceğini isabetli olarak tekrarlamaktadır.

V. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda belirtildiği gibi, İş K.'nın sözü, iş güvencesi kapsamında olan fakat eski işyerine dönmek istemeyen işçiye doğrudan iş güvencesi tazminatı, kötüniyet veya sendikal tazminat talep hakkı tanımamaktadır. Bu durum eleştiriye açıktır. Çünkü:

Özellikle kötüniyetle veya sendikal nedenle/ay-

rımcılığa uğrayarak iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin işverenle na hoş bazı olaylar yaşamış olması olasılığı yüksektir ve işçi, haklarına saygı göstermeyen, haklarını hiçe sayan işverenle çalışmayı sürdürmek istemeyebilir.

İş güvencesi kapsamı dışında olanlar hiç olmazsa kötüniet/ayrımcılık veya sendikal tazminat alma olanağına sahipken; daha güçlü biçimde korunmaya çalışılan iş güvencesi kapsamındaki işçilerden eski işyerine dönmek istemeyenlerin hem işlerinden hem işgüvencesi, kötüniet veya sendikal tazminat haklarından yoksun kalmaları adil değildir ve AY'nin eşitlik ilkesine (m.10) aykırıdır.

İş güvencesi kapsamındaki işçiye, kötüniet veya sendikal tazminat talep hakkının tanınmaması, kötünietli işverenin yarattığı hukuka aykırılıktan yarar sağlamasına; kötüniete gözyumulmasına; kötünietli uygulamalara zemin hazırlayabileceği için son derece sakıncalıdır¹⁷.

Dolayısıyla,

- iş güvencesi kapsamındaki işçiye işe iade ile tazminat arasında bir tercih yapma olanağı sağlayacak¹⁸,
- kötüniete/ayrımcılığa dayalı geçersiz fesih hallerinde daha ağır yaptırımlar öngörecektir,
- ispat yükü açısından işçiler arasında mevcut olan eşitsizlikleri kaldıracaktır,
- aynı nedenlere (kötüniet/sendikal nedenler/ayrımcılığa) dayalı fesihlerde eşgüdüm sağlayacak yasal değişikliklere gereksinim vardır.

DİPNOTLAR

- 1 Kadriye Bakırcı (2004a), "Unfair Dismissal in Turkish Employment Law", Employee Responsibilities and Rights Journal, Volume 16 (Issue: 2), June.
- 2 Bkz. Fazıl Sağlam (1987), "Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları", Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları (Eyrenci/Sağlam/Taşkent/Ulucan), İstanbul, s.52.
- 3 İşyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesiyle ilgili Sen. K. m.30'da yapılan değişiklikler aynı bir makalede inceleneceğinden, bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.
- 4 Türkçe dilbilgisi kuralları açısından "işyeri" değil "işveren" işçi çalıştırabileceğinden, "işçi çalıştıran işyerleri" ibaresi yerine "işçi çalıştırılan işyerleri" denmesi daha doğru olurdu.
- 5 Bkz. Ali Güzel (2004), "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, s.106; Polat Soyer (2005), "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı,

- Legal Yayınları, s.64-66; Ünal Narmanlıoğlu (2005), Karar İncelemesi: İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, s.240-251; Şahin Çil (2005), "Sendikal Tazminat", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:6, Nisan-Mayıs-Haziran, s.678.
- 6 Soyer (2005), s.64-66.
- 7 Bkz. Güzel (2004), s.64-66; Soyer (2005), s.64-66; Çil (2005), s.678.
- 8 Bkz. Kadriye Bakırcı (2000), İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayınları, İstanbul, s.34.
- 9 Bu konu ayrı bir makalede incelenecektir.
- 10 Bkz. Nuri Çelik (2005), İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul.
- 11 Kadriye Bakırcı (2004b), Protection of Women Employees Before and After Childbirth (Yayımlanacak).
- 12 Den. İş K.'nda yapılacak değişikliklerde, Kanun'daki cinsiyetçi bu ifade de değiştirilmelidir.
- 13 Fesih hakkının kötüye kullanılması, 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nu değiştirmek üzere hazırlanan 2004 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nda (BKT), İş K.'na paralel bir biçimde yaptırıma bağlanmıştır. BKT'nın 438. maddesi uyarınca, "iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren işçiye fesih süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür."
- 14 Bakırcı (2004b).
- 15 Bakırcı (2004b).
- 16 Bu karara ilişkin bir inceleme için bkz. Çil (2005), s.666-667; Bu konudaki bir iş mahkemesi kararına ilişkin inceleme için bkz. Narmanlıoğlu (2005), s.240-251.
- 17 İsmail Tepecik (2004), "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, s.164; Çil (2005), s.677.
- 18 Güzel (2004), s.106; Soyer (2005), s.64-66; Çil (2005), s.678.

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi-Talebin Geçersizliği

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2005/20647

Karar No : 2006/3670

Tarihi : 15.02.2006

- **Toplu iş sözleşmesi henüz daha imzalanmadan dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi**
- **TİS imzalandıktan sonra yeniden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteminde bulunulmasının gerekmesi**

İlgili Kanun / Madde: 2822 s. TSGLK/9.

Özet

Davacı 17.6.2002 tarihinde taraf sendika üyeliğinden istifa ederek başka bir sendikaya üye olmuş ve 18.6.2002 tarihinde de yürürlükteki

TİS'den yararlanmak için dayanışma aidatı dilekçesi vermiştir. 2822 Sayılı T.S.G.L.K'nun 9. maddesine göre, davacı imza tarihinden önce, diğer bir anlatımla henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan bağitlanmayan, toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteği ile dilekçe verdiğinden, TİS imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için bir dilekçe vermediğinden TİS'den yararlandırılması Dairemizin yerleşmiş kararlarına aykırı düşmektedir. Bu nedenle hükmedilen tüm alacaklar TİS nazara alınmadan hesaplanmalıdır.

Dava

Davacı, ihbar, kötü niyet ve kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma, bayram ile pazar çalışma karşılıklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

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

2- İşyerinde Belediye-İş Sendikası ile 31.12.2002 tarihinde imzalanan 1.1.2002-31.12.2003 yürürlük süreli TİS bulunmaktadır. Davacı 17.6.2002 tarihinde taraf sendika üyeliğinden istifa ederek başka bir sendikaya üye olmuş ve 18.6.2002 tarihinde de yürürlükteki TİS'den yararlanmak için dayanışma aidatı dilekçesi vermiştir. 2822 sayılı T.S.G.L.K'nun 9. maddesine göre, davacı imza tarihinden önce, diğer bir anlatımla henüz toplu iş sözleşmesi

imzalanmadan bağitlanmayan, toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteği ile dilekçe verdiğinden, TİS imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için bir dilekçe vermediğinden TİS'den yararlandırılması Dairemizin yerleşmiş kararlarına aykırı düşmektedir. Bu nedenle hükmedilen tüm alacaklar TİS nazara alınmadan hesaplanmalıdır.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. İnceleyeceğimiz karara konu olayda, 31.12.2002 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış ancak, sözleşmenin yürürlük başlangıcı olarak 1.1.2002 tarihi belirlenmiştir. Davacı işçi, 17.6.2002 tarihinde taraf sendika üyeliğinden istifa ederek bir başka sendikaya üye olmuş ve hemen ertesi gün 18.6.2002 tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunmuştur. Karardan anlaşıldığı üzere, davacı işçi, iş sözleşmesinin feshi üzerine, feshe bağlı haklar ile diğer işçilik haklarının toplu iş sözleşmesindeki hükümler gereğince ödenmesini talep etmiş ve yerel mahkeme istekleri kısmen hüküm altına almıştır. Ancak, Yargıtay, davacının henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunduğunu, toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için dilekçe vermediğini belirtmiş, bu nedenlerle davacının TİS'den yararlandırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Böylece Yargıtay, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın ancak toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra ileriye dönük olarak etkili olacağına ilişkin görüşünün dışında, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemde verilen talep dilekçesinin yeterli olmayıp, imzadan sonra da ayrıca bir dilekçe verilmesi gerektiği yönünde bir görüş ortaya koymuştur.

Belirtelim ki, olayın bir başka özelliği daha bulunmaktadır. Biraz önce de ifade edildiği gibi, davacı işçi 17.6.2002 tarihinde üyesi olduğu taraf sendikadan istifa ederek, bir başka sendikaya üye ol-

muştur. Dolayısıyla, işçi, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunduğu tarihte hâlâ toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üyedir. Bu nedenle kararın bu açıdan da değerlendirilmesi gerekir.

II. Karara konu uyuşmazlıktaki ilk hukuki sorun, sendika üyeliğinden çekilmenin henüz hüküm doğurmadığı dönemde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunulup bulunulamayacağı; ikinci hukuki sorun ise, henüz imzalanmamış bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için talepte bulunulması halinde, bunun yeni dönem için yapılacak toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya yönelik bir başvuru olarak geçerli sayılıp sayılmayacağıdır.

III. 1. Bilindiği gibi, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesine göre, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için, kural olarak, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmak gerekmektedir (m.9/1). Ancak, Kanunda, olumsuz sendika özgürlüğünün korunması amacıyla, taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına olanak sağlayan bir hükme yer verilmiştir¹. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayan, sonradan işyerine girip de üye olmayan veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılan veya çıkarılanlar, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler (m.9/3).

2. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için, talepte bulunan işçinin

öncelikle toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışıyor olması gerekir². Nitekim Yargıtay da, vermiş olduğu bir kararda bu hususu açıklığa kavuşturmuştur. Yargıtay'a göre, yararlanma talebinde bulunduğu toplu iş sözleşmesinin çalıştığı işyerini kapsamaması durumunda, işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir³. Bu koşulun dışında, işçinin toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmaması da gerekmektedir. Zira, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işçinin üyesi olmadığı sendikanın yaptığı toplu iş sözleşmesi hükümlerine tabi olmasını ifade etmektedir⁴. Gerçekten, taraf sendika üyeleri, üyesi oldukları sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesinden ödedikleri üyelik aidatı nedeniyle doğrudan yararlandıkları için, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın üyesi olmayanlar için tanınmıştır. Bu husus, Kanunda da açık-

talebinde bulunmuştur. Bilindiği gibi, Sendikalar Kanunu'na göre, her üye önceden bildirimde bulunmak suretiyle üyelikten çekilme hakkına sahiptir. Ancak, çekilme notere başvurma tarihinden itibaren bir ay sonra hüküm ifade eder (m.25/1)⁶. Kararda, işçinin "17.6.2002 tarihinde taraf sendika üyeliğinden istifa ederek başka bir sendikaya üye" olduğundan söz edilmekte, 17.6.2002 tarihinin, üyelikten çekilme mi, yoksa diğer sendika üyeliği başvurusunda bulunma tarihi mi olduğu açık bir şekilde ortaya konulmamaktadır. Fakat, olayda ayrıca açıklığa kavuşturulma ihtiyacının hissedilmesi nedeniyle, anılan tarihin davacı işçinin hem taraf sendika üyeliğinden çekilme hem de diğer sendikaya üye olma tarihi olduğunu kabul etmek gerekir kanaatindeyiz. Olay bu olasılık çerçevesinde değerlendirildiğinde, işçinin taraf sendika üyeliği 17.7.2002 tarihinde sona ermektedir ki, bu durumda işçi ancak 17.7.2002 tarihinden sonra dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden ya-

Taraf sendika dışında bir başka sendikaya üye olan işçiler de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler.

ça belirtilmiş bulunmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayan, sonradan işyerine girip de üye olmayan veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılan veya çıkarılan işçiler toplu iş sözleşmesinden ancak dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanırlar (m. 9/3).

Belirtelim ki, Kanunda, sadece taraf sendikanın üyesi olmama koşulunun öngörülmesi, başka bir sendikaya üye olanların durumunun düzenlenmesi, başka sendikaya üye olan işçilerin söz konusu haktan yararlanamayacakları anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu anılan düzenlemeyi yaparken, talepte bulunan işçinin taraf sendika üyesi olmaması gereğini açıklığa kavuşturmak istemiştir. Yoksa, işçinin bir başka sendikaya üye olması ya da olmaması üzerinde durmamıştır. Bu nedenle, taraf sendika dışında bir başka sendikaya üye olan işçiler de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler⁵.

İnceleme konusu olayda davacı işçi, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikadan ayrılmış ve hemen ardından da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma

arlanabilme olanağına kavuşacaktır. Dolayısıyla, davacı işçi, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunduğu 18.6.2002 tarihinde hâlâ taraf sendika üyesidir ve dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması mümkün değildir.

Önemle belirtelim ki, taraf sendika üyesi işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamaması, bu dönemde vereceği yararlanmaya ilişkin dilekçenin geçersiz sayılması sonucunu doğurmaz. Gerçekten, Kanunda, taraf sendikaya üye olmayanların toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlı olduğu belirtilmiş, ancak yararlanma talebinde bulunma anında taraf sendikaya üye olmama koşulundan söz edilmemiştir. Dolayısıyla, bize göre, bu tarihte de talepte bulunulabilir, fakat toplu iş sözleşmesinden bu yolla yararlanma ancak taraf sendika üyeliğinin sona ermesinden itibaren hüküm doğurur. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın üyesi iken yapılan bir talebin geçersiz sayılmaması gerekir. Kanunda, üyelik ba-

Yararlanma talebinin şekli konusunda Kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

kımından öngörülen ve yukarıda sözü edilen Sendikalar Kanunu'nun 25. maddesi de bu sonucu destekler niteliktedir.

Yargıtay, kararında, işçinin taraf sendika üyeliğinin hâlâ devam ettiği dönemde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunup bulunmayacağı konusuna hiç değinmemiştir. Gerçekten, Yargıtay, işçinin henüz imzalanmamış toplu iş sözleşmesi için yararlanma dilekçesi verdiğini, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra dayanışma aidatı kesintisi için dilekçe vermediğini, bunun sonucunda işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını belirtmekle yetinmiştir. Yargıtay'ın, kararını bu gerekçeye dayandırmaması, bu dönemde yapılan başvuruyu geçersiz saymadığı şeklinde değerlendirilebilir. Bu yorumun yanında, Yargıtay'ın, artık karara konu olaydaki gibi bir durum olsun ya da olmasın, imza tarihinden önce yapılan tüm başvuruları geçersiz sayma esasını benimsediği, bu nedenle ayrıca bu gerekçeye dayanma ihtiyacı duymadığı da söylenebilir. Karardan Yargıtay'ın bu konudaki görüşünü anlama olanağı bulunmasa da, en azından talebi bu nedenle geçersiz saymamasını görüşümüze uygun ve isabetli buluyoruz.

3. a) Kararda üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, henüz imzalanmamış toplu iş sözleşmesi için yapılan talebin geçerli olup olmadığıdır. Belirtelim ki, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma işçiye tanınmış bir hak olup, bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda işçi tamamen serbesttir⁷. Ancak, işçi bu hakkını kullanmak istiyorsa talepte bulunmak zorundadır⁸. İşçinin, böyle bir talepte bulunmamasına rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması ise mümkün değildir. Bu anlamda, işveren, talepte bulunmayan bir işçinin ücretinden dayanışma aidatı kesip işçiye toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmayacağı gibi⁹, toplu iş sözleşmelerine bu yönde hükümler de konulamaz¹⁰.

Öte yandan, talep olmaksızın ve sendikaya ödenmesi gereken dayanışma aidatını ücretinden kesmeksizin işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması işverenin sendikaya karşı sorumlulu-

ğunu gerektirir. Sendikanın talepte bulunması halinde, işveren sendikanın mahrum kaldığı dayanışma aidatını ödemekle yükümlü olur¹¹.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işçinin talepte bulunması şart olmakla birlikte, yararlanma talebinin şekli konusunda Kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bunun sonucunda, işçi yazılı olarak talepte bulunabileceği gibi, sözlü olarak da talepte bulunabilir¹². Buna karşılık, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, yeni dönem için "dilekçe" verilmemiş olması gerekçesine dayanarak işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmayacağı sonucuna ulaşmıştır¹³. Ayrıca, Yargıtay'a göre, yararlanma talebinde bulunan işçi başvurusunu ispatla yükümlüdür¹⁴. Yargıtay'ın bu kararları göz önünde tutulduğunda işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebini yazılı olarak yapmasında yarar bulunduğu açıktır.

b) Kanunda, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinin kime yöneltileceği konusu ise düzenlenmemiştir. Ancak, öğretide de isabetle belirtildiği üzere, işçi bu talebini işverene ulaştırmak zorundadır¹⁵. Gerçekten, talep üzerine işveren, toplu iş sözleşmesindeki hükümler gereğince işçiye ödeme yapma konusunda bir yükümlülük altına girmektedir. Öte yandan, talep işverene yöneltirse de, dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına ödenmelidir¹⁶. Sendikalar Kanunu'nda 1988 yılında yapılan değişiklikle, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya ödenmesi gereken üyelik aidatı ile dayanışma aidatlarının işverence işçilerin ücretlerinden kesilerek sendikaya gönderilmesi konusunda bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, işveren, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu gereğince sendikaya ödenmesi gerekli dayanışma aidatını, işçilere yapacağı ücret ödemesinden kesmeye ve kestiği aidatın nevini belirterek tutarını ilgili sendikaya vermeye ve kesinti listesini sendikaya göndermeye mecburdur (SK. m. 61/1). Dolayısıyla, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçinin, aidatı doğrudan işverene ödeme yükümü bulunmamaktadır. Bu konudaki yükümlülük işverene aittir ve işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamasını değil, sendikanın ödenmeyen dayanışma aidatlarını işverenden talep hakkını doğurur. Kanuna göre, daya-

nışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işçi sendikasının muvafakati gerekmez (m.9/3). Ayrıca, işverenin rızasının alınması da gerekli değildir. İşçi dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunduğu anda, bu talep doğrudan etki ve sonuçlarını doğurur ve işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerekir.

Olay, bu esaslar açısından değerlendirildiğinde, işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için gerekli koşulları yerine getirdiği görülecektir. İşçi, 18.6.2002 tarihinde yazılı olarak işverene başvurmuş ve dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunmuştur. Bu hususlar göz önünde tutulduğunda işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiği söylenebilir. Ancak olayda yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Gerçi, Yargıtay kararında, işçinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden

çe verdiğinden, TİS imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için bir dilekçe vermediğinden TİS'den yararlandırılması Dairemizin yerleşmiş kararlarına aykırı düşmektedir." demektedir. Dolayısıyla, bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer sorun, talebin ne zaman yapılabileceği konusudur.

4. a) 2822 sayılı Kanun, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi konusunda, sadece, yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağını belirtmiş, fakat bu talebin zamanı konusunda herhangi bir hükme yer vermemiştir (m.9/3). Dolayısıyla bu konuda bir sınırlama bulunmamaktadır ve işçi işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, dilediği tarihte yararlanma talebinde bulunma olanağına sahiptir. İşçi, toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girer girmez dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunabileceği gibi,

Yargıtay kararları göz önünde tutulduğunda işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebini yazılı olarak yapmasında yarar bulunduğu açıktır.

yararlanmak için talepte bulunduğu anda söz edilmektedir. Fakat, kararda belirtilen tarihler göz önünde tutulduğunda, bu ifadenin yanıltıcı olduğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, uyuşmazlık konusu olayda toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi 1.1.2002-31.12.2003 olarak belirlenmiştir. Anayasamıza ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesinin uygulanması mümkün olamayacağına göre (AY m. 53/4; TİSGLK m. 3/4), işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunduğu tarih itibarıyla işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda da, işçinin 18.6.2002 tarihinde verdiği dilekçenin, halen uygulanmakta olan mevcut bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için değil, imzalanacak toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için olduğu sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay da, "davacı imza tarihinden önce, diğer bir anlatımla henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan bağitlanmayan, toplu iş sözleşmesinden dayanışma, aidatı ödeyerek yararlanma isteği ile dilek-

daha sonraki bir tarihte de yararlanma talebinde bulunabilir.

İşyerinde halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmaması halinde ise durumu ikiye ayırmakta yarar bulunmaktadır. Öncelikle, süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için talepte bulunulması mümkün değildir¹⁷. Buna karşılık, işçinin, henüz yürürlüğe konulmamış, daha doğru bir deyişle toplu görüşmeleri devam eden, yeni dönem için yapılacak sözleşmeden ileriye yönelik olarak yararlanma talebinde bulunabileceğini kabul etmek gerekir kanaatindeyiz. Gerçekten, yararlanma talebi, toplu iş sözleşmesinden yararlanma iradesinin ortaya konulmasını ifade etmektedir. Bu iradenin ortaya konulmasının zamanı konusunda, yukarıda da belirtildiği gibi Kanunda sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçi, toplu iş sözleşmesi daha ortaya çıkmadan önce de, "imzalanacak" toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunabilir. Kanunda açık bir düzenleme olmadığı sürece, Anayasa'da düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkından yararlanma olanağını sınırlayan ve hatta inceleme konusu olayda

olduğu gibi ortadan kaldıran bir yorum bize isabetli gelmemektedir.

Belirtelim ki, toplu iş sözleşmesi henüz imzalanmadan önce işçinin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma talebinde bulunabileceği öğretide de kabul edilmektedir¹⁸. Konu üzerinde duran yazarlardan Narmanlıoğlu, toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinden önce de yararlanma talebinde bulunulmasına bir engel olmadığını belirtmektedir¹⁹. Ancak yazar, “kanunla sağlanan bu olanağın bir toplu iş sözleşmesinin mevcudiyetine bağlı olarak kullanılabilceğini, bu nedenle söz konusu sözleşmeden yararlanmanın onun imzalanması yani toplu iş sözleşmesinin hukuki varlık kazanmasından sonra söz konusu olabileceğini” ifade etmektedir. Buna karşılık, Ekmekçi, henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma

nışma aidatı ödemek suretiyle geriye yürür biçimde yararlanamazlar, ancak ileriye dönük olarak yararlanabilirler. ... bozma ilamında açıklanan gerekçeleri nedenlere göre taraf sendika üyesi olmayanların TİS'den dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanabilmeleri TİS'nin yapıldığı günden sonraki dönem için mümkündür.” diyerek, yararlanmanın ortaya bir toplu iş sözleşmesi çıktıktan sonra mümkün olabileceğini belirtmişti²².

Hukuk Genel Kurulu, bu görüşünü konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir başka kararında da sürdürmüştür. Hukuk Genel Kurulu'nun kararına göre, “Yasada ve toplu iş sözleşmesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmada "Toplu iş sözleşmesinden" söz edilmiştir. Bu deyimler bir toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkmış olmasını gösteren ve açıklayan deyimlerdir... Davacı, ancak toplu iş sözleşmesinin hukuken ortaya çıktığı

İşçi, toplu iş sözleşmesi daha ortaya çıkmadan önce de, “imzalanacak” toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunabilir.

talebinde bulunan işçinin, toplu iş sözleşmesinin imzalanması ve yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi halinde, talepte bulunduğu tarihten itibaren sözleşmeden yararlanabileceğini kabul etmektedir ki²⁰, böylece yazar, henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce işçinin talepte bulunabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Öğretide Tuncay da, “sözleşmenin imzalanmasından önce yapılmış dayanışma aidatı talebinin geçersiz sayılması da gerekme-yip imza tarihi itibarıyla yapılmış sayılacağına kabulü”nün doğru olacağını belirtmektedir²¹.

Yargıtay, önceki kararlarında, işçilerin toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce yaptıkları yararlanma taleplerini geçerli saymakta, ancak yararlanmanın toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra mümkün olabileceğini kabul etmekteydi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda, “Olayda davacının TİS'nin yapılmasından önce ... başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. ... taraf sendika üyesi olmayanların TİS'den dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanabilmeleri TİS'nin yapıldığı tarihten sonraki dönem için mümkündür. TİS'nin geriye yürütülmesi halinde dahi durum değişmez. Başka bir anlatımla geriye yürütülen bir TİS'den taraf sendika üyesi olmayan işçiler, daya-

19.10.1984 tarihinden itibaren bu sözleşmedeki haklardan yararlanır.”²³.

Görüldüğü gibi, Yargıtay bu kararlarında, işçilerin ancak imza tarihinden sonrası için toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini kabul ederken, dolaylı olarak, imza tarihinden önce yapılan talepleri geçerli saymıştır. Fakat incelediğimiz kararda, dayanışma aidatı bakımından işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkını daha da daraltıcı bir yorum yapmıştır. Bizce bu yorumu isabetli bulma olanağı bulunmamaktadır.

b) Yargıtay, kararında, işçinin toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra yeni bir dilekçe vermesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay'ın bu gerekçesi, işçinin yararlanma talebinde bulunduğu tarih itibarıyla işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi bulunsaydı isabetli olurdu. Zira, toplu iş sözleşmesi sistemimizde sendikaya üye olmayanların kendiliğinden toplu iş sözleşmesinden yararlanması esası benimsenmemiştir. Bu konuda, yukarıda da üzerinde durulduğu gibi işçinin talebi olması gerekir. Bu talebin geçerlilik süresi ise ancak ilgili dönemle sınırlıdır. Yani, işçinin talebine ilişkin toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte talebin etkisi de ortadan kalkar. İşyerin-

de yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanması halinde, işçinin yeni toplu iş sözleşmesi için tekrar talepte bulunması gerekir²⁴. Yargıtay da bu esası kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için, her bir toplu iş sözleşmesi için ayrı bir dilekçe ile işverene başvuruda bulunmak gerekir²⁵. Olayda ise, işçinin yararlanma talebinde bulunduğu tarihte işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işçinin 17.6.2002 tarihli dilekçesi zaten yeni dönemde yürürlüğe konulacak toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkindir. Bu nedenle, bize göre, işçinin yeni bir dilekçe verme yükümünden söz etmek mümkün değildir.

IV. Sonuç olarak, Yargıtay'ın, işçinin henüz imzalanmamış toplu iş sözleşmesi için dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebini geçersiz sayması, imza tarihinden sonra yeni bir talepte bulunması gerekçesine dayanarak işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırmamasına ilişkin kararına katılmamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Dayanışma aidatı ve sendika özgürlüğünün ilişkisi için bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2005, 549-550; Narmanlıoğlu, Ünal: Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma - Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 179-182; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 138-140.
- 2 Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. Bası, İstanbul 1987, 73; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 199; Tuncay, A. Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, 176; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, 382.
- 3 Y.9.HD., 31.5.1985, 5222/6052, Yasa, Temmuz, 1984, 1004.
- 4 Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 189.
- 5 Reisoğlu, Seza: 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 145; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 199.
- 6 İşçinin sendika üyeliğinden çekilmesi konusunda bkz. Çelik, 423 vd.; Şahlanan, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, 192 vd.; Narmanlıoğlu, Toplu İş Hukuku, 188; Tuncay, 77-78; Caniklioğlu, Nurşen: İşçi Sendikası Üyeliğinden Çekilme, Kamu-İş, Ocak 1998, 79-96.
- 7 Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 191; Şahlanan, 144; Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 154.
- 8 Oğuzman, 74; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 418; aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesinin İmzasından Önce Dayanışma Aidatı Ödeyerek Sözleşmeden Yararlanma Talebinde Bulunan İşçinin İmza Tarihinden İtibaren Yararlanabilmesi, İHU, TSGLK. 9 (No.1); Şahlanan, 143; Tunçomağ/Centel, 383; Canbolat, Talat: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Yargıç Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, 175.
- 9 Şahlanan, 144; Canbolat, 175; Y.9.HD., 17.3.1997, E. 1997/4335, K. 1997/5219, Tekstil İşveren D, Temmuz 1997, 15.
- 10 Tunçomağ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 420; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 206; Şahlanan, 143-144; Ekmekçi, 154; Canbolat, 175.
- 11 Oğuzman, 77.
- 12 Reisoğlu, 145, Oğuzman, 74; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 207-208; Taşkent, Savaş: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 196; Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 154; Canbolat, 176; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, 488.
- 13 Y.9.HD., 16.9.1998, E. 12008, K. 13080, karar ve haklı eleştirisi için bkz. Taşkent, 1998 Yılı Değerlendirme Semineri, 196.
- 14 Y.9.HD., 17.03.1997, 4335/5219, Akyiğit, 488.
- 15 Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 208-211; Aktay, Nizamettin: Türk İş Hukukunda Dayanışma Aidatı Müessesesi, TÜHİS, S.1, Ağustos 1998, 6; Tuncay, 177; Ekmekçi, 154-155; Canbolat, 176; Akyiğit, 487-488.
- 16 Oğuzman, 76.
- 17 Oğuzman, 76; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 423; aynı yazar, Dayanışma Aidatı, 206.
- 18 Tunçomağ/Centel, 383-384; Canbolat, 181.
- 19 Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 425.
- 20 Ekmekçi, 160 vd.
- 21 Tuncay, 177.
- 22 Y.HGK, 1.6.1983, E. 1981/9-315, K. 1983/609, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr, bu karar için ayrıca bkz. TÜBA, İİÇB, 458.
- 23 YHGK, 23.5.1986, E. 1985/9-459, K. 1985/571, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr
- 24 Oğuzman, 76; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 206-207; Şahlanan, 144; Taşkent, 196; Tuncay, 177.
- 25 Y.9.HD., 16.9.1998, E. 12008, K. 13080, karar ve haklı eleştirisi için bkz. Taşkent, 1998 Yılı Değerlendirme Semineri, 196. Belirtelim ki, yazar, yeni dönem için yeni bir talebin olması gerektiğini kabul etmekte, ancak talebin açık ya da zımni olabileceğini, talebin yazılı olmasının gerekmemesi karşısında, işçinin "dilekçe" vermemiş olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamasının uygun görülemeyeceğini isabetli olarak belirtmektedir, aynı yer.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücûunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu

1.GİRİŞ

Ülkemizde son on yılda 831.248 işçi iş kazası geçirmiş olup, bu işçilerden 10.084'ü iş kazası sonucu hayatını kaybetmiştir. Bu verilere göre yıllık ortalama 83.000 işçi iş kazası geçirmekte ve bu iş kazalarında 1000 işçi yaşamını yitirmektedir. Metalden eşya imalatı, inşaat, dokuma sanayi, kömür madenciliği ve nakil araçları imalatı en yoğun biçimde iş kazası meydana gelen beş riskli faaliyet grubu olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Bu tablo hiç iç açıcı değildir. Ancak bu durumu düzeltmenin yolu, işvereni neredeyse kusursuz sorumlu sayacak düzenlemeler olmamalıdır. İşsizlik ve kayıt dışılık sorunları olan bir ekonomide, istihdam yaratmış ve sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getiren işvereni pişman edecek uygulamalardan kaçınmak gerekir.

İş kazaları ve meslek hastalıklarından işvereni sorumlu tutma uygulaması, sosyal sigortaların henüz kurulmadığı bir döneme aittir. Bu risklerle karşılaşan işçinin uğradığı zararların işverence tazmin edilmesi anlayışı, bugün az gelişmiş ülkelerde, sosyal sigorta yerine, hâlâ uygulanan eski bir düşüncedir. Bu konuda zamanla kusur sorumluluğundan

"kusursuz sorumluluk"a doğru bir gelişim de olmuştur.

İş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası için, prime esas kazancın tehlike sınıfına göre % 1,5 ila % 7'si kadar öngörülen tüm prim işverenden alınır. İşverenlerden prim alınmasının gerekçesi, sigortalının karşılaştığı bu risklerden doğrudan işverenlerin sorumlu görülmesi; ayrıca, sosyal güvenliğin, yani yarın endişesinden kurtulmanın emeğin verimliliğini artırması ve bundan işverenlerin kârlı çıkmalarıdır. Öte yandan üretim araçlarını amorti etmek, bunların bakımını sağlamak işverenin sorumluluğu olduğuna göre, üretimdeki emek yani insan unsuru için de aynı şeyi söylemek mümkündür.

Ancak, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası bakımından tüm primler işverenden alındığına göre, işverenin bu risklerden doğan sorumluluğunu, kısmen de olsa sosyal sigortalara devretmiş olması gerekmez mi? Ne var ki, durum böyle değildir. Sosyal sigortalara, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu zarara uğrayan sigortalı ve ölümü halinde sigortalının hak sahipleri için yapılan tüm gider ve ödemeleri, sigortalının zarara uğramasına sebep olanlardan geri isteyebilme hakkı tanınmıştır. Sosyal sigortaların Kanundan kaynaklanan bu

İş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası bakımından tüm primler işverenden alındığına göre, işverenin bu risklerden doğan sorumluluğunu, kısmen de olsa sosyal sigortalara devretmiş olması gerekmez mi?

hakkına uygulamada “rücu”, bu yolda işveren aleyhine açılan davalara da “rücu davası” denilmektedir².

Ödettirme hakkı, ilk olarak iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalı için yapılan giderlerin yanı sıra sigortalının kendisine veya ölümü halinde hak sahiplerine yapılacak olan yardımlar sonucunda Kurum’un malvarlığında oluşacak azalmanın telafi edilmesi gerekçesine dayanmaktadır. Ancak en önemli gerekçe, işverenlerde işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri konusunda caydırıcılığı egemen kılmak suretiyle, gerekli önlemlerin alınmasını teşvik etmektir. Fakat, sorumlulukta ölçünün kaçtığı, bitmez tükenmez rücu davalarıyla işverenin istihdam sağladığına pişman edildiği de bir gerçektir.

İşveren, aksatmadan primlerini ödese bile, sosyal sigortalar, işyerinde ve hatta işyeri dışında meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle yaptığı masrafları, işverenlerin kastını veya ihmali ile sürerek davalar açmak suretiyle geri alabilmektedir. Üstelik iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortalılarınca, sosyal sigortanın diğer dallarından farklı olarak yardıma hak kazanabilmek için belirli bir süre prim ödemek ya da belirli bir süre sigortalı olmak gibi şartlar öngörülmemiş, yalnızca sosyal sigorta ilişkisinin kurulmuş olması yeterli kabul edilmiştir.

Uygulamada sosyal sigortalılarınca açılan rücu davaları genellikle işveren aleyhine sonuçlanmaktadır. Öte yandan, sigortalı da, işverene ayrıca dava açmakta ve uğradığı zararın sosyal sigortalılarınca tam olarak karşılanmadığını ileri sürerek işverenden büyük miktarlarda tazminat alabilmektedir. Böylece, işveren iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeyerek sorumluluğu sosyal sigortalara devrettiği, bir anlamda riski sigortalattığı halde, Kuruma ve sigortalıya yüksek miktarlarda ödeme yapmak zorunda

kalmaktadır. Kimi zaman rücu tazminatları özellikle ekonomik gücü zayıf olan işverenlerin iflasına, ekonomik geleceklerinin bütünüyle sona ermesine yol açabilmektedir. Tüm işverenleri mali durumu iyi, büyük işveren olarak değerlendirmemek gerekir. Sahibi olduğu küçük bir arsaya ev yaptırırken, müteahhitlere soyulmaktan korkup işverenliğe soyunan bir hanımın, vuku bulan iş kazası sebebiyle uğradığı ve hayatını karartan rücu felaketi şahit olduğumuz bir örnektir.

Sosyal sigortaların temel işlevi iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek değildir. İş kazalarının ve meslek hastalıklarının azaltılması amacına yönelik olarak işverenin rücu tazminatlarından sorumlu tutulmasında, kusur şartının yeniden gözden geçirilmesi, kantarın topuzunun kaçırılmaması gerekir. Zira, işverenin bu konudaki sorumluluğunu ağırlaştırıcı geçmişteki yasal değişiklikler, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını azaltmadığı gibi, gerek yargı organlarını gerekse iş dünyasını büyük bir yük ve sıkıntı içine sokmuştur.

II. HUKUKİ DURUM

Sosyal Sigortalar Kurumu’nun rücu hakkı ilk kez 1945’te 4772 sayılı İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunu’nun 37. maddesi ile düzenlenmiş, daha sonra 1950’de 5564 ve 1957’de 6917 sayılı Kanunlarla değiştirilerek, nihayet 506 sayılı Kanunun 26. maddesindeki şeklini almıştır. 4772 sayılı Kanun’daki 37. maddenin metni şöyledir: “*Kaza, işveren veya vekilinin kastı veya suç sayılır hareketi yabut sigortalının işyerine ait işler dışında çalıştırılması yüzünden olmuş ise İşçi Sigortalı idaresinin bu kanun gereğince sigortalıya veya hak sahibi kimselere yardım ve ödeneklerinden dolayı yaptığı her türlü giderleri ödemek işverene veya vekiline düşer.*”

Bu maddenin Hükümet tasarısındaki gerekçesinde “Sigortalıların kusurlarından mütevellit bazı kazalarda olduğu gibi işveren veya işveren vekilinin suç ve kasıt derecesini bulmayan kısmı halinde de mesuliyetin sigorta tarafından tekafül edilmesi adilane görülmüştür” denilmektedir. Meclis’teki tartışmalar sırasında Balıkesir Milletvekili A. Aydın Bolak “...suç sayılan eylem tâbirinden maksat umumi hukuk içinde suç sayılan eylem mi, yoksa çalışma mevzuatına göre suç sayılan eylem mi?” diye sormuş, Komisyon: “Umumi mahiyette

olan suç eylemi” diye cevap vermiştir. Gerçekten maddenin hazırlanış ve irdelenişi sırasında prim ödeyen işverenin meydana gelen bir kaza veya meslek hastalığından sorumlu tutulabilmesinin ancak kastı ve suç sayılan bir eylemi sonucunda meydana gelmiş olmasının arandığı, ufak bir dikkatsizlik veya kabili ispat olmayan bazı imkânsızlıklar içerisinde doğabilecek zarar ve ziyanların işverene yüklemiş olmanın, işverenlerin iş kabiliyetlerini azaltmak ve yapabilecekleri gelişmeleri önleyici mahiyette olacağı düşünülmüştür.

Halen yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/I. maddesinde Kurum'un rücu hakkı şu şekilde yer almaktadır: *“İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılır bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ilerde yapılması gerekli bulunan her*

dadır: 506 sayılı Kanununun 26. maddesine karşılık gelen yeni Kanunun 21. maddesinde, işverenin Kurum karşısındaki rücu sorumluluğu, yasa gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin ödenmeye başlandıkları tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı ile sınırlanmıştır. Halen mevcut uygulamada sigortalı ya da hak sahiplerine gelir bağlanıp bu gelirin peşin değeri Kurumca tazminat sorumlusu işverenden alındıktan sonra, zaman içinde enflasyon nedeniyle ortaya çıkan gelir artışlarının tekrar tazminat sorumlusu işverene ödettilmesi ve 10 yıllık zamanaşımı süresinin her artışın onay tarihinden işlemeye başlayacağı şeklinde 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına³ dayanan uygulama ise hakkaniyete aykırıdır. Çünkü, Kurum irat olarak ödediği gelirlerin peşin sermaye değerini topluca tazminat sorumlusu işverenden tahsil edince bu parayı fonlarında değerlendirir⁴.

Sosyal sigortalının temel işlevi iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek değildir.

türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değeri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere işverene ödettilir.” Bu hükme 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı Kanun'la *“İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”* ibaresi eklenmiştir.

Rücu sorumluluğu konusu, 2007 yılbaşında yürürlüğe girecek olan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21/I. maddesinde ise, *“İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kasti veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”* şeklinde bir düzenleme vardır.

İki metin arasındaki en önemli fark şu nokta-

Yeni düzenlemede, işverenin sorumlu olacağı kusur derecesinde bir hafifletme yoktur. Yeni Kanundaki metinde iş kazası veya meslek hastalığının işverenin “suç sayılır hareketi” sonucu olması ibaresi yer almamaktadır. Ancak, işveren kesiminin beklentisi, aranan kusur derecesinin belirlenmesi, hafif kusurlardan bile rücu davalarına muhatap olunmamasıdır. Yeni Kanun bu beklentiyi karşılamamakta, ihtiyaca cevap vermemektedir.

Kurum'un işverene ödettilme hakkı Yargıtay kararlarına göre kendine özgü “kanuni halefiyet” ilkesine dayanır. Kanuni halefiyet, başkasına ait bir borcu ödeyen kimsenin bir yasa hükmüne dayanarak alacaklının yerine geçmesi şeklinde tanımlanabilir. Borcu ödeyen taraf, ödediği borç oranında alacaklının yerine geçmektedir. Kurum, işverene karşı kanuni halefiyet ilkesine dayanarak ödettilme (rücu) davası açmaktadır. Kurum'un rücu hakkı 506 sayılı Yasa'nın 26/I maddesine dayanmakta olup kendine özgü nitelik göstermektedir⁵. Kurum'un ödettilme hakkı, sigortalının veya hak sahibinin iş kazasına ya da meslek hastalığına sebep olan sorumlulardan isteyebileceği miktarlarla (dış tavanla) sınırlıdır.

506 sayılı Kanun'un 26/I maddesinin öngördü-

ğü sorumluluk halleri, “işverenin kastı”, “işverenin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi”, “işverenin suç sayılır bir hareketi” olarak sayılmıştır. İş kazası veya meslek hastalığının, işverenin belirtilen davranışlarından sadece birisinin sonucu olarak ortaya çıkmış olması işverenin sorumluluğu için yeterli olmaktadır.

İşverenin rücu sorumluluğu kusur esasına dayandırılmış ve işveren kusurunun her derecesinden sorumlu tutulmuştur. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında hafif ihmalden dahi sorumludur. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında işverenin uyması gereken yükümlülükler çok geniş düzenlenmiştir. İşverenin Kuruma karşı rücu sorumluluğu da bu çerçevede değerlendirildiğinde, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına işçinin uymadığı durumlarda dahi, eğitim ve denetim yükümlülüğünden hareketle işverenin sorumluluğuna gidilmekte ve işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğu kusursuz sorumluluğa yaklaşmaktadır⁶.

Uygulamada Kurum’un işverene karşı açtığı rücu davalarının hemen hepsi işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi kapsamında görülmektedir. İş sağlığı ve iş güvenliği konusundaki mevzuatın çok kapsamlı ve karmaşık olması, oluşan iş kazaları veya meslek hastalıklarının büyük bölümünde işverenlerin kusurlu sayılmalarına, sonuç olarak da rücu tazminatından sorumlu tutulmalarına neden olmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 77/I maddesine göre; “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçilerde iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” Aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 78. maddesi uyarınca, Sağlık Bakanlığı’nın görüşünü alarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda yönetmelikler çıkarılmıştır.

Kurum’un işverene ödettirme hakkı Yargıtay kararlarına göre kendine özgü “kanuni halefiyet” ilkesine dayanır.

İşverenin rücu sorumluluğu kusur esasına dayandırılmış ve işveren kusurunun her derecesinden sorumlu tutulmuştur.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda her bir yönetmelik hükmü, yürürlük tarihinden başlanarak işvereni sigortalıyı ve Kurum’u bağlayacaktır. İşverenin yönetmelik hükümlerinden herhangi birine aykırı hareketi sonucu meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından dolayı hiçbir ayırım gözetilmeden sorumlu tutulduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Yargıtay, sorumluluğun kapsamını daha da genişletmektedir. Örneğin, “Genel olarak işveren, işçilerin, iş güvenliği ortamında çalışmalarını sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren salt mevzuatta öngörülen önlemleri değil kutsallaştırılması gereken insan yaşamına saygı çevresinde günümüz bilim ve teknolojinin öngördüğü önlemleri almakla dahi yükümlüdür. Her halde çalışan kimsenin iş güvenliği, işçinin kendi dikkatine bırakılamaz..”⁷ şeklindeki kararlar işvereni zor durumda bırakmaktadır. Bu tutum 4958 sayılı Kanunla getirilen kaçınılmazlık ilkesinin çerçevesini de oldukça sınırlamaktadır.

Kaçınılmazlık ilkesi, yeni yasaya da taşınmıştır. Alınan tüm önlemlere rağmen zararın doğmuş bulunması “kaçınılmazlık” olarak ifade edilmektedir⁸. Mesela, doğal afetler sonucu oluşacak iş kazaları bu kapsama girer. Bu ilke, uygulamada Yargıtay kararlarında zaten dikkate alınmaktaydı. Kaçınılmaz bir nedenden kaynaklanan iş kazası ya da meslek hastalığından ötürü işverenin sorumlu tutulmaması için, mevzuat gereği alınması gerekli tüm önlemleri almış olması gerekir. İşveren alınması gerekli bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez. Gerçekten, iş kazasına ya da meslek hastalığına neden olan olayların büyük bir bölümü, işverenin alacağı önlemlerle, kısmen de olsa bertaraf edilebilir, kaçınılmazlık durumu ortadan kaldırılabilir. Kaçınılmazlık ilkesi sadece işveren ile işçi açısından geçerli olup, üçüncü kişiler ile sigortalının hak sahipleri açısından uygulanamaz. Kaçınılmazlık ilkesinin sigortalı açısından uygulaması ise, 506 sayılı Kanun’un 111. maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir⁹.

III. ANAYASA MAHKEMESİ NE DİYOR?

1972'de Zonguldak Üçüncü İş Mahkemesi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2 ve 12. maddelerine aykırılığı iddiasını ciddi bularak, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne götürmüş, Anayasa Mahkemesi 23.05.1972 tarihli ve E. 1972/2, K. 1972/28 sayılı kararıyla, oybirliğiyle Anayasaya aykırılık görmemiştir¹⁰.

1976'da Eskişehir İş Mahkemesi Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, 18.03.1976 tarihli ve E. 1975/198, K.1976/18 sayılı karar ile iptal talebi oy çokluğuyla reddedilmiştir¹¹.

1991'de Balıkesir İş Mahkemesi Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptal talebinde bulunmuş, Yüksek Mahkeme 02.05.1991 tarihli ve E. 1990/28, K.1991/11 sayılı kararıyla, (bir üyenin karşı oyuyla), iptal talebini, oy çokluğuyla reddetmiştir¹². Konuyu aydınlatacak bu karardan bazı alıntılara yer veriyoruz. İtiraz yoluna başvuran yerel mahkemenin kararının gerekçe bölümünde şöyle denmektedir:

"İş kazası ve meslek hastalığı primini münhasıran işveren ödemekte ve böylece bu konudaki mesuliyetini sigorta kurumuna devretmiş bulunmaktadır. Esasen sosyal sigortalar haksız fiil mesuliyetini aşan ve sigortalının menfaatlerini garanti altında bulandıran bir rejim olduğuna göre ayrıca haksız fiil mesuliyet sistemine yer vermek doğru olmaz. Eğer sigortalının sağladığı menfaat sigortalının gerçek zararını karşılamıyorsa, bunun sorumlusu olarak da işvereni görmek doğru olmaz. Kurum sigortalının hakiki zararını karşılayacak şekilde ve sigorta bünyesine uygun bir tarzda bu zararları telafi edecek bir sistem kurmalıdır.

Anayasamız sosyal güvenliğin sağlanmasını Devlete yüklemiş, sosyal güvenliğin, sosyal sigorta kuruluşları ile karşılanması yöntemini getirmiştir. Bu aşamada işverenin bir sigorta akdi yapmasına lüzum kalmaksızın işçi işe alınmakla, kanun icabı mecburen sigortalı durumuna getirmekte ve sigorta primleri de işveren tarafından ödenmektedir. Bu yöntemin seçildiği ülkelerde sigorta, artık işverenin risk esasına dayanan sorumluluğun yerini almaktadır. Ancak işverenin kastı halinde iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan işçinin sigorta yardımlarını aşan zararının işverence tazmini kabul edilmektedir. Burada mesleki risk yerine sosyal risk görüşü hâkim olmuş-

tur. Doğabilecek tehlikelerin sorumluluğunu işverenler prim ödemek suretiyle kolektif bir şekilde paylaşmaktadırlar. Fransa'da işveren iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesinde kast derecesinde kusurlu ise, hem işçinin ve hem de sigorta kurumunun tazminat ve rücu taleplerine maruzdur (S.S.Tekinay, İş Kazaları ve Meslek Hastalığından Dolayı İşverenin Sorumluluğu).

Belçika'da iş kazalarından doğan zararların tazmini hakkında Koordinasyon Kanunu'nun 19/1 maddesine göre kaza işveren tarafından kasten meydana getirilmiş ise, hukuk kurallarına göre sorumludur. İşçi veya onun hak sahipleri ile sigorta sandığı rücu davası açabilirler. Bu durum çoğaltılacak olursa Federal Almanya ve Avusturya'daki sosyal güvenlik yasaları işverenin iş kazası karşısında kastı bulunması halinde sigortalıya veya hak sahibine tazminat hakkı verilebileceği gibi, sigorta kurumuna da rücu hakkı tanımaktadır. Bunun dışında meydana gelen kaza veya hastalık hallerinde sigortanın işverene rücu hakkı tanımamıştır.

Bu arada, bu konuda inceleme yapmış bazı hukuk yazarlarının da görüşlerine bakıldığında, yukarıdaki anlayışa bir paralellik kurulduğunun tespiti zor olmamıştır. Dr. Paul Szöllösy'ye göre sosyal sigorta ile risk geniş bir topluluğa dağıtılmaktadır. Böyle dağıtılmış ve paylaştırılmış bir riski tekrar bir şahsa yüklemenin anlamı yoktur (International Labour Office Legislative Serie). Anovast, P. Durant'a göre sigorta sandığı işçiye ve hak sahiplerinin ödediği fazla iradı, işverenden munzam prim almak suretiyle karşılar. İşverenin bu yükümünü başka bir sigorta şirketine devretmesi önlenmiştir. Böylelikle işverenin iş güvenliği tedbirlerini alması teşvik edilmiş olmaktadır. Bu hüküm çok katı olmakla beraber işverenin şahsen işlediği bir hata bahis konusu olduğu vakit muhik olur. Ama onun vekillerinden biri tarafından hata işlendiğinde haksızlık olabilir. Zira işverenin hiçbir hatası olmayabilir. Bu şartlar da sigortalıya yasağının işveren vekillerinin hatasını ilgilendirmediği iddia edilmiştir.

Görülüyor ki, işveren veya vekilinin kusuru halinde işveren bir rücu tazminatı değil, munzam prim ödemekle yükümlü olmaktadır. Son olarak Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, işverenin veya vekilinin kasıtlı kusurundan dolayı işçinin işverene karşı kasıtlı kusuru varmış gibi hareket edeceğini kabul etmiş, fakat sigorta sandığının işverene rücu edemeyeceği

23.06.1954 tarihli kararı ile hükme bağlanmıştır (Jacques Doublet, Securite Sociale, s. 151).

Yukarıda arz ve izaha çalışıldığı gibi 506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesi sigorta primini bizatihi ödenmiş olan işverenin, sigorta karşısında, bu primleri ödemiş olmasına ve riski sosyal güvenlik kurumuna devretmiş bulunmasına rağmen, bu kurumun yaptığı ödemeyi yeniden üstlenmek durumunda bırakarak sosyal güvenlik ve eşitlik ilkelerine ezcümle Anayasa'ya aykırı bulunduğu izlenimini mahkememize vermiştir. Sayın mahkemece gerek bu davadaki davalıların kast ve kusur durumu ve gerekse gelişmiş ülkelerdeki sosyal güvenlik ilkeleri ve düşünce tarzı dikkate alınarak incelenmesini ve Anayasa'ya aykırı bulunup bulunmadığı konusunda bir karar ittihazi saygıyla arz olunur".

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yine öncekiler gibi olmuş ve hükmün iptali cihetine gidilmemiştir. Kararda yalnız bir üyenin (Üye Güven Dinçer'in) karşı oyu vardır ve şöyledir. "Sosyal Sigortalar Ka-

çuları aşan nispette teknolojik aşınmaya uğramaktadır. Teknolojik değişme, iş kazaları ve meslek hastalıkları konusunda "işverenin iş güvenliği ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi" kavramını alabildiğine genişletmiştir. Ülkemizde teknik öğretim kurumları da dahil olmak üzere ve pek çok üretim dalında kullanılan tezgah modelleri işletmelerin hukuki sorumluluğunu artırıcı niteliktedir. Genelde ülkenin eğitim düzeyi ve ekonomik gücüyle ilgili olan bu sorunların etkisinde olan "teknik kusur" müessesesi, işletmeleri iş kazası ve mesleki hastalık riskleri sebebiyle yok olma tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Priminin tamamı işverence karşılanan iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının, sigorta kavramına uygun olarak "kasıt" ve "suç" unsurları dışındaki bütün riskleri karşılaması hukuk düşüncesi gereğidir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun dava konusu maddesinin ilgili hükümleri ise mesuliyet hukuku ile sigorta kavramlarının karıştırılmış şeklidir.

Kaçınılmazlık ilkesi sadece işveren ile işçi açısından geçerli olup, üçüncü kişiler ile sigortalının hak sahipleri açısından uygulanamaz.

nunu'na göre, iş kazası ve meslek hastalığı primi münhasıran işveren tarafından ödenmektedir.

Sosyal sigorta ülkemizde sözleşmeyle değil, yasalarla ve yasal ölçülerle kurulmuş bir sistem olup kamu gücüyle düzenlenmiştir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nda sigortanın kapsamı, sigorta primi ve karşılanan risk belirlenmiştir. Sistemin diğer bir önemli özelliği de mecburi olmasıdır.

Sosyal sigortanın özel sigortadan farklı olması sigortanın temel özelliği ve kuruluş nedeni olan risk karşılaması işlevini kaldırmaz. Sosyal güvenliğin devletçe düzenlendiği ve sağlandığı bir sistemde sosyal riskin de bu sistem tarafından karşılanması gerekir. Risk karşılamayan ve yalnız prim tahsil eden bir sistem, adı sigorta da olsa özel kişilere ait kaynaklara yasa yoluyla karşılıksız el koymadır.

Diğer taraftan modern toplumun ulaştığı bilimsel düzey ve ileri teknolojik uygulamalar iş kazaları ve meslek hastalıklarına yeni boyutlar getirmiştir. Yeni teknolojiler, iş kazaları ve meslek hastalıkları konusunda yeni iş güvenliği sorunlarını ortaya çıkarmıştır.

Teknolojik gelişme sonucunda işletmelerdeki makine parkı ve çeşitli donanımlar, ekonomik öl-

Yukarıda açıklanan nedenlerle Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu iş kazasına yol açan işverene, sigortalıya yapılan her türlü giderin kurumca ödettirilmesi' hükmünün, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ve 60. maddesindeki sosyal güvenlik ilkelerine aykırı olduğundan iptali gerekir".

İptal talebini yine reddeden Anayasa Mahkemesi kararında özetle şöyle denmektedir: "...Sosyal Sigortalar Kurumu'nun malvarlığı ve gelirleri, sosyal sigortalardan yararlananlara ayrılmış olmasına karşın, Kurum'un geliri devlet geliri, malı devlet malı ve kendisi de devlet Kurumu'dur. Sosyal sigorta kuruluşları, devletin yönetimi ve denetimi altında olup, devlet, sosyal sigortaların gerektirdiği mevzuatın hazırlanması ve bunların günün gereksinimlerine göre Kurum'un mali yapısının güçlü tutulmasından sorumludur.

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sigortalıya ve hak sahiplerine yaptığı ödeme bir yasa hükmüne dayandığı gibi Yasa, bu ödeme nedeniyle Kurum'un

işverene ya da üçüncü kişilere başvurabilmesini kabul etmiştir. Bu yolla sigortalıya yapılan sağlık ve parasal yardımların Kurum'un malvarlığında meydana getirdiği eksilmenin kısmen ya da tümüyle giderilmesi sağlanmış olmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça öngörülmüştür. Sosyal devlet, toplumdaki güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplum dengesini sağlamakla yükümlü devlettir.

Kimi batı ülkelerinin, kendilerine özgü koşullarından kaynaklanan "rücu etmeyi yalnızca kasit halinde tanıyan" uygulamaları ülkemiz koşulları ve sosyal güvenlik anlayışıyla bağdaşmaz, işverene ödettilen giderler dışında gelirin sermaye değeri, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun zenginleşmesi sonucunu her zaman doğurmaz. Zira birçok olayda kendisine gelir bağlanan kişinin söz konusu gelirin değerinin hesaplanması sırasında kabul edilenlerden daha uzun yaşaması ya da bağlanan gelirden yasa ile yapılan değişiklikler nedeniyle büyük artmalar olması gibi durumlar Sosyal Sigortalar Kurumu'nu aldığı primleri ve sermaye değeri biçimindeki tazminatı çok aşan ödemeler yapmak zorunda bırakabileceği de bir gerçektir.

İtiraz konusu kuralın uygulanmasıyla işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymamış işverene getirilen yükümlülük, Anayasa'nın sosyal güvenlik ilkelerinin ve Devlete verilmiş görevlerin yerine getirilmesini sağlamış olacaktır. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 60. maddesine aykırı bir yönü yoktur. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın öbür kurallarına da aykırılığı saptanmayan inceleme konusu kurala ilişkin iptal isteminin reddine karar verilmelidir".

IV. SONUÇ

Görüldüğü gibi, sorumluluğu çok geniş olan işverenin, yardımlar için prim şartı aramayan iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası çerçevesindeki rücu derdi, Anayasa Mahkemesi'nce halledilecek gibi gözükmemektedir. Bu konuda iş dünyasını rahatlatacak teşebbüsün hükümetten gelmesi gerekir. Ne var ki, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da bu konuda beklentileri karşılamamaktadır.

İşverenlerin sigortalının hem priminin tamamını ödemesi hem de sosyal sigortalarca yapılan masrafları tazmin etmesi haksızlığına son verilmesi

için, rücu düzenleyen maddenin sadece kast, bağışlanmaz kusur ve ağır ihmal gibi kusurun ağır dereceleriyle sınırlı olarak işverene rücu edilmesi esasına göre düzenlenmesi, iş dünyasını ve yargı organlarını büyük bir sıkıntıdan kurtaracaktır. Gerekirse iş kazası ve meslek hastalığı sigorta primlerinin, işyerindeki risk ve iş kazası/meslek hastalığı verilerine göre artırılabilmesi de düşünülmelidir.

Eski düzen, "yeni" sosyal güvenlik reformu döneminde de devam ederse, çalışanlarını sigortalayan işverenlerle kayıt dışı çalıştıranlar arasında mali yaptırımlar açısından farklı bir sonuç oluşamayacak, bu durum kayıt dışı çalıştırmayı da teşvik edecektir. Testiyi getiren de kıran da bir olduktan sonra, yasalara saygılı davranmayı beklemek gerçekçi olmaz. Çalışma hayatını denetlemek Devletin görevidir. İş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek için, iş sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına uygunluk denetimini yapacak teknik iş müfettişi sayısı artırılmalı, bu konuda etkin yaptırımlar uygulanmalıdır. Ancak, hükümet, istihdamı artırmak ve kayıt dışı ekonomiyle gerçekten mücadele etmek istiyorsa, iş dünyasını bu ağır rücu belasından kurtarmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Bekir GEÇER, "İşverenlerin İş Kazası ve Meslek Hastalığında Rücu Tazminatından Sorumluluğu", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 159 Mart 2006.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 8. baskı, İstanbul 2006, s. 209 vd.; Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. baskı, İstanbul 2004, s. 269 vd.
- 3 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 01.07.1994, E. 1992/3, K. 1994/3; Resmi Gazete: 20.10.1995-22439.
- 4 S. BAŞTERZİ/G. B. YILDIZ, "SSK'nın İşverene Rücu Hakkı", Bkz. <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=437>.
- 5 Yarg. İBK, 01.07.1994, E. 1992/3, K. 1994/3; Resmi Gazete: 20.10.1995-22439.
- 6 Bkz. BAŞTERZİ/YILDIZ, adı geçen kaynak.
- 7 Yarg. 10. HD., 17.04.1984, E. 1984/2029, K. 1984/2140.
- 8 Bkz. Yarg. 10. HD., 24.03.1983, E. 1307, K. 1468.
- 9 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bekir GEÇER, "İşverenlerin Rücu Tazminatından Kurtuluş Beyyinesi Olarak Kaçınılmazlık İlkesi", Yaklaşım Dergisi, s. 143, Kasım 2004, 215 vd.
- 10 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1972/K1972-28.HTM>; Resmi Gazete 21.11.1972-14368.
- 11 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-18.HTM>; Resmi Gazete 15.07.1976-15647.
- 12 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-11.htm>; Resmi Gazete 16.10.1991-21023.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısı ile Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2005/12084

Karar No : 2006/1754

Tarihi : 23.02.2006

Dava

Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuun ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamda belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır. Hükmün. davacı ve davalılardan E. Belediye Başkanlığı Avukatı ile diğer davalılar tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Ş. Ö. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasını isteyen F. G.'ün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi hükmü uyarınca du-

ruşma için gerekli tebligat giderlerini vermediği anlaşıldığından, duruşma isteğinin bu nedenle reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Karar

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, iş kazasında yaralanan sigortalı O. G'e Kurum tarafından yapılan yardımların karşılığının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline yönelik olup mahkemece; davalı T. Limited Şirketi'nin % 40, davalı M. Y.'ın % 10, davalı F. G.'ün % 20, davalı E. Belediye Başkanlığı'nın % 30 kusurlu olduğu kabul edilip davalıların toplam % 100 kusurdan sorumlu tutularak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Zararlandırıcı sigorta olayında kusur belirlemesine gidilirken kaçınılmazlık olgusunun dikkate alınması gerekir. Bu tür davalarda bilirkişi ya da bilirkişi kurulunun kusur durumunu saptarken iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alın-

ması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı irdelenmeli, anılan mevzuat hükümleri ile işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerinde yer almasa dahi işverenin 1475 sayılı Kanun'un 73. (4857 sayılı Kanun'un 77. maddesi) maddesinde öngörüldüğü üzere, işyerinde çalışan sigortalının sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları ve araçları noksatsız bulundurmakla yükümlü bulunduğu ve öte yandan olayın meydana gelmesinde depremin şiddeti ve kaçınılmazlığın "geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen zararın kısmen ya da tam olarak meydana gelmesi şeklinde tezahür

eden hususlardan" olduğu dikkate alınıp "kaçınılmazlığı" ne oranda mevcut olduğunun irdelenmesi amacıyla uzman bilirkişilerden rapor almak ve sonucuna göre karar vermek gerekirken eksik incelemeye dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine 23.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I- İnceleme konumuz olan Yargıtay kararı, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun koşullarının tespitine ilişkin bir karar olup, karara esas alınan mevzuat 4857 sayılı İş Kanunu 77. ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 26. maddeleridir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak işverenlerin ve işçilerin yükümlülüklerini düzenleyen İK. m. 77 uyarınca; işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, 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. İşçiler de işverenin bu yükümlülüklerine karşılık, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak zorundadırlar.

Diğer yandan, işverenin Sosyal Sigortalar Kurumu karşısındaki sorumluluğunu düzenleyen 506 sayılı SSK'nın. 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası uyarınca ise, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağla-

nırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilecek¹ bu arada işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır².

II- Uyuşmazlık konusu olan olayda, sigortalı O. G., iş kazasında yaralanmış ve kendisine Sosyal Sigortalar Kurumunca yardım yapılmıştır. Söz konusu yardımın yapılmasını müteakip Kurum yardımlarının karşılığının davalılardan müştereken ve müteahhilen tahsiline yönelik olarak işverene ve karardan kim oldukları tam olarak anlaşılmayan diğer sorumlulara karşı rücu davası açmıştır. İlk derece Mahkemesi de; davalı T. Limited Şirketi'nin % 40, davalı M. Y.'ın % 10, davalı F. G.'ün % 20, davalı E. Belediye Başkanlığı'nın % 30 kusurlu olduğunu kabul edip, davalıların toplam % 100 kusurdan sorumlu oldukları yönünde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise; bu tür davalarda kusur durumunu saptarken iş güvenliği mevzuatına göre alınması gereken önlemlerin işverence alınıp alınmadığının ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığının irdelenmesinin gerektiğini; işverenin işyerinde çalışan sigortalıların sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları ve araçları noksatsız bulundurmakla yükümlü bulunduğunu be-

lirttikten sonra; karardan tam olarak anlaşılmasa da zararlandırıcı olayın gerçekleşmesinde depremin de katkısının bulunduğu işaret ederek, olayın meydana gelmesinde depremin şiddeti ve kaçınılmazlığının ne oranda mevcut olduğunun irdelenmesi gerektiğini yani zararlandırıcı sigorta olayında kusur belirlemesine gidilirken kaçınılmazlık olgusunun da dikkate alınması gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

III- Bilindiği üzere Türk sosyal güvenlik hukuku sisteminde, işveren her ne kadar işçisini çalıştırmaya başlamadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirip, yasa hükümleri uyarınca iş kazası ve meslek hastalığı sigorta primlerini ödeyerek iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı kendisini güvence altına almış görünse de; sistemin amacının her şeyden önce kişinin canını ve sağlığını korumak olması ve işverenin sorumluluğunun tamamen kaldırılmasının, işverenleri ağır ekonomik yüklü önlemler almaktansa daha az masraflı önleyici tedbirler almaya yönelteceği düşüncesi³, işçisini sigortalı olarak çalıştıran işverenin dahi kuruma karşı sorumluluğunun belirli koşullarda devam edeceği sonucunun kabul edilmesine neden olmuştur. Zira iş kazası ve meslek hastalığı sigortasını mecburi mali mesuliyet sigortalılarıyla eş tutmak ve prim ödeyen kişilerin bir daha sorumlu tutulmalarını gerektirmediği ileri sürmek⁴ sosyal sigortalıların sosyal niteliği ile bağdaşmayacaktır⁵. Gerçekten de rücu kurumunun, işçinin sağlığını ve can güvenliğini koruma hususunda işverenler ve üçüncü kişiler üzerinde hem yaptırım hem de caydırıcı etkisinin olacağı düşüncesiyle, yabancı hukuk sistemlerinde de zarar gören sigortalıya ödemedede bulunan sosyal güvenlik kuruluşunun, zarar veren işveren veya üçüncü kişiye rücu düzenlenmiş ve burada söz konusu olacak rücu, bu kişilerin kasıtlı veya ağır ihmale dayanan fiillerine dayandırılmıştır⁶.

Türk sosyal güvenlik hukuku sisteminde de; Kurumun yapmış olduğu ve yapacak olduğu harcamalara ilişkin olarak işverene rücu edebilmesi hakkı değişik durumlara ilişkin olmak üzere SSK'nın farklı maddelerinde yer almıştır. Kurumun işverene rücu edebileceği hallerden ilki, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna gö-

re; sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde SSK'ya bildirilmemesi yani bildirgenin hiç ya da sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı kurumca tespit edildiği tarihten önce bir iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık durumu söz konusu olursa ilgililerin sigorta yardımları kurumca sağlanacaktır. Bunun gibi, sigortalı çalıştırmaya başlandığı Kuruma bildirilmiş veya bu husus kurumca tespit edilmiş olmakla beraber, yeniden işe alınan sigortalılardan, süresi içinde kuruma bildirilmeyenler için de, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sigorta yardımları kurumca yapılacaktır. Ancak, söz konusu bu durumların varlığı halinde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin SSK m.22'de sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı, başka bir koşul aranmaksızın işverene ayrıca ödettilerilecektir. Yani Kurum bu alacaklar için işverene rücu edecektir.

İşverenin sorumluluğuna ilişkin ikinci durum ise SSK m. 15'te düzenlenmiştir. Buna göre işveren, iş kazasına uğrayan sigortalıya, Kurumca işe el konuncaya kadar, sağlık durumunun gerektirdiği sağlık yardımlarını yapmakla yükümlüdür. Yükümlerin yerine getirilmesindeki savsama ve gecikmeden dolayı, sigortalının tedavi süresinin uzamasına, malül kalmasına veya malüllük derecesinin artmasına sebep olan işveren ise, Kurumun bu yüzden uğrayacağı her türlü zararı ödemekle yükümlü olacaktır.

Sorumluluğun düzenlendiği üçüncü durum ise, SSK m. 27 ve 28'de yer almıştır. Buna göre, işveren, iş kazasını ve meslek hastalığını süresinde Sosyal Sigortalar kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirme örneği Kurumca hazırlanan haber verme kağıtları doldurulup verilerek yapılacaktır. İşverenin kasden ve ağır ihmali neticesi iş kazasını ve meslek hastalığını eksik veya yanlış bildirmesinden doğan ve ileride doğacak olan Kurum zararlarından işveren sorumlu olacaktır. Yine bunun gibi SSK m. 41 uyarınca da çalışma mevzuatına göre sağlık raporu alınması gerektiği halde böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girişinden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli bulunmadığı

Yeni düzenleme eskisinden farklı olarak, işverenin Kurum karşısında sorumlu olabilmesi koşullarını sayarken iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin suç sayılabilir bir hareketi sonucu olması koşulundan söz etmemektedir.

işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödetilecektir. Ayrıca SSK m. 90 uyarınca da vermesi gereken muayene için gerekli vizite belgesindeki bilginin eksik veya yanlış olması sebebiyle, Kurumca yersiz olarak yapılan her türlü masrafları işverene ödetilecektir.

İnceleme konusu Yargıtay kararına ilişkin olan ve çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden Sosyal Sigortalar Kurumu'nun iş kazası ve meslek hastalığı sonucu yapmış olduğu ve yapacak olduğu harcamalara ilişkin olarak işverene rücu edebilmesi hakkının tanındığı diğer bir düzenleme ise, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasıdır. Söz konusu düzenleme uyarınca, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurum sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarlarını ve gelir bağlanırsa bu gelirlerinin hesaplanacak sermaye değerleri toplamını sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere işverenden talep edebilecektir⁷. Yani Sosyal Sigortalar Kurumu, yapmış olduğu harcamalar için sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere işverene rücu edebilecektir⁸.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sigortalı ve onun hak sahiplerine yaptığı ödemeler nedeniyle işverene başvurulabilmesi için, iş kazası ve meslek hastalığının işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş

güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu gerçekleşmesi gerekmekte, söz konusu bu durumlar dışındaki eylem ve davranışlar bu anlamda bir sorumluluğu doğurmamaktadır⁹. Ancak söz konusu hallerden bir tanesinin varlığı Kurumun bu yönde bir talepte bulunabilmesi için yeterli olacaktır.

Yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısının¹⁰ konuya ilişkin düzenlemeleri de aynı yönde hükümler içermektedir. Tasarıda yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunu düzenleyen 23. maddeye göre, sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde ve bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenecektir. Ancak söz konusu bu hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı başka bir koşul aranmaksızın işverene ayrıca ödetirilecektir. Yani Kurum işverene rücu edecektir.

Tasarıda yer alan ve Kurumun yapmış olduğu ve yapacak olduğu harcamalara ilişkin olarak işverene rücu edebilmesi hakkının tanındığı ve mevcut SSK'nun 26. maddesine denk gelen ikinci düzenleme ise Tasarının 21. maddesinde yer almıştır. Buna göre, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene rücu edilerek ödetirilecektir. Yeni düzenleme görüldüğü üzere eskisinden farklı olarak, işverenin Kurum karşısında sorumlu olabilmesi koşullarını sayarken iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin suç sayılabilir bir hareketi sonucu olması koşulundan söz etmemektedir.

Yine Tasarının aynı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iş kazasının Kanunda belirtilen sürede iş

veren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde de bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneğinin, Kurumca işverenden tahsil edileceğine yönelik bir düzenleme de yer almaktadır. Bunun gibi çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği de işverene ödettirilecektir (m. 21/3). Görüldüğü gibi, maddede iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin yükümlülüklerin işverence yerine getirilmemesi durumunda Kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneklerinin işverenden talep edileceği, bu alacaklara ilişkin olarak Kurumun işverene rücu edebileceği düzenlenmektedir.

SSK m. 26 uyarınca, işverenin sorumlu tutulacağı ikinci durum ise, iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu gerçekleşmiş olmasıdır. Burada sözü edilen “mevzuat hükümleri” yasa tüzük ve yönetmelikleri yani 4857 sayılı İş Kanunu’nu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemeleri ifade etmektedir¹⁵. Buna göre işverenin bu düzenlemelerden herhangi birine aykırı davranması SSK karşısında sorumlu olması sonucunu doğuracaktır. Maddenin lafzı ifadesine bağlı kalındığında işverenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, sadece söz konusu mevzuat hükümlerinde yer alan yükümlülükleri yerine getirmesinin yeterli olacağı düşünülse de, uygulamada Yargıtay, İş Kanunu ile ilgili tüzük ve yönetmeliklerde işverene yükümlülük olarak getirilmeyen hususlarda bile, işverenin işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini korumak için aklın bilimin ve tekniğin gerekli gördüğü her türlü tedbiri alması ge-

Türk Ceza Kanunu’nun suç saydığı yasalara aykırı herhangi bir hareket, sorumluluk için yeterli olacaktır.

IV- 506 sayılı SSK’nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, işverenin kurum harcamalarından sorumlu olabilmesi koşullarından ilki olarak, işverenin kastından söz edilmektedir. Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesi olarak tanımlanabilecek olan kast¹¹, kusurun ağır derecesine denk gelmektedir. Bu anlamda doktrinde¹² ağır kusurun, kastı ve ağır ihmali içerdiği esasında hareketle SSK m. 26/1’in sınırlayıcı anlatımında işverenin kasdı öngörüldüğüne göre işverenin ihmalden hatta ağır ihmalden bile Kuruma karşı sorumlu tutulmasının mümkün olmayacağı savunulmaktadır. Buna göre, işveren sadece işyerinde çalıştırdığı sigortalının iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına tutulması şeklinde ortaya çıkacak olan hukuka aykırı sonuca bilerek ve isteyerek olumlu ya da olumsuz bir davranışı ile sebebiyet verdi ise Kurumun sigortalı için yaptığı harcamalardan sorumlu tutulacaktır¹³. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında¹⁴ m. 26 kapsamında işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işverenin kusurunun bulunması gereğini kabul etmektedir.

rektiği yönünde kararlar¹⁶ vermektedir. Yasa hükümlerine, tüzüklere, yönetmeliklere yani işçi sağlığı ve işgüvenliği ile ilgili hükümlere aykırılık bizzatıhi kusur teşkil ettiğinden, bunun kasden veya ihmali ile yapılmış olması bir fark yaratmaz¹⁷.

Gerçekleşmesi durumunda, Kuruma işverene karşı rücu hakkı veren SSK m. 26’da düzenlenen üçüncü durum ise, iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin suç sayılabilir bir hareketi sonucu meydana gelmesidir. Madde metni genel olarak suç sayılan bir hareket ifadesini kullanmaktadır. Buna göre Türk Ceza Kanunu’nun suç saydığı yasalara aykırı herhangi bir hareket, sorumluluk için yeterli olacaktır. Suçun taksirli, ihmali, ani, mütemadi veya müteselsil suç olması ya da af, kamu davasının açılmamış olması, kamu davası açmış olmakla birlikte cezanın ertelenmesi bir farklılık yaratmayacaktır¹⁸. Madde hükmü uyarınca iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin suç sayılabilir bir hareketi sonucu gerçekleşmiş olması işverenin sorumluluğu için yeterli olacaktır. Yeni Tasarıda yukarıda da ifade edildiği üzere sorumluluk için aranan bu koşul kaldırılmıştır.

V- İşyerinde çalıştırdığı sigortalının iş kazası ve meslek hastalığına uğraması durumunda, işverenin Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yaptığı veya ileride yapması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamının sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlar ile sınırlı olarak sorumlu olmasının koşullarının düzenlenmiş olduğu SSK m. 26/1'in sonuna, 2003 yılında 4958 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile bir cümle daha eklenmiştir¹⁹. Söz konusu bu cümle uyarınca, işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır²⁰. Diğer yandan, Yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısının 21 inci maddesinin birinci fıkrasında da, daha doğru bir ifade ile işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü yine yer almıştır.

Genel olarak "kaçınılmaz" sözlük anlamıyla istek ve irade dışında olanı²¹, "kaçınılmazlık" ise kaçınılmaz olma durumunu²² ifade etmektedir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesindeki anlamıyla düşündüğümüzde ise kaçınılmazlık; iş kazasının olma veya meslek hastalığına yakalanma tarihinde, bilimsel ve teknik kurallar ve olanaklar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, zararın kısmen veya tamamen meydana gelmesinin önlenemezliği olarak tanımlanabilecektir. Yani bir başka ifadeyle, teknolojinin ulaştığı seviye dikkate alınarak, tedbir alınması imkansız olan iş kazaları ve meslek hastalıklarının kaçınılmazlık olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Buna göre işveren ya da işçinin alabileceği herhangi bir tedbiri almamış olması halinde kaçınılmazlıktan söz edilemeyecektir.

Uygulamada genel hukuk prensipleri ve BK düzenlemeleri göz önüne alındığında kaçınılmazlık durumu, hukuka aykırı olayın gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan ve yapılan hesaplamalarla tespit edilen netleştirilmiş zarar miktarının tazmini ölçüsünün ve biçiminin belirlenmesi konusunda BK. 43. maddesi ile yargıca tanınan, hal ve mevkinin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın şeklini kapsamını ve derecesini tayin etme yetkisinin kullanımında bir ölçüt olarak kabul edilmektedir²³.

Nitekim Yargıtay da öteden beri işçi tarafından

iş kazası ve meslek hastalıklarına ilişkin olarak Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan talep edilemeyen zararlar hakkında, işverenlere karşı açılan tazminat davalarında, kazanın kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin anlaşıldığı hallerde, tazminat miktarı belirlendikten sonra bu sebeple belirli bir indirim yapılacağı şeklinde görüş bildirmiştir²⁴. Gerçekten de meydana gelen bir iş kazasında veya meslek hastalığında, işveren veya üçüncü bir kişinin kusurlu olmadığı; söz konusu durumun üretim veya işin doğal ve önlenemez bir sonucu olduğu yani, tarafların kusuru ile gerçekleşmeyen bu gibi hallerde SSK'ca ödenmeyen zararın tazmin yükümünün tamamının işverene yükletilmesi adil görülmeyecek ve bu nedenle de hesaplanan zararından bir miktar indirim yapılması kabul edilebilecektir²⁵.

Buna karşın, SSK 26/1. maddesinin sonuna 2003 yılında 4958 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile eklenen, işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı yönündeki ibare, doğrudan birinci fıkranın sonuna eklendiğinden ve bu fıkra işverenin iş kazası ve meslek hastalığından Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı sorumluluğunu düzenlediğinden, bu kez SSK'nun sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yaptığı veya ileride yapmak zorunda kalacağı her türlü giderlerin tutarlarının ve gelir bağlanırsa bu gelirlerinin hesaplanacak sermaye değerlerinin toplamı için, kaçınılmazlık durumunda işverene rücu edip edemeyeceği bakımından önem taşımaktadır. Yani buraya eklenen "kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı" yönündeki ibare doğrudan doğruya Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işverene olan rücu hakkıyla ilgili bir ifadedir. Buna göre kaçınılmazlık ilkesinin, işverenin; SSK m. 10'da düzenlenmiş olan sigortalıları Kuruma bildirme; SSK m. 15'te yer alan iş kazasına uğrayan sigortalıya Kurumca işe elkonuncaya kadar, sağlık durumunun gerektirdiği sağlık yardımlarını yapma yükümlülüğüne; SSK m. 27/1'de yer alan, iş kazasını, o yer yetkili zabıtasına derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki iki gün içinde yazı ile bildirme yükümlülüğüne ve SSK m. 41'de düzenlenen çalışma mevzuatına göre sağlık raporu alma yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle Kuruma karşı sorumluluğunda dikkate alınmayacağına şüphe yoktur²⁶.

Söz konusu ibarenin SSK m. 26/1'e eklenmesinin sonuçlarına ilişkin olarak, doktrinde farklı gö-

rüşler bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, söz konusu ibarenin SSK m. 26'ya eklenmesiyle artık kaçınılmazlık durumunun tespit edildiği, kusurun olmadığı hallerde Sosyal Sigortalar Kurumunun işverene rücu imkanının ortadan kalkacağını savunmaktadırlar. Zira bu görüşteki yazarlara göre, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasının finansman yükü tamamen işverene ait olup prim oranları işyerinin risklilik derecesine göre % 1,5 ile % 7 arasında değişen oranlarda tespit edilmiş ve bu sigorta dalından yardıma hak kazanabilmek herhangi bir süre prim ödemek ya da belirli bir süre sigortalı olmak gibi koşullara tabi tutulmamıştır. Yani iş kazaları ve meslek hastalıkları sigorta dalı düzenlenirken iş kazası ve meslek hastalığı riskinin niteliği dikkate alınmış ve düzenleme de ona göre yapılmıştır²⁷.

Bu durumda işveren SSK tarafından kendisine getirilen sosyal sigorta ilişkisinin doğması ile birlikte işyerini bildirme, sigortalıyı bildirme, prim ödeme ve prim belgeleri ile ilgili yükümlülükleri ile iş kazası ve meslek hastalığı ortaya çıktığında bunları Kuruma bildirme ve sigortalıya ilk yardım yapmak gibi yükümlülüklerini yerine getirdiğinde ve iş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kasıtlı bir hareketi, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bir hareketi, ya da suç sayılabilir bir hareketinin rol almadığı, iş kazası ve meslek hastalığının kaçınılmazlık sonucu ortaya çıktığı, ortada bir kusurun olmadığı durumlarda, işveren bakımından bir rücu riski de bulunmayacaktır²⁸. Aksi halde işveren sigorta dalının bütün finansmanını sağlamasına, primini ödemesine rağmen sigortalının işverenden isteyebileceği tazminatla sınırlı olsa da SSK'nun rücu ile karşı karşıya kalabilecek, kaçınılmazlık durumunda dahi riskli bir yer işleten işverenin her türlü gerekli önlemi almış olsa bile Kuruma karşı sorumluluktan kurtulamayacağı sonucuna ulaşılacaktır²⁹.

Bu görüşe karşılık; doktrinde bazı yazarlar ise; 506 sayılı SSK 26/1. maddesinin sonuna 2003 yılında 4958 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile eklenen cümlede, işverenin kaçınılmazlık olgusundan ötürü sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmadığını ancak, kaçınılmazlık dikkate alınmazla üstü örtülü biçimde işverenin kaçınılmazlıktan dahi sorumlu tutulabileceğinin amaçlan-

dığını ifade etmektedirler³⁰. Bu görüşe göre fıkra böyle bir cümle eklenmekle bilinçli veya bilinçsiz, işveren kaçınılmazlıktan sorumlu tutulmak istenmiş ve kaçınılmazlık sorumluluğu getirilmekle işverenin durumu daha da ağırlaştırılmıştır³¹. Bu yüzden hakkaniyet gerekli kılıyorsa mahkemece BK m. 43 ve 44 uyarınca rücu alacağından indirim bile yapılabilecektir³².

Yargıtay ise, bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında incelemekte olduğumuz kararda da olduğu gibi istikrarlı bir şekilde Sosyal Sigortalar Kurumu'nun m. 26/1 kapsamında işverene rücu ettiği hallerde, işverenin kaçınılmazlıktan sorumlu olmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Yargıtaya göre, işverenin rücu alacağından sorumluluğu ancak maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde mümkündür. 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine dayanan rücu davalarında kusurun belirlenmesinde, mahkemece öncelikle zararlandırıcı sigorta olayının ne şekilde oluştuğu dosya içeriğindeki tüm deliller takdir olunarak, varsa çelişki giderilerek belirlenmeli ve bu kabul edilen maddi olgular bilirkişiye bildirilip olaydaki kusur durumunun buna göre çözümlenmesi istenmelidir. Bilirkişinin de, kusur durumunu saptarken, öncelikle iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceğini, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığını ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığını tespit etmesi gerekmektedir. Bunun dışında bilirkişilerin, yine anılan mevzuat hükümleri ile işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerinde yer almasa dahi, işverenin işyerinde çalışan sigortalıların sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları ve araçları noksatsız bulundurmaya yükümlülüğünü ve "kaçınılmazlığın" olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen zararın kısmen ya da tüm olarak meydana gelmesi durumu olduğunu göz önünde tutarak görüşünü bildirmesi zorunluluğu vardır. Mahkemece karar verilirken de işverenin kaçınılmazlıktan sorumlu tutulamayacağı olgusu gözletilmelidir³³.

Kanımızca da SSK 26/1. maddesinin sonuna 2003 yılında 4958 sayılı Kanunun 28. maddesi ile eklenen, işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı yönünde-

ki ibare işveren lehine yorumlanabilecek ve iş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlık söz konusu olması durumunda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işverene SSK m. 26/1'e dayanarak bu kaçınılmazlık oranında rücu edememesi gerekecektir. Zira 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrası göz önüne alındığında, işverenin Sosyal Sigortalar Kurumu karşısında sadece maddede sayılan sınırlı hallerden yani, kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketinden sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bu koşullar sayıldıktan sonra fıkraya kaçınılmazlık ilkesinin işçi ve işverenin sorumluluğunun tespitinde dikkate alınacağı ifadesinin eklenmesi, kanımızca kaçınılmaz tesadüfi dış etkenlerin, doğal afetlerin, teknik arıza ile araç ve gereçlerdeki yapım hatalarının ortaya çıkaracağı iş kazası ve meslek hastalıklarına ilişkin Kurumun rücu taleplerine, kaçınılmazlık ölçüsünde bir sınır çekmeyi amaçlamaktadır. Buna göre, söz konusu olayda kaçınılmazlık durumu var ise, bu göz ardı edilemeyecek, teknik bilirkişilerce bu durum tespit edilecek ve bu şekilde Kurumun işverene açabileceği rücu davasının tutarı, olayın kaçınılmazlığı oranında tenzil edilecektir³⁴. Örneğin işyerinin bahçesinde dolaşırken bahçeye yıldırım düşmesi sonucu işçinin yaralanması bir iş kazası sayılmakla birlikte olayın kaçınılmazlığı oranında, işverenin Kuruma karşı doğabilecek sorumluluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak her ne kadar 26. maddenin birinci fıkrasının sonuna eklenmiş olsa da; "işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" ifadesi, birinci fıkrada düzenlenen tüm durumlara ilişkin aynı sonucu doğurmayacaktır. Nitekim maddede sözü edilen iş kazasında işverenin kastı olması halinde, bu noktada kaçınılmazlık ilkesinden doğal olarak bahis edilemeyecektir. Bunun gibi işverenin suç sayılır bir hareketinin iş kazasına neden olduğu hallerde de suç sayılır bir harekette istisnai durumlar dışında kaçınılmazlıktan söz etmek pek kolay olmayacaktır. Kaçınılmazlık ilkesinin en yoğun şekilde dikkate alınabileceği durum, iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu oluşup oluşmadığının tespiti aşaması olacaktır. Zira

burada sözü edilen kaçınılmazlık yukarıda da ifade edildiği üzere, hukuksal ve teknik anlamda, tamamen önlenmesi mümkün bulunmayan, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade etmektedir³⁵. Bu anlamda kaçınılmaz bir nedenden kaynaklanan iş kazası ya da meslek hastalığından ötürü işverenin sorumlu tutulmamasından söz edildiğinde, bundan anlaşılacak durumlar işverenin teknik açıdan ve mevzuat gereği alması gerekli tüm önlemleri aldığı ancak, önüne geçilemeyecek, beklenmeyen, işyeri kaynaklı olmayan, doğal afet sonucu ortaya çıkan, alınabilecek hiçbir önlemlerle önüne geçilemeyecek bir olay sonucu iş kazası ve meslek hastalığının gerçekleştiği durumlar olacaktır.

Aksi halde işverence teknik açıdan alınması gerekli bir önlemin alınmamış olması halinde ise, iş kazasının veya meslek hastalığının kaçınılmazlığından söz edilemeyecektir³⁶. Bu yüzden, kaçınılmazlık durumunun tespitinde tüm teknolojik gelişmeler ve alınan önlemlerin göz önünde tutulması büyük önem taşımaktadır. Nitekim, teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, işverenin de alacağı önlemlerin etkisi ile bir çok alanda iş kazası ve meslek hastalığı nedenlerine ilişkin kaçınılmazlık durumunun ortadan kaldırılacağı görülecektir. Söz konusu incelemelerin uygulamada teknik bilirkişilerce titizlikle yapılması gerekmektedir.

Kaçınılmazlık ilkesinin göz önüne alınması, işverenin, sigortayı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde de uygulama alanı bulabilecektir. Zira sigortayı devir alan işverenin, işçiye talimat verme hakkına sahip olması; işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü olması, işçiyi gözetme borcunun olması ve işçinin geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işyerinde çalışacak olması, devir alan işverenin de Kurumun rücu alacağından sorumlu olacağı sonucunu doğuracaktır³⁷. Zira 4857 sayılı İK m. 7/3 uyarınca geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu olacaktır. Bu durumda, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranması, kasdı ya da suç sayılır bir fiili sonucu sigortalının

iş kazası veya meslek hastalığına uğraması durumunda, devreden işveren ve devir alan işveren Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır³⁸. Kanımızca böyle bir durumda kaçınılmazlık durumunun varlığının tespitinde işçinin devir sonucu geçici olarak çalıştığı işyerindeki koşullar ve alınan önlemler dikkate alınacaktır.

Alt işveren-asıl işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işyerlerinde ise, SSK m. 87/1'de ifade edildiği üzere sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumlu olacak yani, alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranması, kasdı ya da suç sayılır bir fiili sonucu sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğraması durumunda alt işveren ve asıl işveren Kuruma karşı birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır³⁹. Ancak böyle bir durumda işin yapıldığı işyeri aynı işyeri olacağından, iş kazası ve meslek hastalığının gerçekleşmesinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınması bir özellik arzetyecektir.

VI- SONUÇ: Zararlandırıcı sigorta olayında kusur belirlemesine gidilirken kaçınılmazlık olgusunun dikkate alınmasının gerektiğine ilişkin incelememize konu olan Yargıtay kararı kanımızca yerinde ve doğru bir karardır. Zira Yargıtay kararı SSK m. 26/1'e 2003 yılında 4958 sayılı Kanununun 28. maddesi ile eklenen, işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı esasının uygulanmasına yöneliktir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kaçınılmazlık; olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, zararın kısmen ya da tüm olarak meydana gelmesi durumunu ifade etmektedir. Bu yüzden zararlandırıcı sigorta olayında kusur belirlemesine gidilirken mevcut olaya ilişkin çok ciddi ve ayrıntılı bir araştırma yapılması gerekmektedir. Bu konuya değinen Yargıtay yerinde olarak, bu tür davalarda bilirkişi ya da bilirkişi kurulunun kusur durumunu saptarken iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceğini, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığını ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığını irdelemesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Yargıtay bunun dışında kararda, bilirkişi ya da bilirkişi kurulunun kusur belirleme-

sinde; işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerinde yer alması dahi işverenin işyerinde çalışan sigortalının sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları ve araçları noksatsız bulundurmakla yükümlü bulunduğu esasını ve kaçınılmazlık ilkesini de dikkate alarak karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere meydana gelen iş kazasının gerçekleşmesi sürecinde bir deprem söz konusudur. Bilindiği üzere deprem doğal bir afettir ve önceden bilinmesi mümkün değildir. Bu yüzden Yargıtay, iş kazasının oluşmasında depremin de bir katkısının olabileceği ve bu durumun da bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen zararın doğmasına sebebiyet verebileceği, yani olayda kaçınılmazlık durumunun olabileceği düşüncesinden hareket ederek, yargılamada bu konunun araştırılmaksızın karar verilmesini bozma sebebi olarak belirtmiş, bu anlamda bizim de katıldığımız üzere, bir zararlandırıcı sigorta olayında kusur belirlemesine gidilirken kaçınılmazlık olgusunun dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Görüldüğü üzere karar doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen; işverenin, iş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kasıtlı bir hareketi, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bir hareketi, ya da suç sayılabilir bir hareketinin rol almadığı, iş kazası ve meslek hastalığının kaçınılmazlık sonucu ortaya çıktığı, ortada bir kusurun olmadığı durumlarda, işveren bakımından bir rücu riski olmayacağı görüşüne uygundur. Kararda kaçınılmazlığın ne oranda olduğunun tespit edilmesi gerektiği, işverenin sorumluluğuna karar verilecekse bu durumda mutlaka kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınması gerektiği kaçınılmazlık oranında sorumluluğun azalacağı vurgulanmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 (Değişik birinci fıkra: 20.06.1987, 3395/2 md.).
- 2 Ek: 29.07.2003 - 4958/28 md. Y.T. 06.08.2003).
- 3 Anayasa Mahkemesi 02.05.2001 tarih ve 28/11 sayılı kararında yer alan görüş RG. 16.10.1991 No:21033; Ayrıca bkz. GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Ekim 2004, s.270
- 4 FRANKO, Nisim; SSK'nun 26. Maddesi Hükümlerine Müteallik Bazı Mülahazalar; M. EKONOMİ, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s.455 vd.

- 5 TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, Şubat 2005, s.426.
- 6 TUNCAY, A. Can; Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Belirtilen Esaslara Genel Bir Bakış (Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat), İstanbul 1996, s. 311 vd.
- 7 Diğer yandan, SSK m. 26/2 uyarınca iş kazası veya meslek hastalığı, üçüncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilecektir. Ancak çalışmamızda Sosyal Sigortalar Kurumu karşısında doğrudan işçi çalıştıran işverenin SSK hükümleri uyarınca sorumluluğu incelendiğinden bu konuya ilişkin açıklamalara çalışmamızda yer verilmemiştir.
- 8 Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işverene başvurma hakkının yasal dayanağına ilişkin olarak bazı yazarlarca müstakil ve basit rücu görüşü (bkz. ATABEK, Reşat; Sigorta ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İKD.Y:1969, S.3, s.265; ASLANKÖYLÜ, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, En Son Değişiklikler ile Birlikte Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara Ağustos 2004, s. 296; ARASLI, Utan; Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Ankara 2002, s. 495 vd.) bazı yazarlarca ve Yargıtay'ca yasal halefiyet görüşü (bkz. ÇENBERCİ, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s. 198; GÜZEL/OKUR, s. 271; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, Şubat 2005, s. 428 vd.; Yarg İBK. E. 1992/3, K. 1994/3; R.G., 20.10.1995, No: 22439) savunulmuş, 3395 sayılı Kanunun 2. maddesiyle SSK m.26'da yapılan değişiklik halefiyet görüşünü desteklemiştir.
- 9 Bu yönde bkz. GÜZEL/OKUR, s.272; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 428; TUNCAY, A. Can; Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyi Rücuunda Karşılaşılan Sorunlar, İBD, Nisan Mayıs Haziran 1987, s. 240; Yarg.10 HD. 18.05.1999 t. E.1999/3116 K.1999/3284, YHİMD, Şubat 2000, s.312 vd.; Yarg. 10. HD. 25.05.1999 t., E.1999/3476 K.1999/3513 YHİMD, Mart 2000, s.458 vd.
- 10 Çalışmamızın sürdüğü tarihte söz konusu Tasarı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu olarak TBMM'ce kabul edilmiş ancak bazı maddeleri Cumhurbaşkanınca veto edilerek Meclise iade edilmiştir. Ancak veto edilen maddeler arasında inceleme konumuz olan maddeler bulunmamaktadır.
- 11 GÜZEL/OKUR, s. 273 ve aynı sayfa dn.187'deki yazarlar, ayrıca bkz. 5237 sayılı TCK. m.21/1.
- 12 ÇENBERCİ, 195; GÜZEL/OKUR, s.273.
- 13 GÜZEL/OKUR, s.273; CUHRUK Mahmut/ÇOLAKOĞLU Servet/BÜKEY Ayni, Sosyal Sigortalar Kanun, Şerh, İçtihat, Ankara 1977, s.325.
- 14 Y.HGK. 18.06.1997 t. 10-180/154, TÜBA/İİBB, s.1175; Yarg. 10 HD. 09.11.1999 t., E.1999/6175 K.1999/ 8022, YKD, Mayıs 2000, s.711-713.
- 15 GÜZEL/OKUR, s. 273 ve dn.193; ÇENBERCİ, s.195.
- 16 "İşveren, insan yaşamının kutsallığı çerçevesinde sigortalının sağlıklı ve güvenli bir ortamda işgörmesini sağlamakla, mevzuatta öngörülmemiş olsa bile gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür." Yarg. 10. HD. 18.11.1991 t., E. 1991/10815 K. 1991/19243, ŞAKAR, Müjdat; Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi İstanbul 1991, s.189; Yarg. 10. HD., 1.11.1974, 4374/6363; CUHRUK/ÇOLAKOĞLU/BÜKEY, s. 326 dn. 136; Yarg. 10. HD., 21.10.1985, 4787/5604, YKD, Mayıs 1986, s.685.
- 17 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.428.
- 18 GÜZEL/OKUR, s.278; ÇENBERCİ, 195.
- 19 (Değişik birinci fıkra: 20/06/1987, 3395/2 md.).
- 20 Ek: 29.07.2003 - 4958/28 md. Y.T. 06.08.2003).
- 21 <http://www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK/sozbul.asp?KELIME=ka%E7%FDn%FDlmaz&YENIARAMA=+++Ara>
- 22 <http://www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK/SOZBUL.ASP?kelime=ka%E7%FDn%FDlmaz%FDk&submit1=Ara>
- 23 Zararın belirlenmesi ve buna bağlı olarak tazminatın takdiri yetkisinin, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi ile yalnızca yargıca tanınan bir hak ve sorumluluk olmasına rağmen yargı sisteminde 'zarar' ve 'zararın netleştirilmesi' için 'evlenme şansı', 'hakkaniyet indirimi', 'kaçınılmazlık indirimi' gibi indirimlerin bilirkışıye yaptırılması ve sonuçta hükmedilecek tazminat miktarının dahi bu raporlarda tespit ettilmesine ilişkin eleştiri için bkz. TURAL, Turabi; Tazminat ve Hesaplanması, Ankara 2000, s.5 - 11.
- 24 "Dosya içeriğine göre kazanın kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği anlaşılmaktadır. Olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana gelmesi davacı işçinin maddi tazminat isteğinin reddini gerektirmez. Mahkemece maddi tazminat hesabı yaptırılarak tazminat miktarı belirlendikten sonra, bunun yaridan biraz fazla bölümünden İş Kanunu'nun 43. maddesi hükmü gözetilerek işverenin sorumlu tutulması gerekir. Yerleşmiş Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır." Yarg. 9. HD. 03.04.1995 t., E. 1994/18389 K. 1995/10971; "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, olayın % 100 kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği anlaşılmaktadır. Mahkemece kaçınılmazlık olgusu dikkate alınmadan gerçekleşen tazminatın tamamına karar verilmesi hatalıdır. Yargıtay uygulamasına göre, kaçınılmazlığın ağırlıklı bölümü işveren tarafına yükletilmek üzere maddi tazminattan indirim yapılması gerekir." Yarg. 9.HD 10.03.1994 t., E. 1993/14655 K.1994/3970; "...İş kazasının meydana gelmesinde kaçınılmazlık oranının % 40 olduğu saptanmıştır. Bu durumda, % 40 kaçınılmazlığa isabet eden maddi tazminat miktarının yaridan biraz fazlasının davalı işverene yükletilmesi gerekirken, tamamının işverene yükletilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD. 01.11.1993 t., E. 1993/5723 K. 1993/15486; <http://www.ekitapyayin.com/id/073/tazminat-6.htm>, 16.05.2006.
- 25 Ancak doktrinde bu görüşün aksini; üretimin yapılması sırasında, işin, kullanılan tekniğin veya üretimin niteliğine göre bazı iş kazaları veya meslek hastalıklarının ortaya çıkması halinde her zaman kaçınılmaz olabileceği ancak üretimin nimetinin (semeresinin) ait olduğu işverenin bunun "kulfetine" de katlanması gerektiği gerekçesiyle savunan yazarlar da vardır. Bu görüşe göre, "kaçınılmazlık" indirimi olarak adlandırılan indirimin iş kazalarında uygulama yeri bulmaması gerekir. <http://www.ekitapyayin.com/id/073/tazminat-6.htm>, 16.05.2006.
- 26 "İşverenin kurumun rücu alacağından sorumlu tutulabilmesi için çalıştırdığı sigortalıyı yasal süre içerisinde kuruma bildirmemiş olması ve zararlıdır sosyal sigorta olayının süre geçtikten sonra meydana gelmesi gerekir. Açıklanan koşullar oluşmuş ise işveren olayda hiçbir kusuru olmasa bile rücu alacağından sorumludur. Yarg.HGK 28.04.1999, E.1999/10-239, K.1999/251.

- 27 ARICI, Kadir; İşverenlerin İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Sigortasından Doğan Sorumluluğu Yeniden Ele Alınmalıdır, İşveren Dergisi, Eylül 2005, [http://www.tisk.org.tr/ isveren sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68](http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68), 16.05.2006.
- 28 GÜZEL/OKUR, s. 275; ARASLI, Utkan; Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Ankara 2002 s. 511; SÖZER, Ali Nazım/ SARAÇ, Coşkun; Sosyal Sigortalar Hukukunda 4958 sayılı Kanun ile Gerçekleştirilen Değişiklikler, Mercek Y:8, S:32, s. 58; GÜZEL, Ali/ÖZKARACA, Ercüment; 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda 4958 ve 5073 sayılı Kanunlar ile Yapılan Değişiklikler LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan Mayıs Haziran 2004, s. 443; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.428; KURT, Resul; İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar, 2. Bası, İstanbul 2003, s.492.
- 29 ARICI,http://www.tisk.org.tr/isverensayfa.asp?yazi_id=1226&id=68, 16.05.2006;
- 30 ASLANKÖYLÜ, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, En Son Değişiklikler ile Birlikte Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Ağustos 2004, s.615.
- 31 ASLANKÖYLÜ, s.615.
- 32 ASLANKÖYLÜ, s.617.
- 33 Yarg. 10. HD. 26.04.2005 t., E.2005/1666, K.2005/4544, Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 2005, s.240; Yarg. 10. HD. 27.10.2005 t., E. 2005/8678 K.2005/11146.
- 34 İş kazası veya meslek hastalığı, üçüncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa (SSK m. 26/2), gerek kaçınılmazlık ilkesinin 1. fıkrasının sonuna eklenmesi ve gerekse de sadece işçi ve işverenin sorumluluğu için düzenlenmiş olması nedenleriyle kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınamayacaktır.
- 35 Yarg. 10. HD., 11.2.1990, E. 1990/5521 K. 1990/1070, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1991, s.16; 10. HD., 23.3.1995, E.1995/2698 K.1995/2906, YKD, Haziran 1995, s.901; Yarg. 10 HD. 09.11.1998 t., E.1998/7518 K.1998/7851, YKD. Haziran 1999, s.765; Yarg. 10. HD. 18.05.1999 t., E.1999/3116 K.1999/3284 YHİMD., Şubat 2000, s.312-313.
- 36 "Hafriyat, eksvatörle de yapılsa, 150 cm'den daha derin ve şevsiz yapılan kazılarda toprağın çökmemesi için, iksa yapılması zorunludur. İşçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatının gerektirdiği tüm önlemleri almayan işveren ve işveren temsilcisi, toprak altında kalan işçinin, asfiksi sonucu ölümünden baskın derecede kusurlu oldukları halde, tarafların kusur oranlarının bilinmesinde zaruret bulunan, rücu tazminat davasında; kaçınılmazlık olgusuna yer veren bilirkişi raporuna itibar edilmemelidir." Yarg. 10.HD. 23.03.1995 t., E.1998/12917 K.1998/15530, YKD. Haziran 1995.
- 37 ÖYKEN, Halil Kağan http://www.alomaliye.com/halil_kagan_iskazalari.htm, 16.05.2006.
- 38 Yarg. 10. HD. 20.01.2003 t., E.2003/10298 K.2003/5, YKD., Haziran 2003, s. 905.
- 39 GÜZEL/OKUR, s. 138-139.
- İşveren Dergisi, Eylül 2005, [http://www.tisk.org.tr/ isveren sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68](http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68), 16.05.2006.
- ASLANKÖYLÜ, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, En Son Değişiklikler ile Birlikte Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Ağustos 2004.
 - ATABEK, Reşat; Sigorta ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İKD.Y:1969, S.3.
 - CUHRUK Mahmut/ÇOLAKOĞLU Servet/BÜKEY Avni, Sosyal Sigortalar Kanun, Şerh, İçtihat, Ankara 1977.
 - ÇENBERCİ, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.
 - FRANKO, Nisim; SSK'nun 26. Maddesi Hükümlerine Müteallik Bazı Mülahazalar, M. EKONOMİ, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
 - GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Ekim 2004.
 - GÜZEL, Ali /ÖZKARACA, Ercüment; 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda 4958 ve 5073 sayılı Kanunlar ile Yapılan Değişiklikler LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan Mayıs Haziran, 2004.
 - KURT, Resul; İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar, 2. Bası, İstanbul 2003.
 - ÖYKEN, Halil Kağan http://www.alomaliye.com/halil_kagan_iskazalari.htm, 16.05.2006.
 - SÖZER, Ali Nazım/ SARAÇ, Coşkun; Sosyal Sigortalar Hukukunda 4958 sayılı Kanun ile Gerçekleştirilen Değişiklikler, Mercek Y: 8, S:32.
 - ŞAKAR, Müjdat; Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1991.
 - TUNCAY, A. Can; Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Belirtilen Esaslara Genel Bir Bakış, (Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat), İstanbul 1996.
 - TUNCAY, A. Can; Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuunda Karşılaşılan Sorunlar, İBD, Nisan Mayıs Haziran, 1987.
 - TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, Şubat 2005.
 - TURAL, Turabi; Tazminat ve Hesaplanması, Ankara 2000.

KAYNAKÇA

- ARASLI, Utkan; Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Ankara 2002.
- ARICI, Kadir; İşverenlerin İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Sigortasından Doğan Sorumluluğu Yeniden Ele Alınmalıdır

Yrd. Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşyerinde Cinsel Taciz

1. Avrupa Birliği Hukuku: Ayrımcılığın Bir Görünümü Olarak Cinsel Taciz

1976 tarihli eşit davranma borcuna ilişkin Direktif'te değişiklik yapılması kararının alınması ile birlikte, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, Avrupa Birliği'nde cinsel tacizin önlenmesi konusunda son derece cesaretli bir adım atmıştır. Gerçekten 2002/73 sayılı Direktif, üye ülkelerin eşit davranma borcuna ilişkin yasal düzenlemeleri arasında uyum sağlamayı amaçlamıştır. Nitekim, bu Direktif'in kabulü ile birlikte, üye devletler, cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak tanıyacaklardır¹.

Kadın ve erkeğin çalışma yaşamına eşit koşullarla katılımı Avrupa Birliği'nin temel konularından biri olmasına karşın, cinsel taciz 1980'li yıllara kadar Avrupa'nın ilgisini çekmiş değildir. Rubinstein tarafından 1987 yılında yayımlanan rapor sorunun önemli boyutlarda olduğunu ortaya koymuştur. 1990'lı yıllarda, konunun ciddiyetini farkederek Avrupa Komisyonu, çalışmalarını yoğunlaştırmış ancak kesin bir sonuç alamamıştır².

2002/73 sayılı Direktif öncesinde İngiltere, Hollanda, Belçika ve Almanya gibi bazı ülkeler oldukça güçlü yasal düzenlemelere gitmişken, birlik içindeki Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan gibi bazı ülkeler de aynı düzeyde etkili anti-taciz yasal düzenlemeleri geliştirememiştir. Nitekim anılan Di-

rektif'in amacı, Avrupa Birliği ülkelerindeki farklı uygulamalar arasında bütünlük sağlamak ve cinsel taciz konusundaki standartları oluşturmaktır³.

2002/73 sayılı Direktif'in temel noktaları;

- Cinsel tacizin tanımlanması
- Cinsel tacize ilişkin önleyici tedbirler alınması
- Yargısal ve idari prosedürler
- Cinsel taciz mağdurlarının zararlarının telafi edilmesi
- Eşit istihdam şartları sağlanması için ulusal komisyonlar oluşturulması olarak ifade edilebilir.

Direktif'in 2. maddesinin 2. fıkrası, tacizi ve cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak nitelendirmekte ve böyle bir davranışın kadın ve erkek arasında ayrımcılık oluşturacağını kabul etmektedir. Buna göre, cinsel taciz insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlanmıştır.

Yine 2. maddenin 3. fıkrasına göre, bir kimse'nin cinsel tacizi reddetmesi veya buna maruz kalması bu kimseyi etkileyen istihdama (çalışma ilişkilerine) ilişkin bir kararın gerekçesini ve temelini oluşturamaz. Olası bir hukuki uyumsuzlukta, ortada bir cinsel taciz vakiasının var olup olmadığının tespiti için her şeyden önce, cinsel tacizin tanımlanması gerekmektedir. Bu noktada, 2002/73 sayılı

4857 sayılı Kanun, cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir.

Direktifte cinsel tacizin tanımına ilişkin sözcükler büyük bir dikkatle irdelenmelidir.

Direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, cinsel tacizin üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

- İstenilmeyen
- İnsan onuruna aykırı
- Suiistimal edilen çalışma ortamı (düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam)'dır.

Direktif'in bu terminolojisi ile Amerika Birleşik Devletleri hukuku arasında önemli benzerlikler mevcut bulunmaktadır. Gerçekten "istenilmeyen" (unwanted)" sözcüğü esas itibarıyla, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihadında da temel aldığı bir ölçüttür⁴.

Buna karşılık "insanlık onuru", cinsel taciz kavramına, tamamen Avrupa Birliği hukukunun bir katkısı olarak göze çarpmaktadır. Kuşkusuz insanlık onuruna aykırı bir davranışın var olup olmadığı, her bir üye devletin anlayışı ve sosyo-kültürel özellikleri çerçevesinde tespit olunacaktır⁵.

Cinsel tacizin üçüncü unsuru, Direktif'e göre, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratmaktır. Direktif hangi hallerde böyle bir ortamın oluştuğundan bahsedileceği konusunda bir açıklık içermemektedir. Belirtmek gerekir ki, Direktif'te yer alan "düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam" ölçütü, tamamen Amerika Birleşik Devletleri hukukundan alınarak adapte edilmiştir⁶. Bu noktada, hangi durumlarda, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortamdan bahsedileceğinin belirlenmesi gerekecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına göre, bu nitelikteki davranışların, işçinin çalışma koşullarını etkileyecek derecede ciddi ve ahlâksızca olması durumunda düşmanca bir ortamdan bahsedilebilecektir⁷. Yine Amerikan yargısına göre, bir davranışın bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde, işyerinin özellikleri ve özellikle sosyal ve kültürel yapısının dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim *Oncale v. Sundowner* kararında, belirtildiği üzere, bir profesyonel futbol antrenörünün oyuncusu maça girerken kalçasına dokunması normal olsa da, aynı hareketi sekreterine karşı yapma-

sı suiistimal edici bir davranış olarak nitelendirilebilecektir⁸.

Sosyal ve kültürel özelliklerin dikkate alınması, Avrupa Birliği üyesi ülkeler bakımından da farklılıkların ortaya çıkmasına yol açacak gibi gözükmemektedir. Nitekim, bugün Avrupa ülkeleri arasında önemli sosyal ve kültürel farklılıklar mevcut bulunmaktadır. Hatta, bir ülke içinde bile, değişik çalışma ortamları arasında önemli sosyal ve kültürel farklılıklar mevcut olabilir. Nitekim Amerika'da 2001 yılında yapılan bir araştırmada, mavi ve beyaz yakalı işçiler arasında dahi, kadın-erkek ilişkileri bakımından ciddi anlayış farklılıkları olduğu ortaya konulmuştur⁹.

II. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz Kavramının Yeri

1. Cinsel Tacizin Tanımı

4857 sayılı Kanun'da, işyerinde cinsel tacizin önlenmesi ve tacize uğrayan işçinin korunması amacıyla yönelik olarak özel düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni olacaktır. Ayrıca, Kanun'a göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (m. 25/II, c).

Buna karşılık, 4857 sayılı Kanun, cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Buna göre, "cinsel tacizin" ne olduğu konusunda, İş Kanunumuzda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde cinsel tacize ilişkin tanımlamalar yapıldığı görülmektedir. Cinsel taciz konusunda yapılan farklı tanımlara örnekler veren Okur, net bir tanım getirmekten kaçınmakta; ancak, cinsel tacizin cinsel boyutunun dışlanarak bunun bilinçli bir yıldırma politikası saymanın isabetsiz olduğunu açıklamaktadır¹⁰.

Buna karşılık Bakırcı'ya göre, cinsel taciz mevcut mevzuat açısından (TMK ve TCK) ile korunan, kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla birlikte rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyerinin düzenini bozan, hapsi gerektirecek suç veya ahlâk ve iyiniyet kurallarına

aykırı, cinsel nitelikli cinsiyet ya da cinsel tercih temelinde dayalı davranışlar olarak tanımlanabilir. Yaza göre her iki grupta da taciz oluşturan davranışların belli bir kişiye yönelik olması şart değildir. Kamu yararının ihlalini oluşturan suçlar yanında, belli bir kişiyi hedef almayan ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar da cinsel taciz oluşturabilir. Nitekim, Yargıtay, gece bekçisi olarak çalışan bir işçinin işyerine kadın getirerek ilişki kurmasının ahlâk ile bağdaşmadığını ve işverenin söz konusu işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedenle olduğunu kabul etmiştir¹¹.

2. Hukukumuzda Yer Alan Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, Okur, cinsel taciz konusuna net bir tanım ortaya koymamakta, ancak bunun bir kadın-erkek savaşı sorunsalına indirgenmesini eleştirmektedir. Bu anlamda yazarın, cinsel tacizin kaynağını Amerikan hukukundan alan ve daha sonra AB hukukuna yansıyan “düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortama” boyutuna kuşku ile yaklaştığı söylenebilir.

Bakırcı'nın getirdiği tanımlama ise hem karışık, hem de son derece geniştir. Kanımızca yazarın verdiği örneği bir cinsel taciz olarak tanımlamaya olanak bulunmamaktadır. Gerçekten, bir işçinin işyerine bir kadın getirerek beraber olması, bu işçinin gece bekçisi olarak çalıştığı dikkate alındığında görevinin ihmali olarak yorumlanabilir. Yine böyle bir davranışın toplumun genel ahlak anlayışı ile bağdaşmadığı, işçinin işverenin güvenini kötüye kullandığından bahsedilebilir. Ama, bu davranış bir “cinsel taciz” oluşturamaz.

Kanımızca cinsel tacize ilişkin yapılacak isabetli bir doktriner tanımlama getirebilmek için, öncelikle cinsel tacize ilişkin olarak dünyada yapılan tanımları ortaya koymak ve bu kavramın dünyadaki gelişimini analiz etmek gerekir.

Kamu yararının ihlalini oluşturan suçlar yanında, belli bir kişiyi hedef almayan ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar da cinsel taciz oluşturabilir.

Cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı yeri Amerika Birleşik Devletleri'dir.

Cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı yeri Amerika Birleşik Devletleri'dir. 1975 yılında Amerikan feministleri tarafından kullanılmaya başlanan bu deyim, kısa bir süre sonra Amerika'da medyanın ilgisini çeken popüler bir konu olmuş, birbiri ardına verilen mahkeme kararlarıyla¹² çok önemli bir hukuksal boyut kazanmıştır. Bir süre sonra ise, Avrupa'ya, hatta Japonya'ya sıçramıştır¹³.

Bununla birlikte cinsel taciz kavramına bakış her ülkede aynı şekilde olmamış ve konuya ilişkin yasal düzenlemelerde çok önemli farklılıklar gözlemlenmiştir. Nitekim bugün dünyada cinsel tacizi en geniş şekilde tanımlayan ve kabul eden Amerika Birleşik Devletleri'nde, cinsel taciz Civil Rights Act'ın ayrımcılık konusunu düzenleyen VII. Kitabında ele alınmıştır. Buna göre, Amerikan hukukunda, cinsel taciz son derece net bir biçimde cinsiyet temelinde dayalı bir ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, cinsel taciz, kadınlara yönelik bir cinsel ayrımcılık olarak görülmektedir. Gerçekten, cinsel tacizin her ne kadar aynı cinsiyete sahip kimseler arasında söz konusu olabileceği söylenebilirse de, yapılan araştırmalar, taciz vakıalarının büyük çok büyük bir oranının kadın ve erkekler arasında ve büyük çoğunlukla kadınlara yönelik olduğunu ortaya koymaktadır¹⁴. Fransa'da yapılan bir araştırmaya göre, taciz vakıalarındaki mağdurların %90'lık bir oranını kadın işçiler oluşturmaktadır¹⁵. Nitekim, cinsel taciz kadınların kişilik haklarına ve çalışma özgürlüklerine bir saldırı oluşturması ve dolayısıyla bir cinsiyet gurubunun diğerine kıyasla mağdur olması nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı kapsamında ele alınmaktadır^{16,17}.

1976 yılından itibaren, Amerikan mahkemeleri işyerinde cinsel taciz vakıalarını önlemeyen işverenleri hukuksal planda sorumlu tutmuşlardır. Amerikan mahkemeleri iki tip cinsel taciz tanımıştır. Buna göre, ilk olarak Latince “quid pro quo” denilen (this for that: buna karşılık olarak şu) olarak tanımlanan cinsel taciz söz konusu olabilir¹⁸. Burada cinsel amaçlı bir tehdit veya rüşvet (karşılık) söz konusudur. Örneğin, işçi amiriyle birlikte

olur ve bunun karşılığında kariyerinde ilerleme veya maaşına zam sağlar. Amerikan mahkemelerinin tanıdığı ikinci taciz tipi “hostile work environment” denilen ve ‘düşmanca çalışma ortamı’ şeklinde dilimize çevirebileceğimiz taciz tipidir. Burada cinsel içerikli söz veya davranışlar, bireyin çalışma performansına müdahale ediyor, ahlâk dışı, saldırgan, utanç verici veya düşmanca bir çalışma ortamı yaratıyorsa cinsel tacizden bahsedilmektedir. Düşmanca çalışma ortamı, istenmeyen cinsel temas, dokunuş veya sözleri, tehditleri kapsayabilir¹⁹.

Buna karşılık, Fransız hukukunda, cinsel taciz 2002 yılında yapılan değişikliğe kadar “yetkinin kötüye kullanılması” (abuse of power/abus d’auto-rité) olarak tanımlanmıştır²⁰. Buna göre, cinsel tacizden bahsedebilmek için, taraflar arasında hiyerarşik bir farklılık olması gerekir. Buna göre, eşit konumda çalışan işçiler arasında cinsel tacizden bahsedilemez.

Bazı Avrupa ülkelerinde ise cinsel taciz, kişilik haklarına bir tecavüz niteliğinde görülmüştür²¹.

bul edilen ve bilindiği üzere ülkemizde de 2003 yılında yürürlüğe giren “iş güvencesi” kurumu mevcut değildir. ABD’de işveren işçiyi serbestçe işten çıkarabilir. Buna ABD’de “employment at will doctrine” (yani istihdamın tarafların iradesine bağlı olması) denilmektedir. Manevi açıdan bakıldığında, Fransızların “vie privée” Amerikalıların ise “privacy” dedikleri, işçinin özel yaşam gizliliği ve kişilik hakları konusunda ABD’de sağlanan koruma Avrupa ülkelerinin çok gerisindedir. Somut ve güncel bir örnek vermek gerekirse, günümüzde yeni teknolojilerin kullanımının iş hukukundaki etkileri yoğun biçimde tartışılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde “Amerikan İdareciler Birliği” (AMA) tarafından yapılan bir araştırma, işverenlerin %77,7’sinin işçilerin telefon görüşmeleri, e-mail, internet bağlantısı ve bilgisayarları üzerindeki dosya ve verilerini kaydettiğini ve gözetlediğini ortaya koymuştur²². Amerikan hukukunda, işverenin internet bağlantıları ve e-mailler üzerinde mutlak bir denetim hakkı olduğu kabul edilmektedir.

2002/73 sayılı AB Direktifi, cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak tanımlamaktadır.

Buna karşılık, yukarıda da görüldüğü gibi, 2002/73 sayılı AB Direktifi cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla, üye devletlerin, AB mevzuatına uyum sağlama zorunluluğu dikkate alındığında, cinsel tacizin artık Amerika Birleşik Devletleri dışında, Avrupa’da da ayrımcılık kapsamında nitelenen bir konu olacağı söylenebilecektir.

Amerika’da cinsel tacize ilişkin korumanın kapsamının dünyanın ve özellikle Avrupa’nın diğer ülkelerine göre daha gelişmiş olmasının ardında yatan neden sorgulanabilir. Bu durumda ilk olarak, akla, genel olarak Amerikan iş hukukunun Avrupa’ya göre daha gelişmiş olduğu açıklaması gelmektedir. Acaba gerçekten, Amerikan iş hukuku Avrupa ülkelerine göre daha gelişmiş midir? Yanıt, şaşırtıcı olmakla biçimde son derece net biçimde “hayır”dır. Gerçekten, Amerikan iş hukuku ne maddi açıdan ne de manevi açıdan işçilerin haklarını koruyan düzenlemelere sahip değildir! Maddi açıdan bakıldığında, Amerika Birleşik Devletleri’nde, bugün Avrupa’nın hemen her ülkesinde ka-

Amerikan yargısına bugün yön veren emsal nitelikteki olay Smyth v. Pillsbury Co. davasıdır. Söz konusu olayda, Smyth isimli işçi, haksız yere işten çıkarıldığını ve özel yaşam gizliliğine müdahale edildiğini ve hukuka aykırı biçimde toplanan delillerin kendisine karşı kullanıldığını belirterek tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda, davacı işçi evdeki bilgisayarından fakat işverene ait e-mail sisteminden çeşitli e-mail mesajları göndermiştir. Bir süre sonra işveren bu mesajlara ulaşmış ve bunların içeriğinin şirket yönetimi açısından uygun bulunmadığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Olayda Mahkeme, e-mail mesajlarının gizli ve özel olduğu yolundaki savunmaya rağmen, bunun işverene ait e-mail sistemi üzerinden gerçekleştirilmiş olmasını dikkate alarak, davacı işçinin özel yaşamına müdahale edilmemesi yolunda haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağını açıklamış ve bu mesajların işveren lehinde delil olarak dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, işverenin internet ve e-maillerin yasalara aykırı veya mesleki amaçlar dışında kullanımını engellemek ko-

nusundaki yetkileri, işçinin özel yaşam gizliliği beklentisinin önünde gelmekte, menfaatler dengesinde daha ağır basmaktadır²³. Diğer eyalet mahkemeleri de özel yaşama müdahale iddialarını benzer gerekçelerle reddetmişlerdir²⁴.

İşverene mutlak bir denetim hakkı veren ve hangi yollarla olursa olsun, elde edilen verilerin delil olarak kullanabileceğini kabul eden Amerikan sisteminin aksine, Kara Avrupası'nda, işverenin işçinin özel yaşamına müdahale oluşturabilecek nitelikte araçlarla elde ettiği delillerin serbestçe kullanılması kabul edilmemektedir²⁵. Nitekim, Fransız hukukunda, Yüksek Mahkeme'nin NIKON kararı olarak adlandırılan kararı, işverenin her türlü yolla topladığı delili işçiye karşı kullanamayacağını ortaya koyan, ilke kararı olarak kabul edilmiştir²⁶. Bu karara konu olan olayda; işçi iş saatleri içinde şirket malzemesinin illegal olarak satışı üzerine kurulu eşzamanlı bir faaliyet yapması gerekçesiyle haklı nedenle işten çıkarılmıştır. İşveren, işçinin bu davranışını kanıtlamak üzere, işçiye temin etmiş olduğu bilgisayarda "kişisel" olarak adlandırılan dosyada yer alan, gönderilen ve alınan e-mail mesajlarına dayanmıştır. İstinaf mahkemesinin işveren lehindeki kararını, Fransız Yargıtayı bozmuş ve işçinin, işyerinde dahi olsa, özel yaşamı konusunda haklara sahip olduğunu belirterek, bunun iletişim gizliliği hususunu da kapsadığına hükmetmiştir.

ABD'de cinsel taciz kavramının geniş biçimde ele alınması ve bu konuda Avrupa ülkelerine göre çok daha etkili bir koruma sağlanmasının temelinde, gelişmiş bir iş hukuku düzeni değil, Amerikan feminist akımlarının, feminist hukuk düşüncesinin, kadın hakları ile ilgili olarak yapılan çalışmaların ve bu konuda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının yoğun çalışmaları ve Amerikan medyasının konuya gösterdiği ilgi yatmaktadır²⁷. Gerçekten, Amerikalı feministlere göre, cinsel taciz kaba erkek cinsel kültürünün ve bağınazlığının bir sonucudur. Nitekim, feminist gruplar, cinsel tacizin ayı-

Amerikan hukukunda, işverenin internet bağlantıları ve e-mailler üzerinde mutlak bir denetim hakkı olduğu kabul edilmektedir.

Mevcut konjonktür açısından cinsel taciz, ülkemize deyim yerindeyse yabancı, yurtdışından ithal edilmiş bir kavram gibi durmaktadır.

rımcılığı düzenleyen Amerikan Medeni Kanunu'nun VII. Kitabı içinde düzenlenmesi konusunda çok büyük bir uğraş vermiş ve cinsel tacizin kadınların çalışma yaşamındaki olanaklarını kısıtlayıcı bir eylem olarak kabulü gerektiği öne sürülmüştür. Yine feminist gruplar cinsel taciz ile ilgili davalara büyük bir duyarlılık göstermiştir. Amerikan yasal sisteminin de, uzman tanık, amici curiae gibi kurumların mevcudiyeti, yargılama süreçlerinde çok etkili olmuştur. Yapılan yargılamalarda, işverenler çok büyük tazminatlarla karşılaşmışlardır^{28, 29}.

Buna karşılık, Avrupa ülkelerinde, örneğin Fransa'da cinsel tacizin daha sınırlı biçimde ele alınmış olmasının nedeni, feminist grup ve sivil toplum kuruluşlarının bu derecede politik etkinliğe sahip olmamasıdır. Nitekim Fransa'da, cinsel taciz konusundaki Amerikan yasaları, "Amerikan aşırılığı" "püriten hassasiyeti"³⁰, "cinsiyetler savaşı" gibi gerekçelerle eleştiri konusu yapılmaktadır³¹. Fransız medyasının konuya ilişkin tavrı da son derece soğuktur. Örneğin Fransız medyasının yalnızca % 43'ü bugüne kadar konuya ilgi göstermiştir. Buna karşılık ABD'de bu oran % 97'dir. Hatta Fransız medyasında çıkan haberlerin birçoğu Fransa ile ilgili değil, doğrudan Amerika'daki cinsel taciz vakıaları ile ilgilidir ve topluma verilmek istenen mesaj, "dikkatli olun, bu konuda Amerikan aşırılığına kaçmayın!" biçimindedir^{32, 33}.

Cinsel taciz kavramını biçimlendiren sosyolojik etkenler ve bu kavramın gelişiminde etkili olan ideolojik nedenler ve özellikle feminist akımlar, bunun tanımlanmasını da son derece güç kılmaktadır. Gerçekten, ülkemiz bakımından nasıl bir cinsel taciz tanımı yapılacaktır? Bu kavramın sınırları dar mı, yoksa geniş mi tutulacaktır? Tanımlamada, ülkemizin mevcut sosyal ve kültürel gerçekleri mi, yoksa, ulaşmayı hedeflediğimiz Avrupa Birliği standartları mı esas alınacaktır?

Ülkemizin mevcut sosyal ve kültürel koşulları dikkate alındığında, cinsel taciz kavramı konusun-

da toplumda bir bilinç oluştuğundan söz etmek kolay gözükmemektedir. Özellikle, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi konusunda yapılan çalışmalar, Avrupa ve Amerika'nın oldukça gerisindedir. Dolayısıyla, mevcut konjonktür açısından cinsel taciz, ülkemize deyim yerindeyse yabancı, yurtdışından ithal edilmiş bir kavram gibi durmaktadır. Hukuki durum, toplumsal yapıdan da farklı değildir. Nitekim, cinsel tacize ilişkin son derece sınırlı yargı kararı mevcut bulunmakta ve ancak bu kararlarda son yıllarda bir hareketlenme gözlenmektedir.

Kuşkusuz ülkemizde kadınların çalışma yaşamına katılımı, sosyal ve kültürel gelişme ile birlikte, ülkemizde de cinsel taciz kavramı konusunda bilinçlenme artacaktır. Bu noktayı dikkate alarak, cinsel taciz kavramını mevcut konjonktüre göre değil, ulaşmak istediğimiz AB normlarına göre tanımlamak bize daha uygun gözükmektedir.

hâlâ uyum sorunu yaşamaktadır. Cinsel tacize ilişkin bu yaklaşım biçiminin, bizim toplumsal kültür ve anlayışımızla da uyumlu olduğunu düşünmüyoruz. Nitekim, cinsel tacizin bizim hukukumuzda da öğreti³⁵ ve uygulamada Amerikan ve AB hukukunda olduğu gibi geniş biçimde düşünülmediğini itiraf etmeliyiz.

Ancak, arkasında hangi ideolojik ve toplumsal nedenler olursa olsun, artık tüm Avrupa cinsel tacize ilişkin bu yaklaşım biçimini istese de, özellikle Fransızlar gibi pek istemese de! bir şekilde kabul etmek zorunda olacaktır. Biz de Avrupa Birliği'ne girmeyi hedeflediğimize göre, bizim açımızdan da aynı kaçınılmazlık durumu söz konusudur. Dolayısıyla, cinsel taciz "insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir

Kuşkusuz kadınların çalışma yaşamına katılımı, sosyal ve kültürel gelişme ile birlikte, ülkemizde de cinsel taciz kavramı konusunda bilinçlenme artacaktır.

Avrupa Birliği standartları ve bunun temelini oluşturan 2002/73 sayılı Direktif'in üzerinde ise, yukarıda da görüldüğü gibi yoğun bir Amerikan etkisi mevcut bulunmaktadır³⁴. Gerçekten, anılan Direktif cinsel tacizi Amerikan hukukunda benimlenen ölçüt ve esaslara göre geniş biçimde tanımlamaktadır. Nitekim, AB üyesi devletler bu yeni standartlara uyum için mevcut yasalarını düzenleme ve değiştirme zorunluluğu altına girmiştir.

Özellikle, cinsel tacizin, cinsel bir yarar sağlama amacı ölçütünün dışında tanımlanması bu noktada tartışma yaratmaktadır. Gerçekten "düşmanca çalışma ortamı" cinsel bir yarar sağlamanın ötesinde içinde cinsellik taşıyan öğelerle, özellikle kadın işçilere baskı kurulmasını ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, cinsel bir menfaat sağlanması söz konusu olmasa da, cinselliğin kullanılarak baskı yapılması rahatsız edici bir ortam yaratılması dahi "cinsel taciz" olarak kabul edilecektir.

Yukarıda kökenlerini izah etmeye çalıştığımız bu anlayış, daha Avrupa ülkesinde dahi fikirbirliği içinde benimsenebilmiş değildir. Örneğin Fransa, 2002 yılında kanunlarını değiştirmesine rağmen,

ortam yaratan davranış" olarak tanımlanmalı, yapılacak bir yasal düzenleme bu tanımdaki unsurları yansıtmalıdır. Kuşkusuz öğreti ve yargı kararları ile bizim toplumsal yapımız ve kültürümüze göre yukarıda belirtilen tanımlamanın içi doldurulacaktır.

2002/73 sayılı Direktif'e ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alarak, cinsel tacizi ayrımcılığın bir biçimi olarak değerlendirmek, kanımızca hukukumuz bakımından da izlenmesi gereken yol olmalıdır. Gerçekten, teorik bakımdan olduğu kadar, pratik bakımdan da bu yorumun özellikle iki önemli sonucu söz konusu olacaktır.

İlk olarak biraz sonra üzerinde durulacağı üzere, cinsel taciz durumunda işçinin isteyebileceği maddi tazminatın kapsamının belirlenmesi son derece güç bir konu olup, cinsel tacizi ayrımcılık anlamında yorumlamak, işçiye 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinden yararlanma fırsatı yaratacak ve buna göre, işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir.

İkinci olarak, bilindiği üzere, ayrımcılık konu-

Cinsel tacizi ayrımcılığın bir biçimi olarak değerlendirmek, kanımızca hukukumuz bakımından da izlenmesi gereken yol olmalıdır.

sunda ispat yükünün işçi lehinde hafifletilmesi söz konusudur. AB'nin 97/80 sayılı Direktifi'ni, İş Yasası'nın 5. maddesi iç hukukumuzda yansıtmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, cinsel taciz bakımından da bu hükme dayanılabilmesi olanağı yaratılacaktır.

III. İşyerinde Cinsel Tacizin Önlenmesi ve Türk İş Hukuku

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. fıkrasının (d) bendine göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, Kanun'a göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (m.25/II, c).

Söz konusu hükümlerin, cinsel tacizin önlenmesi konusunda yeterli olduğunu öne sürmeye olanak bulunmamaktadır. Gerçekten, işyerinde eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda en önemli sorumluluk işverene düşmektedir. İşyerinde cinsel tacizin önlenmesi için her şeyden önce işyerinde sağlıklı bir iletişim sistemi kurulması, her türlü hiyerarşik düzeyde sorumluluk tesis edilmesi ve işçilere bu alanda eğitim verilmesi ile mümkündür. Yine 92/131 sayılı tavsiye kararında belirtilen, talep ve şikâyet prosedürü oluşturulması, işçilere tavsiye ve yardım sağlanması, soruşturma yapılması, işyerinde disiplin ve cezalandırma sistemi kurulması konusunda işverenlere yükümlülükler getiren düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Kanımızca, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde olduğu gibi, bu konular da işletmelerin niteliklerine, büyüklüklerine göre düzenleme konusu yapılabilir. Örneğin, işyerinde cinsel tacizin önlenmesi konusunda alınması gereken tedbirler konusunda tüzük veya yönetmelikler çıkartılabilir. İşverenlere cinsel tacize ilişkin olarak iç yönetmelikler hazırlama yükümlülüğü getirilebilir³⁶.

IV. Cinsel Taciz ve İşverenin Sorumluluğu

1. İşverenin Sorumluluğunu Tesis Etmenin Önemi

Dünyada yapılan bilimsel araştırmalar ve tecrübeler, işyerlerinde cinsel tacizin önlenmesinin, ancak bu konuda işverenin sorumluluğunun tesis edilmesi ile mümkün olabileceğini ortaya koymuş bulunmaktadır. Ancak hukukumuz bakımından, işçinin cinsel tacize uğraması durumunda sorumluluğunu tesis eden özel bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu Tasarısının üç fıkradan oluşan 421. maddesinde, işçinin kişiliğinin genel olarak korunması düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin kenar başlığında kullanılan "4. Tedbirler ve mesai mahalleri" ibaresi, Tasarıda "IV. İşçinin kişiliğinin korunması/1. Genel olarak" şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, işverenin işçinin kişiliğini koruması, kişiliğine saygı göstermesi, sağlığını gözetmesi, işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerçekten, işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi olanaklarını sağlama gibi yükümlülükleri söz konusudur. Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren bu amaçla, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür.

İşverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

Cinsel taciz konusunun, işverenin hukuki sorumluluğunun tesis eden BK m. 332'nin yerini alacak olan hükümde düzenlenmiş olmasını olumlu bir gelişme olarak görmek gerekmektedir. Gerçekten, işçinin cinsel tacize uğradığı gerekçesiyle açacağı bir davada işverenin sorumlu tutulması konusunda iki temel hukuksal problemle karşılaşılacaktır. Birincisi işverenin sorumluluğunun hukuki dayanağı ne olacaktır. Bu sorumluluk kusurlu mu, yoksa kusursuz sorumluluk olarak mı nitelenecektir. İkinci olarak ise işçinin isteyeceği tazminatın kapsam ve ölçüsü neye göre belirlenecektir.

Gerek mevcut sistem, gerekse de BK Tasarısı bakımından cinsel taciz, işverenin işçiyi koruma borcunun bir ihlali olarak nitelendirilebilir ve buradan hareketle sorumluluk tesis edilebilir. Uygulamada Yargıtay, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı koruma borcunun ihlali durumunda, işverenin "kusursuz" olarak sorumlu olacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, pratikte, işverenin

ren arasında illiyet bağı oluşup oluşmayacağı tartışılabilir. Bu durumda kanımızca olayın özelliklerine göre değerlendirmeye gidilmesi uygun olacaktır. Örneğin olayın işyeri içinde ya da dışında gerçekleşip gerçekleşmediği, işçinin bu konudaki rahatsızlığını önceden işverene bildiren bildirmediği gibi hususlar dikkate alınarak işverenin sorumluluğunun tesis edilmesi isabetli olacaktır⁴⁰.

Yine işverenin işçilerinin cinsel taciz eylemlerinden sorumluluğunun varlığını kabul etmek yeterli olmayıp, esasen bunun kapsamının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Cinsel tacize uğrayan işçi maddi ve manevi zararlarının giderilmesi için işverene başvurabilecektir. Maddi zarar anlamında işçi, cinsel taciz nedeniyle gördüğü tedavi masraflarını, bu nedenle işe gidemediği için yoksun kaldığı ücretleri isteyebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki işçinin isteyebileceği maddi zararın kapsamının belirlenmesi kolay olmayıp, burada işvereni caydırıcı ve önlem almaya sevkedici

İşveren vekillerinin fail niteliğinde olduğu cinsel taciz vakıalarında işverenin sorumluluğu geniş biçimde tesis edilmelidir.

kusuru ve işçinin birlikte kusuru, tazminatın belirlenmesinde etkili olmaktadır. Nitekim tarafların kusur oranları tazminatın takdirinde indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır^{37, 38}.

Kanımızca, işverenin sorumluluğunun tespitinde işveren adına yönetim hakkı kullanan kimselerin, yani işveren vekillerinin fail niteliğinde olduğu cinsel taciz vakıalarında işverenin sorumluluğu geniş biçimde tesis edilmelidir. Bu anlamda, İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "işveren vekilinin bu sıfatla işçilere işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur" hükmünün işverenin sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturduğu kabul edilmelidir³⁹. Buna karşılık, bir işçinin aynı seviyede diğer bir işçiye bulunduğu cinsel taciz bakımından işverenin sorumluluğu, bu olayı bilip bilmediği ve ikinci olarak işyerinde cinsel tacizin önlenmesi konusunda etkili bir mekanizma oluşturup oluşturmadığı dikkate alınarak belirlenmelidir. Üçüncü kişilerin (örneğin işletmenin müşterileri gibi) bulunduğu cinsel taciz vakıaları bakımından ise, işverenin sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılabilir bir konudur. Bu durumda olay ve işve-

ren bir tazminata hükmedilebileceğini söylemek pek mümkün görünmemektedir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, 2002/73 sayılı Direktif'in 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, cinsel tacize uğrayan işçiye ödenecek tazminat hem caydırıcı hem de orantılı olmalıdır. Bu noktada, tazminata üst sınır da getirilemeyecektir. Dolayısıyla, işçinin maddi zararlarına karşılık olarak maktu bir tazminatın ödenmesi uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim, cinsel taciz, İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık kapsamında ele alındığında işçiye 4 aylık ücret tutarında bir tazminat daha verilmesi söz konusu olabilecektir. Kanımızca, 5. maddeye ek bir fıkra getirilerek, İsviçre hukukunda olduğu gibi (Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, 5/3 ve 5/4), "ayrımcılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşirse, bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir" şeklindeki düzenlemeyle cinsel tacize karşı etkin bir koruma sağlanması uygun olacaktır.

2. Cinsel Tacizin İspatlanması

Cinsel tacizin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesinin ikinci sonucu olarak, işçi işverene yö-

İşverenin işçilerinin cinsel taciz eylemlerinden sorumluluğunun varlığını kabul etmek yeterli olmayıp, esasen bunun kapsamının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır.

nelteceği tazminat davasında, İş Kanunu'nun 5. maddesi hükmünden yararlanma olanağına kavuşacaktır. Gerçekten bu maddeye göre, işverenin ayırmacılık teşkil eder biçimde davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durum ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Nitekim, bu görüş bugün AB hukukunda da savunulmakta, ve cinsel tacizin ispatı konusunda, ayırmacılığın ispatını kolaylaştıran 97/80 sayılı Direktif'in temel alınması gerektiği öne sürülmektedir⁴¹.

Gerçekten, cinsel tacizin ispatlanması, işyerinde cinsel taciz sorununun, çözümü en güç yönünü teşkil etmektedir. Gerçekten, cinsel taciz çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında yaşanan ve bilinen bir eylem niteliğinde olmaktadır⁴². Dolayısıyla, sadece mağdur tarafından bilinen bir olayın inandırıcı biçimde ortaya konulması büyük bir güçlük arz etmektedir. Nitekim, belirttiğimiz bu nokta, bir Yargıtay kararında da; "...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır"⁴³ biçiminde ifade edilmiştir. Buna çok benzer bir biçimde, Fransa'da, Toulouse İstinaf Mahkemesi de, bir kararında; "...Cinsel taciz vakıalarında, diğer kimselerin olayı görmeleri, görseler dahi tanıklık yapmayı kabul etmeleri istisnaidir" anlatımına yer vermiştir⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, cinsel taciz, tacizde bulunan işçi bakımından işverence sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açabileceği gibi; cinsel tacize maruz kalan işçinin de bu gerekçeyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar, bu iki durum bakımından ispatlanması gereken eylem "cinsel taciz" olmakla birlikte, ispat yükünün tarafları farklı olacaktır. Gerçekten, cinsel tacizde bulunduğu gerekçeyle işçi işten çıkarıldığında, tacizin varlığını ispat, bunu iddia

eden işverene düşecektir. Buna karşılık, cinsel tacize uğradığını iddia ederek sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini açıklayan işçinin, tacizin varlığını ortaya koyması gerekecektir. Nitekim, Fransız hukukunda da, cinsel tacize uğradığını iddia eden işçinin bunu ispatlaması gerektiği, buna karşılık taciz ettiği gerekçesiyle işçinin işine son vermek işverenin taciz olgusunu kanıtlaması gerektiği yargı kararlarında kabul edilmektedir⁴⁵.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, cinsel taciz eylemlerinin çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında bilinen olaylar olması, ispat konusunda önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın cinsel tacize ilişkin olarak verdiği kararlarda, genel yaşam tecrübelerini de olaya kattığı ve bu anlamda fiili karineler tesis ederek çözüm aradığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda, işyerinde ustabaşı olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi aynı işyerinde üç bayan işçiye sarkıntılıkta bulunduğu gerekçesi ile işverence feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, feshin haksız olduğu iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alan yerel mahkeme kararını, bayan işçilerin olayı yer belirtmek suretiyle ayrıntılı olarak anlattıkları, kendilerine sarkıntılık yapıldığı şeklinde iftirada bulunmalarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve sarkıntılık eyleminin gerçekleştiği gerekçesi ile bozmuştur⁴⁶.

Kuşkusuz, bir işçi için, birden fazla kadın çalışanın gelerek işverene taciz iddiasıyla şikâyetle bulunması, bu işçi hakkındaki şüpheleri oldukça artırdığı söylenebilir. Benzer şekilde, bir işçi hakkında birçok kimsenin şikâyetle bulunmuş olması, Fransız İş Yargısı tarafından da, birçok kararda, ta-

5. maddeye ek bir fıkra getirilerek, "ayırmacılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşir ise, bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir" şeklindeki düzenlemeyle cinsel tacize karşı etkin bir koruma sağlanması uygun olacaktır.

Cinsel taciz eylemlerinin çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında bilinen olaylar olması, ispat konusunda önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir.

cizin varlığının bir göstergesi olarak kabul edilmiştir⁴⁷. Ancak, yine Fransız Hukuku'nda belirtildiği üzere, bir kimse hakkında çok sayıda kişinin şikâyetinde bulunması, gerçekçilik sınırlarını aşıp, bu kimse hakkında deyim yerindeyse bir “komplo şüphesi” uyandırabilir. Bu noktada haklı olarak, bu işçilerin kendi aralarında ve suçladıkları kimse ile nasıl bir menfaat ilişkisi içinde buldukları, yargıç tarafından son derece duyarlı biçimde gözlemlenmelidir. Nitekim, Fransız Yargıtay, kararlarında tacize uğradığı iddiasıyla şikâyetinde bulunan kimselelerin birbirini tanımadıkları veya diğerlerinin tacize uğradığı konusunda herhangi bir bilgi sahibi olmadıkları olgusunun da altını çizmek gerektiğini duyurmaktadır⁴⁸. Fransız hukukunda kabul edilen bu isabetli görüşler ve yaklaşım biçimi dikkate alındığında, yukarıda anılan Yargıtay kararına konu olan olayda, üç bayan işçinin aynı zamanda şikâyetinde bulunmuş olmasının, taciz olayının varlığı konusunu oldukça şüpheli kıldığı söylenebilecektir⁴⁹.

Yargıtay, bir başka kararında da, tacize uğradığı ileri sürülen bayan işçinin işverene hitaben yazdığı mektubu, tanık beyanlarını da dikkate alarak ve “bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır” anlatımına yer vererek, davacının iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedildiği sonucuna ulaşmış ve taleplerini reddetmiştir⁵⁰.

Görüldüğü gibi, Yargıtay, delilleri bütünlük içinde değerlendirerek tarafların davranışlarını “hayatın olağan akışı” ölçütü bağlamında yorumlamakta ve taciz iddiasının gerçekçi olup olmadığını değerlendirmektedir. Nitekim, bir başka kararında da Yargıtay'ın aynı şekilde meydana gelen olayları ve davranışları bütünlük içinde irdeleyerek sonuca gittiğini görüyoruz. Nitekim, Yargıtay kararına konu bu olayda; davacı işyerinde çalışırken davalının oğlunun kendisine sarkıntılık yaptığı iddiası bulu-

narak ihbar, kıdem tazminatları ve bazı işçilik hakları için talepte bulunmuştur. Mahkemece dinlenen davacı tanıklarından birisi; davacıyı ağlarken gördüğünü, sebebini sorduğunda, işverenin oğlunun kendisine sarkıntılık yaptığını, tepki gösterince de işine son verildiğini belirtmiş ve diğer davacı tanığı da aynı mahiyette beyanda bulunmuştur. Davalı tanıkları ise sarkıntılık olayı hakkında bilgi sahibi olmadıklarını, ancak davacının devamsızlık yaptığını söylemişlerdir. Dosya içeriğindeki bu ifade ve bilgileri değerlendiren Yargıtay; “...Sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibarıyla görgü tanıklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır. Davacının şikâyet dilekçesi, dinlenen tanık beyanları, olayların gelişimi ve tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde davacıya işyerinde işverenin oğlu tarafından sarkıntılık yapıldığı, bu nedenle hizmet akdini haklı olarak feshettiği sonucuna varmak gerekir” sonucuna ulaşmıştır⁵¹.

Yukarıda belirtilen kararda açıkça ifade edildiği üzere, taciz eylemleri gizli gerçekleştiğinden, çoğu zaman bunlara görgüsüyle tanıklık edecek kimse bulunmamaktadır. Ancak, görgüye müstenit olmasa da tanık beyanları, dosya içeriğindeki diğer delillerle birlikte hâkimde tacizin varlığı konusunda bir kanaat uyandırabilecektir⁵². Nitekim, Yargıtay, bir kararında tanık beyanlarının görgüye müstenit olmamasına karşın, tacize uğrayan bayan işçinin derhal olay sonrasında durumu bildirerek tutanak düzenlenmiş olması ve yine tacizle itham edilen davacının “sendelemesi üzerine elinin fermuarına dokunduğunu söylemek suretiyle bir bakıma tevil yoluyla davranışını kabul etmiş”⁵³ olmasını gerekçe göstererek cinsel taciz nedeniyle feshin haklılığını tespit etmiştir.

Belirttiğimiz gibi, tanık anlatımları, görgüye dayansın dayanmasın, cinsel taciz iddialarında hâkime kanaat verme konusunda büyük bir önem taşımaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.6.1994 gün ve 5617/10421 sayılı kararında, “Davacının, davalıya ait işyerinde çalışırken aynı işyerinde çalışmakta olan bir kadın işçiye sarkıntılık yaptığı, olaya maruz kalan işçinin şikâyeti üzerine düzenlenen tutanak içeriği, olayların akışı ve iş müfettişi raporunda yer alan açıklamalardan anlaşılmaktadır. Bu davranış İş Kanunu'nun 17/2. mad-

desi uyarınca işverene, iş akdini bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkı verir. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna rağmen isteklerin hüküm altına alınması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” anlatımına yer verilerek tutanak içeriği, olayların akışı ve müfettiş raporu, cinsel tacizin varlığını gösteren deliller olarak hükme esas alınmıştır. Buna karşılık, yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine, kendisine intikal eden dosyayı inceleyen Hukuk Genel Kurulu; “...Dava ihbar ve kıdem tazminatı istemine ilişkindir. Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, davalı işverenin, davacının iş akdini haklı fesih hakkının doğmuş olup olmadığı noktasında toplamaktadır. Davalı işveren, davacının aynı yerde çalışmakta olan bir kadın işçiye sarkıntılık yaptığını ileri sürerek, davacının bu davranışının kendisine İş Kanunu'nun 17/II. maddesi uyarınca iş akdini bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkı verdiğini ileri sürmesine karşın, davacı böyle bir olayın meydana geldiğini ve sarkıntılık fiilini işlediğine dair tutulan tutanağın hukuken geçerli bir belge bulunmadığını savunmuştur. Gerçekten, mahkemece toplanan deliller bu konuda sonuca ulaşmada kanaat verici olmaktan uzaktır. Yalnızca olayla ilgili tutulan tutanak da savunmayı ispata yeterli değildir. Bu durumda mahkemece davalının delil listesiyle bildirdiği ve dinlenilmeyen tanıkların celbi suretiyle dinlenmeleri ve toplanan delillerin birlikte değerlendirilerek sağlıklı bir çözüme ulaşılması gerekir. Bu yön gözetilmeden sadece şahitler adlarına ücret yatırılması gereğine ilişkin ara kararı ile yetinilip, ve karar gereğini yerine getirilmemesinden söz edilerek eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir” anlatımına yer vererek “tutanak içeriği, olayların akışı ve iş müfettişi raporu” cinsel tacizin varlığını ispat için yeterli görülmemiş, maddi vakıanın tanık anlatımlarıyla açıklığa kavuşturulması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁴.

Fransız hukukunda da, cinsel tacizin ispatlanmasında, en önemli delilin, bu olay hakkında bilgisi olan kimselerin tanıklığı olduğu ifade edilmektedir⁵⁵. Hatta Fransız hukukunda cinsel tacize tanıklık eden kimselerin korunması ile ilgili özel bir yasal düzenleme bile yapılmıştır⁵⁶. Ancak yine de görgüye dayanan tanıkların çoğu zaman bulu-

Cinsel tacizin ispatlanması, işyerinde cinsel taciz sorununun, çözümü en güç yönünü teşkil etmektedir.

namayacağı belirtilmektedir. Nitekim, bu konuda Fransız mahkemeleri de taciz olayının varlığını gösteren olguları bütünlük içinde ele alarak, tacize uğradığını iddia eden ile bunu inkar eden tarafın davranışlarını yorumlayarak sonuca gitmektedir. Nitekim, Fransız yargı kararlarına bakıldığında, işçinin taciz olayını amirlerine⁵⁷ veya kadın kuruluşlarına sendikaya veya işçi temsilcilerine iletmemiş ve şikâyetinde bulunmuş olması, çalışma arkadaşlarına veya yakınlarına olayın gizli yönleri hakkında bilgi vermiş olması, mağdurun yaşadığı psikolojik bunalım, bunun yarattığı görünür mesleki başarısızlıklar, taciz eden kimse hakkında suç duyurusunda bulunmuş olması⁵⁸, yargıçta taciz mağduru işçinin ciddi olduğu konusunda bir kanaat uyandırabilmektedir⁵⁹. Yargıçlar, tacizde bulunduğu iddia edilen kimsenin davranışlarından da taciz olayının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye çalışabilmektedir. Örneğin, işveren konumundaki failin, işçi temsilcisine, bir işçinin kalçasına dokunmanın o işçi ile arasının iyi olduğu anlamına geleceğini açıklanmış olması, tacizde bulunduğu bir kanıt olarak değerlendirilmiştir⁶⁰. Yine tacizde bulunan kimsenin, aleyhinde tanıklık edecek kimseleri engellemeye ve üzerlerinde baskı kurmaya çalışmasını da cinsel tacizin varlığı konusunda bir emare olarak yorumlanmaktadır⁶¹. Fransız yargısının kararlarında esas aldığı bu ölçütler, hukukumuz bakımından da gözönünde tutulacak niteliktedir.

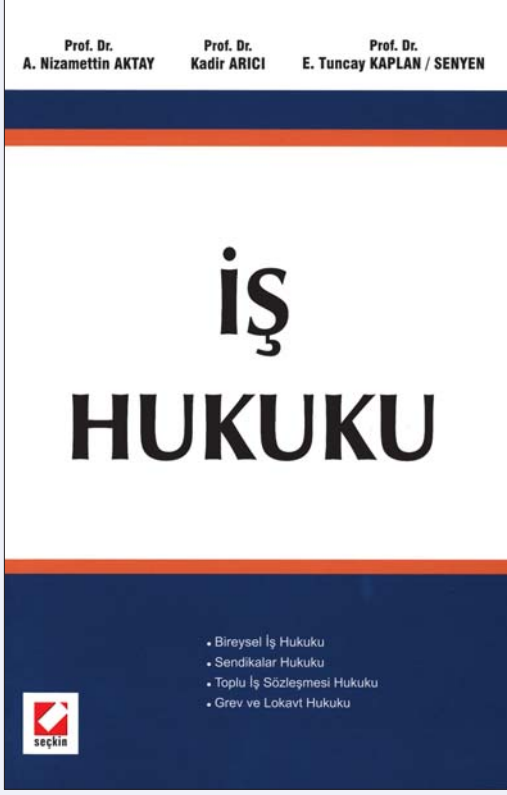
DİPNOTLAR

- 1 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292; aynı yazarlar: Implementing the new E.U.'s sexual harassment directive: Are employers entitled to a defense, J. Individual Employment Rights, Vo.11(2), 89-110, 2003-2004, 89.
- 2 Aeberhard-Hodges, Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail, Jurisprudence Récente, Révue Internationale du Travail, Vol 195, 1996, No:5, 545 vd.; Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292.
- 3 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292.

- 4 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 296.
- 5 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 296-297.
- 6 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297.
- 7 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>.
- 8 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297.
- 9 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297-298.
- 10 A. R. Okur, İşyerinde Cinsel Taciz, *Argumentum*, Yıl: 4, sayı: 42, 2-4.
- 11 K. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa yay., İstanbul 2000, 101-102.
- 12 Bkz. Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>.
- 13 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorbanne, 45.
- 14 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 22 vd.; bkz. A. R. Okur, İşyerinde Cinsel Taciz, *Argumentum*, Yıl: 4, Sayı: 42, 2 vd.
- 15 M-A. Moreau, A propos de l'abus de l'autorité en matière sexuelle, *Droit social*, Février 1993, 115.
- 16 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 22 vd.; Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, 273-276; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk Hukukunun AB Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, 67.
- 17 AB Hukuku'nda, Komisyon 7 Haziran 2000'de 76/207 sayılı Eşit İşlem Direktifi'nde yaptığı değişiklik teklifinde işyerinde cinsel tacizi, cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir biçimi olarak tanımlamıştır. Bkz. Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk Hukukunun AB Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, 56.
- 18 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, 3-4.
- 19 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, 4-5.
- 20 Bkz. S.Cromer- M.V.Louis, Existe-t-il un harcèlement sexuel "à la française?", *French politics and society*, Vol 10, Number 3. Eté 199, 37 vd.
- 21 Bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 64-66.
- 22 American Management Association (AMA) raporu için bkz: www.amanet.org/research/pdfs/emsshort 2001.pdf
- 23 C. J. Muhl, Workplace e-mail and internet use, employees and employers beware, *Monthly Labour Review*, February 2003, 37-38; Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the workplace, www.fnew.com/archive/monitoring, 5; Melissa A. Walls, E-Mail and Internet Monitoring in the Workplace: Has the Tide Turned on Employer Impunity? *Juris Magazine - The Duquesne University School of Law*, <http://www.juris.duq.edu/winter2001/email.htm> örnek davalar olarak bkz: http://www.loundy.com/CASES/Bourke_v_Nissan.html.
- 24 Mc Laren v. Microsoft Corp. davasında, aynı Smyth davasında olduğu gibi, şirkete ait bilgisayar üzerinden gönderilen e-mail mesajlarının işçiye ait sayılmayacağını belirtmiş ve bunların işletmenin mülkiyet alanına girdiğini açıklanmıştır. Amerikan hukukunda, mahkemelerin "mülkiyet hakkı teorisini" (property rights theory) üstün tutarak çözüme gittiği belirtilmektedir. Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>, 45.
- 25 J. Fraysinnet, Nouvelles Technologies et protection des libertés dans l'entreprise, *Droit social*, Juin 1992, 596 vd.; S. Darmasin, L'Ordinateur, l'employeur et le salarié, *Droit social*, Juin 2000, 580 vd.
- 26 Fransız yargısının konuya ilişkin gelişimi incelendiğinde ilk kez 2001 yılında Fransız Yargıtayı (Chambre Sociale de la Cour de Cassation) ve Paris İstinaf Mahkemesi, iletişimin gizliliği konusundaki düzenlemelerin mesleki amaçlarla verilen elektronik postalar için de geçerli olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Ancak e-maillerin denetimi konusundaki ilkeler esas olarak, Fransız Yargıtayı'nın 2 Ekim 2001 tarihinde verdiği NIKON kararı ile ortaya konulmuş bulunmaktadır. Karar metni için bkz. *Droit Social*, Novembre 2001, 920. Karara internet üzerinden ulaşmak için: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/cass20011002.pdf>
- 27 A. Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 46 vd.
- 28 Aeberhard-Hodges, Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail, *Jurisprudence Récente, Revue Internationale du Travail*, Vol 195, 1996, No:5, 559-560.
- 29 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 50.
- 30 Amerikan ve Fransız toplumunun cinselliğe bakışı ile ilgili kapsamlı bir inceleme olarak bkz. Saguy, Puritanism and Promiscuity, Sexual attitudes in France and in the United States, *Comparative social research*, Vol: 18, 227 vd.
- 31 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 53.
- 32 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 54.
- 33 Fransız yasal ve kültürel dokusunun, işletmeler üzerinde de kaçınılmaz biçimde etkileri mevcut bulunmaktadır. Nitekim bu konuda yapılan anket ve araştırmalarda Fransız insan kaynakları uzmanlarından birisinin konuya ilişkin açıklamaları çarpıcıdır "... bizim ülkemizde ABD'deki psikoloji mevcut değildir. Kanun bize iç yönetmeliklerde cinsel tacize ilişkin düzenlemeler yapmamızı emrediyor. Bu konuyu komitenin önüne getirdiğimde, herkes bana güldü ve her ne kadar iç yönetmeliği kanuna uygun biçimde onaylasak ve yürürlüğe koysak da herkes bunu bir şaka gibi görüyordu". Fransa'da cinsel tacizin ABD'de olduğu gibi ciddiye alınmamasının bir hukuksal plandaki nedeni ise, bu konuda işveren sorumluluğunun da ABD'ye göre çok daha sınırlı biçimde öngörülmüş bulunmasıdır. Gerçekten, Fransız yasalarına göre, işverenin karşılaştacağı tazminat, ABD'ye göre çok daha sınırlıdır. Bkz. Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne, 54.
- 34 A. Saguy, International crossways, Traffic In Sexual Harassment Policy, *The European Journal Of Women's Studies*, 2002, Vol 9 (3), 251-253.
- 35 Ancak Bakırcı'yı bu tespitin dışında tutmak gerekir. Gerçekten yazar cinsel tacizi oldukça geniş biçimde yorumlamaktadır. Bkz. İşyerinde Cinsel Taciz, 101 vd.
- 36 Cinsel tacizin önlenmesi konusunda bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 223 vd.

- 37 Bkz. İ. Ulsan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Kazancı Yay., İstanbul 1990, 135 vd; L. Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yay, Ankara 2001, 224 vd.
- 38 Bakırcı, işverenin cinsel tacizden doğan sorumluluğunu işverenin gözetme borcuna dayandırırken (bkz. 154-156), daha sonra bu sorumluluğunun “kusurlu sorumluluk” olduğu sonucuna ulaşmaktadır (bkz. 164).
- 39 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 162-163.
- 40 Ayrıca bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 165 vd.
- 41 Owens-Morgan-Gomes, Implementing the new E.U.'s sexual harassment directive: Are employers entitled to a defense, 96-97.
- 42 Moreau, A propos de l'abus de l'autorité en matière sexuelle, Droit Social, Fév. 1993, 119.
- 43 Y. 9. HD, 19.2.1998, E. 1997/21644 - K. 1998/2236, Günay, İş Kanunu Şerhi Ankara 2005, 765.
- 44 A-L, Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, Droit social, Juin 2001, 616 dn.68.
- 45 A-L, Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, Droit social, Juin 2001, 616.
- 46 Y. 9. HD, 10.4.2001 E., 2001/412, K. 2001/5944, Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 661.
- 47 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617 dn. 87'de anılan kararlar.
- 48 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617.
- 49 Bkz. yukarıdaki dipnotta anılan 10.4.2001 tarihli, 9. Hukuk Dairesi kararı.
- 50 Y. 9. HD, 8.3.2005, E. 2004/13286 K. 2005/7706, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 51 Ancak, anılan karara ekli muhalefet şerhinde “...Mahkemenin kararı dosya içeriğine uygun olup, delillerin değerlendirilmesinde hataya düşülmediğinden, onanması gerekirken bozulması görüşüne katılmıyoruz” görüşüne de yer verilmiştir. Y.9. HD, 19.2.1998, E. 1997/21644, K. 1998/2236, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 765.
- 52 Örneğin, işçinin gönderdiği e-mail mesajları, tacizin varlığını gösteren deliller arasında görülmüştür: “...Dosyadaki bilgi ve belgelerden; bir eğitim kurumu olan davalı vakıfta bölge eğitim sorumlusu olarak çalışan davacının, davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır. Bizzat davacı tanıkları bu mesajların işverence 7.1.2004 tarihinde öğrenildiğini ifade etmişlerdir. Bu durumda davacının iş akdinin feshi geçerli bir sebebe dayandığının kabulü gerekir.” (Y. 9. HD., E. 2004/18435 K. 2004/28069, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 53 “...Davacının güvenlik görevlisi olarak davalıya ait işyerinde çalışırken bir bayan işçinin havanın sıcak olması sebebiyle çalıştığı odanın kapısını açarak havanın sıcaklığından söz etmesi üzerine "ateş başına mı vurdu" sözlerini söyleyerek o bayan işçinin elbisesinin fermuarını çekerek boyundan aşağı doğru indirdiği, bunun üzerine bayan işçinin durumu ilgililere bildirerek tutanak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, bayan işçi tutanak içeriğini mahkemede verdiği açık ve ayrıntılı ifadesinde doğruladığı gibi, öteki tanıklar da aynı olayı duyguya müstenit olarak açıklamışlardır. Bundan başka davacı işçi de sendelemesi üzerine elinin fermuarına dokunduğunu söylemek suretiyle bir bakıma tevیل yoluyla davranışını kabul etmiştir. İşyerinde çalışan bir başka işçiye bu şekilde sözle ve elle davranışta bulunduğu açık olduğu halde, sadece bayan işçinin beyanıyla olayın kabul edilmesinin doğru olmadığı sonucuna mahkemeye varılmış olması hatalı olup dosya içeriği ile de bağdaşmamaktadır. Bu durumda işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı olduğu kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatının reddedilmesi gerekir.” (Y. 9. HD, 6.6.2001, 7060/9654, Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 663).
- 54 Y. HGK, 12.04.1995, E. 1995/9-112, K. 1995/381, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr
- 55 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 616.
- 56 Fransız İş Kodu, L.122-46, cinsel tacize uğrayan işçinin ve tanığının korunması başlığını taşımaktadır.
- 57 İşçinin durumu amirine makul sürede bildirmiş olması, Yargıtay'ca da tacizin varlığını gösteren bir olgu olarak değerlendirilmiştir. Y. 9. HD, 14.2.2005, 1827/4204, Çankaya-Günay-Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 511.
- 58 Fransız Yargıtayı'na göre, failin ceza davasından beraat etmiş olması ya da mağdur işçi tarafından cezai takibat yoluna gidilmemiş olması tacizin ispatını engellemez (Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617).
- 59 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel,616-617.
- 60 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617.
- 61 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel,617; Miné-Saramito, Le harcèlement sexuel, Droit Ouvrier, Février 1997, 53 vd.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay, Prof. Dr. Kadir Arıcı ve Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan/Senyen tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eser, Bireysel İş Hukuku, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Hukuku olmak üzere üç kitaptan oluşmaktadır.

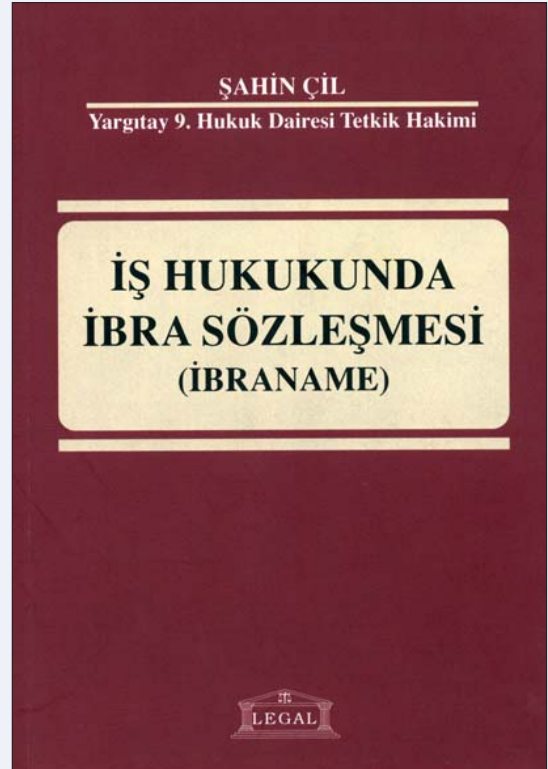
1475 sayılı İş Kanunu’nda mevcut hükümlerin özellikle sözleşme türleri ve işin düzenlenmesi açısından esnek nitelikte olmaması, bu hususta taraflara serbesti tanımaması, uluslararası normlar özellikle ILO sözleşmelerindeki yeni düzenlemeler de göz önünde bulundurularak yeni bir İş Kanunu’nun yürürlüğe konulmasını gerektirmiştir. Bu gerekçelerle hazırlanarak 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, bireysel iş ilişkisinde, iş sözleşmesinin türleri, tarafların hak ve borçları ve işin düzenlenmesi konularında çağdaş iş yaşamına uygun düzenlemeler getirmiştir. Bu açıdan eserin, Bireysel İş Hukuku’na ilişkin birinci kitabında, 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan yeni düzenlemeler incelenmekte, bazı tartışmalı konularda doktrindeki görüşlere ve Yargıtay kararlarına yer verilmektedir.

Sendikalar Hukuku’na ilişkin ikinci kitap ile Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’na ilişkin üçüncü kitapta ise 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, doktrindeki bazı tartışmalı konular ve yeni Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan “**İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)**” kitabında, bugüne kadar ibra sözleşmesini ele alan öğretici görüşlerine yer verilmekte ve Yargıtay kararları ilgili bölümlerde açıklanmaktadır. Kitap, hangi ibranamenin geçerli olduğu sorusunun cevabına biraz daha yaklaşmak ve bu konuda uygulamada yaşanan tereddütleri azaltmak amacıyla Şubat 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

İbraname konusu, öğretide sınırlı olarak ele alınmış, uygulamaya daha çok Yargıtay kararları yön vermiştir. Ancak Yargıtay kararları da zaman içinde bazı değişiklikler göstermiş, önceleri ibranameler, çoğunlukla geçersiz sayılırken, son yıllarda Yargıtay kararlarında ibranamenin borcu sona erdiren etkisi daha çok ön plana çıkmıştır. İbra sözleşmesiyle ilgili en temel sorun, uygulamada ibranın ifa ile karıştırılması ve ibranameye ödeme belgesi gözüyle bakılması olmuştur.

Kitapta, ibra sözleşmesinin tanımı, tarafları, kuruluşu ve sonuçları sistematik bir biçimde ele alınmaktadır. İlgili Yargıtay kararları, konularına göre ayrılmakta ve kolay ulaşılabilir bakımından kararların özetine yer verilmektedir.



Seval EROĞLU

MESS Müşavir Avukatı

5237 Sayılı TCK ve 5252 Sayılı Uygulama Kanunu'ndan Sonra Ek-I ve Ek-II Cezalarında Yaşanan Uygulama Sorunları Üzerine Bir Değerlendirme

1- GİRİŞ

Bilindiği üzere 2821 sayılı Sendikalar Kanunu; 8, 9, 22, 26 ve 62. maddeleri ile birtakım bildirim yükümlülüklerini hüküm altına almış ve 59/I maddesi ile bu bildirim yükümlülüklerine uymamayı yaptırıma bağlamıştır. Bu incelememizin konusunu, uygulamada çok sık karşılaşılmaması nedeniyle 62. maddede öngörülen bildirim yükümlülüğü ve buna aykırılığın cezalandırılması ile ilgili olarak yeni TCK ve Uygulama Kanunu'nun yürürlüğünden sonra ortaya çıkan sıkıntılar oluşturacaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 62. maddesi ile işverenlere; işe aldığı veya herhangi bir nedenle hizmet akdi sona eren işçileri, bu olayı takip eden ayın 15'ine kadar aylık bildirimlerle işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirme yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır (Bölge Müdürlüğü'ne bildirim yükümlülüğü Yasa'da yapılan değişiklikle kaldırılmıştır). Aynı Kanun'un 59/I maddesi ile de anılan bildirim yükümlülüğüne uymayan işverenlerin, bildirilmeyen her işçi için sanayi kesiminde çalışan 16 yaşın-

dan büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin beşte biri kadar "ağır para cezası" ile cezalandırılmaları hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Görüldüğü üzere 2821 sayılı Kanun ile öngörülen ceza, ağır para cezası niteliğinde bir adli para cezasıdır.

Adli para cezası doktrinde; "Adli makamlar tarafından verilen¹, kanunlarda öngörülerek, topluma belirli ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak, suçluyu belirli bir miktarda parayı kanunun gösterdiği yere ödemeye zorlayan, ıstırap çektirici, yargısal bir kararla failin kusurluluğuna ve ekonomik durumuna orantılı olarak hükmedilen yaptırım" olarak tanımlanmıştır². Tanımda da görüldüğü üzere, para cezasının adli para cezası olarak değerlendirilebilmesi açısından belirleyici unsur, bu para cezalarının adli makamlarca yargısal bir prosedür sonucunda verilmeleridir. Aşağıda da değineceğimiz üzere Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülen para cezaları burada tanımlanan biçimde adli para cezalarıdır. Bu nedenle gerek uygulanması, gerekse itiraz ve

Para cezasının adli para cezası olarak değerlendirilebilmesi açısından belirleyici unsur, bu para cezalarının adli makamlarca yargısal bir prosedür sonucunda verilmeleridir.

izlenecek yargısal yol anlamında ceza hukuku ve ilgili yargılama ve infaz kanunlarının genel ilkelelerine tabidirler³.

Bu nedenle adli nitelikteki bu ağır para cezasıyla ilgili olarak 5237 sayılı yeni TCK ve Uygulama Kanunu'nun öncesinde de eski TCK ve ilgili tatbik kanununun hükümleri uygulanmakta idi. Bilindiği üzere Sendikalar Kanunu'nun 59/I maddesinde her ne kadar asgari ücretin beşte biri oranında ağır adli para cezası öngörülmüş ise de, bu cezalar bundan önce eski Türk Ceza Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen ağır para cezasının alt sınırının altında kaldığı takdirde, her yıl başından itibaren yeniden değerlendirme oranında artırılan alt sınır tutarı esas alınarak uygulanmıştır. Yine bilindiği gibi eski TCK'nın 19. maddesinde düzenlenen ağır para cezasının alt sınırı 3056 ve 4421 sayılı Kanunlarla artırılmış ve 1999 tarihli 4421 sayılı Kanun ile de her yıl VUK mükerrer 298. maddesinde öngörülen yeniden değerlendirme oranı üzerinden sürekli olarak artırıma bağlanmıştır. Artırımlarla oluşan ağır para cezası alt sınırı, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden öncesi (2005 yılı anlamında) için son olarak 489 YTL düzeyine gelmiştir.

Konuyla ilgili uygulama sorunları ise 5237 sayılı TCK ve 5252 sayılı Uygulama Kanunu'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkmış bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'da artık "ağır para cezası"na yer verilmediği gibi bu Kanunun uygulanmasına müteallik 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesi 1. fıkrası ile özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüş bulunmaktadır. Bu noktada tahakkuk ettirilecek EK-I, EK-II cezalarına hangi kanun veya kanunların, daha net bir ifadeyle hangi Kanunun öngördüğü ceza miktarla-

rının uygulanacağı konusunda uygulamada büyük sıkıntılar yaşanmaya başlamış bulunmaktadır.

II- 5237 SAYILI TCK VE 5252 SAYILI KANUN DÜZENLEMESİ

Yukarıda değindiğimiz üzere konuya ilişkin uygulama sorunları; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Dair Kanun'un yürürlükten kaldırılması ve 5237 sayılı yeni TCK ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkmış bulunmaktadır. Belirttiğimiz üzere yeni TCK'da ağır para cezası kavramına yer verilmemiş, tüm suçlar için 52. maddede öngörülen adli para cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür. 5252 sayılı Kanun'un 5/I maddesi ile de ağır para cezasının mevzuatımızdan kaldırılması perçinlenmiş ve diğer tüm kanunlardaki ağır para cezalarının da adli para cezasına dönüştürüldüğü hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Konunun ilerleyen bölümlerde daha net biçimde ortaya konulabilmesi açısından burada her iki Kanun'un konuya ilişkin hükümlerine yer vermek yararlı olacaktır. Konuyla ilgili olarak; 5237 sayılı Kanun'un 52. maddesi; "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir." 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesi ise "... kanunlarda öngörülen "Ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür. Bu kanunlarda Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik ya-

Yeni TCK'da ağır para cezası kavramına yer verilmemiş, tüm suçlar için 52. maddede öngörülen adli para cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür.

pılıncaya kadar, birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dört yüzellimilyon, üst sınırı yüz milyard Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz.” hükümlerini içermektedir.

III- EK-I, EK-II CEZALARI İLE İLGİLİ YAŞANAN UYGULAMA SORUNLARI

Yapılan mevzuat düzenlemeleri ve ağır para cezasının kaldırılmasından sonra uygulamada çeşitli sorunlar ortaya çıkmış bulunmaktadır. Sorunların temelinde; tahakkuk ettirilecek EK-I, EK-II cezalarına hangi kanun veya kanunların, daha net bir ifadeyle hangi kanunun öngördüğü ceza miktarlarının uygulanacağı hususu yatmaktadır. Uygulamada savcılar farklı ceza miktarları içeren ön ödeme ihtarları düzenledikleri ve farklı miktarlarda cezalar tahakkuk ettirdikleri görülmektedir. Bazı savcılarımız ağır para cezası yürürlükteymiş gibi ilgili yıla ilişkin ağır para cezasının her yıl yeniden değerlendirme oranıyla artırılmış miktarı üzerinden (Bu miktarlar; 99 yılı için 60 YTL, 2000 yılı için 91 YTL, 2001 yılı için 144 YTL, 2002 yılı için 216 YTL, 2003 yılı için 343 YTL, 2004 yılı için 440 YTL ve 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği son 2005 yılı için 489 YTL dir.⁴), bazıları ilgili yıla ilişkin asgari ücretin beşte biri üzerinden, bazı savcılarımız 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinin dikkate alarak adli para cezasının alt sınırı olan günlük 20 YTL ve en az beş gün hesabıyla 100 YTL ve bazı savcılarımız ise 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesini hatalı yorumlayarak 450 YTL üzerinden ceza tahakkuk ettirmiş bulunmaktadır. Bu son uygulama kanımızca en hatalı olanıdır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı da resmi internet sitesinde ceza miktarını 2006 yılı için 450 YTL olarak belirtmiş bulunduğundan bu eğilimde olduğunu ortaya koymaktadır⁵. Detayına aşağıda değinilecek olmakla beraber bu uygulamanın sadece “alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş” o da söz konusu cezalar “nispi” nitelikte değilse söz konusu olabileceğini belirtmekte yarar görüyoruz. Burada 2821 sayılı Kanun'da beher fiil için asgari ücretin

Sorunların temelinde;

tahakkuk ettirilecek

EK-I, EK-II cezalarına hangi kanun veya kanunların, daha net bir ifadeyle hangi kanunun öngördüğü ceza miktarlarının uygulanacağı hususu yatmaktadır.

beşte biri denmek suretiyle bir alt sınır çizildiğini, bunun da ötesinde bu cezaların nispi nitelikte para cezaları olduğunu ve kanaatimizce bu tarz bir uygulamaya imkan bulunmadığını öncelikle belirtmek isteriz. Uygulamaya ilişkin sorunlar sadece savcılarımız arasındaki görüş ayrılıkları ile sınırlı kalmamakta, bilirkişiler ve hakimler arasında da benzer tarzda görüş ve uygulama farklılıkları ve uygulama sorunları göze çarpmaktadır. Bu kadar farklı görüş ve uygulamalar içinde “adalet”in tesisinden söz edilemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu itibarla doğru uygulamanın tesis edilebilmesi ve adil bir uygulamanın sağlanabilmesi, ayrıca konu hakkında da bir gündemin oluşturulabilmesi ümidiyle değerlendirmelerimizi ve çözüm önerilerimizi aşağıda sunmak isteriz.

IV- KONUYA İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVENİN ANA HATLARI İLE DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yukarıda değindiğimiz uygulama sorunlarının aşılabilmesi ve doğru uygulamanın hangisi olduğu konusunda sağlıklı bir karara varılabilmesi için öncelikle konunun ceza hukukunun genel ilkeleri dairesinde ana çerçevesinin belirlenmesi gerektiği inancındayız. Bu itibarla bu bölümde konumuzla ilgili olarak ceza hukuku anlamında genel çerçeveyi çizdikten sonra; kişisel hukuki görüşlerimiz çerçevesinde yanlış uygulamanın ve doğru uygulamanın neler olduğunu hukuksal dayanaklarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi anılan uygulama karmaşasının ceza hukukunun ve TCK'nın genel ilke ve hükümleri göz önünde bulundurularak sona erdirilmesi; yeknesak bir hukuk uygulamasının ve

adalet duygusunun tesisi için kaçınılmaz bir zorunluluktur. Zira 5237 sayılı TCK'nın "özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesinin açık hükmü karşısında bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Bu noktadan sonra yapılması gereken ise bu genel ilkelerden somut olay ile örtüşen hükümleri bulmak ve doğru uygulamanın dayanaklarını yakalamaktır. Bu genel hükümlerden kanaatimizce, sorunun çözümüne ışık tutacak en temel düzenleme yine anılan Kanun'un; "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesidir. Belirtilen madde hükmüne göre; "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."

Yukarıda andığımız genel hüküm ve ilkelerden hareketle EK-I, EK-II cezalarının miktarları konusunda aşağıdaki tespitleri yapmak yanlış olmayacaktır.

hakkuk ettirmek yönündeki uygulamadır. 5252 sayılı Kanun'un anılan hatalı uygulamaya dayanak yapılan 5/II. maddesi hükmü aynen "Bu kanunlarda Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sisteme uygun değişiklik yapıncaya kadar, birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dörtyüzzellimilyon, üst sınırı yüzmilyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz." biçimindedir. Maddenin açık hükmü karşısında; anılan 450 YTL'lik alt sınır uygulamasının ilgili kanun ile cezanın alt veya üst sınırı ya da bunlardan her ikisi belirtilmemiş ise mümkün olabileceği açıkça ortadadır. Oysa somut olayımızda 2821 sayılı Kanun'un 59. maddesi, beher fiil için asgari ücretin beşte biri mikta-

EK-I, EK-II cezaları; beher fiil ve beher işçi başına öngörölmüş, ceza miktarı ihlal sayısı ve işçi sayısına göre artabilen ve ceza miktarı hususunda hakimin takdir yetkisi bulunmayan nispi nitelikte adli para cezalarıdır.

En başta şu açıkça ortaya konulmalıdır ki yeni TCK ve Uygulama Kanunu düzenlemesinden sonra artık "ağır para cezası"nın güncel olarak yeniden değerlendirilme oranıyla artırılmış miktarı üzerinden ceza tahakkuk ettirmenin hukuki bir dayanağı yoktur. Zira ağır para cezası kavramı yukarıda değindiğimiz üzere; 5252 sayılı Kanun'un "ağır para cezasının dönüştürülmesi" başlıklı 5. maddesinin, "... kanunlarda öngörölen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürölmüştür." hükmü ile artık mevzuatımızdan tamamen çıkmış bulunmaktadır. Dolayısıyla buradan bakıldığında, yeniden değerlendirilmeyle güncellenmiş ağır para cezası alt sınırları üzerinden uygulama yapmak kesinlikle mümkün değildir. Ağır para cezasının hukuksal olarak ortadan kaldırıldığı yerde bu uygulamayı savunmak kesinlikle mümkün değildir.

Değirmek ve eleştirmek istediğimiz ikinci hatalı uygulama ise; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının da yaptığı biçimde; 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesi 2. fıkrasını hatalı yorumlayarak, beher fiil için 450 YTL üzerinden ceza tesis ve ta-

rında ceza uygulanacağını öngörmekle beher fiil için bir alt sınırı zaten tesis etmiş bulunmaktadır. Sadece bu durum karşısında dahi anılan 450 YTL'lik alt sınır üzerinden bir uygulama yapma imkanı ortadan kalkmaktadır. Kaldı ki 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesi 2. fıkrası son cümlesi, 450 YTL'lik alt ve 100.000 YTL'lik üst sınır uygulamasının "nispi" nitelikteki adli para cezaları için uygulanamayacağını da diğer taraftan hüküm altına alarak böyle bir uygulamanın önünü tamamen ve iki taraflı olarak kapatmış bulunmaktadır. Bilindiği gibi nispi para cezaları; 825 sayılı Kanunun tanımı ile; "Miktarı muayyen bir nispet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette bulunan para cezalarıdır" (825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Dair Kanun'un 20. maddesi 2. fıkrası). Doktrinde genel kabul gören diğer bir ifadeyle; miktarı ve yukarı haddi önceden kanun tarafından belirtilmiş olmayan veya failin temin ettiği yarar ve verilen zarar göz önüne alınarak, miktarı her somut olay için değişebilen ve miktarın tespiti konusunda hakimin takdir hakkı bulunma-

yan para cezaları, nispi nitelikteki para cezalarıdır⁶. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesi ile öngörülen EK-I, EK-II cezaları da; beher fiil ve beher işçi başına öngörülmuş, ceza miktarı ihlal sayısı ve işçi sayısına göre artabilen ve ceza miktarı hususunda hakim takdir yetkisi bulunmayan nispi nitelikte adli para cezalarıdır. Aksi yönde verilmiş bulunan bir Bakanlık görüşü⁷ ve gerekçelendirilmemiş bir Yargıtay kararı⁸ mevcut olsa da, öğreti, bu cezaların "nispi" nitelikte olduğu yönünde ağırlıklı bir görüşe sahiptir. Hal böyle olunca; yukarıda belirttiğimiz ve burada son bir kez yinelemek istediğimiz husus; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 59. maddesinde EK-I, EK-II cezaları için asgari ücretin beşte biri denilerek bir alt sınır tesis edilmiş olduğu ve anılan cezalar bariz biçimde nispi nitelikte olduğu için 5252 sayılı Kanun'un 5/II maddesini bu yönde hatalı yorumlayarak 450 YTL alt sınır üzerinden ceza uygulamasına gitmeye kanaatimizce ve hukuken imkan bulunmamaktadır.

Son olarak ele alınması gereken iki ceza uygulaması ise asgari ücretin beşte biri ve 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde öngörülen adli para cezası alt sınırı üzerinden 100 YTL'lik ceza miktarı uygulamalarıdır. Yani tartışılması gereken husus TCK'nın 52. maddesinde öngörülen ceza miktarının mı, yoksa 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinde öngörülen ceza miktarının mı uygulanacağıdır. Kanaatimizce burada yapılacak en doğru uygulama, EK-I, EK-II cezasına konu fiilin vuku bulduğu cari yıla ait sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük kimselere ilişkin asgari ücretin 5237 sayılı TCK'nın "adli para cezası" başlıklı 52. maddesinde öngörülen 100 YTL'lik alt sınırın altında kaldığı yıllarda 100 YTL üzerinden ve anılan asgari ücretin bu alt sınırın üzerine geçtiği yıllardan itibaren ise asgari ücretin beşte biri üzerinden ceza uygulaması yapılması olacaktır. Zira bildiğimiz üzere ağır para cezasının mevcut olduğu 5237 sayılı Kanun öncesi dönemde mevcut uygulama aynen bu şekildeydi. Her ne kadar 2821 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile asgari ücretin beşte biri oranında bir ceza miktarı öngörülmuş bulunsa da, bu miktar önceki Türk Ceza Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen alt sınırın altında kaldığı takdirde alt sınır üzerinden uygulama yapılmakta idi. Bugün için artık eski TCK ve ağır para cezası ve ilgili alt sınırlar gibi kavramlar söz konusu olmadığından ele alınacak olan, adli para cezası kavramı

ve adli para cezası alt sınırının tespiti ile güncel asgari ücretlerle mukayese yapılarak uygulanacak ceza miktarlarına ulaşılmasıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere adli para cezası ve alt sınırı, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun "adli para cezası" başlıklı 52. maddesi ile hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Anılan maddede düzenlemesi; "*Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. Hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.*" hükümlerini içermektedir. Bu hüküm karşısında; adli para cezasına beş günden az hükmedilemeyeceği ve bir günün karşılığı da 20 YTL'den az olamayacağı için, adli para cezasının alt sınırı kademeli biçimde 100 YTL olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani 100 YTL'nin altında adli para cezası uygulamasına gidilemez. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndaki EK-I, EK-II cezaları da, 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmü ile "adli para cezası"na dönüştürülmüş bulunduğu dolaylı olarak bu cezalar için de adli para cezasının alt sınırı olan 100 YTL altında ceza uygulaması yapılamayacaktır. Hal böyle olunca gözetilmesi gereken husus EK-I, EK-II cezasına konu fiilin meydana geldiği yıla ilişkin asgari ücret miktarı göz önüne alınarak bunun beşte biri oranındaki tutarın 100 YTL'lik alt sınırın altında kalıp kalmadığıdır. Bunun altında kalıyorsa ya da bir başka deyişle bunun altında kalan yıllara

ilişkin ceza uygulamalarında; 100 YTL'lik adli para cezası alt sınırı üzerinden ceza tahakkuk ettirilmesi gerekecektir. Asgari ücret 1.1.2006 tarihi itibarıyla 531 YTL'ye yükselmiş olduğundan, bu asgari ücretin beşte biri oranındaki tutar, 100 YTL'lik alt sınırı aşmış bulunmaktadır. 2006 yılından önceki yıllarda ise beşte birlik miktar, 100 YTL'lik alt sınırın altında kalmaktadır. Hal böyle olunca yapılacak uygulama; EK-I, EK-II cezaları ile ilgili olarak 1.1.2006 tarihinden önce vuku bulmuş fiillere ilişkin ceza tahakkuklarında 100 YTL üzerinden ve 1.1.2006 tarihinden sonra gerçekleşecek ihlallere ilişkin olarak ise artık güncel asgari ücret miktarının beşte biri üzerinden işlem yapmak gerekecektir. Kanaatimizce hukuka en uygun, adil ve doğru uygulama bu yönde tesis edilmiş olacaktır.

V- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda detaylandırmaya çalıştığımız üzere 5237 sayılı yeni TCK ve 5252 sayılı Uygulama ve Yürürlük Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra EK-I, EK-II cezaları için, farklı yorum ve farklı görüşlerle, farklı savcılık ve yargı işlemleri yapılmış bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak bugün dahi savcı, hakim ve bilirkişiler arasında herhangi bir fikir birliği söz konusu değildir. Oysa hukuk ve adalet duygusunun en temelinde yeknesaklık olgusu yatar. Hukuk ve adalet herkes için bir ve tek olmalıdır. Bu anlamıyla bakıldığında farklı ceza miktarları üzerinden farklı uygulamalara maruz kalan işverenlerimizin, en azından EK-I, EK-II cezaları ile ilgili olarak adalet duygusu içinde olabilecekleri düşünülemez. Bu nedenle bu konuda bir an önce bir tartışma ortamı oluşturulmalı ve kısa sürede bir konsensüse ulaşılarak, hukuk dışı ve adalet duygusunu zedeleyen farklı uygulamalar sona erdirilmelidir. Hukukun bu derece çok sonuca ulaşacak kadar da yoruma açık bir disiplin olmadığı düşüncesindeyiz.

Yukarıda da değindiğimiz üzere halen mevcutmuş gibi yeniden değerlendirme oranlarıyla oluşmuş "ağır para cezası alt sınırı" üzerinden, 5252 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen 450 YTL'lik alt sınır üzerinden ceza uygulamasına gidilmesine yukarıdaki gerekçelerimiz ışığında imkan bulunmamaktadır. Yapılması gereken 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde öngörülen "adli para cezası alt sınırı" gözetilerek ilgili yıllara ait asgari ücretin beşte biri üzerinden

uygulamaya gitmek ve beşte birlik asgari ücret anılan 100 YTL'lik alt sınırın altındaysa 100 YTL üzerinden, değilse asgari ücretin beşte biri üzerinden işlem yapmaktır. Asgari ücret 1.1.2006 tarihi itibarıyla 531 YTL'ye ulaşmış olduğundan 1.1.2006 sonrasına ilişkin fiiller için artık 1/5 asgari ücret üzerinden ve 1.1.2006 öncesi için ise 100 YTL'lik alt sınır üzerinden işlem yapılması gerekecektir.

Yukarıdaki çözüm önerimizin dayandığımız hukuki gerekçeler karşısında en doğru uygulama olduğuna inanmakla beraber; bu çalışmayla temel ve asıl amaçlarımızdan biri ilgililerin dikkatini konuya çekerek, farkındalıklarını temin etmek ve bir tartışma ortamı yaratarak bir an evvel tek, ortak ve adil bir çözüme ulaşılabilmesine katkı sağlamaktır. Zira 5237 ve 5252 sayılı Kanunlar'ın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden bu yana farklı uygulamalarla pek çok işveren mağdur edilmekte ve adalete olan inanç zedelenmektedir. Bu nedenle bu farklı uygulamalar bir an önce sona erdirilerek muhatapların mağduriyetleri sona erdirilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Keskin, 18; Aydemir, İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları.
- 2 Bkz. Donay, Süheyl, Para Cezaları, İstanbul 1972, sf. 68; Karagülmez Ali, Açıklamalı ve Uygulamalı Adli ve İdari Para Cezaları, Ankara 2001, sf. 22.
- 3 Bkz. Eroğlu, Çalışma Mevzuatımızda Para Cezaları, MESS Mercek, Ekim 2004, sf. 79. vd.
- 4 Bu rakamlar 5335 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'na yayımlanan listeden alınmıştır.
- 5 Bkz. www.calisma.gov.tr (idari para cezaları)
- 6 Karagülmez Ali, Açıklamalı ve Uygulamalı Adli ve İdari Para Cezaları, Ankara 2001, sf. 23.; Kadri Keskin, Para Cezaları, Ön Ödeme Ceza Tabloları, Erteleme, Paraya Çevirme, Harçlar, Ankara, 1996, sf. 15 vd.; Öztürk, 251; Şakar Müjdat, İş Kanunu'ndaki İdari Para Cezalarına İtiraz Usulü ve Nispi Para Cezalarının Artırılması, MESS Mercek Nisan 2006, sf. 75; Eroğlu Seval, a.g.e., sf. 79 vd.
- 7 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.5.2004 tarih, B.03.0.CİG.0.00.00.04.3.2.40.2004 sayı ve "4857 sayılı İş Kanunu'ndaki para cezalarının hesaplanması" konulu mütalaası (gerekçe ve dayanak belirtilmemiş bir mütalaa).
- 8 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 18.10.2004 tarih, 2004/6257 E., 2004/5515 K. sayılı Kararı.

Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Hukuk Devleti Mi, Ceza Keserek Dolaylı Vergi Anlayışı Mı?

Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdamı Zorunluluğunda Hukuka Aykırı Uygulamalar

I. Genel Olarak

Bilindiği gibi özürlü ve eski hükümlü işçi istihdamı yükümlülüğüne 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer verilmiştir. Yeni Kanun bu konuda belirli yönlerden iyileştirme getirmiş ise de, bu yükümlülük hala mevzuattaki hali ile pratik hayattaki görünümü arasında önemli uygulama farklılıkları içeren bir niteliğe sahip bulunmaya devam etmektedir.

Özellikle son bir yıl içerisinde özürlü ve eski hükümlü istihdamına aykırılık konusunda verilen idari para cezalarında artış olduğu ifade edilmektedir. Devlet bu konudaki para cezalarının tahsiline özel bir önem vermiş ve ayrıca özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde ceza tahakkuku yetkisi Türkiye İş Kurumu İl Müdürüne verilerek cezaların tahakkuna hız kazandırılmıştır. Bunun yanında, son dönemde bu istihdam yükümlülüğü oranlarında ve itiraz usulünde de önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bu yazının amacı da esasen; sakat, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına ilişkin mevzuat hükümlerinin açıklanması değil¹, münhasıran bu

konuda yaşanan sorunların, idari para cezası uygulamasındaki hukuka aykırılıkların ve son dönemde yapılan değişikliklerin ortaya konulmasıdır.

II. Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdamı Yükümlününün Gözden Geçirilmesi Zorunluluğu

Özürlülerin korunması için önlemler alınması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Nitekim Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölümünde buna ilişkin hükümlere yer verilmiş, özellikle m. 61/II. fıkrasında, Devletin sakatların korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı vurgulanmıştır. Bu tedbirlerden bir bölümü de kuşkusuz özürlü kişilerin çalışma hayatında yer almasının sağlanması ve sosyal güvenlikleri bakımından özel olarak korunmalarıdır. Bu bakımdan; sakatlığı nedeniyle iş bulma güçlüğü içerisinde olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılması Devletin öncelikli yükümlülüklerindedir. Ülkemizde bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, belirli sayıda işçi çalıştı-

ran işletmeler için zorunlu istihdam yolu tercih edilmiştir.

Kuşkusuz yasakoyucunun bu tercihinin olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır ve bunlar tartışmaya açıktır. Ancak kanımca istihdam zorunluluğu şeklinde bir koruma yükümlüğünden eski hükümlüler bakımından söz etmek mümkün değildir. Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü bir şekilde özürlü istihdamı yükümlülüğü ile birlikte mevzuatımıza girmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu yapılırken de kaldırılması mümkün olmamıştır. Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü kanımca sosyal hukuk devleti ile ilgisiz, işverenlere para cezası vermekten başka bir işleve sahip bulunmayan bir yükümlülük niteliğindedir. Nitekim bu yükümlülük kapsamında işyerlerine ne niteliksiz ve ne vahim kişilerin gönderildiği bilinmemektedir. Bu kişileri istihdam etmediği için işvereni cezalandırmanın, sosyal devlet ile hiçbir ilgisi bulun-

5378 sayılı Özürsümler ve Bazı Kanun Hükümünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yaşanmıştır³. Bu Kanunda sakatların eğitimi, mesleki rehabilitasyonları, korumalı işyeri olarak tabir edilen işyerlerinde istihdamlarına ilişkin pek çok isabetli hükme yer verilmiştir.

Bu Kanunla Devlet de esasen bu konulardaki eksikliğini kabul etmiş olmaktadır. Nitekim 5378 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde; kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmi yapıların, mevcut tüm kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanların, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel altyapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapıların Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürsümlerin erişebilirliğine uygun hale getirileceği, keza geçici 3. maddesinde; Büyükşehir belediyeleri ile belediyelerin, şehir

Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü sosyal hukuk devleti ile ilgisiz, işverenlere para cezası vermekten başka bir işleve sahip bulunmayan bir yükümlülük niteliğindedir.

mamaktadır. Bu bakımdan eski hükümlü istihdam yükümlülüğünün, oranının azaltılarak dahi hâlâ mevzuatta tutulması yerine, bir an önce kaldırılması daha uygun olacaktır. Zaten eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü de bir tek ülkemizde mevcuttur.

Öte yandan, özürsümlü istihdamı yükümlülüğüne ilişkin olarak sürdürülen uygulama İş K. m. 30 ve Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu gibi, söz konusu yükümlülüğün bu şekilde uygulanmaya devam edilmesi her iki taraf bakımından da üzücü sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır². Gerçekten; işverenlere Devlet ödevi yükleyen bu uygulama, mevcut haliyle, oldukça ağır miktarda ve hukuka aykırı olarak uygulanan para cezaları ile birlikte, asıl amacı olması gereken özürsümlerin çalışma yaşamına kazandırılmasını sağlamamaktadır. Nitekim Devlet bu yükümlülüğü, kendi üzerine düşen ödevleri yerine getirmeksizin işverenlerin üzerine atmış durumdadır ve böylece sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirildiği zannedilmektedir.

Devletin özürsümlerin korunması için üzerine düşen yükümlülükleri konusunda daha yeni yeni adımlar atmaya başladığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim; bu konuda önemli ve ciddi bir gelişme

çinde kendilerince sunulan ya da denetimlerinde olan toplu taşıma hizmetlerinin özürsümlerin erişebilirliğine uygun olması için gereken tedbirleri alacağı, mevcut özel ve kamu toplu taşıma araçlarının kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içerisinde özürsümler için erişilebilir duruma getirileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanunun 13. maddesinde sözü edilen "Özel Mesleki Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik" 2.5.2006 tarih ve 26156 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

5378 sayılı Kanundaki hükümler; özürsümler için gerekli tedbirler almayan Devletin, kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeksizin, bu konuyu hep işverenlerin bir sorumluluğu olarak düşündüğünü göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Ayrıca söz konusu yükümlülük, bu zamana değin hep tek taraflı olarak uygulanmış, sakat ve eski hükümlü işçi gönderme konusunda Türkiye İş Kurumu'nun da yükümlülüklerinin bulunduğu hep göz ardı edilmiştir. Gerçekten; bu istihdamın sağlanması işverenler bakımından bir zorunluluk olduğu kadar, nitelikleri uygun adayların gönderilmesi de Kurum bakımından bir yükümlülüktür⁴.

III. Yükümlülüğün Kapsamına Giren İşverenler

Özürlü ve eski hükümlü istihdam etmekle yükümlü işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri bulunan işverenlerdir. Ancak bu sayının hesaplanmasında, işverene ait aynı il sınırları içerisindeki işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı esas alınır.

Öte yandan, bu sayının hesaplanmasında işyerinde sadece işçi sıfatıyla bulunan kişiler dikkate alınır. Bu hususta işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmasının herhangi bir önemi yoktur. Nitekim hem belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, hem de belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar sayının hesaplanmasına dahildir. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar ise, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Buna göre örneğin; haftada 22.5 saat çalışan bir işçi ancak yarım işçi olarak hesaba dahil edilecektir.

Ancak işyerinde çalışan sakat, eski hükümlü ve terör mağdurları bu sayının hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Bunun yanı sıra, istihdam yükümlülüklerinin bazıları bakımından dikkate alınmayacak başka işçiler de söz konusudur. Öncelikle; İş K. m. 30/VI-I. fıkrasına göre, yer altı ve su altı işlerinde sakat işçi çalıştırılmaz ve işyerindeki işçi sayısının belirlenmesinde yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılanlar hesaba katılmaz.

Öte yandan, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Hakkında Kanun'un 26. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan Yönetmeliğin 47. maddesinde, özel güvenlik birimlerinde ve özel güvenlik şirketlerinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi gereğince çalıştırılacak sakat ve eski hükümlü sayısının belirlenmesinde özel güvenlik görevlilerinin hesaba dahil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; bu muafiyet sadece sakat ve eski hükümlü istihdamı için söz konusu olup, diğer istihdam yükümlülükleri örneğin terör mağduru istihdamı bakımından özel güvenlik görevlileri yine sayıya dahil edileceklerdir.

Bu konuda önemli bir sorun, alt işveren işçilerinin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilip edilmeyeceğidir.

Belirtmek gerekir ki, kurulan alt işveren ilişkisi-

nin İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olması halinde, alt işveren işçilerinin, asıl işverene ait işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeyeceklerinde kuşku yoktur.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nun 2. maddesinde; kanunkoyucu geçmiş dönemde görülen kötüniyetli alt işveren uygulamalarını göz önünde tutarak alt işveren kullanımı konusunda önemli sınırlamalara yer vermiş, aykırılık halinde önemli bir hukuki yaptırım öngörmüş, asıl işveren işçilerinin alt işverene geçirilerek çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağı, daha önce asıl işveren işçisi olarak çalıştırılan birine alt işverenlik verilemeyeceği ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği, bu yasaklara aykırı davranış halinde ve genel olarak muvazaanın tespiti durumunda, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görecekları hükme bağlanmıştır.

Kurulan alt işveren ilişkisinin yukarıda belirtilen yasaklara aykırı olması halinde, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleri öngörüldüğüne göre, alt işverende çalışan bu işçiler özürlü ve eski hükümlü istihdamı bakımından da asıl işverenin işyerindeki sayıya dahil edilecek midir?

Kuşkusuz burada, alt işveren ilişkisinde tespit edilecek bir muvazaanın hukukun her alanına ilişkin olduğu, bu nedenle muvazaalı bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin istihdam yükümlülükleri bakımından da asıl işverenin sayısına dahil edilecekleri iddia edilebilir.

Ancak kanımca böyle bir yaklaşım isabetli olmayacaktır. Zira bu maddede söz konusu olan, muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulmak suretiyle, işçinin asıl işveren işçisi olarak çalışsa idi elde edeceği hakların ortadan kaldırılmasının engellenmesidir. Bu bakımdan, asıl işveren - alt işveren ilişkisindeki yasaklara aykırılığın sonucu olan, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılması olgusu sadece ücret ve diğer haklar ile sendikal düzen gibi, doğrudan işçinin haklarını etkileyen hususlar bakımından hükümlerini doğurur. Eğer kanuna aykırı bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin her bakımdan asıl işveren işçisi olarak işlem görmesi söz konusu olsaydı, alt işverence verilen, örneğin, işe giriş bildirgelerinin

% 4'lük özürlü kontenjanını tamamlamış olan bir işverenin, 01.01.2006 tarihinden itibaren % 1 oranına tekabül eden miktarda özürlü işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshi mümkün olmalıdır.

veya prim belgelerinin yahut ücret bordrolarının da verilmemiş sayılarak buna ilişkin hukuki ve cezai yaptırımların uygulanacağını iddia etmek gerekir ki, böyle bir sonucun kabul edilemeyeceği herhalde açıktır. Kaldı ki, aksi sonucun kabulü halinde, alt işveren işçilerinin hem kendi işverenlerinin işçi sayısına ve hem de asıl işverenin işçi sayısına dahil olarak mükerrer bir durumun ortaya çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Bu bakımdan, İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı alt işveren ilişkilerinde de, alt işveren işçilerinin istihdam yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından, asıl işveren işçisi sayılamayacaklarının kabulü daha uygun olacaktır.

IV. Yükümlülük Oranları

İş Kanunu'nun m. 30/I. fıkrasında, işverenin istihdam etmekte yükümlü bulunduğu özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru oranı toplam % 6 olarak belirlenmiş, bu toplam oranın dağılımının her yılın Ocak ayı başında Bakanlar Kurulunca belirleneceği, ancak sakatların oranının toplam oranın yarısından az, yani % 3'den az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bakanlar Kurulu da 2004/6976 sayılı kararıyla⁵, toplam % 6 oranını, 01.01.2004 tarihinden geçerli olmak üzere, özel sektör işyerlerinde, % 3 özürlü, % 1 eski hükümlü, % 1 terör mağduru olarak belirlemiş ve kalan % 1'lik payın özürlü veya eski hükümlü arasında dağıtılmasını işverenin isteğine bırakmış ve kalan % 1 oranını özürlü işçiler için mi yoksa eski hükümlü işçiler için mi kullanacağını 15 gün içerisinde Türkiye İş Kurumunun İl veya Şube Müdürlüklerine bildirmesi zorunluluğu getirmiştir. Aynı oranlar 2005/8413 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla⁶, 2005 yılı için de benimsenmiştir.

İki yıldır aynı oranlar belirlenmişken Bakanlar Kurulu bu kez 2005/9077 sayılı kararıyla⁷,

01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bu oranları, özel sektör işyerlerinde % 3 özürlü, % 1 eski hükümlü, % 2 terör mağduru olarak ve kamu işyerleri için de % 4 özürlü ve % 2 eski hükümlü olarak belirlemiştir.

Bu duruma göre; 2004 ve 2005 yıllarında %1'lik tercihini özürlü istihdamından yana kullanmış bulunan işverenler bakımından % 4 olan özürlü istihdamı yükümü 2006 yılı başından itibaren % 3'e düşmüş ve terör mağduru oranı % 2'ye çıkmış olacaktır. Oranın düşmesi nedeniyle kontenjan fazlası durumuna gelmiş bulunan özörlüler için işverenin aşağıda değinilen sigorta prim indiriminden yararlanması mümkündür.

Acaba bu değışiklik, kontenjan fazlası haline gelen özörlü işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için geçerli bir neden oluşturur mu? Kanımca evet. Zira işverenin özörlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı yükümünün toplam oranı % 6'dır ve işverenler bu oranın üzerinde özörlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etmekle yükümlü değildirler. Bakanlar Kurulu'nun 2005/9077 sayılı kararıyla bir grubun oranı azaltılarak diğeri bir grubun oranı artırılmaktadır. Özörlü oranını tamamlamış olan işverenin, azalan miktarı terör mağduru na kaydırılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi takdirde istihdam oranı % 6'nın üzerine çıkmış olacaktır. Bu bakımdan; % 4'lük özörlü kontenjanını tamamlamış olan bir işverenin, 01.01.2006 tarihinden itibaren % 1 oranına tekabül eden miktarda özörlü işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshi mümkün olmalıdır ki, % 1 oranını terör mağduru istihdamına kaydırması mümkün olsun.

V. Özörlü ve Eski Hükümlülerin Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle İstihdamı

Özörlü ve eski hükümlü işçilerin belirsiz süreli veya İş K. m. 11'de öngörölen koşullar varsa, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Bu kişilerin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması konusunda ise Yönetmelikte, İş K. m. 30'da bulunmayan bir sınırlamaya yer verilmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 4. maddesinde,

- işverenlerin sakat, eski hükümlü ve terör mağ-

durlarının tam süreli olarak çalıştırmakla yükümlü olduğu,

- ancak, bu kişilerin, Kurumdan kısmi süreli işlere yerleştirilmelerine yönelik talepleri var ise işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işverenin, bu kişileri kısmi süreli iş sözleşmesiyle de istihdam edebileceği,

- bu durumda olan kişilerin, iş taleplerinin Kurum aracılığıyla karşılanması gerektiği,

- zorunlu çalıştırma yükümlülüğü, tam süreli işçi yerine kısmi süreli işçi ile karşılanmak istendiğinde, kısmi süreli işçi sayısının, bunların çalışma sürelerinin dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülmesi düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin kısmi süreli istihdama ilişkin bu hükmü son derece isabetsizdir ve -güya- işçiyi korumak amacıyla getirilmiş bulunan böyle bir hükmün ne işçiye ve ne de işverene bir yararı bulunmadığı gibi, Yönetmeliğe temel oluşturan kanun

VI. İşverenin Talepte Bulunma ve İşe Uygun Nitelik Belirtme Yükümü

Yükümlülük kapsamına giren işveren ilk olarak, çalıştırmakla yükümlü bulunduğu özürsüz, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, yükümlülüğün doğmasından itibaren yedi gün içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan yazılı olarak talep etmek zorundadır (Yön. m. 7/D).

Evvelce bir ay olan talep süresinin yeni yönetmelikte yedi güne indirilmesi isabetli olmamıştır. Gerçekten; işverenin işyerindeki işçi sayısı elliyi bulur bulmaz veya yükümlülük sayısı artar artmaz hemen yedi gün içerisinde bu kişileri istihdam edeceği iş alanlarını belirlemesini ve uygun niteliklere ilişkin araştırma yapmasını beklemek inandırıcı değildir. Talep süresinin kısa tutulmasının bu kişilerin daha süratle işe yerleştirilmelerini sağlama-

Talebinde nitelik belirtmeyen işverenin, gönderilen kişilerin niteliklerinin uygun olmadığı yolunda bir itirazda bulunması mümkün değildir.

hükümlerine uygunluğu da tartışmaya açıktır. Gerçekten; bir iş sözleşmesinin tam veya kısmi süreli olarak düzenlenmesi tamamen tarafların ihtiyarındadır. İşçi istemediği takdirde işverenin kısmi süreli iş sözleşmesi imzalatması zaten mümkün değildir. Kanunda da böyle bir yasak yer almamaktadır. Öte yandan, "işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işveren" ifadesi de hukuken bir anlam taşımamaktadır. Bu ifadeyle, işyerinin kısmen çalışmasının mı yoksa işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle işçi çalıştırılmasının mı kastedildiği de belli değildir. Ayrıca, başta Kurumdan kısmi süreli işe yerleştirilmesi talebinde bulunmayan bir işçinin, işverence sunulan koşullar çerçevesinde pekala kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı kabul etmesi mümkündür. Bu bakımdan, konunun iş sözleşmesi taraflarının iradelerine bırakılmak yerine, bu kişilerin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması için kendilerinin öncelikle Kurumdan bu konuda talepte bulunmasının aranması ve bu kişilerin Kurum aracılığıyla sağlanması son derece anlamsız sınırlamalar niteliğindedir. Kaldı ki bu prosedüre uyulmamış olmasının hiçbir cezai yaptırımını bulunmamaktadır.

çağı da herhalde söylenemez. Nitekim bir aylık sürenin bu kişilerin istihdamını geciktirdiği de hiçbir zaman iddia edilmemiştir. Bu gibi anlamsız hükümler dahi, bu kişilerin istihdamının hep tek taraflı bir yükümlülük olarak algılandığını, bu kişilerin gerçekten istihdamını sağlamak yerine gereksiz ayrıntılarla uğraşıldığını göstermek bakımından dikkat çekicidir. Zaten uygulamada da Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüklerinin bu başvuru süresini çok dikkate aldıklarını söylemek mümkün değildir.

Yükümlülük kapsamına girmesine rağmen Kurumdan talepte bulunmayan bir işverenin, bu konuda herhangi bir savunma ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, talepte bulunmasının bir ceza tahakkukuna yol açabilmesi için, işverenin talepte bulunmadığı dönemde aday gönderebilecek durumda olması gerekir. Örneğin; işveren terör mağduru talebinde bulunmamış olmakla birlikte, talepte bulursa idi dahi, Kurumun elinde bu dönemde gönderebileceği terör mağduru yoksa, söz konusu dönem için bir ceza tahakkuku yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Öte yandan; bu talepte, adaylarda aranan niteliklerin belirtilmesi de zorunludur. Talebinde nite-

lik belirtmeyen işverenin, gönderilen kişilerin niteliklerinin uygun olmadığı yolunda bir itirazda bulunması mümkün değildir.

Bundan başka; talepte belirtilen niteliklerin işyerinde görülen işe uygun makul nitelikler olması gerekmektedir. Nitekim, Yönetmeliğin m. 7/II. fıkrasında, işverenin talebinde, işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne süremeyeceği düzenlenmiştir. Kuşkusuz bu istihdam yükümünden kaçmak amacıyla, işin özelliğine aykırı nitelikler aranmasını engellemek üzere böyle bir koşul öngörülmesi isabetlidir. Nitekim geçmiş dönemde de bazı isabetli sulh ceza mahkemesi kararlarında, işverenin talebinde belirttiği niteliklerin işyerinde görülen işe ve işyerinin mevcut işçi yapısına uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Bununla birlikte, bu hükmün içerisini doldurmak kolay değildir. Öte yandan, "işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf" şeklinde objektif bir kavram bulunmamaktadır. Nitekim aynı işi yapan iki işverenin farklı vasıflarda, farklı tecrübelerde ve farklı öğrenim seviyelerinde işçileri tercih edebilmesi pekala mümkündür. Örneğin; bir işveren üretim bölümünde asgari meslek lisesi mezunu kişileri istihdam ederken, aynı konuda faaliyette bulunan bir başka işveren aynı bölümde pekala ilköğretim mezunlarına da yer verebilir. Bu öğrenim durumlarından hangisinin "işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf" olduğu konusunda objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu bakımdan, işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf kavramı değerlendirirken geniş düşünülmesi ve bu kişilerin istihdamı söz konusu olan işlerdeki genel işçi niteliklerinin ve işin özelliklerinin yanısıra, örneğin işverenin belirli suçlardan hüküm giymiş birini çalıştırmak istememe hakkı gibi subjektif unsurların da dikkate alınması gerekir.

Kuşkusuz işverenlerin de bu noktada, bu istihdamı sağlamak üzere yeterli gayret içerisinde bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekir. Örneğin, uygulamada bazen görüldüğü üzere, Kurumdan talepte bulunulurken, belirli okullardan veya belirli bölümlerden mezuniyet, belirli bir süre tecrübe, belirli bilgisayar programlarının bilinmesi gibi katı niteliklerin, istihdamı zorlaştırıcı şartlar olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır.

Nihayet; işverence belirtilen niteliklerin işin gerektirdiği ağırlıklı vasıflara uygun olsa dahi, bu niteliklerde dahi özürlü, eski hükümlü ve terör mağ-

duru işçi bulunmasının güç olacağı ileri sürülebilir. Ancak kanımca bu durumun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira işverenin yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından belirleyici olan, talepte belirtilen niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı olup olmadığıdır. Kuruma kayıtlı kişiler bu niteliklere sahip bulunmadığı takdirde, işveren bakımından istihdam yükümünün yerine getirilmediğinden söz edilemeyecektir. Zira Yönetmelikte, bu kişilerin sahip olduğu niteliklerden değil, işin gerektirdiği ağırlıklı niteliklerden söz edilmiştir.

VII. Kurumun Niteliklere Uygun Aday Gönderme Yükümlülüğü

Özürü ve eski hükümlü istihdamına ilişkin yükümlülükler salt işverenlere yönelik değildir. Nitekim bu kişilerin istihdamının gerçekleştirilmesinde Kuruma da önemli görevler yüklenmiştir. Nitekim Kurum da işverenin talebinde belirtilen niteliklerde aday bulup işverene göndermekle yükümlüdür. Olası bir ceza yargılamasında, işverenin talepte bulunma, işe uygun nitelik belirtme yükümünü yerine getirip getirmediği kadar, Kurumun da talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderip göndermediğinin de incelenmesi gerekir.

Buna göre;

- Kurum işverenin bu talebinden itibaren en geç onbeş gün içinde niteliklere uygun gördüğü özürü, eski hükümlü ve terör mağdurlarından talep sayısından az olmamak üzere temin edebildiklerini, niteliklerini belirten belgeleriyle birlikte işverene gönderir.

- İşveren en geç onbeş gün içinde gönderilen kişilerden uygun gördüklerini işe alır, işe alınanları ve alınmayanları alınmayış nedenlerini de belirtmek suretiyle yedi gün içinde yazılı olarak Kuruma bildirir.

- Kurum, bildirim yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde veya bildirim yapılmadığı takdirde işçilerin gönderiliş tarihinden itibaren otuz gün içinde özürü, eski hükümlü ve terör mağduru açığının kapatılması için son olarak işverene, kayıtlı özürü, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, meslek ve öğrenim durumlarını içeren listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanmasını ister.

- İşveren, bu şekilde gönderilenler ve/veya listelerde yer alanlar arasından seçimlerini yaparak

Talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderilmeden liste gönderildiği takdirde, işverenin bu listeden seçim yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

gönderim veya listelerin bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde açık kontenjanlarını kapatmak zorundadır (Yön. m. 7/III-IV-V).

Şu halde Kurum öncelikle işverenin talebinde belirttiği niteliklere sahip adayları bulup işverene gönderecek, buna rağmen işveren almadığı takdirde, bu kez kendisinde kayıtlı özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, meslek ve öğrenim durumlarını içeren listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanmasını isteyecektir.

Uygulamada ise Kurum; talepte belirtilen niteliklere uygun olsun olmasın, bir kaç kez aday gönderdikten sonra, işverene elindeki listeyi göndermekte veya bazen de hiç aday göndermeksizin doğrudan liste göndererek bu listeden seçim yapılmasını istemektedir. Bundan bir süre sonra da idari para cezası prosedürü başlatılarak İş Kanunu'nun 30. maddesine ve sisteme tamamen aykırı bir uygulama sürdürülmektedir.

Herşeyden önce belirtmek gerekir ki, talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderilmeden liste gönderildiği takdirde, işverenin bu listeden seçim yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Acaba liste gönderilmesi nitelikleri uygun olsun olmasın özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etme zorunluluğu doğurmakta mıdır? Kısacası hayır. Şöyle ki;

İlk olarak; İş Kanunu'nun 30. maddesinde, işverenlerin, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçileri meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü buldukları öngörülmüştür. Şu halde; Kanunun bu konuda benimsediği esas, uygun niteliklerdeki kişilerin istihdamıdır. Bu nedendir ki zaten, Yönetmeliğin 7. maddesinin I. ve II. fıkralarında, işverenin Kurumdan talepte bulunurken nitelik belirteceği ve bu niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlayıcı koşullar içeremeyeceği açık olarak düzenlenmiştir. Eğer sis-

tem, nitelikleri uygun olsun olmasın özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı esası üzerine kurulmuş olsaydı, gerek İş Kanunu'nda gerekse Yönetmelikte uygun nitelik ifadesi içeren hükümlere gerek kalmazdı. Liste gönderilmesi usulünün de bu esas dışında sonuçlar doğuracak tarzda yorumlanması mümkün değildir. Nitekim liste gönderilmesinin anlamı, Kurumca nitelikleri uygun aday gönderilmesine rağmen hala işe almayan işverene bu listeden uygun gördüğü kişileri seçme olanağı tanınmasıdır. Eğer aksi olsaydı, yani liste gönderilmesi, nitelikleri uygun olsun veya olmasın, boş kadroların mutlaka doldurulması zorunluluğu anlamına gelseydi, bu takdirde işverenin nitelik belirterek talepte bulunacağı ve belirttiği niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üzerinde istihdamı zorlayıcı nitelikler olamayacağı yolundaki hükümle çelişki ortaya çıkacağı gibi, bu Yönetmelik hükmünün İş Kanunu'nun 30. maddesine aykırılığında söz etmek gerekirdi.

Şu halde; Kurum, işyerinde yapılan işe uygun niteliklerde aday talebinde bulunan işverene bu talepte belirtilen koşullara uygun aday göndermek zorundadır. Nitelikleri uygun aday gönderilmesine rağmen hala işe almayan işverene bu kez, uygun gördüğü adayları kendisinin belirlemesi için liste gönderilecektir. Listede uygun adaylar bulunmasına rağmen seçim yapmayan işveren artık idari para cezasını gerektiren fiili işlemler olacaktır.

VIII. İstihdam Yükümlülüğünün Teşviki ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurullarının Faaliyetleri

Esasen istihdam yükümlülükleri konusunda ilk yapılması gereken, bu kişilerin çalıştırılmasının gerçek anlamıyla özendirici hale getirilmesidir. Ancak Kanunun bu konuda yeterli teşvikler getirdiğini söylemek mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 30/X. fıkrasında özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamını özendirmek amacıyla getirilen teşvik hükümlerine göre;

- Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek oranların üstünde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran işverenlerin kontenjan fazlası işçiler için,

- Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü bulunmadıkları halde özürlü çalıştıran veya

- Çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlüyü çalıştıran işverenlerin,

bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre ödemeleri gereken işveren sigorta prim hisselerinin yüzde ellisini kendisi, yüzde ellisini Hazine öder.

Bu teşvikin kapsamı Yönetmeliğin 25. maddesinde daha geniş çizilmiştir. Bu maddeye göre; Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üzerinde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam eden veya elliden daha az sayıda işçi çalıştırmasına rağmen Kuruma talepte bulunmak ve/veya tescil yaptırmak suretiyle özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran ya da çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlü istihdam eden işverenin bu şekilde çalıştırdığı her bir özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru hakkında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre ödemesi gereken sosyal sigorta piri-

ği herhalde açıktır. Zaten eğer bu SSK prim muafiyeti istihdam yükümünü gerçekten özendirici nitelikte olsaydı, bugün böyle bir sorundan söz etmeye yer kalmazdı.

Eski hükümlü istihdamının özendirilmesi kapsamında değinilmesinde yarar görülen bir başka yenilik, cezaların infazı kapsamında halen hükümlü bulunan kişilerin çalıştırılmasıdır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m.51/IV – b bendinde; bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanat icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Keza 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun m.107/7. fıkrasında; hükümlünün, denetim süresince infaz kurumunda öğrendiği meslek ve sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek ve faaliyeti icra eden bir başkası gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılabileceği düzenlen-

İşverenler denetimli serbestlik ve yardım merkezleri faaliyeti kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştırmakla yükümlü değildir.

mi işveren hisselerinin yüzde ellisi kendisince, yüzde ellisi Hazinece ödenir. İşverenin bu haktan yararlanabilmesi için, bu durum, işverenin başvurusu üzerine Kurumca belgelenir.

Söz konusu teşvikin, deyim yerindeyse, “adet yerini bulsun” diye getirildiğini söylemek herhalde hatalı olmaz. Bu anlamda Devletin de konuya ciddiyetle yaklaştığı söylenemez. Gerçekten; eğer bu istihdamın özendirilmesi samimi olarak istenilmiş olsaydı, herşeyden önce, sadece belirli bir kontenjanın üzerine veya sadece belirli bir oranın üzerinde çalışma gücü kaybı olanlar için değil, istihdam edilen tüm özürlü ve eski hükümlüler için böyle bir indirim getirilmesi gerekirdi. Sonra getirilen prim muafiyetinin de yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir muafiyetin işveren sigorta prim hisselerinin tamamı için getirilmesi herhalde daha uygun olurdu. İşverenlerin, yasal oranların tamamını zaten dolduramadıkları göz önünde tutulursa, kontenjanın üzerinde sakat, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam eden işverenler için getirilen bu muafiyeti, istihdamı teşvik eden bir hüküm olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı

miştir. Bu amaçla 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu yürürlüğe konulmuş olup, bu Kanun gereği oluşturulan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri Şube Müdürlüklerince, işyerlerine, belli cezaların infazlarının yerine getirilebilmesi için mahkemelerin vereceği kararlar doğrultusunda halen hükümlü durumda bulunan kişilerin istihdam edilip edilemeyeceği sorulmaktadır. Hemen belirtelim ki; işverenler denetimli serbestlik ve yardım merkezleri faaliyeti kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştırmakla yükümlü değildir.

Kuşkusuz eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü ile halen hükümlü bulunan kişilerin cezanın infazı kapsamında çalıştırılması birbirinden farklı işlevlere sahiptir. Bununla birlikte; gerek halen hükümlü bulunanların gerekse eski hükümlülerin istihdamının kolaylaştırılması amacıyla, her iki uygulama arasında irtibat kurulması ve cezaların infazı kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştıran işverenlerin eski hükümlü istihdamı yükümünü yerine getirmiş sayılacağına öngörülmesi isabetli olurdu.

IX. İstihdam Edilen Kişilere Ödenecek Ücret ve Sosyal Yardımlar

Yönetmeliğin 8. maddesinde, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru olmanın daha düşük ücretle çalıştırma sebebi olamayacağı, bu işçilerin diğer işçilere yapılan sosyal yardımlardan aynen yararlanacağı ve iş sözleşmelerine veya toplu iş sözleşmelerine bu işçiler aleyhine hükümler konulamayacağı öngörülmüştür. Keza daha yeni bir düzenleme olarak 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 14. maddesinde; işe alımda, iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunamayacağı, çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde özürlüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunla Türk Ceza Kanununa da bu ayrımcılığı suç sayan hüküm getirilmiştir.

Kuşkusuz bu hükümlerden, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru kadrosunda çalışan işçilere, işyerinde uygulanan tüm hakların aynen sağlanması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim, işverenin, bu kişilerin, örneğin; çalıştıkları işe, girdikleri gruba, öğrenim ve eğitim durumlarına, mesleki kıdem ve tecrübelerine, verimlerine, işyerine tüm işçilerin tabi olduğu prosedürlerle alınmış olup olmamasına göre farklı haklar belirlenmesi mümkündür. Aksinin kabulü sözleşme serbestisine orantısız bir müdahale anlamı taşır. Yukarıdaki hükümlerde yasaklanan husus, ayrımı gerektiren hiçbir neden yokken, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduruna salt bu nedenle emsallerine göre düşük haklar sağlanmasıdır. Yoksa, özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarına işyerindeki tüm hakların aynen uygulanması değil.

X. İdari Para Cezasının Uygulanması ve İtiraz Prosedürü

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı yükümüne aykırılık halinde idari para cezasının uygulanması konusunda son dönemlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Nitekim 1 Haziran 2005

tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile idari suçları tek bir rejime tabi tutmak üzere kabahatlere ilişkin genel rejim düzenlenmiş ve bu istihdam yükümünü de ilgilendiren önemli hükümlere yer verilmiştir.

Mamafih, Kabahatler Kanunu ile ilgili olarak da yeni gelişmeler yaşanmıştır. Nitekim; Malatya Bölge İdare Mahkemesi tarafından Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ile 27. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle itiraz yoluyla önüne gelen davada Anayasa Mahkemesi 1.3.2006 tarih – 2005/108 Esas ve 2006/35 karar sayılı kararıyla, Kanunun 3. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna vararak, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlandıktan itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesi yolunda hüküm kurmuştur.

Bundan başka özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı verecek makam konusunda da önemli bir değişiklik yapılmıştır.

1) Cezayı Verecek Makam

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı tahakkuk ettirecek makam konusunda yakın bir tarihte değişiklik yapılarak, bu konuda Türkiye İş Kurumu İl Müdürü yetkili kılınmıştır.

Gerçekten; bilindiği gibi, İş Kanunu'nun 108. maddesinde, idari para cezasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle; sakat ve eski hükümlü istihdamına ilişkin tüm yazışmalar Türkiye İş Kurumu ile yapılırken, para cezası Bakanlık Bölge Müdürünce verilmekteydi.

İsabetli olarak, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 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. Değişiklik metni şu şekildedir: “Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 inci maddedeki idari para cezaları hariç, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce veri-

101 inci 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 idareler” olarak belirlenmiştir. Başka bir anlatımla; 3713 sayılı Kanunda 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 yükümlüne aykırılık halinde idari para cezasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği öngörülmüştür. İdari para cezasını verecek makama kanunda yer verilmeyip bunun yönetmelikte somutlaştırılmasının isabet derecesi tartışmaya açıktır. 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.

2) Para Cezasının Miktarı ve Niteliği

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçi çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımını idari para cezasıdır.

Nitekim İş Kanunu'nun 101. maddesinde; “Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.” hükmü yer almıştır.

Kamu kuruluşları da işveren sıfatıyla İş Kanunu'na tabi olduğuna göre, bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamayacağı yolundaki hükmün son derece anlamsız olduğu düşünülebilir. Ancak yasakoyucunun böyle bir hüküm getirme ihtiyacının nedeni herhalde, geçmiş dönemde, bazı kurumları sakat ve eski hükümlü istihdamından muaf tutan kanuna aykırı genelgeler çıkarılmış olmasıdır.

Maddede belirtilen yediyüzelli milyon lira tutarındaki para cezası her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yenden değerlendirme oranında artırılmaktadır.

Terör mağduru çalıştırmamanın yaptırımı ise Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek madde 1/B'de bırakılmıştır. Bu maddede, terör mağduru istihdamı yükümlünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için, o yıl belirlenen asgari ücretin 10 katı tutarında para cezası öngörülmüştür.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17/I. maddesinde idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği belirtilmiştir. Gerek İş K. m. 101 ve gerekse Terörle Mücadele Kanunu Ek m. 1/B'deki para cezalarının niteliği itibarıyla, 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 cezasıdır⁸.

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, bazı maddelerde ise, “. . . bu durumdaki her işçi için. . .”, “. . . işten çıkardığı her işçi için. . .”, “. . . her bir çocuk için. . .”, “. . . her ay için. . .” gibi ibarelerle kişi ve/veya ay başına artan miktarda para cezası uygulanması düzenlenmiştir⁹.

Örneğin işyeri hekimi bulundurmamayı yaptırma bağlayan İşK. m. 105/II. fıkra hükmü maktu nitelikte bir para cezası içermektedir. Zira bu yükümlülüğe aykırı davranış halinde, işyeri hekimi çalıştırılmayan her ay için değil, işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmeme için tek bir para cezası öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, bu para cezası işyeri hekimi çalıştırılmayan her ay veya çalıştırılmayan işyeri hekimi sayısına göre değişiklik göstermemektedir. Halbuki, ağır ve tehlikeli işlerde rapor almaksızın işçi çalıştıran işverene bu durumda bulunan her işçi için para cezası öngören m. 105/IV. fıkrasında bir nispi para cezası söz konusudur. Zira bu cezanın miktarı, rapor alınmadan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçi sayısına göre değişmektedir.

Özürlü ve eski hükümlü istihdam etmeme için öngörülen para cezası da nispi niteliktedir. Zira,

bu cezanın miktarı önceden belli olmayıp, istihdam edilmeyen kişi başına ve istihdam edilmediği ay miktarına göre ceza miktarı da değişmektedir. Nitekim İş Kanunu'nun 101. maddesinde; "Bu Kanununun 30 uncu 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 bu husus açıkça vurgulanmıştır. Keza Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1/B maddesinde de, terör mağduru istihdamı yükümünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için denilerek aynı durum düzenlenmiştir.

Bir idari para cezasının maktu veya nispi nitelikte olmasının büyük önemi bulunmaktadır. Gerçekten tüm idari para cezaları için geçerli olan Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 7. bendine göre, idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanırken, bu kural nispi nitelikteki para cezaları için uygulanmaz. Başka bir anlatımla; her yıl artırım kuralı, sadece maktu nitelikteki para cezaları için sözkonusu olup, nispi nitelikteki para cezaları bakımından madde metninde yazılı miktarlar uygulanır.

Nitekim 4857 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının "Yeniden değerlendirme" başlıklı 112. maddesinde, öngörülen para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılması yolundaki hüküm kanunlaşma aşamasında çıkarılmıştır. Kaldı ki, idari para cezalarına ilişkin ortak esasları düzenleyen Kabahatler Kanunu bu hususu açıkça düzenlemiştir. Bu bakımdan, özürlü ve eski hükümlü istihdamına ilişkin idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılması Kabahatler Kanunu'nun m. 17/7 bendine aykırıdır ve itirazlarda öncelikle bunun ortaya konulması gerekir.

3) İdari Para Cezasının Verilmesi, İtiraz Usulü ve İtirazın İncelenmesi

a) İdari para cezasının tebliği

İdarî para cezası 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.

Tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir.

b) İtirazın yeri ve süresi

Son iki yıllık dönem içerisinde idari para cezalarına itiraz usulü konusunda da önemli değişiklikler yapılmıştır.

Gerçekten; 1475 sayılı İş Kanunu'nda idari para cezalarına itiraz mercii sulh ceza mahkemesi olarak gösterilmişken, Anayasa Mahkemesi'nin İmar Kanunu'nda yıkım nedeniyle verilen para cezalarına itirazın sulh ceza mahkemesinde görülmesine ilişkin hükmünü iptal eden 15.05.1997 – 96/72 – 97/51 sayılı kararı da göz önünde bulundurularak (Ay. Mah. Kararları Dergisi, s. 37, c. 1, Ankara 2002, 139 vd.), 4857 sayılı İş Kanunu'nda itiraz mercii olarak idare mahkemesi belirlenmişti. Bu değişiklik nedeniyle derdest olan davalar idare mahkemelerine devredilmişti. Ne var ki, Deniz İş Kanununun 53. maddesinde bir değişiklik yapılmadığı için, anılan Kanun kapsamında verilecek para cezalarına itiraz sulh ceza mahkemesinde görülmeye devam ediliyordu (Deniz İş K. m. 53).

Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, idari para cezalarına itirazın artık en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine yapılması gerekmektedir. Zira Kabahatler Kanunu, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılan çeşitli kabahatlere ilişkin olmayıp, toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkelere, 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.

Bu hükme uygun olarak İş Kanunu'nun m. 108/II. fıkrasındaki idari yargıya itirazı düzenleyen hükümde 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 itiraz usulü uygulanacaktır. Ne var ki uygulamada halen bu itirazları görev yönünden reddeden sulh ceza mahkemeleri bulunmaktadır. Hatta bazı idari para cezası tebligatlarında sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilirken, bazı tebligatlarda idare mahkemeleri itiraz mercii olarak gösterilmektedir.

Yapılan bu değişiklik mahkemelerin görevine ilişkin bir değişiklik olmasına rağmen, Kanunun geçici 2. maddesinde, Kanun hükümlerinin, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Şu halde; Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden önce açılarak idare mahkemelerinde görülmekte olan sakat ve eski hükümlü idari para cezasına itiraz davalarının bu mahkemelerde görülmesine devam olunacak, ancak bu tarihten sonraki itirazların sulh ceza mahkemesine yapılması gerekecektir.

Kabahatler Kanunu'nun bu konuda isabetli bir hüküm getirdiği söylenemez. Zira geçici 2. maddenin bu düzenlemesi nedeniyle, bir süre, aynı konuda, hem idare mahkemelerinden hem de sulh ceza mahkemelerinden hüküm çıkacaktır. Daha da önemlisi, aşağıda değinileceği üzere, Kabahatler Kanununda (m. 28/9) ikibin Türk Lirasının üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilmesi öngörülmüştür. Kanunun geçici 2. maddesinde "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz." hükmü gereğince, idare mahkemelerinin gördüğü davalarda kesin karar verilecek, sulh ceza mahkemelerinin gördüğü davalarda ise, para cezası miktarı ikibin Türk Lirasının üzerinde olduğu takdirde, ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olacaktır.

Öte yandan 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.

Terör mağduru istihdamı konusunda verilen idari para cezalarına karşı itiraz mercii Terörle Mücadele Kanunu ek 1/B maddesinde belirtilmemiş, bu konuda Yönetmeliğin 12. maddesinin 3. fıkrasında sulh ceza mahkemesi görevli kılınmıştı. Ancak Danıştay Onuncu Dairesi 15.12.2003 – 2001/2914 – 2003/5158 sayılı kararında isabetli olarak; ". . . Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi Anayasa hükmü olup, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesi gereğince idari dava türleri içerisinde olan idari para cezalarına karşı davaların idari yargıda çözümlenmesi gerekirken Yasada yer verilmediği halde idari para cezasına karşı gidilecek yargı yerinin sulh Ceza Mahkemesi olarak Yönetmelikle düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. . . " gerekçesiyle Yönetmeliğin 12. maddesinin 3. fıkrasındaki "Bu para cezalarına karşı tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir." cümlesinin iptaline karar vermiştir.

Ancak Kabahatler Kanunu gereğince artık Terörle Mücadele Kanunu ek 1/B maddesi gereğince verilen idari para cezalarına itiraz da sulh ceza mahkemelerine yapılacaktır.

c) Mahkemeye başvurulması ve inceleme

Başvuru, bizzat kanuni temsilci veya avukat tarafından sulh ceza 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.

Mahkemenin başvuru üzerine yapacağı işlemler Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda; mahkeme davanın yetkili mahkemede açılmadığını tespit ederse, dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine karar verir. Eğer başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesin-

Taksir şeklindeki kusur idari para cezasının tahakkuku için yeterli olacaktır.

de incelenebilecek kararlardan olmadığını veya başvuranın buna hakkı bulunmadığını tespit ederse, bu nedenlerle başvurunun reddine karar verir.

Yukarıda belirtilen nedenleri bulunduğu takdirde, mahkeme başvurunun usulden kabulüne karar verir. Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğüne tebliğ eder.

Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir. Ayrıca, başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da isteyebilir. Cevap dilekçesi, idarî 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 tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.

Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün temsilcisi, varsa tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu okunur, diğer deliller ortaya konulur.

Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar.

Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının; hukuka uygun olması nedeniyle, "başvuru-

nun reddine", hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına" karar verir.

Özür, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık konusunda yerleşik kuralların oluşmamış olmasının en önemli nedenlerinden biri de, bu yükümlülüğe aykırılık halinde tahakkuk ettirilen idari para cezasına itirazı inceleyen görevli mahkemenin kesin karar verileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Böylelikle bu tür uyuşmazlıklarda Yargıtay incelemesine izin verilmemiş ve uygulamaya yön verecek yerleşik içtihadlar da oluşmamış, çabukluk mülahazasıyla yapılan bu düzenlemeler hukuki gerçeğin ortaya çıkmasını engellemiştir. Kabahatler Kanunu ile getirilen değişiklikler bu sınıncaları bir ölçüde azaltacaktır.

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 bu idari para cezasının tahakkuku için yeterli olacaktır.

Kuşkusuz, işverenin bu yükümlülüğe uymamak konusunda kasdi veya taksirli bir davranışının bulunup bulunmadığı incelenirken;

- İşverenin Kurumdan talepte bulunup bulunmadığı,

- 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,

- İşverenin 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,

- İşverenin bu yükümlülük kapsamında istihdam ettiği özür, eski hükümlü ve terör mağduru işçi sayısı, kontenjanın tamamlanmamış olmasının makul gerekçelere dayanıp dayanmadığı gibi pek çok unsurun incelenmesi gerekmektedir.

d) Mahkeme kararına karşı itiraz yolu

Bilindiği gibi, gerek 1475 sayılı Kanun'da gerek-

se 4857 sayılı Kanun'un 108. maddesinin ilk halinde, para cezasına yapılan itirazların mahkemece kesin olarak karara bağlanacağı öngörülmüştü. Kabahatler Kanunu'nda bu sakınca bir ölçüde hafifletilerek, sadece ikibin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğunu hükme bağlamıştır. Şu halde ikibin Türk Lirasının üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür.

Nitekim 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. Uygulamada ise bazı sulh ceza mahkemeleri, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılmış kabahatler için itiraz mercii olarak ağır ceza mahkemesini göstermekte, diğer kanunlarda düzenlenmiş idari para cezaları için ise, sulh ceza mahkemesi kararlarına karşı asliye ceza mahkemesine başvurulacağını düzenleyen genel hüküm çerçevesinde, asliye ceza mahkemelerini itiraz mercii olarak göstermektedir. Bu uygulama hatalıdır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kabahatler Kanunu, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılan çeşitli kabahatlere ilişkin olmayıp, 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 kanun niteliğinde olup, Kanunun 3. maddesinde de, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı açık olarak düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemesine itiraz da bu bölümde 29. maddede düzenlenmiştir. Mamafih konuya ilişkin olarak verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları bu noktadaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Ağır ceza mahkemesi itirazla ilgili kararı, dosya üzerinden inceleme yapılarak 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.

e) İdarî para cezasının ödenmesi

İdarî para cezası, Devlet Hazinesine ödenir. Kişi-

nin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idarî 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 idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

Kesinleşen karar, derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verilir. İdarî para cezası, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Tahsil edilen idarî para cezasının kanunla belirlenen bir oranı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır.

İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

Kabahatler Kanunu'ndaki önemli bir hüküm (m. 17/6), idarî 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.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda geniş bilgi için bak. S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 249 vd.; F. UŞAN, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 210 vd.; G. ALPAGUT, "4857 sayılı Yasa'da İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu", MESS Mercek Dergisi, Nisan 2004, 118 vd.; Ö. EKMEKÇİ, "Yeni Tüzük Hükümleri Uyarınca Sakat İşçi Çalıştırma Yükümü, İBD, c. 61, s. 4-5-6, Nisan - Mayıs - Haziran 1987, 308 vd.
- 2 Bak. EKMEKÇİ, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, Çimento İşveren D. 2005/4, 26.
- 3 RG. 7.7.2005, No. 25868.
- 4 Bak. EKMEKÇİ, agm, 29.
- 5 RG 19.3.2004, No. 25407.
- 6 RG 4.2.2005, No. 25717.
- 7 RG. 8.7.2005, No. 25869.
- 8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. M. AYDEMİR, İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, 30; A. ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 571 vd.; N. CANİKLİOĞLU/T. CANBOLAT, "4857 sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, c. 7, s. 3, 2004, Resul Aslanköylü'ye Armağan, 221 vd.; S. EROĞLU, "Çalışma Mevzuatımızda İdari Para Cezaları", MESS Mercek Dergisi, Ekim 2004, 81.
- 9 Diğer örnekler için bak. EROĞLU, 86.

Av. Vanessa NICHOLLS

İngiltere İmalat Sanayi İşverenleri Kuruluşu (EEF)

İngiltere’de Haksız Feshe İlişkin Düzenlemeler

İngiltere’de işçilerin iş hukukundan doğan hakları oldukça geniş kapsamlıdır. Bu makale, iş hukuku alanındaki en önemli haklardan biri olan işçinin haksız işten çıkarmaya karşı dava açma hakkı konusunda genel açıklamaları içermektedir.

Haksız fesih davasına ilişkin sınırlar

Haksız işten çıkarmaya karşı dava hakkı, 1996 tarihli Çalışma Hakları Kanunu (Employment Rights Act) kapsamında düzenlenmiştir. Ancak kişinin haksız fesih iddiasıyla dava açabilmesi için, belirli şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir.

İlk olarak, kişinin Çalışma Hakları Kanunu’nda tanımlanan anlamda bir çalışan olması gereklidir. Çalışma Hakları Kanunu’nda işçi kavramı, “bir iş sözleşmesi akdeden veya bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişi” olarak tanımlanmaktadır. Bu yanıltıcı şekilde basit görünen tanım, kimin istihdam edilmiş kişi, kimin serbest çalışan sözleşme tarafı veya diğer işçi türü olup olmadığı konusunda birçok davaya yol açmıştır.

İkinci olarak, işçinin iş sözleşmesi sona erdiği tarihte en az bir yıl aralıksız hizmeti olması gerekmektedir. Bununla birlikte bu kuralın istisnaları mevcuttur. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle işten çıkarılan ve bu nedenle haksız feshe karşı dava açan bir çalışanın bir yıllık hizmet süresine sahip olmasına gerek yoktur.

Üçüncü olarak, makalenin kaleme alındığı tarih-

te, yapmakta oldukları işe göre olağan emeklilik yaşına ulaşmış olan işçiler genel olarak haksız işten çıkarmaya karşı dava açma hakkına sahip değildiler. Olağan emeklilik yaşının olmadığı veya olağan emeklilik yaşını olmakla birlikte kadınlar ve erkekler için farklı olduğu işlerde çalışanlar halen, 65 yaşının üzerinde oldukları takdirde haksız işten çıkarmaya karşı dava açmamaktadırlar. Bununla birlikte 1 Ekim 2006’dan itibaren, olağan emeklilik yaşının veya 65 yaşın üzerinde olan işçiler de bu davayı açabileceklerdir. Bunun nedeni yaş sınırının bu tarihte yürürlüğe girecek ayrımcılığa ilişkin yasal düzenlemelerle kaldırılacak olmasıdır.

İşten çıkarma sebepleri

Haksız işten çıkarma iddiasına karşı savunmada bulunan işverenin, öncelikle işten çıkarmanın beş potansiyel haklı sebepten birine dayanarak yapıldığını ortaya koyması gerekir. Bu sebepler; yeterlilik, davranış, işgücüne ihtiyaç kalmaması, kanuna aykırılık veya işçinin işinden çıkarılmasını haklı gösterecek diğer esaslı sebeplerdir.

Mevzuatta yeterliliğin; işçinin becerisi, yeteneği, sağlığı veya diğer fiziksel veya zihinsel nitelikleri dikkate alınarak değerlendirileceği düzenlenmiştir. Uygulamada işverenler, bir işçiyi yetersiz performansına dayanarak veya hastalığa bağlı devamsızlığı kabul edilemez hale gelmesi nedeniyle işten çıkarmak istediklerinde, çoğu kez bu gerekçeye başvurumaktadırlar.

Mahkemeler, işverenlerin birçok farklı durumda

işçinin davranışını işten çıkarma gerekçesi olarak kullanabileceklerine hükmetmektedirler. İşçinin devamsızlığı ve işe geç gelmesi, küfürlü konuşması, sadakatsizliği, itaatsizliği, içki içmesi, uyutucu kullanması, kişisel görünümü, görev başındayken uyuması, hırsızlık ve sahtekarlığı, işyeri dışında cezayı gerektiren bir suç işlemesi, bilgisayarları izinsiz kullanması, şiddete başvurusu ve kavga etmesi davranış nedeniyle işten çıkarma sebepleri arasında değerlendirilmektedir.

İşverenin, işten çıkarmada işgücü fazlalığı sebebiyle dayanabilmesi için, işgücü fazlalığına ilişkin yasal tanımlamanın kesin olarak ortaya konulmuş olması gerekir. Bu durumlar işverenin, işçinin istihdam edildiği maksatla veya işçinin çalıştırıldığı şekliyle işin yürütümünü sona erdirmesi veya sona erdirmeye niyetinde olmasıdır. Başka bir seçenek de, yapılan işin gereği olarak, belli özelliklere sahip işçilerle işin yü-

1 Ekim 2006'dan itibaren yasada değişiklik yapılacak ve böylece işten çıkarmada haklı sebeplere bir altıncısı olan emeklilik de eklenecektir.

Haklı sebebe ilişkin usûl

Bir işverenin işten çıkarma için haklı sebebi olsa dahi, sorun burada bitmemektedir. Haklı bir sebebe dayanarak işten çıkarabilmek için işverenin, buna ilişkin prosedürün yerine getirildiğini ve haklı sebebin her şart altında işçinin işten çıkarılması için yeterli bir sebep olarak değerlendirilmesinde sürecin makul bir şekilde işletildiğini ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Uyulması gereken yasal asgari usul dışında, işverenin bu yükümü büyük ölçüde işten çıkarma sebebine bağlıdır. Örneğin işgücüne ihtiyaç kalmaması durumunda haklı sebebe ilişkin usul; işverenin, işgücü fazlasını ortadan kaldırmak için başvurulabilecek başka seçenekler

Yapmakta oldukları işe göre olağan emeklilik yaşına ulaşmış olan işçiler genel olarak haksız işten çıkarmaya karşı dava açma hakkına sahip değildirlir.

rütülmesinin veya işçinin istihdam edildiği belirli bir işin, sona ermesi veya azalması veya sona ermesi veya azalmasının beklendiği durumlardır.

İşçinin işinden çıkarılmasını haklı gösterecek diğer sebepler çeşitli farklı halleri aynı başlık altında toplayan bir kategoridir. Diğer esaslı sebeplere dayanarak işten çıkarmaya ilişkin çeşitli sebepler mahkeme kararlarıyla hüküm altına alınmıştır. İşin reorganizasyonu, işverenin haksız rekabete karşı menfaatlerinin korunması, işten çıkarmaya ilişkin dış baskılar, belirli süreli sözleşmenin sona ermesi, işçinin kendisinden kaynaklanan uygunsuz davranışları, işçinin hapse girmesi, işçinin işe girebilmek için gerçekleri saklaması veya yalan söylemesi, güven ve bağlılığın ortadan kalkması bu sebepler kapsamında değerlendirilmektedir.

Yasaya aykırılığın işten çıkarma için potansiyel olarak haklı bir sebep teşkil etmesinin sebebi kamu düzenidir. Bunun altında yatan mantık; kanuna aykırı bir sözleşme uygulama kabiliyetinden yoksun olduğundan, haksız işten çıkarmaya karşı dava açma hakkı da dahil olmak üzere yasaya bağlı istihdam haklarının bu sözleşme kapsamında ileri sürülemeyeceğidir.

olup olmadığını gözününde bulundurarak kişiyle bu durumu müzakere etmesini, işgücü fazlalığı nedeniyle işten çıkarılacak işçi gruplarının belirlenmesinde adil ve tarafsız davranmasını, işgücü fazlası ihtimalini mümkün olduğunca çalışanlara bildirmesini ve işgücü fazlası nedeniyle işten çıkarılacak işçileri belirlemesine temel teşkil eden kriterlerde adil ve tarafsız davranmasını gerektirecektir.

İşten çıkarmada usûl

2004 yılının Ekim ayından itibaren işverenler, emeklilik dışındaki tüm işten çıkarma sebeplerine dayanarak bir işçiyi işten çıkarmak istediklerinde, kanunda belirtilen usule uymakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımı ağırdır. İşveren bu yükümlülüğüne uymadığı takdirde, işten çıkarma otomatik olarak haksız işten çıkarma olarak kabul edilir ve işveren işçinin en az dört haftalık ücreti tutarında bir tazminat yanında, bu tazminatın %10 ila %50'si tutarında artırılacak bir telif tazminatını ödemekle yükümlü olur. Bunun yanında işçi, ayrımcılık iddiası gibi diğer iddialarını da mahkemede ispatlayabilirse bu ödemeler aynı oranda artırılır.

İşçinin işten çıkarma prosedürünün gereklerine uymaktan kaçındığı veya bununla ilgili haklarından doğan itirazlarını mahkemede öne sürmediği hallerde, ödenmesi gerekli tutarda iş mahkemesi tarafından %10 ila %50 arasında bir oranda indirim yapılmalıdır.

Yasal işten çıkarma usulü özetle üç basamağı içermektedir: 1) İşveren işçiye sorunun ardında yatanları yazılı olarak açıklamalıdır. 2) İşverenin konuyu işçiyle müzakere etmek için görüşme yapmalıdır. 3) İşveren talep edildiği takdirde itirazlarını dinlemek için işçiyle görüşmelidir. Basit görünmesine rağmen uygulamada işverenler bu prosedürün uygulanmasına ilişkin birçok konuda hataya düşebilmektedirler. Prosedürün tamamı bu yıl sonbaharda hükümet tarafından yeniden ele alınacaktır.

Yasal işten çıkarma usulüne uyulmaması, işten çıkarmayı kendiliğinden haksız hale getirmesine karşın, sadece usule uyulmuş olması işten çıkarmanın haklı olduğunu göstermez. Bunun için işverenin, her şart altında söz konusu sebebin işçinin işten çıkarılması için yeterli bir sebep olarak değerlendirilmesinde sürecin makul bir şekilde işletildiğini ortaya koyabilmesi gerekir.

1 Ekim 2006'dan itibaren işverenler işten çıkarmada haklı bir sebep olarak emeklilik yaşına gelmiş olma sebebine dayandıklarında, sadece emeklilik nedeniyle fesihde uygulanacak farklı bir yasal usule uymak zorunda olacaklardır.

Haksız fesih davası

Haksız fesih iddiası, bir mahkeme başkanı ve çalışma ilişkilerindeki deneyimi dolayısıyla seçilmiş olan iki kişiden oluşan iş mahkemesinde ileri sürülmelidir. Bu kişilerin biri işveren temsilcisi diğeri işçi temsilcisi olacak ve böylece heyetin dengeli bir şekilde oluşumu sağlanacaktır.

Haksız feshin sonuçları

İş mahkemesi işçinin haksız bir biçimde işten çıkarıldığı kanaatine vardığında, işçinin eski işine iadesine veya işe yeniden alınmasına ilişkin bir karar verebilir. İlave olarak veya başka bir seçenek olarak işverene davacıya tazminat ödemesini emredebilir.

1- İşçinin eski işine iadesi veya yeniden işe alınması

İş mahkemesi, işçi talep ettiği takdirde, işçinin eski işine dönmeye veya yeniden işe alınmasına ka-

rar verebilir. Mahkeme, tazminatı değerlendirmeden öncelikle bu çözüm yoluna başvurmanın uygun olup olmadığını göz önünde bulundurmalıdır. Eski işe iade; işçinin ücretinde bir kaybı olmadan eski işinde yeniden çalıştırılmasına ilişkin bir karardır. Yeniden işe alma; işçinin çıkartıldığı işe benzer bir işte veya uygun başka bir işte çalıştırılmak üzere işe yeniden alınmasına ilişkin bir karardır.

Uygulamada işçinin yeniden istihdam edilmesine ilişkin kararlar oldukça azdır. İş Mahkemele-ri'nin 2004/2005 Yıllık Raporu'na göre; 1 Nisan 2004 - 31 Mart 2005 tarihleri arasında haksız fesih davaları sonucunda verilen kararların sadece %0,2'si bu türden kararlardır.

İş Mahkemesi işçinin eski işine iadesine veya yeniden işe alınmasına karar verdiğinde ve bu karara uyulmadığı hallerde; işveren mahkemeyi karara uymanın mümkün olmadığı konusunda ikna edemezse, mahkeme mutad telafi tazminatları dışında 26 ila 52 haftalık ücret (bir haftalık ücretin tavanı 290 Sterlin'le sınırlıdır) tutarında ilave bir tazminata karar vermelidir.

2- Tazminat hükümleri

Tazminat hükümleri iki unsuru kapsamaktadır; temel işe iade tazminatı ve telafi tazminatı.

Asıl karar; işçinin hizmet süresine ve yaşına bağlı olarak hesaplanması ve öngörülmesi kolay olan standart bir formüle göre belirlenir. İşçinin kesintisiz hizmet süresi, fesih tarihinden geriye doğru hesaplanır. Bu hesaba en fazla 20 yıllık hizmet süresi hesaba dahil edilebilir. Kırkbir yaş ve üzerindeki işçiler için tazminatın miktarı her yıl için 1,5 haftalık ücret tutarındadır. İşçinin yaşı 22 ile 40 arasında ise her yıl için bir haftalık ücret tutarında, işçinin yaşı 21 ve daha az ise her yıl için yarım haftalık ücret tutarında tazminata karar verilir. Makale kaleme alındığı sırada haftalık ücret her hafta için 290 Sterlin'le sınırlıdır.

Buna karşın telafi tazminatlarına, iş mahkemesinin tüm şartları hakkaniyete uygun ve adil bir biçimde değerlendirmesi ve işveren tarafından işten çıkarmanın sonucuna bağlı olarak davacının uğradığı zararlar dikkate alınarak hükmedilir. Telafi tazminatı belirlenirken mahkeme, işçinin haksız şekilde işten çıkarılması sonucu ortaya çıkan fiili kayıplarını tazminata yansıtacaktır. Birkaç özel dava dışında, telafi tazminatının azami sınırı bulunmaktadır. Makale kaleme alındığı sırada bu sınır 58.400 Sterlin'dir.

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

-AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler¹

I. Genel Olarak

Din, dünya görüşü, özürlülük, yaşlılık ve cinsel eğilim Avrupa Birliği tarafından beş yıl kadar önce çalışma hayatının öncelikli konuları arasında görülerek üye ülkelerin bu hususlarda önlem alması gereği kabul edilmiştir. Değinilen amaca ulaşmak üzere İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönerge çıkarılmış ve yürürlüğe konulmuştur. Konu, Türk iş hukuku açısından da önem taşımaktadır. Yönerge tarafından koruma kapsamına alınan hususlarda, yeterli görülmesi de, mevzuatımızda bazı düzenlemeler mevcuttur. Ancak, ülkemizin üyelik müzakereleri sırasında dikkate alınacak olan söz konusu Yönerge hükümlerinin bilinmesi ve iç hukukumuzda uyarlanması gerekliliği vardır. Bu çalışmada önce Yönerge (II), sonra Türk iş hukukunda konu hakkında mevcut düzenlemeler ve yargı kararları (III) tanıtılmış, daha sonra da Türk iş hukukunun ihtiyaç duyabileceği yeni düzenlemeler (IV) saptanmaya çalışılmıştır.

II. Avrupa Birliği'nde Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Eşit İşlem İlkesi

A. Genel Olarak

Konuya ilişkin olarak Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması md. 13² şu hükmü getirmiştir:

“1. Sözleşmenin diğer kurallarına hâlel gelmeksizsin, Konsey sözleşme ile topluluğa verilen yetki çerçevesinde Komisyonun teklifi ve Avrupa Parlamentosunun görüşü üzerine oybirliği ile cinsiyet, ırk, etnik köken, din veya dünya görüşü, bir engellilik hali, yaş veya cinsel eğilim nedeniyle yapılan ayırımlara karşı uygun önlemleri alabilir.

2. Birinci fıkradan farklı olarak Konsey, md. 51'deki usule uygun şekilde, birinci fıkrada belirtilen amaca katkıda bulunmak üzere, üye ülkelerin hukuk ve idare kurallarının her tür uyumlaştırılmasına yönelik topluluğa ilişkin her türlü tedbirlerle ilgili kararları alır.”

Konu hakkındaki bir diğer kaynak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır. Md. 21'e göre,

"1. Özellikle cinsiyet, ırk, cilt rengi, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya dünya görüşü, politik veya diğer görüşler, milli bir azınlığa aidiyet, mamelek, doğum, bir engellik hali, yaşlılık veya cinsel eğilim nedeniyle ayırım yasaktır.

2. Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması ve Avrupa Birliği Anlaşması'nın uygulama alanında bu sözleşmenin özel kurallarını ihlal eden vatandaşlık nedeniyle yapılan her ayırım yasaktır."

Şart, AB Kurucu Anlaşması md. 13'de mevcut tüm ayırım hallerini kapsadığı gibi ayrıca sosyal köken, genetik özellik, dil, politik veya diğer dünya görüşü, milli bir azınlığa aidiyet, mamelek ve doğumdan oluşan yedi ek hali de içermektedir. Şartta mevcut hükümlerin yeni oluşturulacak Avrupa Birliği Anayasası'na alınması teklifi henüz ger-

dirmektedir. Konu özellikle üç açıdan önem taşımaktadır:

1. AB'nin dayandığı temel hakların kökü olarak Ayırım Yasağı Prensibi "Politik Ölçüt"e dahildir. Yeni üye ülkeler politik ölçütleri gerçekleştirmek için görev üstlenmişlerdir. Çünkü, bu husus üyelik müzakerelerinin başlaması için koşul olarak kabul edilmiştir.

2. Yeni üye ülkeler Birliğe giriş öncesi Birliğin müktesebatına dahil olan ayırım yasağına ilişkin mevcut iki yönergesini iç hukukuna dahil etmek zorundadır. İç hukukuna uyarlama işlemini tanıyan sürede yapmayan üye ülkeler topluluk hukukuna uymama nedeniyle sözleşmeyi ihlal işlemine tabi tutulacaktır.

3. Anılan ülkelerde azınlıkların ve ihmal edilmiş grupların toplumla bütünleşmesini sağlama ve ayırımla mücadele stratejileri ve kuralları oluşturma

Dolaylı ve doğrudan ayrımcılık, rahatsızlık gibi yeni kavramların, ayırım halinde ispat yükünün dağılımında yeni anlayışın üye ülkeler mevzuatına aktarılıp aktarılmadığı şüphelidir.

çekleşmemişse de, bu hükümler Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında dikkate alınmaktadır³.

Ayırım yasağı AB mevzuatı dışında uluslararası birçok belgede de ele alınmıştır. Bu konuda İnsan Hakları Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Politik Haklar Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Konvansiyonu ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 Numaralı Sözleşmesi örnek olarak verilebilir⁴.

Konuya ilişkin olmak üzere AB iki yönerge yayımlamıştır. İlki (2000/43/EG) ırk, etnik köken, çalışma hayatı, eğitim, sosyal koruma (sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dahil) sosyal iyileştirmeler, hizmet ve eşya (mesken dahil) sağlama yoluyla gözetime bağlı ayırımı yasaklamaktadır (Irkların Eşitliği Yönergesi). İkincisi ise (2000/78/EG) çalışma ve meslek hayatında din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim nedeniyle ayırımı yasaklamaktadır (İstihdama İlişkin Çerçeve Yönerge).

Ayırım yasağı sadece eski üye ülkeleri değil ayrıca yeni on üye ülke ile aday ülkeleri de ilgilendir-

çabaları Topluluk tarafından desteklenebilir. Bu çerçevede istihdamı ve sosyal katılımı destek stratejilerinin geliştirilmesi için yeni üye ülkelere mali destek sağlanır⁵.

Komisyon tüm ayırım nedenlerine karşı mücadele tedbirlerinin üye ülkeler mevzuatına aktarılmasını beklemektedir. Ancak, söz konusu nedenler arasında cinsel eğilim bazı yeni üye ülkelerde tartışma konusu olmuştur. Ayrıca yaşlılık nedeniyle ayırım konusu da halen birçok ülkede yabancıdır⁶.

AB ayrımcılığa karşı mücadele için sert tedbirler almasına ve üye ülkelere de bu konuda etkili tedbirler alma görevi vermesine rağmen, geçmiş yıllarda ırk ayırımı nedenli olaylar meydana gelmiştir. Bazı ülkeler konuya ilişkin yönergeler çıktıktan sonra verilen üç yıllık süreyi verimli kullanamamışlardır. Kimileri halen konuya ilişkin teklifleri tartışma aşamasındadırlar. Yönergelerin detaylı hükümlerini iç hukuklarına dahil edememişlerdir. Dolaylı ve doğrudan ayrımcılık, rahatsızlık (Belästigung) gibi yeni kavramların, ayırım halinde ispat yükünün dağılımında yeni anlayışın üye ülkeler mevzuatına aktarılıp aktarılmadığı şüphelidir⁷.

B. İstihdama İlişkin 2000/78 EG sayılı Çerçeve Yönerge

1. Genel Olarak

Topluluğun ayırımla mücadele eylem programına katılan ülkeler arasında Romanya, Bulgaristan, Kıbrıs, Macaristan, Slovakya, Polonya ve Türkiye bulunmaktadır. Ayırımcılığın engellenmesinde hükümetler dışında memurlara, bölgesel makamlara, sivil toplum kuruluşlarına, sosyal taraflara ve diğer katkıda bulunanlara görev düşmektedir.

Bu görevlerin belirlenebilmesi için aşağıda “Çalışma ve Meslek Yaşamında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçevenin Saptanmasına İlişkin 27 Kasım 2000 Tarihli 2000/78 EG Sayılı Yönerge” temel bazı başlıklar altında ele alınmaktadır.

Yönerge’de önce getirilen hükümlerin gerekçeleri (G) açıklanmış daha sonra da 21 maddelik düzenleme (D) kısmında uygulama esasları açıklanmıştır. Gerekçede önce özgürlük, demokrasi prensipleri, insan haklarına verilen önem, kadın ve erkek eşitliği prensibi, ayırımcılıktan koruma, İşçinin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı’nda yaşlı ve engellilere verilen önem, üye ülkeler istihdam politikalarında işbirliğinin desteklenmesi, iş pazarında zarar gören gruplar, engelliler ve yaşlıların sosyal katılımının desteklenmesi, çalışma ve işin her vatandaş için iktisadi, kültürel ve sosyal yaşama katılımını sağlaması bakımından önemi vurgulanmıştır (G: 1-6). Din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim nedeniyle yapılan dolaylı ve doğrudan ayırımların AB Sözleşmesi’nde mevcut amaçların etkisizleştirilmesine neden olduğu vurgulanmıştır (G: 11; D: 1).

2. Temel Kavramlar

Temel kavramlara ilişkin olmak üzere, Yönerge’nin düzenleme kısmında önce “ayırım” kavramı tanımlanmıştır. Bir kişinin din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim nedenlerinden biriyle farklı muameleye tabi tutulması “ayırım” olarak nitelenir (D: 2/4). “Doğrudan ayırım” din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim nedenleriyle mukayese edilebilir durumdaki bir diğer kişiye nazaran daha az elverişli muameleye tabi tutma halinde mevcuttur. “Dolaylı ayırım” nötr kurallar, ölçütler veya işlemlerin görünümüne göre belirli bir din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim

Bir kişinin din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel eğilim nedenlerinden biriyle farklı muameleye tabi tutulması “ayırım” olarak nitelenir.

nedeniyle diğer şahıslara nazaran özel bir şekilde zarara uğranabilecekse mevcuttur. Ancak bu kural, ölçü ve işlem hukuki bir amaca ulaşmak için adil ise ve araç amaca ulaşmak için uygun ve gerekli ise bir ayırımdan söz edilemez (D: 2/2).

Kişilerin değinilen özellikleri ile ilgili olup da istenilmeyen yani onurlarını kırıcı, korkutucu, düşmanlık doğurucu, haysiyet kırıcı veya hakaret taşıyan davranışlar “ayırım” olarak nitelenen rahatsızlıklardır (Belaestigungen). Üye ülkeler mevzuatlarını ve adetlerini dikkate alarak “rahatsızlık” kavramını tanımlayabilirler (D:3).

3. Kişi ve İçerik Bakımından Kapsam

Kişi ve içerik bakımından kapsam da ayrıca düzenlenmiştir. Düzenleme kamu ve özel kesimdeki tüm kişi ve makamları bağlamaktadır. İçeriğe dahil edilen hususlar ise şu şekilde sayılmıştır:

1. Bağımlı veya bağımsız olarak yürütülen bir faaliyet alanına, aday seçim ölçütleri de dahil olmak üzere, giriş (staj dahil),
2. Faaliyet alanı ve mesleki konumdan bağımsız olarak mesleki terfi,
3. Mesleki danışma, mesleki eğitim, eğitimi derinleştirme, yeni bir meslek kazanmaya yönelik eğitimin her türü ve düzeyi,
4. Ücret ve fesih koşulları dahil olmak üzere istihdam ve çalışma koşulları,
5. Bir işçi veya işveren örgütüne ayrıca üyeleri belirli bir meslek grubuna ait olan bir örgüte üyelik, yönetimine katılma, imkanlarından yararlanma (D: 1/a-d).

4. Koruma Alanı ve Sınırı

Gerekçede koruma alanı bakımından kapsam din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık ve cinsel eğilim olarak belirlenmiştir. Ancak düzenlemede söz konusu kavramlar tanımlanmış değildir.

Alınacak önlemlere, uygulama olanakları dikkate alınarak, sınır çizilmiştir. Sosyal güvenlik ve sos-

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın varlığı mahkemeler veya diğer yetkili makamlar tarafından saptanır.

yal koruma sistemleri kapsam dışında kalmaktadır (G: 13; D: 3/3). İşyerinde kendinden beklenen önemli görevleri yerine getirebilecek durumda olmayan veya bir eğitimi tamamlayamayacak durumda olan engelliler korumaya dahil değildir (G: 17). Güvenlik güçleri, polis, hapishane, acil yardım kurumları, gerekliliklerini karşılamayan kişileri çalıştırmakla mükellef tutulamaz (G: 18). Güvenlik güçleri mücadele gücünü muhafaza için bu yönergenin yaş ve engellilik ile ilgili hükümlerini uygulamakla yükümlü değildir (G: 19; D: 3/4). Ayrıca, genel bir kural olarak yönerge hükümlerinin, demokratik bir hukuk devletinde kamu güvenliği, düzenin korunması, cezai fiillerin önlenmesi, sağlığın korunması, hukukun ve özgürlüklerin korunması için, farklı düzenlemeler getiriyor olsa bile, bu düzenlemeleri devre dışı bırakmadığı da ifade edilmiştir (D: 3/5).

Üye ülkeler, ayırım yasağına giren konularda, belirli bir mesleki faaliyetin önemli bir gerekliliği olup amacı hukuka uygun ve makul sayılan farklı davranışlar öngördüklerinde, bu ayırım teşkil etmez (D: 4/1). Sınırlı bazı hallerde farklı davranmak haklı bir nedene dayanabilir. Din, dünya görüşü, engellilik, yaşlılık ve cinsel eğilim söz konusu meslek bakımından önemli bir gereklilik teşkil ediyor olabilir (G: 23). Kiliseler, dünya görüşü olan özel ve kamusal organizasyonlar, anayasaya ve mevzuata uygun olmak koşuluyla, statüleri gereği ihtiyaçları olan mesleki faaliyetler bakımından özel kurallar getirebilirler. Bu davranış ayırım anlamına gelmez (G: 24; D: 4/2). Keza, belirli koşullarda, her üye ülke kendi koşullarından kaynaklanan nedenlerle yaşa bağlı ayırım yapabilir. Ancak, bu halde istihdam politikası, iş pazarı ve mesleki eğitimin haklı kıldığı hukuki amaçlarla yapılan farklı davranma ile yasak olan ayrımcılık arasındaki fark gözetilmelidir (G: 25).

Yukarıda değinilen özel durumlardan kaynaklanan haklı ayırım halleri yanında, bir de alınan önlemlerin işverenlere ve kamuya getirdiği mali yük

ve mevcut mali kaynaklar dikkate alınmak zorundadır. Alınacak önlemler amaç için gereken ölçüyü aşmamalıdır (G: 21). Nihayet, vatandaşlık bağı nedeniyle getirilmiş bulunan farklı davranış kuralları da düzenlemenin kapsamına girmemektedir. Üçüncü ülkelerin vatandaşlarının veya vatansızların üye ülkelerin egemenlik alanına seyahat, ikamet veya konumlarından doğan herhangi bir davranış koşulları da getirilen hükümlerden etkilenmezler (D: 3/2).

5. Aşkın Tedbirler

Yönerge'de aşkın tedbirlere de değinilmiştir. Getirilen tedbirler asgari düzeyde olup üyeler daha lehe önlemler almakta serbesttirler. Yönerge hükümlerini iç hukuka uyarlama önceden mevcut koruma düzeyinin inmesi nedeni olamaz (G: 28; D: 8). Ayırım yasağı koruma kapsamındaki kişilerin din, dünya görüşü, engellilik, yaş ve cinsel eğilim bakımından zararlarını önleyici mevcut tedbirlerin devamına ve yenilerinin alınmasına, bu amaçla organizasyonlar oluşturulmasına engel teşkil etmez (G: 26; D: 7/1-2).

6. Koruma Yöntemleri

Yönerge'nin gerekçe kısmında ayrımcılığa karşı koruma yöntemleri de açıklanmaktadır. Ayırım kurbanları uygun bir hukuki korumaya sahip olmalıdırlar (G: 30). Bunun için üye ülkeler önce eşitlik prensibine uymayan hukuki ve idari kuralları kaldırmak zorundadırlar. Eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan hizmet sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, işçi ve işveren örgütleri ile bağımsız çalışanların örgütlerinin statülerini düzenleyen kuralların geçersiz sayılması veya değiştirilmesi gerekir (D: 16). Daha sonra ise, milli hukuk düzenlerinde feshe ve işverenden kaynaklanabilecek diğer zarar verici davranışlara karşı koruyucu tedbirler almak zorundadırlar (D: 11). Etkili bir koruma için mağduru mahkemelerde onların organizasyonlarının, derneklerinin ve diğer hukuki şahsiyetlerin temsili ve savunması olanağı sağlanmalıdır (G: 29; D: 9/2). Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın varlığı mahkemeler veya diğer yetkili makamlar (idari yol, hakem uygulaması) tarafından saptanır (G: 15; D: 9/1). Üye ülkeler bu Yönerge'den doğan yükümlerin ihlali halinde uygulanmak üzere tazminat da dahil, etkili, uygun ve caydırıcı yaptırımlar getirmek zorundadır (G: 35;

Örf ve adetler dikkate alınarak, eşit davranma prensibinin sağlanması amacıyla, işyeri uygulaması, işyeri iç yönetmeliği, konuya ilişkin araştırmalar ve tecrübelerin değişimi konularında işçi ve işveren arasındaki sosyal diyalogun geliştirilmesi teşvik edilir.

D: 17). Üye ülkelere ayrıca halen mevcut olan ve Yönerge nedeniyle almış oldukları tedbirleri uygun şekilde işyerinde, egemenlik alanlarında tanıtmak görevi verilmiştir (D: 12).

Mağduru temsil hakkının yaygınlaştırılması dışında alınan diğer önlem ispat yüküne ilişkindir. Ayırımın varlığına ilişkin inandırıcı bir belirti var ise ispat yükü yer değiştirmelidir. Eşitliğin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, eğer ayırımı ilişkin kanıt (beyyine) mevcut ise (böyle davranılmadığına ilişkin), ispat yükünün davalıya nakli gerekir. Davalı davacının belirli bir din, dünya görüşü, engel, yaş ve cinsel eğilim sahibi olduğu için ayırım yapmadığını ispat etmelidir (G: 31). Üye ülkeler olayın saptanmasının mahkemeye veya başka bir yetkili makama ait olması halinde davada ispat yükünün dağılımına ilişkin kuralı göz ardı edebilirler (G: 32).

Eşitlik prensibinin uygulanmaması nedeniyle mağdur olduğunu düşünen ve yetkili bir makamda veya mahkemede dolaylı veya doğrudan bir ayırımın varlığına ilişkin kanaat uyandıran kişi için üye ülkeler -milli mahkeme düzenleri ile uyumlu olarak,- davalının eşit işlem yükümünü ihlal etmediğini ispat etmesi için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Üye ülkede eğer, davacı için daha lehe olan bir ispat kuralı var ise, o varlığını sürdürür (D: 10).

Yargılama sürecine mağdur dışı katılımı sağlayan Yönerge üye ülkelere ayrıca ayrımcılıkla mücadele için sivil toplum kuruluşlarından olan sosyal taraflar arasında diyalog kurulmasını sağlama görevini de vermektedir (G: 33; D: 14). Örf ve

adetler dikkate alınarak, eşit davranma prensibinin sağlanması amacıyla, işyeri uygulaması, işyeri iç yönetmeliği, konuya ilişkin araştırmalar ve tecrübelerin değişimi konularında işçi ve işveren arasındaki sosyal diyalogun geliştirilmesi teşvik edilir. Üye ülkeler işçi ve işverenleri ayrımcılığa karşı sözleşmeler imzalamaya teşvik eder. Bu sözleşmeler Yönerge'nin asgari koşullarına uygun olmalıdır (D: 13). Yönerge, ayrımcılığa ilişkin kurallar içeren bir toplu iş sözleşmesi var ise, kurallarının denetimini yapma görevinin -taraflarının ortak dilekçesi üzerine- üye ülke tarafından onlara verilebileceğini de hükme bağlamıştır (G:36; D: 13).

7. Koruma Önlemleri

Ayrımcılığa karşı önlemler, koruma halleri için ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Engellilikle ilgili olarak özürülülerin işyerindeki ihtiyaçlarını gidermeye yönelik önlemler alınır (G: 16). Bunun için işyerinin mekanının oluşumu, işyeri aletleri, çalışma ritmi, görev dağılımı çalışana göre ayarlanır (G: 20). Tedbirler işe girme, mesleğin icrası, mesleki terfi ve eğitime katılmayı konu edinir (D: 5).

Yaş, ayırım yasağının önemli bir parçasıdır (G: 25). Ancak, Yönerge hükümleri üye ülkelerin emeklilik için belirledikleri yaş sınırını etkilemez (G: 14). Ayrıca, üye ülkeler objektif ve makul olmak koşulu ile istihdam politikası, iş pazarı ve mesleki eğitim açısından hukuka uygun amaçlarla farklı davranış kuralları getirebilirler (D: 6). Bu türlü bir ayırım şu halleri kapsayabilir: Gençler, yaşlılar ve gözetilmesi gereken kişilerin işe alınmaları, ücretlendirilmeleri, işten çıkarılmaları, mesleki eğitimleri, özel istihdam ve iş koşulları için özel şartlar belirlenebilir (D: 6/1-a). Bir işe girmek için (en az) yaş, mesleki tecrübe veya hizmet yaşı aranması mümkündür (D: 6/1-b). Belirli bir işyerine girilmesi için özel mesleki gereklilikler nedeniyle ya da emeklilik öncesi çalışılması gereken asgari süre nedeniyle belirli bir (en fazla) yaş istenebilir (D: 6/1-c). Ayrıca, işyerinde sosyal güvenlik sandığı mevcutsa, üyelik veya yaşlılık, malullük aylığı ve diğer edimler bakımından, belirli meslek ve çalışan grupları için, -cinsiyet açısından ayırım teşkil etmemek üzere- belirli bir yaş sınırı saptanabilir (D: 6/2).

8. İç Hukuka Uyarılama Süresi

2 Aralık 2000 tarihinde yayımlanıp yürürlüğe gi-

ren Yönerge'de üye ülkelere en geç üç yıl içinde (2 Aralık 2003'e kadar) gerekli hukuki ve idari kuralları getirme yükümü yüklenmiştir. Sosyal taraflar, müşterek bir dilekçe verme yoluyla, toplu iş sözleşmelerinin uygulama alanına düşen Yönerge kurallarının uygulanmasını üstlenebilirler. Bu halde üye ülkeler sosyal tarafların en geç 2 Aralık 2003 tarihine kadar bir anlaşma ile gerekli tedbirleri alacaklarını taahhüt ederler.

Özel koşulların dikkate alınması sonucu, üye ülkeler yönerge hükümlerini hayata geçirmek üzere, gerekli durumlarda, 2 Aralık 2003 tarihinden itibaren ek üç yıl yani toplam altı yıllık süreyi kullanabilirler. Ek süreyi kullanan ülke Komisyon'a ayırimla mücadele konusunda aldığı tedbirler hakkında yıllık rapor sunmakla mükelleftir. Komisyon da Konsey'e bu konuda yıllık rapor sunacaktır (D: 18). 2 Aralık 2005'e kadar ve izleyen her beş yılda bir üye ülkeler Komisyon'a, Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e sunulacak raporlara esas olmak üzere, gerekli bilgileri sunarlar. Komisyon raporunda, uygun bir şekilde, sosyal tarafların ve sivil toplum kuruluşlarının durumunu dikkate alır. Raporunda alınan tedbirlerin kadın ve erkeklerin durumuna olan etkileri de dikkate alınır. Aktarılan bilgiler dikkate alınarak, gerekli hallerde, raporda Yönerge'nin değiştirilmesi ve güncelleştirilmesi teklifleri de yer alabilir (D: 19).

III. Türk İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

1. Anayasa'da

18.10.1982 kabul tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 10 "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşımaktadır. Düzenlemeye göre, "*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*"

Kural önce özne ve konu olarak kapsamını açıklığa kavuşturmuştur. Eşit davranma ilkesi yani, bir diğer deyişle ayırım yasağı herkesi kapsamı-

na almaktadır. Ayırım konuları dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler olarak açıklanmıştır. Temel ayırım konuları sayılmış olmakla birlikte "ve benzeri sebepler" ibaresi eşitlik ilkesinin uygulama alanının genişleyebileceğini ortaya koymaktadır. Düzenleme keyfi ayırımları yasaklamaktadır. Yani, söz konusu olan eşitlerin eşitliğidir (Mutlak eşitlik = şekli eşitlik). Eşit olmayanların eşitsizliği bu ilkeyi ihlal etmemektedir. Haklı nedenler var ise, fertlere ve gruplara farklı davranılabilir. Haklı neden kavramı Anayasa Mahkemesi kararlarında "gereklik", "zorunluluk" "işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk" "dengeli ve makul görülebilecek ölçüler", "adaletli ve eşit ölçüler" gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bazı fiili eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için farklı gruplara getirilen ayırımlar keyfi ayırımcılık sayılmaz. Örneğin, kadınlara seçim kotası getirilmesi "olumlu ayırımcılık" teşkil eder. İmtiyaz tanıma anlamına gelmez (nispi eşitlik = maddi eşitlik). "İmtiyaz", eşitliğin olmadığı durumu, "kamu yararı", "kamu düzeni", "genel sağlık" gibi haklı bir nedene dayanmadan yapılan (keyfi) ayırımcılığı ifade eden bir kavramdır ve hukuk devleti ilkesine de ters düşmektedir⁸.

2. İş Kanunu'nda

A. Genel Olarak

Dayanağı: Bu ilkenin hukuki dayanağı ile ilgili olarak birçok değerlendirme yapılmıştır. Genel hukuk prensipleri içinde dürüstlük kuralı (MK. m.2), adalet düşüncesi, ahlak kuralı, hakkaniyet kuralı ve Anayasa'da mevcut eşitlik ilkesi (md. 10); iş hukuku açısından ise, bu hukuk dalının işçiyi koruyucu karakteri, işyeri uygulaması ve işverenin işçiyi koruma borcu dayanak olarak ileri sürülmüştür. İlke, 4857 sayılı yeni İş Kanunu md. 5 ile açıkça düzenleme konusu edinilmiştir.

Tanımı ve koşulları: Eşit davranma, aralarında ayniyet olmayan ama farklı davranmak için haklı gerekçeler bulunmayan benzer haller için geçerlidir. İşverenlere işyerinde çalışan işçilere haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yükler. Keyfi ayırım yapılmasını yasaklar. Amaç tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi değil, gerçekten benzer durumdaki çalışanların farklı işleme tabi tutulmasını önlemektir.

Eşit davranma mükellefiyetinin uygulanabilmesi için bazı koşullar gereklidir. Bu yükümlülük aynı işyerinde çalışanlar bakımından geçerlidir. Söz konusu işyerinde ikiden fazla çalışan bulunmalıdır. Bu kişiler hizmet akdiyle istihdam edilmiş olmalıdır. Topluluğa yönelik kollektif bir uygulama (davranış) gereklidir. Uygulama aynı zaman diliminde gerçekleştirilmelidir⁹.

Ayırım konuları: Ücret, çalışma koşulları, yönetim hakkı, temel haklar ve kadın erkek eşitliği söz konusu ilkenin uygulama alanını teşkil etmektedir¹⁰. Söz konusu hususlar İş Kanunu'ndan ziyade, (sendika üyeliği ve sendikal faaliyet dikkate alınarak) -kısmen- 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda belirtilmiştir. md. 31/3 ve 4'e göre, *"İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır."*

2821 SK. işverenlerin dışında sendikalara da -üyelerine yönelik olarak- eşit davranma yükümü getirmektedir. Sendika ve konfederasyonların sosyal faaliyetlerini düzenleyen md. 33/son'a göre, *"Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar."*

Ayırım konuları içinde bulunan temel haklar ifadesinin içine din, dünya görüşü, özürlülük, yaşlılık ve cinsel tercih nedeniyle dışlanmama, çalışma hayatında mağdur edilmeme gereği girmektedir. Ancak, bu haklar kullanılırken işverenin işletmeden kaynaklanan durumu ayrıca, kamu düzeni dikkate alınmak zorundadır. Örneğin din özgürlüğü işçiye Cuma günü öğleden sonra camiye gitmek hakkı sağ-

2821 sayılı Sendikalar Kanunu, işverenlerin dışında sendikalara da -üyelerine yönelik olarak- eşit davranma yükümü getirmektedir.

lamamaktadır.¹¹ Keza, işyerinde başörtüsü takmak din özgürlüğünün, dünya görüşünün ve kişilik haklarının bir gereği olarak görülebilirse de¹² rejime yönelik siyasal bir tavır olarak nitelendiğinde söz konusu hak ve özgürlükler ikinci planda kalacaktır¹³.

Ayırım nedenleri: Bu hususlar 4857 SK. md. 5'te açıklığa kavuşturulmuştur. Dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılması yasaklanmıştır. Cinsiyet ve gebelik -işin niteliği gerektirmedikçe- ayırım nedeni teşkil edemez. Tam ve kısmi süreli ile belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri arasında ayırım da yasaktır. Bu nedenlere sendika üyeliğini ve sendikal faaliyeti de (2821 SK. md. 31) eklemek gerekir.

Eşit davranma yükümünü ihlalin yaptırımı: İşveren, iş ilişkisi devam ederken veya sona ermesinde, İş Kanunu'nda belirtilen ve yukarıda değinilen nedenlerden herhangi biri sebebiyle farklı davrandığında işçi yoksun kaldığı hakları dışında ayırım nedeniyle bir tazminat isteme hakkına sahiptir. Bu tazminat en fazla dört aylık ücreti tutarındadır¹⁴. Düzenlemede 2821 SK. md.31 (yani sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle ayırımı ilişkin hüküm), saklı tutulmuştur (4857 SK. md. 5/6)¹⁵. Yani, ayırım sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma nedeniyle yapılmışsa (2821 SK. md. 31 ihlal edilmişse), sadece (işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında) sendikal tazminata hükmedilir. Eşitliği ihlal (haksız ayırım) tazminatı ödenmez¹⁶.

B. İş Görüşmeleri Sürecinde Eşit Davranma İlkesi

Din, dünya görüşü, özürlülük, yaşlılık ve cinsel eğilim iş hukukunda işe alma aşamasından başlayarak feshe kadar uzanan süreçte önem kazanmaktadır. İş görüşmelerinde işverenin belli sınırlar içinde soru sorma hakkı bulunmakta, işçi de bu sorulara belli sınırlar içinde yanıt vermekle mükellef bulunmaktadır. İşçi özel bazı durumlarda soru sorulmasa da kendiliğinden açıklamada bulunmak zorundadır. İşveren çalıştıracığı işçi hakkında bir görüşe sahip olabilmek için onun yetenekleri ve kabiliyeti hakkında bilgiye ihtiyaç duyar. Sorulacak sorular yapılacak iş açısından haklılık kazandıracak özelliğe sahip olmalıdır. Kendiliğinden açıklamada bulunma yükümü yine iş ilişkisinin özelliğinden dolayı işverenin bir açıklama yapılmasını bekleyebileceği hallerde kabul edilir.

Mevzuatımızda soru sorma hakkı ve açıklamada bulunma yükümünün dayanağı Medeni Kanun md. 2/1'deki doğruluk ve güven ilkesidir. Ayrıca, "iş sözleşmesi yapıldığı sırada tarafların birbirlerine akdin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar ve şartlar göstermesi yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermesi veya sözler söylemek suretiyle" yanılması (4857 SK. md. 24/II-a, m. 25/II-a) İş Kanunumuz'da her iki taraf için fesih nedeni sayılmakla sözü edilen düzenlemeler de anılan yükümlüğün dayanağını oluşturmaktadır¹⁷.

Din, dünya görüşü, cinsel eğilim konularında aday işçiye soru yöneltilmemesi gerekir. Çünkü, Anayasamız'da mevcut bazı düzenlemeler söz konusu hususlarda koruma sağlamaktadır. Md. 24/3'e göre, "... kimse ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz." md. 25'te benzer şekilde düşünce ve kanaat hürriyeti, md. 67'de siyasi faaliyet özgürlüğü garanti altına alınmıştır. İşverenin başvuran adayın hangi siyasi ve dini anlayışa sahip olduğu hususunda soru sorma hakkı bulunmadığı gibi, işçinin de bu konularda kendiliğinden açıklamada bulunma yükümü yoktur. Ancak, kişinin çalışacağı işyeri işverenin söz konusu hususlarda bilgi sahibi olmasını gerektiriyor olabilir. Örneğin, kişi bir dini kurumda, siyasi partide, eşcinsellere hizmet veren bir dernek görev üstlenmek istediğinde durum böyledir¹⁸.

Özürüllük, sağlık durumu hakkında bilgi istenildiğinde gündeme gelecektir. İşverenler uygunluk testleri ve tıbbi muayene taleplerinde bulduklarında bu talepler hukuka uygun görülmektedir. Meğer ki işveren gen araştırması talebi ile adayın kişilik hakkının zedelenmesine sebebiyet vermiş olsun¹⁹. İşveren adaya işi yapmaya engel bir hastalığı ve türünü sorabilecektir. Diğer çalışanları, ürünü ve hizmeti etkileyecek sağlık sorunlarında aday, sorulmasa da kendiliğinden bilgi vermelidir. İş ilişkisinin ifasına mani teşkil eden her sebep sorulmasa da işçi tarafından işverene bildirilmek zorundadır²⁰.

C. Hizmet Sözleşmesinin Devamı Sürecinde Eşit Davranma İlkesi

1. Din ve İş Hukuku

Konu çalışma hayatında dinin yeri ve din görevlilerinin çalışma koşulları bakımından ayrı ayrı ele alınabilir.

a. Çalışma Hayatında Dinin Yeri

aa. İlgili Mevzuat

Anayasamıza göre, "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir." (md. 24/1). Belirtilen özgürlükler dini inancı olan ve olmayanlar için ayrıca ayırım yapılmadan her tür dini inanç için geçerlidir. Ancak, bu konuda genel sınır kamu düzenidir. Kamu düzeni ise laiklik ile korunmaktadır²¹.

Çalışma mevzuatımızda dini konu edinen bazı düzenlemeler mevcuttur. 4857 SK. md. 5'te düzenlenen iş ilişkisinde eşit davranma ilkesinde ayrıca dine de yer verilmiştir. İş ilişkisinde veya sona ermesinde bu ilkeye aykırı davranma halinde işçi, -yukarıda değinildiği üzere- söz konusu davranış nedeniyle mahrum kaldığı haklarını talep edebilir. Ayrıca, dört aya kadar ücreti tutarında tazminat isteyebilir. İşverenin eşitlik ilkesine aykırı davrandığı, yani, işçiyi iş ilişkisinde veya işten çıkarırken onun dini inancını ayırım nedeni yaptığı hususunu işçi ispat etmek zorundadır. Bu katı bir mükellefiyet olmayıp işçi dini ayırımın varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda ispat yükü yer değiştirmekte, bu kez işveren bir ayırımın mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olmaktadır. Madde 5, ispat yükü bakımından aynı Kanunun 20. maddesine atıfta bulunarak süreli fesihte geçerli sebebin varlığının işverence ortaya konulacağı hususunu açıklamaktadır.

İlk kez 1475 SK.'nu tadil eden 4773 SK. ile süreli fesihte 15 Mart 2003'ten itibaren geçerli sebep uygulaması başlatılmış ve 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile bu uygulama sürdürülmüştür²². Kanun'da geçerli sebep teşkil eden haller sayılırken ayrıca geçerli sebep sayılmayan hususlar da belirtilmiştir (md.18). "İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" cümlesi içinde dine de yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre sahip olduğu dini inanç bir kişinin iş akdinin feshine gerekçe teşkil edemeyecek, aksi halde işçi açacağı işe iade davası ile eski işinde tekrar istihdamını talep edebilecektir. Yazılı olarak yapılması ve sebebinin de açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirilmesi gereken (md. 19) fesih iradesinin tebliği sonrası işçi bir ay içinde iş mahkemesine dava açmalıdır (md. 20). İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit

edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçi kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Başvuru sonrası işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmalıdır. Aksi halde, ona karşı en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemek sorumluluğunu üstlenecektir. Kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için işçiye ayrıca en çok dört aylık ücreti ve diğer hakları ödenir (md. 21)²³.

Konuya ilişkin bir diğer husus ulusal bayram ve genel tatillere ilişkindir. Ulusal bayram ve genel tatiller aynı adı taşıyan özel bir kanunda düzenlenmiştir. 17.03.1981 tarih ve 2429 sayılı Kanuna göre iki dini bayram vardır: Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı. İlki 3,5, ikincisi ise 4,5 gün devam eder (md. 2/B). Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir. Ulusal bayram ve genel tatil günleri Cuma akşamı sona ererse izleyen Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır (md. 2/D)²⁴. Değinilen düzenlemede özel kesimde istihdam edilen işçilerin anılan günlerde tatil yapmalarına ilişkin bir zorunluluk yoktur. Konu onlar için 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıklığa kavuşturulmuştur. Md. 44'e göre, "*Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır*"²⁵. *Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir.*" İşçiler eğer bu günlerde çalışmaz iseler o günün ücretini tam olarak alırlar. Tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücret alırlar (md. 47). Ancak, ödenen ücret çıplak olup ekleri kapsamaktadır (md. 50)²⁶.

Dini tatiller yıllık ücretli izinle ilişkili olarak da düzenleme konusu edinilmiştir. Yıllık izne hak kazanmak için gereken asgari bir yıllık kıdem (md. 53/1) hesabında dini tatiller çalışılmış gibi sayılan hallerden sayılmaktadır (md. 55/İ). Ayrıca, "*Yıllık izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz.*" (md. 56/5)²⁷.

Nihayet ara dinlenmelerine ilişkin hükme göre, günlük çalışmanın ortalama bir zamanında verilen ara dinlenmeleri o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanır. Aralıksız verilmesi gereken ara dinlenmeleri iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önüne alınarak aralı olarak kul-

landırılabilir (md. 68)²⁸. Değinilen düzenlemeden yola çıkılacak olursa, din kurallarının gelenekler içinde düşünülmesi halinde ara dinlenmelerinin kullanma zamanının belirlenmesinde ve aralı olarak kullanılmasında etkin olabileceği söylenebilir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu md. 58'de sendikalara yasak olan ve işlendiğinde haklarında kapatma yaptırımını uygulanan fiiller belirlenmiştir. Rejimin temel niteliğine ilişkin söz konusu yasaklar içinde sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak da bulunmaktadır²⁹.

bb. İlgili Yargı Kararları

Yukarıda değinilen kuralların bazıları ile ilgili olarak verilmiş yargı kararları mevcuttur. Ancak, önce din görevlilerinin çalışma ilişkileri hakkında verilmiş bazı kararlardan söz etmek uygun olacaktır. Sigortalılığının tespitini isteyen davacı baraj inşaatında işçilik dışında imamlık da yaptığının tespitini istemiştir. Y. HGK. 10. HD.'nin kararı doğrultusunda davacının barajda işçilik yanında aynı zaman diliminde imamlık yapıp yapamayacağını, her iki işin birlikte yürütülmesinin mümkün olup olmadığının yerel mahkemece saptanmasının gerekli olduğuna karar vermiştir³⁰.

Kuzguncuk Rum Ortadoks Kilisesi Papazı hakkında verdiği bir kararda Yargıtay, hakkında ölçümleme ile prim tahakkuku yapılan papazın sigortalı olup olmadığının tespiti için önce şahsında hizmet sözleşmesinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğini hükme bağlayarak eksik inceleme yapan yerel mahkeme kararını bozmuştur³¹.

Kasaba camiinde belediyenin çalıştırdığı bir din görevlisinin hizmet akdinin feshi için encümen kararı alınmış, fesih yazısını tebliğden imtina eden görevli çalışmasını üç yıldan fazla bir süre sürdürmüş ve daha sonra da belediyeden ücret talebinde bulunmuştur. Mahkemeye göre, fesih yazısının içeriğinden haberdar olan davacının çalışması ücrete hak kazandırmaz. Çünkü, belediye kendisi ile yeni bir hizmet akdi yapmış değildir. Kişi kendi kendine çalışmıştır³².

İş ilişkisi hakkında bir diğer karara konu olayda, İzmir Vakıflar Müdürlüğü adına kapsama alınmış bulunan mülhak vakıf "Tıra Alaybey Camii" işyerinde çalışan din görevlileri (imam, müezzin) için prim bildirge ve bordroları verilmeyince yak-

laşık dörtbuçuk yıllık bir süre karşılığı olarak SSK tarafından ölçümleme yapılır. Ölçümlemeye yapılan itiraz üzerine Prim İtiraz Komisyonu anılan kişilerin sigortalı sayılamayacağına karar verince SSK hasım olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nü göstererek kararın iptali için mahkemeye başvurur. Yerel mahkeme Vakıflar Genel Müdürlüğü vekilinin iddiası doğrultusunda hasım olarak mülhak vakfın gösterilmesi gerektiği, bu vakıflarda çalışanların memur statüsünde buldukları dolayısıyla komisyon kararının da doğru olduğu gerekçeleriyle talebi reddeder. Kararın temyizi üzerine konuyu inceleyen Yargıtay'a göre, mülhak vakıf din görevlileri aylık ve ücretlerini Diyanet İşleri Başkanlığı veya diğer bir kamu kuruluşundan almadıkları için- 657 sayılı Yasa anlamında devlet memuru olmayıp (yapılan işin niteliği, işin işyerinde ve işverenin denetiminde görülmesi nedeniyle), hizmet sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilmelidir. Dolayısıyla, 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayıldıkları kuşkusuzdur ve SSK'nın ölçümleme hakkı vardır. İş mahkemesi bozmaya uymayıp kararında direnince konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda incelenmiştir. Genel Kurul'a göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 4 fıkra 1 gereği bu Kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler işverendir. İşvereni belirlerken işyerinin mutlaka ekonomik bir amaç taşımaya gereği aranmaz. Kültürel, sosyal ve bu olayda olduğu gibi dinsel bir hizmet de yeterlidir. Tüzel kişiliği olan ve dinsel bir amaç taşıyan mülhak vakıf da işveren olabilir. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mevzuat gereği mülhak vakıf görevlilerine yardım yapması onun işveren sayılmasını gerektirmez. İşveren mülhak vakfın müteveli heyetidir. İşveren olmadığı halde aleyhine yapılan ölçümlemenin iptali için talepte bulunan Vakıflar Genel Müdürlüğü davada taraf olarak kabul edilerek hakkındaki ölçümleme kararının iptali gerekirdi. Anılan nedenlerle direnme kararı onanmalıdır³³.

Yargıtay'ın din görevlileri dışında dini bayramlarla ilgili olarak vermiş olduğu bazı kararlara şu örnekler verilebilir: Uygulamada dini ve milli bayramlarda ayrıca hafta tatillerinde çalışma olgusu işgünü kavramının tartışılmasına neden olmaktadır. Tek-Gıda İş Sendikası'nın toplu iş sözleşmesi çoğunluğuna sahip olduğuna ilişkin Çalışma Bakanlığı yazısını ayın onunda alan işveren onsekizinde çoğunluğun bu-

lunmadığı gerekçesiyle iş mahkemesinde dava açar. Mahkeme 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu m. 15'de 6 işgünü olarak düzenlenen itiraz süresinin geçtiği gerekçesi ile davayı reddeder. Temyiz üzerine olayı inceleyen Yargıtay 9. HD. yerel mahkeme kararını şu gerekçelerle bozar: İşgünü kavramı yasada tanımlanmamıştır. Resmi dairelerde dini ve milli bayramlar ile Pazar ve Cumartesi günleri çalışma yapılmamaktadır. Ancak, diğer işyerlerinde söz konusu günlerde çalışma yapılmaktadır. Böyle olunca, yasanın genel amacına uygun ve uygulamanın gereksinimlerini karşılayacak bir yoruma gitmek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. O halde işgünü kavramını yapılacak işin muhatabına göre değerlendirmek ve o yerde işlem yapılabilecek gün olarak anlamak gerekir. Tatil günlerinin örneğin Cumartesi gününün resmi makamlara yapılacak başvurularında işgününden sayılmaması gerekir. Söz konusu değerlendirmeye göre bir resmi makam olan mahkemeye yapılan başvuru altı işgünlük süre içinde kaldığına göre, yetki itirazı süresinde yapılmıştır. Uyuşmazlığın özünün incelenmesi gerekirken talebin reddi kararın bozulmasını gerektirir³⁴.

1475 SK. md. 41 ve 42 (yeni düzenleme 4857 SK. md. 47) gereği, dini bayramlarda çalışmayan işçi çalışmış gibi ücret almakta, çalıştığında ise ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücrete hak kazanmaktadır. Dört ay boyunca hafta tatillerinde ve ayrıca ilk günleri hariç dini bayram günleri çalışan bir işçi ücret alacağını talep eder. Yargıtay 9. HD., tanık ifadeleri karşısında dini bayram ve hafta tatili günlerinde çalışma karşılığı ücret alacağının reddini bozma nedeni saymıştır³⁵. Bir diğer olayda Yargıtay, 5 yıl boyunca, hiç ara vermeden, her gün ayrıca tüm bayram, genel tatil ve hafta tatillerinde 3 saat fazla mesai yapıldığı iddiasını reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu iddia hayatın olağan akışına uygun düşmez, insan takatini aşar. Hesaplanan bayram, hafta tatili ve fazla çalışma ücretlerinden muhtemelen istirahatli ve raporlu olduğu süreler dikkate alınarak 1/3 nispetinde indirim yapılması hakkaniyete ve adalete uygun düşer³⁶. Dört aylık sürede yapılan bayram çalışmalarını makul gören Yargıtay aynı iddiayı beş yıl için makul görmemiştir.

Dini bayram sonrası devamsızlıkla ilgili iki örnek karardan söz edilebilir. Kurban Bayramı nedeniyle kullanılan 9 günlük izin sonrası 20 gün devamsızlık yapan işçi bu devamsızlığının ayrıca al-

dığı izin nedeniyle olduğunu ileri sürmesine karşın iddiasını yeterli ve inandırıcı delillerle kanıtlamayınca ihbar ve kıdem tazminatı talebi mahkemece reddedilmiştir³⁷. Diğer olayda SSK bakımından işveren vekili olan işçi kurban bayramı sonrası doğum iznini kullanır. İlgilinin yokluğunda SSK prim bildirgeleri zamanında verilmez ve Kurum idari para cezası tahakkuk ettirir. Bu durum üzerine işveren işçisinin hizmet akdini fesheder. Yargıtay işyerinde prim bildirgelerinden davacı ile birlikte bir başka kişinin de sorumlu olması nedeniyle hizmet akdini feshin haklı olmadığına ve işçinin tazminat alacaklarının ödenmesi gereğine karar verir³⁸.

Yukarıda aktarılan kararlardan anlaşılacağı üzere, dini ilgilendiren konularla ilgili olarak yargıya intikal etmiş bazı uyuşmazlıklar mevcut olmakla birlikte, eşit işlem borcuna aykırılık nedeniyle intikal etmiş herhangi bir ihtilafa rastlanmamıştır.

b. Din Görevlilerinin Çalışma Koşulları

İşçi konumunda çalışan din görevlileri olduğu gibi, memur konumunda bulunan din görevlileri de mevcuttur. Bu alanda çalışanların çoğunluğu statü hukukuna tabidir.

aa. Özel sektörde çalışanlar

Vakıf camilerinde çalışan din görevlileri onları atayan mütevellî heyet tarafından istihdam edilmektedir. Din adamları 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 60'da belirlenen 28 numaralı işkolundan (Genel-İş İşkolu) faaliyet gösteren sendikalara üye olabilirler. Ancak, gerek Çalışma Bakanlığı, gerekse kendi erişim sitelerinde anılan sendikaların bünyelerinde üye bulunan din görevlilerinin sayısı hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Bir araştırmaya göre, Türkiye'de yaklaşık 80 bin caminin 17 bininde çalışan imamlar vakıf ve derneklere bağlı olarak hizmet vermektedirler³⁹. Çalışma sorunları, aşağıda kamu din görevlileri sendikası tarafından ifade edilenden daha az değildir.

bb. Kamuda çalışanlar

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu ile kamuda çalışanlara 11 hizmet kolunda sendikalaşma hakkı tanınmış olup 11 numaralı hizmet kolu Diyanet ve Vakıf Hizmetleri'ne tahsis edilmiştir (md. 5). 72.746 çalışanın sendikalara dağılımı şu şekildedir: Türkiye Diyanet ve Vakıf Hizmet Kolu Kamu Çalışanları Sendikası (Türk Diyanet Vakıf-Sen) 33.704 üye, Türkiye Diyanet ve Vakıf Görev-

lileri Sendikası (Diyanet-Sen) 32.403 üye ve Diyanet ve Vakıf Emekçileri Sendikası (DİVES) 231 üye.

Aktarılan rakamlar din görevlilerindeki sendikalaşma oranının %91'e ulaştığını ortaya koymaktadır. Bu oran kamuda mevcut hizmet kol- ları içinde en yüksek olanıdır. Söz konusu durum Diyanet-Sen Genel Başkanı Ahmet Yıldız tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: Kamu çalışanları içinde en çok din görevlileri mağdur edilmiştir. Onlar sendikal mücadeleyi umut ışığı olarak gördüler. Sendikada sadece maddi sıkıntılar için değil ayrıca dine ve dini kurumlara karşı hakaret edenlere karşı da mücadele verilmektedir⁴⁰.

Din görevlilerinin çalışma koşulları Türk Diyanet Vakıf-Sen Genel Başkanı Bilal Eser tarafından şu şekilde belirlenmiştir: Atatürk'ün vefatından sonra gelmiş geçmiş tüm Cumhuriyet hükümetleri din görevlilerinin maaşlarını yükseltmek bir yana fitre, zekat alır duruma getirmişlerdir. Sabah saat 3.30 ile 4.00'de kalkar, gece 22.30'da yatsı namazında görevi biter. 19 saat görev başındadır. Mesai ücreti almaz. Cumartesi, pazar, resmi tatillerde, dini ve millî bayramlarımızda mesaiye gider. Memur mesai ücreti alır. Din görevlisi almaz. Güneydoğu illerimizde mevcut kadroların %50'si boştur. Buralarda resmi görevlilerin boşluğunu bölücü örgüte mensup Hizbullah militanları başta olmak üzere ehliyesiz kişiler doldurmaktadır. Mevcut 13 bin kadroya atama izni verilmediği takdirde bölücülük ve misyonerlik faaliyetleri telafisi mümkün olmayan boyutlara varacaktır⁴¹. Aynı yolda açıklamada bulunan Türk Diyanet Vakıf-Sen Mersin Şube Başkanı Salih Özbay, köy camilerinin imamsız bırakılmasının çok masraf açacak problemlere neden olacağını ifade etmiştir. Özbay'a göre, bunlar dış ülkelerce desteklenen misyonerlik ve ateist faaliyetlerdir. Kışla, cami ve okulların siyaset dışı alan olmaları cumhuriyetin temel ilkelerindedir. IMF'nin isteği ile imam kadrolarına atama yapılmaması mil- li kimliğimiz bakımında tehlikeli gelişmelerdir⁴².

2. Dünya Görüşü ve İş Hukuku

a. İlgili Mevzuat

Anayasamıza göre, "Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." (md. 25), "Herkes

düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir..." (md. 26/1). Anayasamız ayrıca fertlere bağımsız olarak veya bir siyasi parti bünyesinde siyasi faaliyette bulunma hakkı tanımaktadır (md. 67/1).

Anayasa'daki bu açık hükümlerin⁴³ dışında çalışma mevzuatımızda dünya görüşünü ilgilendiren bazı düzenlemeler mevcuttur. İş Kanunu'nda mevcut kötüniyet tazminatı uygulamasına göre (4857 sayılı İş Kanunu md. 17/6; 1475 sayılı eski İş Kanunu md. 13/son;) iş sözleşmesini fesih hakkının kötüniyetle kullanılması halinde işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir⁴⁴. Kötüniyetli uygulamalara ilişkin örnekler arasında işçinin siyasi nedenle işten çıkarılması hali de mevcuttur. Hizmet akdinin sırf siyasi nedenle feshi halinde kötüniyetli fesihden söz edilmelidir⁴⁵.

4857 SK. md. 18/3-d'de fesih için geçerli sebep sayılmayan haller sayılırken ".. din, siyasi görüş ve benzerleri" denilerek -üstü örtülü olarak da olsa- dünya görüşü feshe engel sebepler arasına alınmıştır denilebilir. Ayrıca İş Kanunumuz'daki eşit davranma ilkesi (md. 5) bizi aynı sonuca götürmektedir.

İşçinin üstlendiği edim ile dünya görüşü (politik, dini veya diğer herhangi bir manevi düşüncesi) çatışıyor olabilir. İşçi sözleşme öncesi bu durumdan işvereni haberdar etmekle mükelleftir. Aksi halde, işveren hile sebebiyle hizmet sözleşmesinin iptalini isteyebilecektir. Alışılmış inançlar diğerlerinden daha fazla korunmaktadır. Yapılacak işin ne olduğu önceden belli değilse işçinin inancı ile işverenin hakları arasında makul bir denge kurulması gerekir. Gemiye atık maddelerin yüklenmesi, eczanede müşteriye kürtaj araçlarının da satılması, fotoğraf montajında fotoğrafçıdan ahlaki değerler ile bağdaşmayan bir istemde bulunulması edim ve inanç çatışmasına örnek olarak gösterilebilir⁴⁶.

Dünya görüşüne ilişkin olarak Basın İş Kanunu 11. maddesinde şu hükmü getirmiştir: "*Bir mevku-tenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref ve şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde gazeteci ihbar müddetini beklemeden akdi feshedebilir.*"

İş akdini birinci fıkranın verdiği hakka dayanarak fesheden gazeteci, işverenin kusuru netice-

sinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiye o miktar tazminat isteyebilir."

Bir gazetenin sonradan politik yönünün değişmesi orada çalışmakta olan yazar için beklenen bir durum değildir. Böyle bir değişiklik olduğunda şeref ve şöhretinin veya manevi çıkarlarının zarar görebileceğini ileri sürerek, ihbar süresini beklemeden, hizmet sözleşmesine son verebilir⁴⁷.

Yukarıda çalışma hayatında dinin yeri incelenirken genel tatil ve bayramlara da değinildi. Söz konusu açıklamadan anlaşılacağı üzere hafta tatilleri, resmi ve dini bayramlar arasında 1 Mayıs'a yer verilmemiştir. Ancak, bazı sendikalar toplu iş sözleşmelerine hüküm koydurma yoluyla bu günü işçi bayramı olarak saydırıp tatil ve kutlama yapılmasını sağlayabilmektedirler. Sözleşmede hüküm olmayan hallerde dahi bazen işçiler kutlamalara katılmakta ve bu sebeple ortaya çıkan bazı sorunlar yargıya yansiyabilmektedir.

Dünya görüşü sendikaları ve üyelerini 1 Mayıs dışında da ilgilendirmektedir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu sendikaların siyasi faaliyetlerini düzenlemiştir. Söz konusu hükümlerden yola çıkarak sendikanın tüzel kişiliğinin, yöneticilerinin ve üyelerinin siyasi faaliyet haklarının ayrı ayrı ele alınması gerekir. Sendika tüzel kişiliğine ilişkin olmak üzere 2821 SK. md. 37/2'de getirilen hükme göre, "*Sendika ve konfederasyonlar amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar.*"

Siyaseti dar anlamda, bir siyasi partinin iktidarı ele geçirme ve ülkeyi yönetme gayreti olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanıma göre, ülke yönetimine talip olmak ve yönetmek sadece bir siyasi parti için düşünülebilir. Bir sendika için düşünülemez. Geniş anlamda siyaset ise, mevcut siyasi iktidarı etkilemek için girişilen eylemler olarak nitelenebilir. Söz konusu eylemler tüm sivil toplum kuruluşları, doğal olarak özellikle sendikalar için de geçerlidir. Bu ayırımdan çıkan sonuç sendikaların herhangi bir siyasi parti ile organik ve maddi bağ içine girmelerinin yasak olduğu hususudur. Organik bağ yasağı maddedeki siyasi partilerin adını, amblemini, rumuzunu veya işaretini kullanmamaya yönelik direktiften de anlaşılabilir. Maddi bağ yasağı ise, 2821 SK. md. 40/2'de siyasi parti ve sendikalar birbirlerine maddi yardım ve bağış kabul edemezler hükmüyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Sendikalar için temel yasakları düzenleyen 2821 md. 37/3'te "Bir siyasi partinin yönetim organlarından herhangi birinde görev alan sendika veya konfederasyon yöneticilerinin, bu göreve geldikleri andan itibaren sendika veya konfederasyondaki görevleri kendiliğinden sona erer." hükmü mevcut idi. Bu düzenleme 4277 SK. ile kaldırılmış olmakla artık sendika ve konfederasyon yöneticileri siyasi partilerin organlarında görev alabileceklerdir.

Sendikalar Kanunu'nda siyasi faaliyetle ilgili olarak sendika tüzel kişiliği hakkında hüküm bulunmakla birlikte sade üyeler için getirilmiş herhangi bir hüküm mevcut değildir. Buradan çıkan sonuç üyelerin herhangi bir siyasi partinin üyesi veya yöneticisi olmasında herhangi bir engel bulunmadığıdır⁴⁸.

b. İlgili Yargı Kararları

İdari ve mali özerkliğe sahip, Başbakanlığa bağlı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu'nda (TÜBİTAK) Tarım Orman ve Gıda Teknolojisi işinde çalışmakta olan davacı meydana gelen hükümet değişikliği sonrası, yıllık izinde iken hizmetine ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle işten çıkartılır. Aynı gün Tarım Orman ve Gıda Teknolojileri Araştırma Grubu'na uzman yardımcısı olarak yeni bir işçi alınması nedeniyle davacı işverenden kötüniyet tazminatı talep eder. Davacı eğitim ve öğretim elemanı yetiştiren bir kurumdan mezun olmuştur ve 10 yıldır aynı işi yapmaktadır. Yeni işçi çevre mühendisliği öğrencisi olup onun da işinin eğitimi ile ilgisi mevcut değildir. Yerel mahkeme feshi siyasi nedenli görerek talebi kabul eder. Yargıtay 9. HD. ise, işten çıkarılan ve yeni işe alınan her iki elemanın da uzmanlık gerektiren bir işte çalıştırılmamaları, ayrıca davacının siyasi nedenin ve kişisel anlaşmazlığın varlığını ispat edememiş olması nedeniyle kararı hatalı bularak bozar. Yerel mahkeme önceki kararında direnince konuyu inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kötüniyetin varlığının ispatının davacı işçiye ait olup, mevcudiyeti kanıtlanamadığı için direnme kararının bozulmasına yani, kötüniyetin bulunmadığına karar verir. Bu kararda mevcut karşı oy yazısında ise, Türkiye tarafından kabul edilmiş bulunan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 5. maddesinde geçerli sebeple fesih iddiasını ispat yükünün işverene ait olduğu, siyasi görüş farklılığı nedeniyle feshin geçerli sayılamayacağı ifade edi-

lererek işten çıkarmanın kötüniyetli olduğu ifade edilmiştir. Karşıt görüşteki üyeye göre, işveren fesih yazısının gerçeği yansıttığını ispatlayamamıştır. İşten çıkarma hükümet değişikliğinin hemen akabinde gerçekleşmiştir. Bu durum feshin politik nedenli olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁹.

9. Hukuk Dairesi'nin çalışma hayatında siyasete ilişkin 11.09.1991 tarihli kararı şöyledir: "26.03.1989 tarihinde belediye seçimleri yapılmıştır. Tanıklar seçimden sonra 30.06.1989 tarihinde rakam vererek çok sayıda işçi çıkarıldığını, 03.07.1989 tarihinde ise çıkarılanların yerine yine çok sayıda işçi alındığını söylemişlerdir. Gerçekten durum böyleyse davacının hizmet akdinin feshinin kötüniyete dayandığının kabulü gerekir. O halde bu konuda gerekli araştırma tamamlandıktan sonra kötüniyet isteği hakkında bir karar vermek gerekir. Yeterli araştırma, inceleme ve değerlendirme yapılmadan kötüniyet tazminat isteğinin reddine karar vermek isabetsiz olup bozmayı icabettirmiştir.⁵⁰"

Bir başka kararda belediyeye ait arazide su işçisi iken başkanlık sekreteri olarak görevini sürdüren kişi, belediye başkanı değişince, başkanlıkça henüz hakkında hiçbir yeni işlem yapılmadan, sekreterlik işine son verileceği kaygısı ile kazma kürek alarak araziye çıkar ve gazetecilere fotoğraf çektirir. Bu tutum Yargıtay tarafından işvereni için haklı fesih nedeni sayılmıştır⁵¹.

Gazetecilerin dünya görüşünü ilgilendiren bir diğer karara konu olay şu şekildedir: Bir gazetenin Ankara temsilcisi Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı ile Jandarma Genel Komutanlığı Organize Suçlar Dairesi Başkanı'nı kendi bürosunda yemeğe davet eder. Gazete sorumlularınca orada konuşulanların üçüncü kişilere aktarılmayacağı hususunda güvence verilir. Ancak yemekten bir gün sonra konuşulanlar Adalet Bakanı da dahil olmak üzere üçüncü kişilere sızdırılır, basına ve internet sitelerine yansır. Bunun üzerine görüşmelerde görevli bulunan Haber Müdür Yardımcısı çalıştığı gazetenin meslek etiğinin eleştirilmesinin kendisinin de güvenilirliğini tartışılır hale getirdiğini ileri sürerek hizmet akdini fesheder ve kıdem tazminatı talebinde bulunur. Yerel mahkeme istemi red eder. Yargıtay'a göre ise, Basın İş Kanunu md. 11'de düzenlenen ve gazeteciye haklı nedenle fesih olanağı veren "bir gazetenin veçhe ve karakterindeki değişikliğin" sadece gazetenin dünya görüşünde

değişiklik olarak değerlendirilmesi dar yorumdur. Yasa'nın konuluş amacı karşısında yetersiz kalır, gazeteciye gerekli koruma sağlamaz. Gazetenin dünya görüşü ve siyasi çizgisi yanında -insanlık ve sosyoloji boyutunda- basın meslek etiğinin de dikkate alınması gerekir. Aksi bir tutum ve davranış Basın İş Kanunu m.11'e aykırılık oluşturur. Değini- len nedenlerle davacının feshi haklı olup tazminat talebi yerindedir⁵².

Gazetecilerin dünya görüşü dışında, işçilerin ve sendikaların dünya görüşünü yansıtan 1 Mayıs'a ilişkin olmak üzere aşağıda iki karardan söz edilmektedir. Bir sendikanın İstanbul 1 numaralı şube sekreterinin -şube başkanı ile birlikte- sendika anatüzük ilkelerine aykırı hareket etmek, genel merkez aleyhine propoganda yapmak, genel merkezin bilgisi dışında 1 Mayıs mitingine katılmak ve katılmaya teşvik etmek fiilleri nedeniyle 8 ay süreyle işten el çektirilmesine ve üyelikten ihracına karar verilir. Söz konusu genel kurul kararı mahkemece tasdik edilerek kesinleşmiş olmasına karşın davacı bu kez iş mahkemesinde 18 aylık geçici ihraç dönemi için ücret ve kıdem tazminatı talebinde bulunur. Mahkeme isteği kısmen hüküm altına alır. Yargıtay 9. HD. ise, disiplin kurulu kararını onayan genel kurul kararının önceden kesinleşmesini gerekçe göstererek ücret ve tazminat alacaklarının hüküm altına alınmasını bozma nedeni saymıştır⁵³.

1 Mayıs'a ilişkin diğer olayda işçileri kanunsuz grev yapmaya teşvik eylemi söz konusudur. Motorsikletli iki işçi 1 Mayıs toplantılarının yasaklanmasını protesto amacıyla yol güzergahında belediyeye temizlik işçilerine işyerinden ayrılmaları için işaret yaptıkları ve işyerinde faaliyetin durmasına sebep oldukları gerekçesi ile adliyeye sevk edilirler. Asliye Ceza Mahkemesi işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durduğuna ilişkin herhangi bir iddianın bulunmaması, motor kullanan sanıkların bu durumda işaret yaparak işçileri yönlendirmelerinin mümkün bulunmadığı, mümkün olsa da, işaret edilen kimselerin tespitinin, onların da işyerinde çalışıp çalışmadıklarının belirlenmesinin mümkün olmaması nedenleriyle (o dönem yürürlükte bulunan) 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na muhalefet suçunun oluşmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay yetersiz araştırma nedeniyle kararı bozmuş ancak, yerel

mahkeme kararında direnmiştir. Direnme üzerine toplanan Yargıtay Ceza Genel Kurulu emniyet görevlilerince düzenlenen tutanak muhteviyatı dikkate alındığında 275 SK. md. 58'de (şimdi 2822 SK. md. 72/4'de) düzenlenen topluca iş verimini düşürme eyleminin gerçekleşmiş olabileceği, motora binmiş de olsalar her iki sanığın da elle işaret yapabilecekleri, eylem sırasında motorun hareket halinde olup olmadığının da bilinmediği, işyerini topluca terkin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belediyeden sorulup öğrenilebileceği gerekçeleriyle yerel mahkemenin beraata ilişkin direnme kararını bozmuştur⁵⁴.

3. Özürlülük ve İş Hukuku

a. İlgili Mevzuat

Anayasamıza göre, "Devlet ... malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır." (md. 61/1-2). Bu amir hüküm gereği 4857 sayılı İş Kanunu özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu (md. 30) ile istihdam zorunluluğuna uymamanın yaptırımını (md. 101) düzenlemiştir. 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler işyerlerinde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etmek zorundadır. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenlerin yükümlülükleri toplam işçi sayısına göre belirlenir. Yeraltı ve su altı işlerinde özürlü istihdamı yasak olduğu için bu işlerde çalışanlar çalıştırma zorunluluğunun tespitinde dikkate alınmaz.

Toplam %6 olan oranın söz konusu gruplar içinde dağılımı Bakanlar Kurulu'nca saptanır. Ancak, özürlüler için belirlenecek yüzde toplam oranın yarısından az olamaz (md. 30).

Maddede ayrıca işyerinin eski işçisi olup özürlü kontenjanından işe alınacaklar ile maluliyeti ortadan kaldıranların durumu açıklığa kavuşturulmuştur. İşyerinin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınır. Malul olup ayrılmak zorunda kalan ve sonradan maluliyeti ortadan kaldıran işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Düzenlemede sadece işyerinde çalışmakta iken sakatlanıp mevcut işini yapamayan ancak, orada bir başka işi yapabilecek durumda olan kişi-

lerin işverence istihdamına devam edilip edilmeyeceğine ilişkin açıklık mevcut değildir.

Aranan şartlar mevcut olduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmez ise, işe alınma isteğinde bulunan eski işçisine altı aylık ücret tutarında tazminat ödemekle mükelleftir (md. 30/8). 30. maddedeki mükellefiyetlerini yerine getirmeyen işverenlere ayrıca çalıştırmadıkları kişi başına ve her ay için 750 milyon lira (2006 yılı için 1.175 YTL) para cezası verilir (md. 101). Tahsil edilen para cezaları Türkiye İş Kurumu tarafından özürlü ve eski hükümlülerin mesleki eğitimi ve rehabilitasyonu, kendi işini kurma gibi projelerde kullanılır. Kullanım esasları çalışma hayatının taraflarından oluşan bir komisyon tarafından belirlenir (md. 30/son). Belirtmek gerekir ki, özür-lüleri koruyan yasa hükümlerine aykırılık eşit davranma borcuna aykırılıktan ziyade işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık olarak görülebilir⁵⁵.

İşverenlere getirilen çalıştırma zorunluluğu sadece hukuki yaptırımlarla güvence altına alınmaya çalışılmamıştır. Ayrıca bu hususta teşvik edici hükümler de getirilmiştir. Çalıştırma yükümlülüğü olmadığı halde söz konusu kişileri çalıştıran, yükümlülüğünü belirlenen oranların üstünde yerine getiren, çalışma gücünü %80'den fazla kaybeden özür-lüleri çalıştıran işverenlerin bu şekilde istihdam ettikleri her işçi için 506 SK.'ya göre ödenmesi gereken işveren sigorta prim ödemelerinin yüzde ellisini işveren, yüzde ellisini de Hazine öder (md. 30/10)⁵⁶.

Özür-lülerin istihdamını kolaylaştıran düzenlemeler mevcut olmakla birlikte özellikle onların çalışma ilişkilerini koruyan herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak, bu durumun tek istisnası özelleştirilen işletmelerde çalışmakta olan özür-lülerdir. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a göre, sakat konumunda olan işçiler işten çıkarılamaz. Aksi halde, söz konusu kişilere İŞ-KUR tarafından verilen "iş kaybı tazminatı" iki kat olarak ödenir⁵⁷.

b. İlgili Yargı Kararları

4857 SK. md. 30/8'de mevcut "o andaki şartlarla" ibaresi aynı konuyu benzer şekilde düzenleyen önceki 1475 SK. md. 25 yürürlükte iken tartışılmıştır. Maluliyeti ortadan kalkıp eski işine geri dönmek isteyen bir işçiye verilecek iş ve ücretin tartışıldığı kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yerel

mahkemenin yaklaşımı doğrultusunda şu sonuca varmıştır: Düzenleme çalışanlara kıdeme dayalı bir güvence sağlamak istemiştir. Tercihen işe alma kazanılmış bir hakkın tanınmasıdır. Ancak, işçinin yeniden işe alınması yeni bir hizmet ilişkisidir. O andaki şartlarla sözleri ayrıca işyeri zorunluluğunun da dikkate alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yani, işçi işyeri zorunluluğu nedeniyle önce düşük ücretli bir işe alınabilir. Daha sonra, kazanılmış haklarına uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır bir iş açıldığında işverenin işçiyi bu işe nakli gerekir⁵⁸.

Konunun mevzuat kısmında, çalışmakta iken herhangi bir nedenle sakatlanan işçiye işveren tarafından kalan işgörmeye kapasitesine uygun yeni bir iş verilmesi konusunda ilgili düzenlemede herhangi bir açıklık bulunmadığı ifade edilmişti. Bu konunun tartışıldığı bir yargı kararında kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması gerektiği şeklinde doktor raporu alan işçi daha hafif bir işe naklini istemiş, davalı işveren işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu bildirerek sözleşmenin feshi yoluna gitmiştir. Y. 9. HD. işverenin beklemesizin yapmış olduğu feshin 1475 SK. md. 17/I (4857 SK. md. 25/D)'de düzenlenen sağlık nedenli haklı fesih kapsamında bulunmadığını, bu nedenle işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre ayrıca, işçinin hafif işlerde çalışabileceği konusunda mahkemece yeterli inceleme yapılmaması yerel mahkeme kararını bozma nedenidir⁵⁹⁻⁶⁰.

4. Yaşlılık ve İş Hukuku

a. İlgili Mevzuat

Anayasamıza göre, "Yaşlılar, Devletçe korunur, yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir." (md. 61/3). Bu amir hükmün uzantısı olarak mevzuatımızda çalışma hayatına girme (4857 SK. md. 71-73) ve sigortalılıkta başlangıç yaşı (506 SK. md. 60/G) ile ilgili düzenlemeler mevcut olmasına karşın iş kanunlarımızda ileri yaştan çalışma hakkına etkisi ile ilgili herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, süreli fesihde geçerli sebeplerden sayılan "işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri" (4857 SK. md.18) söz konusu olduğunda emeklilik yaşına gelmiş olma bir işten çıkarma nedeni sayılabilmektedir⁶¹. Konu resen emeklilik bakımından önem taşımaktadır. Bu hususta işçileri sosyal güvenlikleri

bakımından 506 SK'ya tabi olanlar ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olanlar şeklinde tasnif etmek gerekir. 506 SK.'da re'sen emeklilik ile ilgili herhangi bir hüküm yoktur. 5434 SK. ise devlet memurlarının idarece doğrudan doğruya emekli edilebilmelerini hükme bağlamakla kapsamında işçiler bakımından idareye bu yolu açmıştır.

5434 SK.'ya göre, Ereğli Kömür Bölgesi Amele Birliği üyesi olan çalışanlar Emekli Sandığı mensubudurlar (md. 12/I-f)⁶². Ayrıca bilindiği üzere, özelleştirilen kuruluşlarda çalışan memur ve sözleşmeli personele işçi konumuna geçerken sosyal güvenlik hakkı bakımından bir seçim hakkı tanınmaktadır. Çalışan dilerse eskisi gibi Emekli Sandığı mensubu kalabilmekte, dilerse Sosyal Sigortalar Kurumu mensubu olabilmektedir. Memurlar yanında söz konusu işçileri de kapsayan re'sen emeklilik şu koşullara bağlanmıştır: İlgili 30 hizmet yılını doldurmuş ise kurumunca görülen lüzum üzerine emekli edilebilir (5434 SK. md. 39/b). Bu halde yaş koşulu aranmamaktadır. Görülen lüzum Danıştay tarafından eski bir kararında çalışanın manevi tatsızlığı ve fiili kudretsizliği şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur⁶³. Diğer re'sen emeklilik hali çalışanın emeklilik yaş sınırına ulaşmış olmasıdır (5434 SK. md. 39/c). Çalışma yaş sınırı genel olarak 65 olup⁶⁴ bazı meslek türleri için altında bazıları için ise üstünde yaşlar belirlenmiştir (5434 SK. md. 40). Nihayet, ahlâk ve yetersizlik sebepleriyle de kişinin re'sen emekli edilebilmesi mümkündür (5434 SK. md. 39/f)⁶⁵. Bu son halde, ilgilinin şahsında emeklilik koşulları gerçekleşmiş ise, emekliye sevk edilmektedir. Toptan ödemeye hak kazanmış ise, toptan ödeme yapılmaktadır. Eğer her iki hakkın da gerçekleşmesi mümkün olmamışsa kurum ile ilişkisi herhangi bir ödeme yapılmaksızın kesilmektedir.

506 SK.'ya tabi işçiler için re'sen emeklilik olmamakla birlikte özelleştirme kapsamına alınan kurumlarda çalışanlar emekliliğe özendirilmektedir. Özendirme zamlı kıdem tazminatı ödenmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Örneğin, Türk Telekom'da çalışan işçilerden yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar 2 Temmuz 2004 tarihli ve 5189 SK.'nın yürürlük tarihinden itibaren iki ay içinde başvurdukları takdirde kıdem tazminatlarını %30 fazlasıyla almışlardır⁶⁶.

Çalışanlara sözleşme ile bir üst yaş sınırı getiri-

lip getirilemeyeceği hususu yargı kararlarında ve doktrinde tartışılmıştır. Tuncay'a göre, işverenin emekliye sevk yetkisi işyeri iç yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılamaz. Ancak, yaşlılık aylığı almaya hak kazananların işine nasıl son verileceği hakkında yapılan düzenlemeler geçerlidir⁶⁷. Tuncay ele aldığı karar incelemesinde açıkladığı bu görüşleri ile aşağıda özetlenen Yargıtay kararının sonucuna katılmaktadır⁶⁸. Ertürk ise, hizmet veya toplu iş sözleşmesi hükümleri ile çalışma yaşının sınırlandırılmasına yönelik hükümleri hem çalışma hakkına hem de kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına aykırı görmekte ve bu tip hükümlere geçerlilik tanımamak gerektiğini ifade etmektedir⁶⁹. Ancak, yazar fotomodel örneğini vererek bazı meslek mensupları açısından yaşın bir fesih sebebi teşkil edeceğini kabul etmektedir⁷⁰. Profesyonel sporcular için de aynı durum geçerlidir.

Acaba işverenler feshe başvurmadan önce işçinin emeklilik durumu hakkında Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan bilgi almak zorunda mıdır? Çalışanın emeklilik hakkı kazanıp kazanmadığını tespit etmeden yapılacak fesih kötüniyetli mi sayılacaktır? Soruya evet yanıtı verildiğinde -gerçekleşmiş bir fesih nedeni olsa bile- işverenin emeklilik koşullarının gerçekleşmesine az bir süre kalan işçisini işten uzaklaştırmayıp beklemesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu konunun ele alındığı -aşağıda değinilen- bir yargı kararında işverenin böyle bir yükümlülüğü kabul edilmemiştir.

Yaş işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından da önem taşımakla ilgili düzenlemelerde konuya değinilmiştir. Örneğin, 4857 SK. md. 78'e göre, çıkarılacak sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmeliklerinde yaş, cinsiyet ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişiler dikkate alınır. İşçilerin yaşamı için bir tehlike ortaya çıkması nedeniyle işi durdurma veya kapatma gerekliliği varsa bu işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları çalışmalarına engel teşkil ettiğinde çalışmaktan alıkonulurlar (md. 79).

b. İlgili Yargı Kararları

Borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatına esas kıdemden sayılmasına ilişkin bir davada Yargıtay böyle bir istem için hizmet sözleşmesini feshedenin işçi olması gerektiğini, halbuki sözleşmeyi feshedenin işveren olması nedeniyle talebin haklılık taşımadığına karar vermiştir. Bu kararda

ayrıca, işverence düzenlenen fesih yazısında davacı işçinin emeklilik hakkı kazandığından söz edilmesi onun emekliye sevk edildiği anlamına gelmez değerlendirmesi yapılmıştır⁷¹.

Yine kıdem tazminatına ilişkin bir diğer davada, değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerin kıdem hesabında dikkate alınması için -tıpkı borçlanılan askerlik süresinin de hesaba katılmasında olduğu gibi- hizmet sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik amacıyla feshedilmesi gereği vurgulanmıştır. Bu açıklama paralelinde Yüksek Mahkeme şu tespitte bulunmuştur: "İşçinin fesih tarihinde yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış bulunması (işverenin fesih yazısında davacının emeklilik hakkını kazandığından söz edilse bile) onun emekliye sevk edildiği anlamına gelmez. Çünkü, işverenin böyle bir yetkisi yoktur. Gerçekten, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu zorunlu emeklilik sistemini öngörmemiş, yaşlılık aylığından yararlanmayı işçinin kendi isteğine bırakmıştır. İşçi istekte bulunmadıkça işverenin veya Sosyal Sigortalar Kurumu'nun re'sen emekliye sevk yetkisi yoktur⁷²."

Emeklilik koşullarının gerçekleşmiş olmasını tek başına geçerli fesih nedeni saymayan Yüksek Mahkeme bu olguya ilave başka gerekçeler bulunduğu işverenin feshinin geçerli olabileceğine karar vermiştir. Feshin geçersizliğinin saptanarak işe iade kararının verilmesi istenilen bir olayda davacı işveren savunmasında kendi bütçelerinin yatırım bütçesi içindeki payının giderek azalması, inşa edilerek işletmeye açılan sulamaların %88 oranında faydalananlara devredilmiş olması, iş makinalarının eski ve ekonomik ömrünü bitirmiş olmaları, emanet işlerinin maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle önceki yıllara oranla uygulamanın azalmış olması, mevcut işçi sayılarının ihtiyaçtan fazla olmasının iş verimini azaltıp maliyeti artırması gibi nedenlerle kuruluşun yeniden yapılandırılmasının gündeme geldiğini ifade etmiştir. Bu amaçla ilk önce 53 yaşını doldurup emekliliğe hak kazanmış olan 204 işçi topluca işten çıkartılmıştır. İş mahkemesi beklenen tedbirler alınmadan, çözüm yolları denenmeden toplu feshi başvurulmuş olduğu kanaatine vararak davanın kabulüne karar vermiştir. Çünkü, mahkemeye göre çıkarılan işçilerin çalıştıkları bölüm, unvan, meslek ve iş grupları ayırımı yapılmamış, fazla çalışma uygulaması kaldırılmamış, geçici ve mevsimlik işçilerin çalışmalarına son

verilmeden kadrolu işçiler topluca işten çıkartılmışlardır. Yargıtay ise, bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek olması gibi ekonomik nedenlerle genel bir uygulamaya gidilmiş olduğunu, dolayısıyla fesih için geçerli bir nedenin mevcut olduğunu kabul etmiştir⁷³.

Bir diğer karara konu olayda zarar etmesi nedeniyle işçi tenkifatına giden işveren öncelikle emeklilik hakkı kazanmış olanların işine son verir. Yargıtay zarar eden işverenin kötünietli görülemeyeceği, dolayısıyla da kötüniet tazminatı ödemekle sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmıştır⁷⁴.

Yüksek mahkemenin norm kadro uygulaması doğrultusunda yaşlılık aylığı kazanan personelin iş sözleşmelerinin feshi nedeniyle verdiği bazı kararlar mevcuttur. Bir olayda davacı işçi geçerli bir sebep bulunmadan işten uzaklaştırıldığını ifade ile işe iade talebinde bulunmuştur. Davalı işveren ise, şirketin özelleştirme kapsamında bulunduğunu, Bakanlar Kurulu kararı ve norm kadro uygulaması doğrultusunda yaşlılık aylığı almaya hak kazanan personelin iş sözleşmelerinin feshedildiğini dolayısıyla fesih için geçerli sebep bulunduğunu belirtmiştir. Yerel mahkeme 4857 SK. md. 18'de belirtilen geçerli fesih nedenleri arasında emekliliğe hak kazanmanın bulunmadığını ve hizmete ihtiyaç bulunmadığı iddiasının yerinde bulunmadığını ifade ile isteğin kabulüne karar vermiştir. Yargıtay 9. HD. ise şu değerlendirmeyi yapmıştır: Norm kadro listesinde her ünite için ayrı ayrı kadro durumu belirlenmiş ise de davacının hangi üniteye bağlı olduğu dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının en son çalıştığı ünite ve ünitedeki personel sayısı tespit edilerek, belirlenen personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumu karşılaştırılarak davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebebin bulunduğu kabul edilmeli, aksi halde isteğin kabulüne karar verilmelidir⁷⁵.

Bir diğer olayda norm kadro çalışması sonucu 19 personel fazlası belirlenmiş ve emekliliğine hak kazanmış 19 kişi ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek işten çıkartılmıştır. Yargıtay 9. HD. özelleştirme kapsamında bulunup Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda belirlenen personel fazlası için geçerli fesih nedeninin varlığını kabul etmiştir⁷⁶.

Yukarıda sözleşme ile çalışma yaşına bir sınır

getirilip getirilemeyeceği hususu ele alınmıştı. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında İşyeri Personel Yönetmeliği ile 60 yaş olarak getirilen çalışma sınırının -aksine bir hizmet veya toplu iş sözleşmesi düzenlemesi bulunmaması nedeniyle- geçerli olduğunu kabul etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, personel yönetmeliği hizmet akdinin eki niteliğindedir. Davacı hizmet akdinin 60 yaş bitiminde sona ereceğini bilmektedir. Bu nedenle ihbar tazminatı isteyemez⁷⁷.

Aynı yıl üç ay kadar sonra aynı konuda Yüksek Mahkeme şu değerlendirmeyi yapmıştır: Yönetmelikte ve toplu iş sözleşmesinde tanınan yetkiye dayanarak işçiyi emekliliğe sevk etmek aslında iş akdinin feshi niteliğinde bir işlemdir. Bu nedenle de işçi emekliliğe sevk işleminin iptalini isteyemez⁷⁸.

Yargıtay yukarıda değinilen, fesih öncesi işverenin işçinin emeklilik durumu hakkında bilgi sahibi olma gerekliliği hakkında şöyle demektedir: İşverenin bir grup işçiyi birlikte ve toptan aynı tarihte işten çıkarması, fesih tarihinin işçinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde tespiti, emeklilik durumunun Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan sorulmadan işlem yapılması fesih keyfiyetinin İş ve İşçi Kurumu'na bildirilmemiş olması ve işçinin hizmetinden yeterince yararlanılmadığı gibi soyut kavramlara dayanılarak iş akdinin feshinde işverenin kötüniyetli olduğunun kabulünde isabet yoktur. Aksine, zarar eden bir kamu kuruluşunda tenkisat yoluna gidildiği, işçileri mağdur etmemek için de öncelikle emeklilik hakkı kazanmış olan işçilerin sözleşmelerinin feshedilmiş olduğu anlaşılmıştır. SSK.'ya başvurarak yaşlılık aylığı bağlatan işçinin kötüniyet tazminatı ve manevi tazminat talepleri kabul edilemez⁷⁹.

5. Cinsel Eğilim ve İş Hukuku

a. İlgili Mevzuat

Anayasa md. 20'ye göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...*" Bu hükümden çıkan sonuç işçinin cinsel yaşamının dokunulmaz bir alan olduğudur⁸⁰. Kişinin evlilik dışı yaşamı, eşiyile ayrı yaşayıp yaşamadığı, gönül ilişkileri, cinsel kimliği işvereni ilgilendirmemektedir⁸¹.

Ayrıca, eşitliğe ilişkin bazı hükümler konu ile irtibatlandırılabilir. Çalışmanın başında değinildiği üzere iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç din ve mezhep ve benzeri sebep-

lere dayalı ayırım yapılması yasaktır (4857 SK. md. 5/1). Keza, "ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" fesih için geçerli sebep oluşturmaz (4857 SK. md. 18/3). Anılan her iki düzenlemede kullanılan "cinsiyet" kavramı geniş yorumlanarak içinde cinsel tercihin de bulunduğu düşünülebilir. Keza, her iki düzenlemede cümle bitiminde "benzeri nedenler" kelimeleri kullanılarak sayımda bulunmayan benzer hususların da dikkate alınabilmesine imkan tanınmıştı. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, iş ilişkisinin kurulmasında ve devamında (ayrık haller dışında) kişilerin cinsel kimliklerinin olumsuz değerlendirilmesi gerekir.

Değınmek gerekir ki, cinsel yaşam iş hayatını olumsuz etkiliyorsa koruma ortadan kalkmaktadır. 4857 SK.'da birçok hüküm işverene işçinin cinsel davranışları nedeniyle fesih hakkı tanımaktadır. Bunlardan ilk örnek, işçinin işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunmasıdır (md. 25/II-b)⁸². Belirtmek gerekir ki, bu hal, yani şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar cinsel tacizle ilgili sayılabilir. İkincisi, işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunmasıdır (md. 25/II-c)⁸³⁻⁸⁴. Bir başkası ise, işçinin işverene, onun aile üyelerinden birine veya başka bir işçisine sataşmasıdır (md. 25/II-d)⁸⁵. Sataşma bir kimsenin malına, namusuna, şeref ve haysiyetine hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunulması olarak tanımlandığında⁸⁶ cinsel tacizi de kapsamına almaktadır denilebilir.

İş Kanunumuz'da cinsel hayatla ilişkilendirilebilecek daha başka hükümler de mevcuttur. İşçinin derli toplu olmayan yaşayışı ardı ardına 3 işgünü veya bir ayda 5 işgününden fazla bir işgöremezliğe neden olur ise, işveren için haklı nedenle derhal fesih hakkı doğmaktadır (md. 25/I-a)⁸⁷. Derli toplu olmayan yaşantı nedenleri arasında aşırı cinsel yaşam da sayılabilir⁸⁸. Bu durum devamsızlık dışında verim düşüklüğüne de neden olabilir. Verim kaybı işveren bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni teşkil edecektir (m. 18/1).

Nihayet, 4857 SK.'da "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene 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" de işveren

bakımından haklı fesih nedeni sayılmıştır (md. 25/II-g)⁸⁹. Aşağıda açıklandığı üzere, yargı kararlarında işyeri dışında biriyle kaçarak yapılan evlenme ve zina nedeniyle tutuklanarak işine devam edememe söz konusu haklı devamsızlık sebepleri arasında kabul edilmemiştir.

Hizmet sözleşmesinin işçi tarafından da işverenin cinsel taşkınlığı nedeniyle feshi mümkündür. *“İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa”* işçi hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (md. 24/II-b)⁹⁰. İşverenin sarkıntılık etmesi, cinsel ilişki önermesi bu kapsamdadır.⁹¹⁻⁹² Ayrıca, işveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunursa, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlarda bulunursa yine işçi için haklı nedenle fesih için bir gerekçe ortaya çıkmış olacaktır (md. 24/II-c)⁹³. Bu hükme eskisinde bulunmayan *“veya işçiye cinsel tacizde bulunursa”* ifadesi eklenerek diğer hükümlerin yorumuna gerek bırakmayacak şekilde işverenin cinsel taşkınlıklarının önüne geçilmek istenmiştir.

Her toplumda olduğu gibi Türk toplumunda da eşcinsellik mevcut olmasına karşın bu olguya çok fazla hoşgörü gösterilmemektedir. Türkiye’de bazı ülkelerde olduğunun aksine, aynı cinsten olanların evlenebilmeleri ve sosyal güvenlik hukuku bakımından birbirlerinden hak sahibi olabilmeleri mümkün değildir.

b. İlgili Yargı Kararları

İşverenin evinde oturan işçinin yaşayış tarzının o evin adabına ve usûllerine uygun veya genel ahlâk bakımından düzgün olmaması ile ilgili olarak bir kararında Yargıtay oturduğu lojmana duygusal ilişki içinde bulunduğu kadını getiren ve bunun sonucunda da çevreyi rahatsız edecek şekilde olay çıkmasına sebebiyet veren işçinin durumunun işverene fesih hakkı vermeyeceği sonucuna varmıştır⁹⁴.

İşçinin başka bir işçiye sataşması (1475 SK. md. 17/II-ç, 4857 SK. md. 25/II-d) ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında kuaför olarak çalışmakta olan işçinin aynı işyerinde çalışan bir kadın personele elle sarkıntılık etmesini haklı fesih sebebi olarak değerlendirmiştir⁹⁵.

Yine 1475 SK. döneminde karara bağlanan bir olay şu şekilde gerçekleşmiştir. Ruh ve sinir hastalıkları uzmanı yanında İstanbul, Diyarbakır ve yine

İstanbul’da yaklaşık altı yıl özel şoförlük, sekreterlik, korumalık yapan kişi davalının muayenehanesinde çalıştığını, işinin gereği olarak her gün davalının nezdinde ve elinin altında olduğunu, onunla birlikte ikamet ettiğini, sigortalı yapılmadığını, ücretlerinin ödenmediğini iddia ile ücret, ihbar ve kıdem tazminatları talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme taraflar arasındaki ilişkinin eşcinsellikten öteye geçmediği ve hizmet akdinin bulunmadığı gerekçeleriyle istekleri reddetmiştir.

Yargıtay 9. HD. davalının davacıyı büro işlerinde çalıştırdığı, ücret vermemekle birlikte yeterince para vermiş olduğu ve diğer ihtiyaçlarını karşıladığı beyanına ayrıca bazı tanıkların da bu yoldaki açıklamalarına dayalı olarak taraflar arasında geçerli bir hizmet akdinin mevcut olduğuna ve aradaki ilişkinin başka türlü yorumlanmasının doğru olmayacağına karar vermiştir. İş Mahkemesi önceki kararında direnince Hukuk Genel Kurulu Özel Daire kararına uymak gerekirken direnmeyi usûl ve yasaya uygun görmeyerek bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu’nun kararına katılmayan bir üye ise aradaki ilişkiyi şu gerekçelerle hizmet ilişkisi olarak nitelememiştir: Bazı davacı tanıkları dışında davalı tanıkları da erkek olan tarafların aynı evde yaşadıklarını, birlikteliklerinin cinsel münasebeti de içerdiğini, karı koca gibi olduklarını, davacının bütün masraflarının davalı tarafından karşılandığını, taraflar arasında belirlenmiş bir ücret anlaşmasının olmadığını ifade etmişleridir. Davalının cevap layihesindeki açıklamaları da bu doğrultuda olup davalıya ayrıca bir özel araba aldığı ifade etmiştir. Toplanan delillere göre taraflar metres hayatı yaşamaktadırlar. Bu ilişkinin temeli yasalarımız tarafından korunmamaktadır. Toplumumuzun ahlâk yapısına, ahlâk ve adaba aykırıdır. Arada hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile konusunun ahlâka aykırı olması nedeniyle Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamıyla batıldır. Mahalli mahkeme kararı onanmalıdır⁹⁶.

Taraflar arasındaki eşcinsel ilişkinin varlığını hizmet akdinin oluşumuna engel görmeyen Yargıtay önceki tarihli bir kararında ise bir zina olayında fevkalâde radikal bir sonuca varmıştır. Davacı işçi aynı işyerinde çalışmakta olan bir kadın işçinin evinde zina halinde yakalanır ve bu suçtan mahkum edilerek cezası kesinleşir. Tutuklandıktan 6

gün sonra hizmet akdi feshedilince mahkemeden kıdem tazminatı talep eder. Yerel mahkemenin tazminat verilmesi yolundaki kararı 9. HD. tarafından uygun görülmez. Yargıtay'a göre, "Her ne kadar olay işyeri dışında meydana gelmiş ise de olay faillerinin her ikisinin de aynı işyerinden olmaları itibarıyla işyerine yansıtılmasının ve bunun sonucu olarak da iş akdinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir. Böyle olunca davacı kıdem tazminatına hak kazanamaz"⁹⁷.

Yargıtay 9. HD. işyeri çalışanları arasındaki gönül ilişkisinin işverene haklı sebeple derhal fesih olanağı vermediğini kabul etmiştir. Ancak, bunun için işyeri çalışmalarının aksamaması ve çalışma düzeninin bozulmaması gerekir⁹⁸.

Yargıtay'ın haklı sebebe dayanmayan devamsızlığa (1475 SK. md. 17/II-f, 4857 SK. md. 25/II-g) ilişkin olmak üzere verdiği kararlardan birinde işyeri dışındaki bir kişi ile evlenmek amacıyla kaçan ve yetkisiz bir şahsa telefon ederek izin isteğinde bulunan işçi üç gün devamsızlık yaptığında devamsızlığının haklı bir mazerete dayandığı kabul edilmemiştir⁹⁹.

IV. İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönerge Işığında Türk İş Hukukundaki Durum

Çalışmanın başında ana hatları açıklanan Yönerge hakkında en dikkat çekici husus, hükümlerinin üye ülkeler bakımından politik ölçüt olarak kabul edilmesi ve uyarılma işlemini süresinde tamamlamayan ülkeler için topluluk hukukuna uymama nedeniyle sözleşmeyi ihlal işleminin yapılmasıdır. Türkiye henüz topluluk üyesi olmadığı için hakkında sözleşmeyi ihlal hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak, politik ölçüt olarak kabul edilen Yönerge hükümlerinin iç hukuka geçirilmemiş olması üyelik müzakereleri sırasında engel olarak görülecektir.

Yönerge ve Türk iş hukuku açısından yapılan açıklamalar dikkate alınarak aşağıda Yönerge'nin temel hususları karşısında ülkemiz iş hukukundaki durum saptanmaya çalışılmıştır.

Konu Bakımından:

Yönerge'de din, dünya görüşü, özürllülük, yaşlılık ve cinsel eğilim düzenleme konusu edinilmiştir. İK.

md. 5'de ise "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler" ayırım yasağı içine alınmıştır. Bu hükümde din açıkça belirtilmiş, dünya görüşünü karşılayacağı düşünülebilen siyasal düşünce ve felsefi inanç metne alınmış, özürllülük, yaşlılık ve cinsel eğilimden bahsedilmemiştir. Ancak, maddedeki benzeri sebepler ibaresi içine diğer konular da girmektedir. Dolayısıyla Yönerge'de mevcut beş konunun ikisi doğrudan, üçü ise dolaylı olarak kapsama alınmıştır. Söz konusu hususların da adından açıkça söz edilerek madde 5'e eklenmesi düşünülebilir.

İçerik Bakımından:

İşe giriş, çalışma koşulları, mesleki eğitim, terfi, yönetime katılma, meslek kuruluşlarına üyelik Yönerge'de ayırım açısında özellikle önem taşıyan konular olarak sayılmıştır. Söz konusu hususlar kısmen eşit davranma ilkesini düzenleyen madde 5'te sadece cinsiyet ve gebelik bakımından düzenleme konusu edilmiştir. İlgili hükme göre "İşveren ..., bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." (md. 5/3).

Mevzuatımızda koruma içeriğinin geniş tutulduğu bir diğer alan sendikal faaliyet ile ilgilidir. 2821 SK. m. 31/3'e göre, "İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz."

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerekli içerik sadece cinsiyet, gebelik ve sendika üyeliği için mevcut olup Yönerge'de düzenlenen konular için bu hususta açık hükümler yoktur. İK. md. 5'in niteliği gereği kapsamdaki kişilerin zaten tüm bu içerikte korunduğu söylenebilir de, düzenleme metnine söz konusu hususların da eklenmesi uygun olacaktır.

Temel Kavramlar Bakımından:

Yönerge'de tanımlanan "doğrudan ayırımcılık", "dolaylı ayırımcılık" ve "rahatsızlık" kavramlarının önemi ve üye ülkeler mevzuatına uyarlanması gerekliliği Yeşil Kitap'ta vurgulanmıştır. Tanımı yuka-

rıda yapılmış olan söz konusu kavramlar çalışma mevzuatımızda mevcut değildir. Bu itibarla, iç hukukumuza alınmaları gerekliliği vardır.

Koruma Yöntemleri Bakımından:

- **Eşit işleme aykırılığa karşı kurallar:** Üye ülkeler eşitlik prensibine uymayan hukuki ve idari kuralları kaldırmak zorundadırlar. İlk bakışta, çalışma mevzuatımızda doğrudan ayırımcılığa neden olan herhangi bir düzenleme belirlenmemiştir. Fakat mevzuatın ayrıca dolaylı ayırımcılık ve rahatsızlık kavramları ışığında gözden geçirilmesi gereği vardır. Eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan hizmet sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, işçi ve işveren örgütleri ile bağımsız çalışanların örgütlerinin statülerini düzenleyen kuralların geçersiz sayılması veya değiştirilmesi gerekliliğinin yerine getirilmesi ise oldukça zaman alıcı bir husustur.

- **Caydırıcı yaptırımlar:** Üye ülkeler Yönerge'den doğan yükümlerin ihlali halinde uygulanmak üzere, etkili, uygun ve caydırıcı yaptırımlar getirmek zorundadır. Bu müeyyidelere tazminat da dahildir. Mevzuatımızda eşit davranma ilkesini düzenleyen madde ihlali halinde tazminat ödenmesini amir bir hüküm mevcuttur. "... İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığına işçi, dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı baklarını da talep edebilir" (İK. md. 5/6). Ayrıca, geçersiz sebeple veya haklı bir neden olmadan yapılan fesih halinde, gerekli koşullar mevcut olduğunda, işçiye en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödenmektedir (İK. md. 21/1; 25/son). Dolayısıyla, değinilen hususta ayrıca bir önlem alma gerekliliğinin olmadığı söylenebilir.

- **Husumette genişleme:** Yönerge'de etkili bir koruma için mağduru mahkemelerde onların organizasyonlarının, derneklerinin ve diğer hukuki şahsiyetlerin temsili ve savunması olanağı sağlanması yükümü hükme bağlanmıştır. Mevzuatımızda bu olanak halen sadece sendika üyesi olan işçiler açısından vardır (2821 SK. md. 32 ve 33). Dolayısıyla söz konusu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.

- **Feshe karşı koruma:** İK. md. 5 genel bir hüküm olarak fesih alanında da bağlayıcıdır. Feshin geçerli sebebe dayanması gerekliliğini düzenleyen İK. m. 18'de ise, geçerli sebep oluşturmayan haller arasında "İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş

ve benzeri nedenler" sayılmıştır. Düzenlemede din açıkça belirtilmiş, dünya görüşünü kısmen karşılayabilecek siyasi görüş zikredilmiş, özürsüzlük, yaşlılık ve cinsel eğilimden ise söz edilmemiştir. Ancak, burada da madde 5'te olduğu gibi "ve benzeri nedenler" ibaresinden yola çıkıp kapsam dışı kalan bir hususun bulunmadığı sonucuna varılabilir. Feshe karşı koruma için özel hükümler Türk mevzuatında bir de sendika üyeliği açısından 2821 SK. md. 31'de getirilmiştir.

Böyle bir sonuca varılsa da, aşağıda değinilen tanıtım yükümünün ifasında kolaylık sağlamak üzere, İK. md. 18/d'nin daha açık bir şekilde yeniden kaleme alınmasında yarar mevcuttur.

- **İspat yükü dağılımı:** Yönerge'ye göre, eşitliğin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, işçi mahkemede ayırım yapıldığına ilişkin yeterli kanaat uyandırabiliyorsa ispat yükünün davalıya nakli gerekir. Koruma kapsamında olan ayırım nedenlerine dayanmadığını işveren ispat etmelidir. Mevzuatımızda konuya ilişkin iki ayrı hüküm mevcuttur. İK. md. 5/son ispat yükünü, 20. madde hükmünü saklı tutarak, işçiye vermektedir. "Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur." Konuya ilişkin diğer düzenleme İK. md. 20/2, feshin geçerli bir sebebe¹⁰⁰ veya haklı bir sebebe¹⁰¹ dayandığının ispatını işverene yüklemiştir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ederse bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Yani geçerli olmayan bir sebebin varlığını ileri sürüyorsa¹⁰² ispat yükü işçiye düşmektedir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, geçerli nedene ve haklı bir nedene dayanmayan fesihlerde ispat yükü tamamen işçide olmaktadır. Fesih dışı kalıp da eşitliğin ihlaline yönelik diğer konularda ise, işçiye kolaylaştırılmış bir ispat mükellefiyeti getirilmiştir. Md. 5'te mevcut kolaylaştırılmış ispat yükünün fesih halleri için de bağlayıcı olduğu yorumu yapılacak olursa konuya ilişkin mevcut düzenlemelerin Yönerge ile uyum içinde olduğu sonucuna varılacaktır. Böyle bir yorum yapılmadığında ise, İK. md. 20/2'nin İK. md. 5 ile paralel hale getirilmesi gerekliliği doğacaktır.

Yetkili Makamlar:

Yönerge'de ayırımcılığın varlığının saptanması görevi mahkemelere ve diğer yetkili makamlara bırakılmıştır. Yetkili makam olarak da hakem ve idari

yol uygulaması örnek olarak gösterilmiştir. Ülkemizde bu görev mahkemelere verilmiştir. Toplu iş sözleşmelerine hüküm konulduğunda hakemlerin de ayırmacılık konusunda karar verebilmeleri mümkündür. Ayrıca, Başbakanlığa bağlı İnsan Hakları Başkanlığı bu konuda görev üstlenmiştir (Başbakanlık Teşkilatı Hakkında 4643 SK. md. 3, 4 vd.).

Bir Başbakanın görevlendireceği Devlet Bakanının gözetimine verilebilecek olan Başkanlık İnsan Hakları Üst Kurulu, İnsan Hakları Danışma Kurulu ve İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Heyeti'nden oluşmaktadır. Başkanlık tarafından illerde İl İnsan Hakları Kurulları, ilçelerde de İlçe İnsan Hakları Kurulları kurulmuştur. Bazı bürokrat ve sivil toplum örgütü temsilcilerinde oluşan bu kurulların görevleri arasında her türlü ayırmacılığa karşı gerekli çalışmaları yapmak; kadın, çocuk, hasta ve özürlü hakları hakkında araştırma yapmak ve çözüm üretmek de bulunmaktadır. Kurullar insan hakları hakkında tanıtım da yapmak zorundadırlar. Bilgilendirme ve bilinçlendirme etkinlikleri broşür, pano, levha, afiş, konferans, seminer, radyo, televizyon programları, kitap, mevzuat dağıtımı vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Kurullara başvurular şehrin önemli noktalarına konulan başvuru kutuları, telefon, elektronik posta, yazılı veya sözlü olarak yapılabilmektedir. Valilik ve kaymakamlık yazı işleri müdürlüklerinde kurulan başvuru masalarında hukuk ve halkla ilişkiler alanında uzman bir kişi bu işle görevlendirilmiştir.

İl ve ilçe insan hakları kurulları başvuruları en geç 30 gün içinde karar bağlanmak zorundadır. Başvuru sahibi yasal başvuru yolları hakkında bilgilendirilmekte, sorunları ilgili kamu kurumlarına iletilmekte, gerektiğinde müracaatları işlem görmek üzere Cumhuriyet Savcılıklarına gönderilmektedir¹⁰³⁻¹⁰⁴.

- *Sosyal Diyalog:* Yönerge üye ülkelere ayrıca ayırmacılıkla mücadele için sivil toplum kuruluşlarından olan sosyal taraflar arasında diyalog kurulmasını sağlama görevini de vermektedir. Ayrıca, çalışanları doğrudan temsil etme kabiliyetine sahip olan işçi ve işveren sendikalarına konuya ilişkin toplu iş sözleşmeleri imzalama ve böylece denetim yetkisini de üstlenme olanağı tanınmakta ve teşvik edilmektedir. Burada akla, değinilen ayırmacılık konularında faaliyette bulunan özürlü ve emekli dernekleri gibi, tüzel kişiler gelmektedir. Ülkemiz-

de, özellikle mevzuat eksikliğinin giderilmesinden ve sivil toplum kuruluşlarının dava ehliyetine sahip olmasından sonra sosyal diyalogun kurulması ve geliştirilmesi olanağı artacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki halen sendikalarımız üyeleri için bu yetkiye sahiptirler.

- *Tanıtım:* Devletler eşitlik ilkesine ilişkin olarak almış oldukları önlemleri tüm ülkede, özellikle işyerlerinde tanıtmak zorundadırlar. Ülkemizde İnsan Hakları Başkanlığı'nın görev alanına tanıtım da girmektedir. Başkanlık görevini etkin bir şekilde yerine getirdiğinde Yönerge ile verilen görevin ifa edilmiş olacağı söylenebilir. Ayrıca sosyal diyalog taraflarının örneğin, sendikaların da ilgili mevzuatın tanıtılmasına katkıda bulunması doğaldır.

Koruma Önlemleri Bakımından:

Yönerge'de özürlüler ve yaşlılar için alınabilecek önlemler somut olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Özürlüler bakımından işyerindeki ihtiyaçlarını gidermek için işyerinin mekanının oluşumu, işyeri aletleri, çalışma ritmi, görev dağılımı çalışana göre ayarlanır. Tedbirler işe girme, mesleğin icrası, mesleki terfi ve eğitimlere katılmayı konu edinir. Türk hukukunda da İK. md. 30/6'da bu konuda alınacak tedbirlerin ayrıntısı bir yönetmelik hükmüne bırakılmıştır. "Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik"¹⁰⁵ Yönerge'de söz konusu olan tedbirlere benzer önlemlerin alınması gerekliliği hükme bağlanmıştır.

Yaşlılar için, üye ülkeler objektif ve makul olmak koşuluyla, hukuka uygun amaçlarla, farklı davranış kuralları getirebilirler. Bu hususta ölçü olarak istihdam politikası, iş pazarı ve mesleki eğitim verilmiştir. Değinilen ölçülerden yola çıkılarak gençler, yaşlılar ve gözetilmesi gereken kişilerin işe alınması, ücretlendirilmeleri, işten çıkarılmaları, mesleki eğitimleri ve iş koşulları için özel şartlar belirlenebilir. Türk mevzuatında, başta gençler olmak üzere, gözetilmesi gereken gruplar için alınmış birçok tedbir mevcuttur. Konu yaşlılar açısından ülkemizdeki özelleştirmeye bağlı erken emeklilik uygulamaları nedeniyle önem taşımaktadır. Özelleştirilmeye hazırlanan bazı kurumlar için çıkarılan yasalarda kıdem tazminatları ve emekli ikramiyelerinin artırılması yoluyla çalışanlar erken emekliliğe teşvik edilmektedir. Bu uygulamanın Yönerge'deki istihdam politikası ve iş pazarı ölçüsü ile açıklanması gerekliliği düşünülebilir. Uyg-

lama özendirme yoluyla gönüllü emekliliğe yönelik olduğu için, ortada hukuka aykırı bir durum yoktur. Ancak, 4447 SK. ile emeklilik yaşı yükseltildikten sonra, diğer bazı yasalarla erken emekliliğin teşvik edilmesi bir çelişki teşkil etmektedir. Çünkü, böylece işletmelerde çalışan sayısı azaltılmakta ancak, paralel olarak önemli bütçe açıkları olan sosyal güvenlik kurumlarının emekli sayısı artırılmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Türk ve Alman İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komiteleri tarafından 20-24 Ekim 2004 tarihinde Almanya'da (Freiburg) gerçekleştirilen "Türk ve Alman İş Hukukunda ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler" konulu Çalıştayda sunulan tebliğin metnidir. Sunum metni yayına verilmiştir.
- 2 Amsterdam ve Nis Sözleşmeleri ile değişik metin.
- 3 Bkz. Grünbuch, Gleichstellung sowie Bekaempfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europaeischen Union, Beschaeftigung& Soziales, Europaeische Kommission, Mai 2004, 9 vd, 14 vd. (Grünbuch).
- 4 Grünbuch, 19.
- 5 Grünbuch, 19.
- 6 Grünbuch, 20.
- 7 Grünbuch, 21.
- 8 Bkz. Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2002, 119, 120; Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2004, 137 vd.; Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, 2003; Kemal GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa, 2001, 212, 213. Eşitlik kavramı hk. ayrıca bkz. Hölscheidt, Gleichheit, Kommentar zum Charta der Grundrechte der Europaeischen Union, Hrsg. Jürgen Meyer, Baden-Baden, 2003, 263 vd.; Werner HEUN, Gleichheit, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Artikel 1-19, Hrsg. Horst Dreier, Tübingen, 1996, 228 vd. Ayrıca bkz. Zafer GÖREN, Türk-Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Biçimi, İzmir, 1998; Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, DEÜ. HF. Yay. No: 86, İzmir 1998 içinde mevcut tebliğler.).
- 9 A. Can TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, 148 (İlke); ERTÜRK, 96 vd.
- 10 Savaş TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, 82 vd., Ufuk AYDIN, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002, 64.
- 11 ERTÜRK, 112.
- 12 ERTÜRK, 196, 112. İşverenin işçinin dış görünüşüne ilişkin talimatları hk. bkz. TAŞKENT 91 vd.; TUNCAY, İlke, 163; AYDIN 111 vd.
- 13 İÜ. Tıp Fakültesi öğrencisi Leyla Şahin'in üniversiteye türbanla girmesine izin verilmediği gerekçesi ile Türkiye aleyhine açmış olduğu dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu konudaki haber ve karara -konuyla yakından ilgili bulunan- Almanya, Fransa ve İngiltere'nin olumlu yaklaşımı hakkında bkz. Cumhuriyet Gazetesi, 1 Temmuz 2004, 8.
- 14 Bkz. Fevzi DEMİR, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve

- Uygulaması, İzmir, 2003, 87 (Uygulama); EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Mart 2004, 121.
- 15 ÇELİK, 165.
 - 16 Tazminat hk. bkz. ÇELİK, 213, 214; DEMİR, Yenilikler, 21.
 - 17 Konu hk. bkz. ERTÜRK, 66 vd.; Öner EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 245.; Ali Nazım Sözer, Hasta İşçinin İş İlişkisi, basılmamış doktora tezi, İzmir, 1981, www.sbe.deu.edu.tr Birimlerimiz/İnsan Kaynakları/Akademik Personel.
 - 18 Bkz. ERTÜRK, 69, 74; TUNCAY, İlke, 126; AYDIN, 133; Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2001, 40.
 - 19 AYDIN, 188-190.
 - 20 AKYİĞİT, 41; ERTÜRK, 69 vd., 79.
 - 21 AYDIN, 132 vd, 139 vd.
 - 22 Bkz. EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 132 vd.; Fevzi DEMİR, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Sendikası yayını, Ankara 2003, 22 vd. (Yenilikler).
 - 23 Süreli fesihte geçerli olan ve olmayan nedenler için bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Eylül 2004 İstanbul, 201 vd.; DEMİR, Yenilikler, 6 vd.; Murat DEMİRCİOĞLU, Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul, 2003, 88 vd.; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 135 vd.
 - 24 ERTÜRK, 133: Tatil günlerine ilişkin düzenlemeler, çoğu dinsel esaslara dayanmakla birlikte sosyal ve sağlığa ilişkin bir fonksiyonu yerine getirmektedirler. Tatil günleri işçinin dini ibadeti kadar fiziksel ve ruhsal sağlığı, ayrıca sosyal yaşamı hakkında önemli etkilere sahiptir.
 - 25 TAŞKENT'e göre, işe gelmemenin dinsel bir nedene dayanması işçi açısından "haklı bir sebep" sayılamaz, 113. Ayrıca bkz. AYDIN, 141. Doğaldır ki bu kanaat varlığı yasa tarafından tanınmamış diğer din mensuplarının bayramları için geçerlidir.
 - 26 ÇELİK, 315, 316; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 190, 191; DEMİR, Uygulama, 117, 118 vd.
 - 27 Konu hk. bkz. ÇELİK, 324, 325; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 194; DEMİR, Uygulama, 120. DEMİRCİOĞLU, 135.
 - 28 Bkz. ÇELİK, 308 vd.; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 194; DEMİR, Uygulama, 112 vd.; DEMİRCİOĞLU, 133.
 - 29 ÇELİK, 443; DEMİR, 269.
 - 30 Y. HGK. 10-458/601, 28.11.1990, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1991, 314, 315. Kararı değerlendiren CENTEL, işçinin işgücünün tamamını mutlaka tek bir işverene hasretmek zorunda olmadığını ifade ederek sonuca katılmıştır, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, 161.
 - 31 10. HD. 2350/7176, 28.10.1976. Daire kararını inceleyen TUNÇOMAĞ gerekçeleri itibarıyla sonuca katılmıştır. Bkz. Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1976 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1976, İstanbul 1979, 267, 268.
 - 32 Bkz. Yarg. 9. HD. E:1990/9602, K: 1991/512, T: 24.1.1991.
 - 33 Y. HGK. E: 1979/10-1458, K:1982/320, T: 31.3.1982.
 - 34 Y. 9. HD. E: 1985/596, K:1985/331, T: 22.01.1985.
 - 35 Y. 9. HD. E: 1998/5849, K: 1998/6894, T: 20.04.1998.

- 36 Y. 9. HD. E: 1996/22749, K: 1997/6449, T: 31.03.1997.
- 37 Y. 9. HD. E: 1992/7032, K:1993/1056, T: 01.02.1993.
- 38 Y. 9. HD. E: 1997/17171, K: 1997/19037, T: 17.11.1997.
- 39 Bkz. Şükran ÖZÇAKMAK, 17 Bin İmam Kaçak, Milliyet Gazetesi, 30 Ağustos 2004, 16.
- 40 Zaman Gazetesi, 07.06.2004 tarihli haber. Ayrıca bkz. Yeni Mesaj Gazetesi, İnternet Sitesi, <http://www.yenimesaj.com.tr/index.php?sayfa=guncel&haberno=608&tarih=2001-08-02.07.2004>.
- 41 Türk Kamu-Sen Erişim Sitesi, 22.07.2003 tarihli haber.
- 42 www. kamusen.org.tr/mevzuat.asp?haber-id=448, 02.07.2004.
- 43 Bkz. TAŞKENT, 115 vd. Ayrıca bkz. TUNCAY, 126.
- 44 ÇELİK, 189 vd.; DEMİR, Uygulama, 145.
- 45 Bkz. Akyiğit, 377 ve dn. 124'deki kararlar, 379 ve dn. 142'deki karar.
- 46 TAŞKENT, 113; ERTÜRK, 140 vd.
- 47 Bkz. TAŞKENT, 100, 115.
- 48 Sendika siyaset ilişkisi hk. bkz. ÇELİK, 437. Önceki mevzuattaki konum için bkz. Öner EYRENCİ, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1984, 173 vd.; Fevzi DEMİR, Sendikalar Hukuku, İzmir 1999, 252 vd.; aynı yazar, Uygulama, İzmir, 2003, 271; Fevzi ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995, 256 vd.; Adnan TUĞ, Sendikalar Hukuku, Ankara, 1992, 212 vd.
- 49 Y. HGK. E: 1999/9-479, K: 1999/490, T: 09.06.1999.
- 50 9. HD. 9229/9889, T: 11.09.1991, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1995; Akyiğit, 392.
- 51 Y. HGK. E: 1980/9-1229, K: 1982/719, T: 23.06.1982, İHU, İş K. m.17 (No:18) ve Polat SOYER'in incelemesi. Davacı belediyeye ait işyerinde çalışmakta iken iş akdinin siyasi nedenle haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı istemiştir. Feshin siyasi olmayıp ekonomik nedenlerle gerçekleştirildiği anlaşıldığına göre talebin reddi gerekirken kabulü bozma nedenidir: Y. 9. HD. 12519/11390, T: 13.09.2000, Akyiğit, 427, 428.
- 52 Y. 9.HD. E: 2003/1375, K: 2003/2718, T: 03.03.2003. Aynı yolda bir diğer karar için bkz. Y. 9. HD. E: 2003/1376, K: 2003/2719, T: 03.03.2003.
- 53 Y. 9. HD. E: 1996/13971, K: 1996/23137, T: 13.12.1996.
- 54 Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı E: 1981/9-49, K: 1981/115, T: 30.03.1981.
- 55 Bkz. TUNCAY, İlke, 136.
- 56 Konu hk. Bkz. ÇELİK, 108 vd.; 109 dn. 6'da değinilen kaynakça; DEMİR, Uygulama, 53 vd.; DEMİRCİOĞLU, 47 vd.; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 74.
- 57 Md. 21/1. Bu konuda bir karar için bkz. Y. 9. HD. E: 1999/13143, K: 1999/15961, T: 19.10.1999.
- 58 Y. HGK. 1.3.1987 T., 3594/189, 1475, 2821, 2822 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve İlgili Yargıtay Kararları, İstanbul, 1989, Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu Sen Yayını, (Kamu Sen) 197 vd.
- 59 Y.9.HD. E: 1999/4497, K: 1999/8393, T: 04.05.1999, Akyiğit, 340. Y. HGK. 1.3.1987 T., 3594/189, 1475, 2821, 2822 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve İlgili Yargıtay Kararları, İstanbul, 1989, Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu Sen Yayını, (Kamu Sen) 197 vd.
- 60 Yargıtay önceki yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarda ise işverene daha hafif bir iş verme mükellefiyeti yüklenemeyeceği sonucuna varmıştı. Bkz. Ali Nazım SÖZER, İşgöremezlik ve İşverenin Yeni Bir İş Verme Yükümü, Türk İş Dergisi, Mayıs 1983, 24'de değinilen kararlar.
- 61 DEMİR, Yenilikler, 7.
- 62 Bkz. İsmail AKÇOMAK, A. Nadir BELLİ, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara, 1982, 19 vd., 24.
- 63 DDDK. 1966/53, 1967/576, AKÇOMAK/BELLİ, 129.
- 64 Söz konusu yaş 08.07.2003 T. ve 4919 SK. m. 1 ile 61 olarak saptanmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2003 T., E: 2003/67, K: 2003/88 S.'li iptal kararı ile (RG: 28.02.2004, 25387) önceki hüküm olan 65 yaş tekrar uygulamaya girmiştir.
- 65 Bkz. AKÇOMAK/BELLİ, 129 vd.; Tayfun AKGÜNER, Kamu Personel Yönetimi, İstanbul, 1998, 215 vd.
- 66 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na 5189 SK. m. 5 ile eklenen Ek m. 32. Aynı düzenlemeye göre, yaşlılık aylığına hak kazanmış olmamakla beraber aynı sürede işten ayrılanlara ise %20 zamlı kıdem tazminatı ödenir.
- 67 Aynı yazar bir başka çalışmasında ise, şöyle demektedir: "Kural olarak belirli bir yaşa ulaşmış olma veya olmama daha kötü bir işleme tabi tutulmayı haklı göstermez. Örneğin, hizmet akdine işçinin 45 yaşını doldurunca işine son verileceğine dair bir koşul getirilmesi caiz değildir." İlke, 132, 133.
- 68 Can TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1990, C: 4, Sa.: 3, 18, 19 (İnceleme).
- 69 ERTÜRK, 184.
- 70 ERTÜRK, 188: Çünkü, fotomodelin işin özelliği dolayısıyla, işe alınırken, yaş unsurunun iş ilişkisinin temelini oluşturduğunu bilmesi gerekir. TUNCAY'a göre de belirli yaştaki işçilerin belirli işlerde çalıştırılması yasağı eşit davranma ilkesine aykırı sayılmaz, İlke, 133.
- 71 Y. 9. HD. E: 1993/14550, K: 1993/15278, T: 26.10.1993.
- 72 Y. 9. HD. E: 1993/7521, K :1993/10096, T: 10.06.1993.
- 73 Y. 9. HD. E: 2003/23159, K: 2004/1418, T: 29.01.2004, TÜHİS, Mayıs 2004, 54, 55 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 3/2004, 1056, 1057.
- 74 Y. 9. HD. E: 1992/10808, K: 1992/10268, T: 21.09.1992. Aynı yolda bkz. Y. 9. HD. E: 2003/18090, K: 2003/17878, T: 23.10.2003, Legal İş Hukuku Dergisi, 2004, 188-200.
- 75 Y. 9. HD. E: 2003/20076, K: 2003/22156, T: 18.12.2003, İşveren Dergisi, Haziran 2004, 20.
- 76 Y. 9. HD. E: 2003/19330, K: 2003/20057, T: 04.12.2003. Aynı yolda diğer kararlar için bkz. Y. 9. HD. E: 2004/6141 K: 2004/7644, T: 15.04.2004, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 3/2004, 1006. Y. 9. HD. E: 2003/19328, K. 2003/20055, T: 04.12.2003, Legal İş Hukuku Dergisi, 2/2004, 664, 665. Konuya ilişkin diğer kararlar için bkz. ERTÜRK, 177 vd.
- 77 Y. 9. HD. E: 1989/5046, K: 1989/188, T: 30.06.1989, YKD, Şubat 1990, 232, 233.
- 78 Y. 9. HD. E: 1989/4790, K: 1989/7417, T: 29.09.1989. Bkz. Akyiğit, 321 Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1990, 15.
- 79 Y. 9.HD. 10830/9363, T: 08.09.1992 Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 1993, 44. Akyiğit, 400. İş akdini emeklilik nedeniyle

- kendi fesheden davacı işverenenden kötünîyet tazminatı talep edemez. Y. 9. HD. 7901/12630, Akyiğit, 403, 404.
- 80 ERTÜRK, 128, 132.
- 81 AYDIN; 237 vd.
- 82 Bu düzenleme 1475 SK. m. 17/II-b'ye tekabül etmektedir.
- 83 1475 SK.'da bulunmayan bu hüküm yeni getirilmiştir. İşyerinde cinsel taciz hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Rıza OKUR, İşyerinde Cinsel Taciz, Argumentum, Sa: 42, 4 vd.; AYDIN, 89 vd.; Kadriye BAKIRCI, İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İstanbul Barosu Dergisi, Mart, 2001, 38; aynı yazar, İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, 2000.
- 84 1475 SK.'da işverenin evinde oturan işçinin yaşayış tarzının o evin adabına ve usullerine uygun veya genel ahlak bakımından düzgün olmaması da bir fesih nedeni sayılmakta idi. md.17/II-c. Bkz. AKYİĞİT, 760 vd, 764 vd. Ancak, söz konusu düzenleme yeni İş Kanunu'na alınmamıştır.
- 85 Bu hüküm 1475 SK. md. 17/II-ç'ye tekabül etmektedir.
- 86 Bkz. ODAMAN, İşverenin, 109.
- 87 Anılan hüküm 1475 SK. md. 17/I-a'ya tekabül etmektedir.
- 88 Bkz. AYDIN, 242 vd.
- 89 Söz konusu hüküm 1475 SK. m. 17/II-f'nin aynıdır.
- 90 Bu hüküm 1475 SK. m.16/II-b'ye tekabül etmektedir.
- 91 Bkz. Serkan ODAMAN, İşçinin Haklı Sebep Fesih Hakkı, Aralık 2000, 75 (İşçinin); AKYİĞİT, 671. ÇENBERCİ'ye göre, aile üyelerinden biri deyimi teknik anlamda kullanılmamıştır. Aynı çatı altında yaşayıp ortak bir kaderi sürdüren kişilerin oluşturduğu topluluk aile sayılır. Örneğin, evlilik dışı birlikte yaşanan kadın da aile üyesi sayılmak gerekir. Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, 536.
- 92 1475 SK. Md. 16/2-c "İşçi işverenin evinde oturmakta ise, bunların yaşayış tarzları genel ahlak bakımından düzgün olmazsa" işçiyeye fesih hakkı tanımakta idi. Örneğin, ahçı, bahçıvan, şoför gibi kimseler işverenin, vekilinin veya aile üyelerinden birinin genel ahlak bakımından düzgün olmayan yani mahalli ve millî örf'e, ahlâki ve dini değerlere uygun olmayan yaşayışı nedeniyle rahatsız olduklarında sözleşmelerini haklı nedenle fesih hakları doğmaktaydı. AKYİĞİT, 671; ODAMAN, İşçinin, 78, 79. Söz konusu düzenleme yeni İş Kanunu'na alınmamıştır.
- 93 Anılan hüküm 1475 SK. md. 16/II-ç'ye tekabül etmektedir. ÇENBERCİ, 538: "Şeref ve haysiyet kırıcı suçlamaların tam ve kesin bir tanımını yapmak mümkün değildir. Lakin, homoseksüellik, kadın tellallığı ve birleşme evleri işletmek yolundaki nitelendirmelerin ve suçlamaların bu çerçeveye gireceği açık seçiktir."
- 94 Y. 9. HD. E: 1997/17630, K: 199/21896, T: 22.12.1997. Bkz. Serkan ODAMAN, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlâk ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003, 108, dn. 521 (İşverenin).
- 95 Y. 9. HD. E: 1992/14786, K: 1993/10068 T: 10.06.1993, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul, 1995, 83. Kararı inceleyen GÜZEL, sonucu çalışma düzenini ve iş disiplini koruyucu nitelikte bulmaktadır. Anılan son eser, 83. Bu yoldaki diğer bazı kararlar ve değerlendirilmeleri için bkz. ODAMAN, İşverenin, 122, dn. 577, 578; Akyiğit, 769, 787, 797: "Davacının işyerine kadın getirme işini organize ettiği ve buna benzer ahlak dışı davranışlarda bulunduğu anlaşılmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca davacının iş sözleşmesi davalı işverence haklı olarak bozulmuş olup kıdem tazminatının reddine karar vermek gerekir..." Y. 9. HD. 10963/2986, T: 24.10.1996.
- 96 Y. HGK. E: 1999/9-307, K: 1999/467, T: 26.05.1999. AKYİĞİT'de homoseksüel ilişkide bulunmak üzere kurulan hizmet akdinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı kanaatindedir, Şerh, 55, 99. Fuhuş, homoseksüel-cinsel birliktelikler ekonomik değeri olsa da kişilerin işçi olmasını sağlamaz, aynı yazar, 67.
- 97 Y. 9.HD. 6111/7154, T: 07.07.1986, Kamu-Sen, 132.
- 98 Y. 9. HD. E: 1998/365, K: 1998/2700, T: 25.02. 1998, Tekstil İşveren, Temmuz, 1998, 223, Aydın, 242, dn.850.
- 99 9. HD. 712/2343, T: 16.02.1999, Akyiğit, 833. Bir diğer olayda zina suçundan tutuklanan işçi dört gün devamsızlık yaptığı için işverenin hizmet akdini tazminatsız feshi haklı görülmüştür. (Y. 9. HD. 410/5911, 02.06.1992, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım-Aralık 1992, 48; Akyiğit, 849.)
- 100 İK. md. 18/1: işçinin yeterliliği, davranışları ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri.
- 101 İK. Md. 25: sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler.
- 102 İK. Md. 18/3: ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.
- 103 İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik (RG: 23 Kasım 2003, 25298.)
- 104 İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyeti bazı bakanlar ve sivil toplum kuruluşu temsilcilerinden oluşmaktadır. Başkanlığa yapılan başvurular üzerine insan hakları ihlallerini yerinde incelemek yetkisine sahiptir (İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetlerinin Kuruluş, Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 15.08.2001, 24494). İnsan Hakları Üst Kurulu bazı bakanlıkların müsteşarlarından oluşmakta olup konuya ilişkin düzenleme çalışmaları yapmak, tavsiye kararları almak, yürütülen çalışmaları koordine etme, hizmet içi eğitim ve kamu oyunu aydınlatma görevlerine sahiptir (İnsan Hakları Üst Kurulunun Kuruluş Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 15.08.2001, 24494). İnsan Hakları Danışma Kurulu bazı bakanlık ve resmi daire temsilcileri ile bazı sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinden oluşmakta olup yılda üç sefer düzenli olarak toplanır. Irkçılık, her türlü ayrımcılık ve yabancı düşmanlığı dahil insan haklarına ilişkin uluslararası konularda, inceleme, rapor hazırlama ve Bakana ve Üst Kuruluşa görüş bildirme görevlerini yerine getirir (İnsan Hakları Danışma Kurulunun Kuruluş, Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 23 Kasım 2003, 25298.)
- 105 Resmi Gazete: 24 Mart 2004.