

# SİCİL

Aralık '06 • Yıl 1 • Sayı 4

**MESS Adına Sahibi**  
Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

**Yazı İşleri Müdürü**  
Av. İsmet SİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

**Yayın Yönetmeni**  
Av. Mesut ULUSOY

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

**Baskı**  
Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

**Yayın Türü**  
Yaygın-yerel. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

**Baskı Tarihi**  
18 Aralık 2006

**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

- İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu*  
Prof. Dr. Nuri ÇELİK 5
- Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere ile İş Akdinin Feshi*  
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN 13
- İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler*  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ 20
- İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları*  
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES 32
- Yabancı İşçilerin Çalışmasına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*  
Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLI 39
- İşyerinin Kapanması*  
Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU 43
- Mevsimlik İş*  
Bektaş KAR 69
- İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasa'nın 19. Maddesinin 1. Fıkrası ile 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması*  
Şükran CİNOĞLU 87

## KARAR İNCELEMELERİ

- İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi*  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER 90
- İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?*  
Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT 95
- İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi*  
Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ 106

## TOPLU İŞ HUKUKU

### KARAR İNCELEMELERİ

- İşletme Kapsamına Giren Bir İşyerinde, Ayrı Bir "İşyeri" Toplu Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi*  
Av. Saadet CEYLAN 114
- İşe İade Davası Sonuçlarının Toplu İş Sözleşmesi Sürecinde Yetki Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin Bir Karar İncelemesi*  
Av. Vahap ÜNLÜ 120

**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?* 129  
Prof. Dr. Berin ERGİN

*Sosyal Güvenlik Uygulamalarında Ölüm Sigortasından Bağlanan Aylıklar Açısından SSK, BAĞ-KUR ve T.C. Emekli Sandığı Arasındaki Farklı Yaklaşım* 141  
Prof. Dr. H. Nüvit GEREK

*İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu* 151  
Mesut BALCI

**KARAR İNCELEMESİ**

*Kurumun İşverene Rücuu - Olayda Kaçınılmazlık Durumu* 183  
Prof. Dr. A. Can TUNCAY

**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine* 189  
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

**MALİ HUKUK**

*Harcırahların Gelir ve Damga Vergisi Stopajları İle SSK Primleri Karşısındaki Durumu* 195  
Mehmet MAÇ

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönden Değerlendirilmesi* 200  
Prof. Dr. Tankut CENTEL

*Güvenceli Esneklik ve Danimarka İş Piyasası* 205  
Av. Bettina GREGERSEN, LL.M

*Avrupa Birliği Anlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği* 209  
Av. Nazan MOROĞLU

*Avrupa Sosyal Şartı'ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na* 217  
Av. Nurseli TARCAN

**KARAR İNCELEMESİ**

*Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme* 237  
Av. Şeyda AKTEKİN



# “Değişim mutlaka olur, ancak ilerlemek kesin değildir”

E. H. CARR

Bilindiği üzere, Türk çalışma hayatına yeni bir yön veren 4857 sayılı İş Kanunu, farklı yorumlara neden olabilen hükümler içermektedir. Bunun yanı sıra, Kanun'daki yasal boşluklar da uygulamada belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Dinamik bir dal olan iş mevzuatındaki uygulamaların, yasanın amacına uygun ve sağlıklı olarak şekillenmesi için yüksek yargı ve öğreti tarafından değerlendirmelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çerçevede 4857 sayılı İş Kanunu ile neredeyse uygulanamaz hale gelen “alt işverenlik” müessesesine yönelik Yargıtay, dikkat çeken iki karar vermiştir. Yargıtay, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği işinin, teknoloji ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle iş güvenliği ile görevli mübendis veya teknik eleman çalıştırma işinin alt işverence görülmesine imkan tanırken, işyeri bekimi çalıştırma işinin alt işverene verilmesini mümkün görmemektedir.

Yargıtay ayrıca son dönemde, işverence işletme, işyeri ve işin gereklerine dayalı yapılan fesiblerde feshin son çare olması ilkesinin yanı sıra, İş Kanunu'nda yer almamasına rağmen sosyal seçim kriterinin de dikkate alınması gerektiğine dair kararlar vermektedir. İşten çıkarılan işçilerin seçiminde dikkate alınması gereken objektif kriterleri belirleyen Yargıtay, artık söz konusu fesiblerde bu iki kriteri birlikte aramaktadır.

Bunun yanı sıra İş Kanunu'nda, feshin geçerli sebebe dayanmadığı iddiasıyla açılan davaların tabi olduğu usul ve kurallara da yer verilmiştir. Birçok yönüyle yargılama ve icra bu-

kukunu ilgilendiren bu düzenlemeler yapılırken söz konusu hukuk dallarının gerekleri gözetenmemiştir. Varacağı sonuçlar düşünülmeden yapılan bu düzenlemeler, problemleri de beraberinde getirmekte ve ortaya çıkan tereddütler, öğreti tarafından doldurulmaya ve bir diğer deyişle düzeltilmeye çalışılmaktadır.

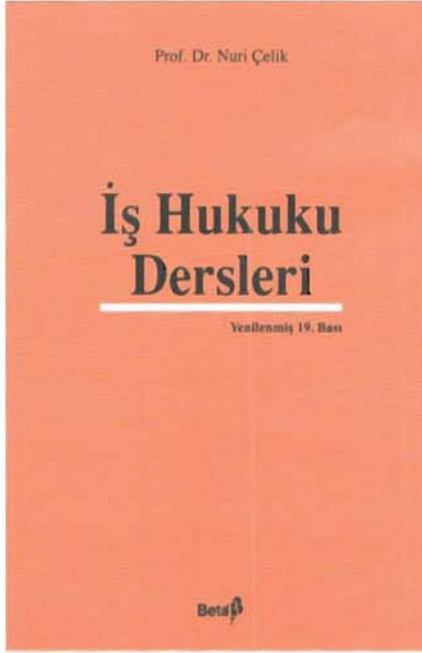
Yine, uygulamada sıkça karşılaşılan problemler arasında olan işçinin kıdem ve ihbar tazminatını almak suretiyle işten ayrılmak istemesi yani şarta bağlı verdiği istifa dilekçesinin geçerliliği hususunda her ne kadar Yargıtay kararları, söz konusu bu istifaların geçerli olmadığı yönünde istikrar kazanmaya başlamışsa da, öğretilerde farklı görüşler de mevcuttur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, ilgili maddesiyle bir işletmeye dahil işyerlerinden herhangi birinde işyeri toplu iş sözleşmesine izin vermeyecek emredici bir düzenleme yapmasına rağmen yargı tarafından işletmeye dahil bir işyerinde “işyeri” sözleşmesinin yolunu açan bir karar verilmesi ise anlaşılır gibi değildir.

Görüldüğü üzere, Sicil dergisi, yine gündemdeki konuları tartışmaya açan makaleler ve Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verdiği dördüncü sayısı ile sizlerle buluşuyor. Amacımız, çalışma hayatının nabzını tutup, siz değerli Sicil okurlarına dinamik bir dal olan iş hukukundaki gelişmeleri sunabilmektir.

Saygılarımla,  
**Av. İsmet SİPAHİ**

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından hazırlanan ve 1968 yılından beri yayımlanan **“İş Hukuku Dersleri”** adlı kitabın 19. basısı Temmuz 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Asıl amacı öğrencilere yardımcı olmak olan eserde, iş hukuku ile ilgili çevrelere de yarar sağlayabilmek için uygulama sorunları da ele alınarak değerlendirilmiştir. Eserde bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatı yanında, yargı kararları ve bilimsel yayınlar da yansıtılmıştır.

Genel bilgilerle başlayan kitapta iş hukukunun temel kavramlarına yer verildikten sonra, bireysel iş hukuku ve toplu iş hukuku ayrıntılı bir şekilde ele alınarak değerlendirilmiştir.

Prof. Dr. Ali Güzel, Doç. Dr. Nurşen Caniklioğlu ve Arş. Gör. Saim Ocak tarafından hazırlanan **“İş Mevzuatı”** adlı kitap, Nisan 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, hukuk sistemimizde İş Hukuku'nun tüm alanlarını kapsayacak genel nitelikli kanunlaştırmanın yapılmamış olmasının, mevzuatın dağınık bir görünüm sunması sonucunu doğurması ve bir bütünlük içinde izlenmesini güçleştirilmesi; diğer yandan, gerek Bireysel İş Hukuku gerekse Toplu İş Hukuku alanında kanunların uygulanmasını göstermek üzere yayımlanmış bulunan çok sayıda tüzük ve yönetmeliklerin, özellikle uygulamacılar bakımından önemi göz önünde tutulduğunda ortaya çıkan ve tüm mevzuatı içeren bir derleme ihtiyacını karşılamak amacıyla hazırlanmıştır.

İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, ilgili diğer kanunlar ile Tüzükler ve Yönetmelikleri kapsayan derlemenin başında, Anayasa'nın başlangıç hükümleri ile ekonomik ve sosyal haklara ilişkin hükümlerine de yer verilmiştir.

Eserde, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'na da ilgili maddelerin sonunda özet olarak yer verilmiş, gerekli olduğu ölçüde, maddeler ya da mevzuattaki düzenlemeler arasında ilgi kurulmuş, yürürlükten kaldırılan kanunlara yapılan atıflarla ilgili notta aynı konuyu düzenleyen ve yürürlükte olan kanunlar belirtilerek, güncelliğin yakalanabilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, okuyuculara kolaylık sağlamak amacıyla, tüzük ve yönetmeliklerin dayanağını oluşturan maddelere not konularak, ilgili tüzük veya yönetmeliklerin adları ve Resmi Gazete tarihleri belirtilmiş ve konuya ilişkin tebliğlere de yer verilmiştir.



Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu

## I. Giriş

İşyerinde çalışan işçilere işverenin eşit davranması ve aynı durumdaki işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan<sup>1</sup> bir borçtur. Bu borcun hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m.10) ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki eşit davranma ilkesi (m.5) oluşturmaktadır.<sup>2</sup>

Anayasanın 10. maddesini temel alan İş Kanunu'nda, Kanuna ilişkin madde gerekçesinde açıklandığı üzere, çalışma hayatındaki hukuki çerçeveyi belirlemek, Türkiye tarafından onaylanan Birleşmiş Milletlerin "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla, işçilere eşit davranma ilkesi esaslarına yer verilmiştir (m.5). Bu maddede, iş ilişkisi ile ilgili olarak, Anayasanın 10. maddesindeki, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımı engelleyen hüküm tekrarlandıktan (f.I) sonra, işverenin, tam ve kısmi süreli, belirsiz ve belirli süreli olarak çalışan işçiler arasında, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulan-

masında ve sona erdirilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapamayacağı hükme bağlanmıştır (f.II ve III). Bunun gibi, bu maddede ki diğer düzenlemelere göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz ve bu nedenle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (f. IV ve V).

Hemen belirtelim ki, eşit davranma borcunun uygulanması bakımından, yapılan işin niteliğine ve objektif ölçütlere göre işçiler arasında ayırım yapılması gerekebilir. Bunun sonucu olarak bu borcun mutlak olarak uygulanamayacağı ya da uygulanabileceği durumlar vardır.<sup>3</sup>

Eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı konular olarak, ücretlerin belirlenmesi ve iş sözleşmelerinin işverenlerce feshi halleri gösterilebilir. Bu incelememiz iş sözleşmelerinin işverenlerce feshi ile ilgilidir. Ancak, iş sözleşmelerinin feshinde eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için birden çok işçinin katıldığı haklı nedenle işten çıkarmayı gerektirecek nitelikte bir olayın ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebebiyle (İş. K.m.18) birden çok işçinin işten çıkarılmasının, başka bir deyişle, kolektif nitelikli bir feshin, söz

konusu olması gerekir.<sup>4</sup> Makalemizin başlığında da belirtildiği gibi, bu incelemede sadece ikinci duruma giren işten çıkarmalar ve bununla ilgili Yargıtay kararları ele alınacaktır.<sup>5</sup> Konuyu açıklığa kavuşturabilmek için önce her iki durumun temelini oluşturan genel esaslara yer vereceğiz.

## II. Konu ile İlgili Genel Esaslar

Yukarıda değinildiği gibi, iş sözleşmelerinin işverenlerce bir tek işçi ile ilgili olarak feshi hallerinde eşit davranma borcu söz konusu olamaz. İşveren, bireysel ilişki çerçevesinde, haklı veya geçerli bir nedenle bir işçinin işten çıkarılmasında bu borcu göz önüne almak durumunda değildir.<sup>6</sup> İş güvencesi hükümleri kapsamı dışındaki bir işçinin iş sözleşmesi, fesih hakkının kötüye kullanılması durumu bir yana bırakılırsa, işverence İş Kanunu'nun 17. maddesine göre herhangi bir neden gösterilmeksizin ya da ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halinde 25. maddeye göre haklı bir nedenle feshedilebilir. İş güvencesi hükümleri kapsamındaki bir işçi de, İş Kanunu'nun 18. maddesinde gösterilen geçerli sebeplerden birinin varlığında 17. maddeye göre ya da 25. maddede belirtilen haklı bir nedenle işverence işten çıkarılabilir.

Birden çok işçinin işten çıkarılmasında eşit davranma borcunun uygulanması ise, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Alman hukukunda, eşit davranma borcunun göz önüne alınabilmesi için, işyerinde bir bölümün kapatılmasında olduğu gibi, tüm işçilerin aynı zamanda işten çıkarılması durumları dışında, özellikle işyeri gereği sebebiyle işten çıkarılan işçiler arasında "karşılaştırma yapılabilecek", homojenlik gösteren bir durumun varlığının bulunması gerektiği öne sürülmüştür.<sup>7</sup> Alman hukukunda öteden beri savunulan bu görüş Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yapılan bir düzenleme (§1/3, cümle 2) ile somut hale getirilmiştir.<sup>8</sup> Bu yasal esasın açıklığı karşısında, aşağıda (1.) belirtildiği üzere, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasındaki subjektif niteliklerin farklılığı durumunda, işçilerin işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarılmasında işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Esasen, bu düzenlemenin kanuna getirilmesinden önce de, bu temel düşünce karşısında, subjektif niteliklerin aynı olması durumuna pek rastlanamayacağından, eşit davranma ilkesini uygulama alanının sınırlı ol-

duğu ve daha çok teorik bir değer taşıdığı kabul edilmiş bulunmaktaydı.<sup>9</sup> Bu esasların hukukumuz için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Birden çok işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde olduğu gibi, işletmenin, işyerinin veya işin gereği sebebiyle feshinde de, işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin ve beceri, çalışkanlık gibi diğer subjektif niteliklerinin genellikle farklı olması karşısında bizde de aynı sonuca varılmalıdır.<sup>10</sup> İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi ile ilgili hükümlerinde (m.5 ve m.18/III) öngörülen ayırım yasaklarının buna bir engel oluşturduğu düşünülemez. Eşit davranma ilkesine ilişkin 5. maddedeki, iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı yolundaki genel hükümden sonra, iş ilişkisinin sona ermesi konusunda, cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağına (m. 5/III) ve buna aykırılığın yaptırımına (m. 5/VI) ilişkin özel düzenlemede, sadece bu hallerle ilgili olarak ayırım yasağına yer verilmektedir. Bu düzenleme, bunlarla işverenin aynı durumdaki işçiler arasında seçim yapmaya dayalı fesih hakkını keyfiliğe ve kötüye kullanmaya yol açan durumlar dışında, kısıtlayıcı nitelikte değildir. Aynı maddede saklı olduğu belirtilen ve 18. maddede sözü edilen, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki, çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin feshinde, sendika üyesi olan ve olmayan işçiler arasında, ayırım yapılamayacağına ilişkin hüküm için de aynı değerlendirme yapılmalıdır.<sup>11</sup>

## III. Konu ile İlgili İşten Çıkarmalarda "Sosyal Seçim" Ölçütü ve Buna İlişkin Yargıtay Kararları

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden dolayı işten çıkarma, işin doğası gereği bazen toplu işçi çıkarmaya kadar giden çok sayıda işçiyi ilgilendirdiğinden, aynı işi yapan işçilerin bir bölümünün işten çıkarılmasında, çıkarılacak işçilerin seçiminin takdiri bakımından işverence uyulması gereken hususların var olup olmadığı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bazı ülkelerde, örneğin, Almanya'da Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işçilerin sosyal durumlarına ilişkin bazı ölçütlerin göz önünde bulundurulacağına ilişkin bir düzenleme

(§1/3, cümle 1) olduğu halde bizde iş güvencesine ilişkin düzenlemede bu nokta ile ilgili bir hükme yer verilmiş değildir. Şu halde, Türkiye'de, fesih hakkının kötüye kullanıldığı, feshin keyfi olarak yapıldığı durumlar dışında, işveren yönetim hakkına dayanarak işten çıkarılacak işçilerin seçimini serbestçe yapabilir.<sup>12</sup>

Yargıtay, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle İş Kanunu'nun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin işverence feshine ilişkin olarak 2005 ve 2006 yıllarında verdiği kararlarda Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki düzenlemeye kısmen benzer şekilde, "sosyal seçim kriterleri" adı altında bazı esaslara yer vermiştir. Görüşümüze uygun düşmeyen ve duraksamalara da neden olan bu konudaki kararları aşağıdaki şekilde değerlendiriyoruz:

### 1. İşten Çıkarmalarda Sosyal Seçim Ölçütlerinin Göz Önünde Bulundurulması

Yargıtay'ın konumuzla ilgili bir kararına göre, "işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır."<sup>14</sup>

Yargıtay'ın başka iki kararında da aynı esaslar tekrarlanmış ve bu ölçütlere göre oluşturulacak sıranın göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiş bulunmaktadır.<sup>15</sup> Her iki kararda yer verilen, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma yolundaki ölçütler Alman Feshe Karşı Koruma Kanun'undaki işyeri gereğine dayanan işten çıkarmalar ile ilgili olarak işçilerin sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde bulundurulacağı hükmüne (§1/3) benzerlik göstermektedir. Bu hükme göre, işten çıkarmada işçilerin kıdem, yaş, bakmakla yükümlü oldukları kişilere ve özürlüğüne ilişkin durumları üzerinde durulmalıdır. Ancak, Almanya'da yasal düzenleme ile kabul edilen bu esaslar bizde kanuna alınmamış olduğu halde Yargıtay kararları ile benimsenerek ortaya konulmuştur.

Yargıtay'ın görüşünü değerlendirmeden önce sosyal seçim kavramının yasal olarak düzenlendiği Alman hukukunda konuya ilişkin olarak varılan sonuçlara kısaca değinmeliyiz. İşverence yapılan işten çıkarmalarda, kural olarak eşit davranma ilkesinin söz konusu olamayacağı ve işçilerin seçiminde işverenin geniş bir serbestliğe sahip olduğunun kabulü gerektiğine yukarıda değinmiştik. Almanya'da işten çıkarmaya ilişkin olarak ortaya konulan esasların işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarmalarda da göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Ancak, bu noktada aşağıda açıklandığı üzere, Almanya'daki yasal düzenlemede somut ifadesini bulan ve işçilerin durumları arasında genellikle var olan farklılıkların, işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarmalarda sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasını olumsuz yönde etkilediği ve bunların çok sınırlı ve teorik bir değer taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Bu konuda sosyal seçim kavramına ilişkin Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki düzenlemenin temeline yöneltilen eleştirilerin de bulunduğunu belirtmeliyiz. Bir görüşe göre, yasa koyucu tarafından konulan sosyal seçim esası, uygulamada işten çıkarılan işçilerle işveren arasında bir menfaat uyumsuzluğunu değil, gerçekte bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasındaki bir menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmiş olmakta ve hakimi çözümlü güç sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır.<sup>16</sup>

Sosyal seçim ölçütlerinin uygulanması konusunda Alman hukukunda varılan bu sonuçlara karşılık, Yargıtay'ın yukarıda açıklanan kararlarında, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasındaki karşılaştırmada söz konusu olan işçilerin sübjektif nitelikleri ile birlikte, sosyal seçim ölçütlerinin, herhangi bir koşula, ayrıma ve kısıtlayıcı ifadelerle yer verilmeden, sıralanmış olması, Yargıtay'ca bunların mutlak bir biçimde uygulanması zorunluluğunun kabul edilmiş olduğu izlenimini vermektedir. Yargıtay'ın kararları böyle bir düşünceye dayalı ise, o takdirde, bunun yukarıda açıklanan esaslara ve ayrıca işverenin yönetim hakkına ters düşeceği kuşkusuzdur.<sup>17</sup> Gerçekten, Yargıtay'ın belirtilen kararlarında üzerinde durulması gereken önemli konu, sosyal seçim ölçütlerine başka ölçütlerin eklenmesinde kendisini göstermektedir. Söz konusu kararlarda, işyeri gereği sebebiyle yapılan işten çıkarmalarda uygulanmak üzere, "sosyal seçim kriterleri" olarak yapılan sıralamada sadece Alman Feshe Karşı Koruma Kanu-

nu'ndaki sosyal seçim ölçütleri değil, bunların başında, sosyal seçim kavramı ile ilgisi olmayan ve bu kavram kapsamına giren gerçek anlamdaki sosyal seçim ölçütlerini çoğu zaman uygulanamaz hale getiren ve aynı kanunda bu ölçütlerle bağlantı kurularak ve ayrı olarak düzenlenenlere benzer esaslar sosyal seçim ölçütleri olarak yer almıştır. Bunlar, verimlilik, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme durumlarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin, beceri ve çalışkanlık gibi diğer subjektif niteliklerinin farklı olup olmadığını da saptamaya yarayan ve genellikle işçiler arasında karşılaştırma yapma olanağını ortadan kaldıran, Yargıtayca da yukarıda örnekleri verilen bu nitelikler, kararlarda belirtilenlerin aksine sosyal seçim ölçütleri değildir. Bunlar sosyal seçim ölçütlerinden önce incelenmesi gereken ve sosyal seçim ölçütlerinin uygulanıp uygulanamayacağını gösteren nitelikler olarak ortaya konulabilir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki düzenleme bu sonucun gerçekleştirilmesine yöneliktir. Yargıtay'ın konu ile ilgili kararlarında ise sosyal seçim ölçütlerini uygulama yöntemine ve koşullarına ilişkin bir açıklama yoktur. Bu kararlarda, ilk grupta yer verilen subjektif niteliklere göre çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında farklılığın bulunması halinde artık daha sonraki grupta sıralanan sosyal seçim ölçütlerinin uygulanamayacağını belirtilmesi gerekirdi.<sup>18</sup> Nitekim, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda, işyeri gerekleri sebebiyle yapılan işten çıkarmalarla ilgili olarak, işyerinin haklı çıkarları nedeniyle, işçilerin özellikle bilgi düzeyleri, yetenekleri ve verimlilikleri açısından ya da işyerinin dengeli personel yapısına uygunluğun sağlanması bakımından, çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında farklılığın bulunduğu durumlarda, işten çıkarılacakların seçimi için öngörülen sosyal seçim ölçütleri uygulamasına gidilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (§1/3, cümle 2).

Yargıtay'ca özellikle gerçek sosyal seçim ölçütleri bakımından yapılan sıralamanın isabetli olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Yargıtay'ca yapılan ve mutlak bir ifade taşıyan sıralamanın uygulanması uyuşmazlık konusu olan olayın özelliğine uymayabilir. Yasal düzenlemede yer almadığı halde, son derecede somut ölçütlere dayalı bir sıralama yeri-

ne, bunlardan söz etmeden ve bunlara bağlı kalmadan, yukarıdaki (III.) görüşümüz doğrultusunda, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasında yapılacak karşılaştırmada, işçilerin subjektif niteliklerinin eşitliğine karşın, işverenin, çıkarılan işçilerin seçiminde keyfi bir şekilde, eşitlik ilkesine aykırı hareket ederek işçi çıkarılması halinde, dava konusu olayın özelliğine uygun çözüm getirmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.<sup>19</sup> Sıralama ile ilgili olarak önemle belirtmeliyiz ki, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda sosyal seçim ölçütleri olarak gösterilen ve işçilerin, kıdem, yaş, bakmakla yükümlü oldukları kişilere ve özürli olmaya ilişkin durumlarının işten çıkarmada göz önünde bulundurulacağı esasının uygulanmasında bu ölçütlerden herhangi birinin diğerine göre bir önceliğinin bulunmadığı, bunların sıra açısından aynı durumda olduğu ve bunun sonucu olarak bu veriler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

## 2. Emekliliği Hak Etmiş Olmanın Sosyal Seçim Ölçütünü Oluşturması

Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği bir kararda, işyerinde personel fazlası bulunması durumu ile ilgili olarak, emekliliğe hak kazanmış olanların, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde "sosyal seçim kriteri" olarak göz önünde bulundurulabileceğinden söz edilmektedir.<sup>21</sup> Gerçi, dava konusu olayda, davalı tarafından belirlenen norm kadrolara göre personel fazlalığının bulunmadığı gerekçesiyle, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde emeklilik ölçütünün uygulanmasına gerek kalmaksızın davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, kararda bundan soyutlanarak ve ilke olarak ortaya konulan emeklilik ölçütüne ilişkin görüşün yukarıdaki diğer kararları ile bağdaştırılıp bağdaştırılmaması bakımından, değerlendirilmesinde yarar vardır.

Yargıtay'ın bu kararında, bir işyerinde personel fazlalığının bulunması durumunda işten çıkarılacak işçilerin saptanmasında, sosyal seçim ölçütü olarak sadece emekliliğe hak kazanma üzerinde durulmakta ve yukarıda açıklanan kararlarda sıralanan diğer ölçütlerden söz edilmemektedir. Her ne ka-



dar dava konusu olayla ilgili olarak, davalının savunmasında bu noktaya ağırlık vermesi nedeniyle, kararda sadece bu ölçüt ile yetinildiği düşülebilirse de, Yargıtay'ın olayla ilgili olmadığı belli olan ve genel nitelikteki görüşünü yansıtan açıklamasında diğer sosyal seçim ölçütlerinden ve bunların uygulanabilirliğinden söz etmemesi, diğer kararlarında kabul ettiği esaslar ve kendi görüşü açısından bir eksiklik olarak görülmelidir.

### 3. Sosyal Seçim Ölçütlerine Uyulmadığının İspatı

İşverence işçilerin çıkarılmasında Yargıtay'ca ifade edilen sosyal seçim ölçütlerine, daha yerinde bir deyişle, keyfi bir davranışla eşit davranma ilkesine uyulmadığının işçi tarafından iddia edilmesi üzerine ispat yükümlülüğünün kime ait olacağı konusu, Yargıtay kararlarındaki belirsizlik nedeniyle, üzerinde önemle durulması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Yargıtay'ın 19.9.2005 tarihli kararında bu konuya değinilmemekte, 13.3.2006 tarihli kararı bu konuda değerlendirmeye yapmaya elverişli gözükmemekte, 3.4.2006 kararında ispat yükümlülüğüne ilişkin olarak yer verilen açıklamalar ise duraksama ve tartışma yaratacak nitelikte bulunmaktadır.

Yargıtay'ın 3.4.2006 tarihli kararında, işverence ekonomik koşullar neden gösterilerek işyerinde kadro daraltılması yoluna gidildiği, İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işletmenin ve işyerinin gereği olarak davacının sözleşmesinin feshedildiği belirtilmiştir. Kararda, işletmesel kararla varılmak istenen hedefe başka bir yolla ulaşmanın mümkün olduğu haller, Kanunun madde gerekçesindeki örnekler tekrarlanarak gösterilmiş ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bundan sonra, burada üzerinde durduğumuz konu ile ilgili olarak, kararda, İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu yolundaki hüküm uyarınca işverenin işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemin feshi zorunlu kıldığını kanıtlama yükümlüğünde olduğu belirtilerek işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde göz önüne alınacak sosyal seçim kriterleri sıralanmıştır. Kararın sonraki bölümünde, "sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması çerçevesinde" bir değerlendirmenin yapılma-

sı gereğinden söz edilmiştir. Kararın sonunda, mahkemece eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı" gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu ifade edilmiştir.

Bu karar göz önüne alarak, sosyal seçim ölçütlerine uyulmadığının ispatı konusunu iki başlık altında açıklığa kavuşturabiliriz:

#### a) İşçiye ait talebin kapsamı

Yargıtay kararının özetinde, davacı işçinin "iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiş" olduğu açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki, eğer işçinin talebi bundan ibaret olsaydı, o takdirde davanın, sadece İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işten çıkarmanın işletmenin ve işyerinin gereği olarak yapıp yapılmadığı yönüyle incelenmesi yeterli olurdu. Kararın, mahkeme kararının özetlendiği son bölümünden anlaşıldığı üzere, davacı işçinin talebi işten çıkarmanın geçerli bir sebebe dayanmadığı iddiasından ibaret kalmamış, ayrıca, işverenin işçiyi çıkarırken yaptığı seçimde keyfi davrandığı iddiasına da dayandırılmış bulunmaktadır. Davacı işçinin talebinin reddine mahkemece karar verilmesinin hatalı olduğunu belirten Yargıtay kararındaki, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı"na ilişkin ifade vardığımız sonucu doğrulamaktadır. Bu açıklık karşısında, ayrıca belirtmeliyiz ki, kararda sözü geçen durumun, Yargıtay'ın işyeri gereği sebebiyle işten çıkarmalarla ilgili başka kararlarında sık sık ifade edilen ve ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu sonucuna bağlanan, işletmesel kararların keyfiliğe dayanmaması gerektiği konusu ile herhangi bir ilgisinin olmadığı, buradaki keyfi davranışın işten çıkarılan işçilerin seçimi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın yukarıda değinilen diğer kararlarında, davacı işçinin konumuzla ilgili bir talebinin varlığını gösteren ifadelere yer verilmemekte ve bu yolda bir iddia olmasa da, sosyal seçim ölçütlerinin

mahkemece re'sen araştırılması gerektiği gibi isabetsiz bir sonuç çıkarmaya neden olabilecek bir görünüm ortaya konulmuş bulunmaktadır.

#### b) İspat yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme

İşçinin yukarıda belirtilen iddiaları üzerine, inceleme esas aldığımız kararında, Yargıtay'ca öncelikle İş Kanunu'nun 18. maddesine göre sözleşmenin geçerli bir sebeple feshedilip edilmediğinin araştırılması ve feshe son çare olarak başvurulması gerektiği üzerinde durulmuş ve İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmiştir. Kararda, işten çıkarılacaklar seçilirken yapılan seçimin hangi ölçütlere dayandığının da saptanması gereğinden söz edilmiş, ancak bununla ilgili olan feshin keyfiligi iddiası konusundaki ispat yükümlülüğüne açık olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün işçide olduğu yolunda mahkeme kararında ortaya konulan esasın, "sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf ettiği" gerekçesiyle Yargıtay tarafından hatalı bulunması, bizi, Yargıtay'ın, geçerli sebebe dayanan işten çıkarmalarla ilgili bulunan ispat yükümlülüğü kuralını (m.20/II, cümle 1) sosyal seçim konusunda da uygulanacak kural olarak kabul etmiş olduğu sonucuna götürmektedir. Oysa, bu kural, maddede açıkça belirtildiği gibi, 18. madde ile ilgili olarak, feshin geçerli olduğunun ispatı ile ilgilidir. Buna karşılık, işverence dürüstlük kurallarına ve eşitlik ilkesine aykırı olarak keyfi bir biçimde sözleşmenin feshedilmiş olduğunun işçinin iddia etmesi hali yine 18. maddede, işverence yapılacak feshe ilişkin geçerli sebepler belirtildikten sonra, fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar olarak gösterilen ve 5. maddedeki eşit davranma ilkesi ile bağlantılı olan, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yapılamaması esası (m.18/III, d) ile ilgilidir. Bunlara ilişkin yaptırım kanunda açıkça belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, bu durumun bir duraksamaya yol açmaması ve geçersiz sebeple yapılan feshe ilişkin yaptırımın (m.21) bunlar için de söz konusu olduğunun kabulü gerekir. Zira, geçerli sebepler yanında, geçerli sebep sayılamayacak hususlara aynı maddede yer verilmesi, 158 sayılı ILO Sözleşme-

si'nin gereği ve yasal sistem açısından başka bir sonuca varılamayacağına doğrulanması anlamını taşımaktadır. O halde, bu hususlara ve bu arada eşitlik esasına aykırı olarak yapılan işten çıkarma hallerinde de, İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu'nda geçersiz sebeple yapılan fesihler için öngörülen hukuki sonuçların ve işe iade hükmünün uygulanacağı kuşkusuzdur.<sup>22</sup> Ancak, burada, sözleşmenin eşit davranma borcuna aykırı olarak işverence keyfi bir biçimde feshedildiğini işçinin iddia etmesi durumu söz konusudur. Bu noktada, fesih, işverence gösterilen geçerli sebep dışında, işçi tarafından başka bir sebebe de dayandırıldığından, yine 20. maddede ve ayrıca 5. maddede yer verilen hükümler uyarınca, bu iddia ile ilgili ispat yükümlülüğü işçiye ait olacaktır (m.20/II, cümle 2; m.5/son)<sup>23</sup>. Nitekim, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda da, feshin geçerli olduğunu ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmiş (§ 1/2, son), buna karşılık, sosyal seçim ölçütlerine ilişkin düzenlemenin sonunda, bu ölçütlere aykırılığı işçinin ispat etmekle yükümlü olacağı esasına açıkça yer verilmiş (§ 1/3, son) bulunmaktadır. İşten çıkarılan ve işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia eden işçi, bunu ispat ederken, hangi işçi karşısında kendisine eşit davranılmadığını da ismen belirtmek zorundadır.<sup>24</sup>

Yukarıdaki açıklamalarımıza uygun olarak, sosyal seçim esaslarının uygulanması konusunda, ispat yükümlülüğünün işverende olduğu sonucuna vardığı izlenimini veren Yargıtay kararındaki görüşü de isabetsiz buluyoruz.

#### IV. Sonuç

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebebiyle bir işyerinde birden çok işçinin işten çıkarılmasında, çıkarılacakların seçimi bakımından İş Kanunu'nda herhangi bir hükme yer verilmiş değildir. Şu halde, fesih hakkının keyfi ve eşit davranma borcuna aykırı olarak uygulandığı durumlar dışında, bu konuda işverenin yönetim hakkına dayanarak serbestçe karar verebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay'ın, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütlerinin ve bunlara ilişkin sıralamanın göz önünde bulundurulması gerektiği yolundaki görüşü sadece içeriği açısından değil, sosyal seçim esaslarına uyulmadığının ispatı yönüyle de eleştiriye açıktır. Yargıtay kararlarında, sosyal seçim ölç-

Yargıtay'ın, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütlerinin ve bunlara ilişkin sıralamanın göz önünde bulundurulması gerektiği yolundaki görüşü sadece içeriği açısından değil, sosyal seçim esaslarına uyulmadığının ispatı yönüyle de eleştiriye açıktır.

çütlerini çoğu zaman uygulanamaz hale getiren, işçilerin sübjektif niteliklerini gösteren ve aslında aynı bir grup oluşturan esaslara sosyal seçim ölçütleri sıralamasında yer verilmiştir. Kararlarda bu iki grup arasında bunları uygulama yöntemine ilişkin bir açıklamanın yapılmaması, Yargıtayca ortaya konulan görüşün anlaşılmasını ve uygulanmasını zorlaştırmış bulunmaktadır. Yargıtay görüşünün esin kaynağını oluşturduğunu sandığımız Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda ise, işten çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında, sübjektif niteliklere dayanan farklılığın bulunduğu durumlarda artık sosyal seçim ölçütleri uygulanmasına gidilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Türkiye'de, konumuza ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, işten çıkarılacakların seçimi konusunda somut ölçütler koymanın ve hele Almanya'daki esaslara uygun olmayan bir biçimde, bunların sıra gözetilerek uygulanacağından söz etmenin, dava konusu olayların özelliğine uygun karar verme esnekliğini engellemesi açısından da, isabetli olmadığı görüşünderiz. Söz konusu ölçütler yerine, işçi çıkarmada yukarıda belirtilen genel hukuk kurallarına aykırılık durumlarında olayın özelliğine uygun çözüm getirmenin yerinde olacağı kanısındayız.

Yargıtay kararları ile öne çıkan önemli bir sorun, çıkarılacak işçilerin seçiminde hukuka aykırı davranıldığı iddiasının varlığı halinde bunu ispat yükümlülüğünün kime ait olacağı noktasındaki belirsizlikte kendisini göstermektedir. Bu konunun ele alındığı Yargıtay kararında, geçerli sebebe dayandırılan işten çıkarmalarla ilgili olarak ispat yükümlülüğünün işverende olduğunu belirten yasal esasın, çıkarılan işçiler için yapılan seçimin keyfili-

ğine ilişkin olarak işçi tarafından öne sürülen iddia üzerine de uygulanacağı görüşü benimsenmiş gibi gözükmektedir. Böyle bir görüşü paylaşmıyoruz. Bize göre, İş Kanunu'nun 20. maddesinde ve 5. maddesinde açıkça hükme bağlandığı gibi, eşitlik ilkesine aykırı olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini işçinin iddia etmesi durumunda, ispat yükümlülüğü işçiye ait olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Auflage, München 2003, Rn. 772; Zöllner-Loritz, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, 216; değişik görüşler için Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Auflage, München 2000, 1137; Tuncay, Can: İş Hukukunda Esit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 32 vd.
- 2 Çelik, Nuri: İş Hukuku II, Kolektif İş Hukuku I, Sendikalar, 2. Bası, İstanbul 1979, 255-256; Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 83 vd.; Tuncay, age, 108 vd.; Ulucan, Devrim: Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 191 vd.; aynı yazar, Eyrenci Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 133 vd.; Keser, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu İş, Cilt:7, 2004, Sayı: 3, 59-63; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, 432-433; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 361-362; Doğan Yenisey, Kubra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, 974-975; (Eşit Davranma İlkesi).
- 3 Bilgi için bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2006, 171 vd.
- 4 Preis, Ulrich: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987, 376; Stahlhacke Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Auflage, München 2005, Rn.319; Berkowsky/MünchArbR, §130, RdNr. 97; Doğan Yenisey, Kubra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 62 (Eşit Davranma Borcu).
- 5 Her iki durumla ilgili Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi konusunda bkz. Doğan Yenisey, agm, 60-65.
- 6 Preis, 375-376; Doğan Yenisey, agm, 62 ve orada gösterilen yazarlar.
- 7 Preis, 387; Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Düsseldorf 2004, 1363; karşılaştırma konusundaki yargı kararları için bkz. Stahlhacke-Preis/Vossen, Rn. 1047 vd.
- 8 Stahlhacke Preis/Vossen, Rn. 320.
- 9 Hueck Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M., 428-429; Zöllner-Loritz, 219-220; Söllner-Walterman, 287-288; Berkowsky/MünchArbR, §130, RdNr.100.
- 10 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 173-174; genel olarak aynı doğrultuda

- Taşkent, age, 83; Centel, Tankut: İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1996, 168; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 2. Baskı, Konya 2000, 32; Özdemir, Erdem: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, 1268-1269; Güven Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, 106; Tunçomağ Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, 137-138; Demir, İş Hukuku Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, 126-127; Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 997; aynı yazar, Eşit Davranma Borcu, 61; E. Uşan, karar incelemesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/8, 1624-1632; bkz ve karşı, Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003, 112-113; Ekonomi, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi-1, İstanbul 2005, 55; Çankaya Günay Göktas, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 70; karşı görüş Tuncay, 209 vd., 213 vd.; Süzek, 365-366; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2006, 292.
- 11 Çelik, age, 173.
- 12 Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003, 32; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, 216-217; Ekonomi, 54; Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 61-62.
- 13 Yarg. 9.HD. 19.9.2005, E.2005 28125 K.2005, Çankaya Cil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 60-61.
- 14 Yarg. 9.HD, 13.3.2006, E. 2006 2894, K. 2006/6224, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 256-258; Yargıtay 9.HD, 3.4.2006, E. 2006-4878, K. 2006 8253, aynı dergi, 177-181.
- 15 Bkz. Yukarıda dn.9.
- 16 Preis, 193-194; Yazarın görüşü, her ne kadar, Kanuna getirilen sosyal seçim ölçütlerinden önceki dönemde yürürlükte olan sosyal seçime ilişkin genel ifade ile ilgili bulunmaktaysa da, bu görüşün günümüz için de değer taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu konudaki yargı kararlarında ve öğretide ortaya konulan duraksamalar ve tartışmalar, sorunun çözümüne ilişkin zorlukların sosyal seçim ölçütlerine dayalı yasal düzenlemenin kabulünden sonra da sürdüğünü göstermektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Stahlhacke Preis Vossen, Rn. 1047 vd.).
- 17 Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 64-65.
- 18 Yargıtay kararları, öğretide öne sürülen bir görüşe benzerlik göstermektense de, bu görüş Yargıtay'ca kabul edilenden farklı bir yöntemi ortaya koymakta ve esnek bir nitelik taşımaktadır. Bu görüşe göre, işveren işten çıkarılacak işçilerin seçimini yaparken işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasındaki karşılaştırmada işçilerin verim ve devam durumlarına öncelik vereceği gibi, kıdemli az olanları, evli ve çocuk sahibi olmayanları ya da gençleri bir sıraya koyabilecektir (Ekonomi, 54; Çankaya-Güven Göktas, 70); benzer şekilde Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 167-168, 172.
- 19 Özellikle yaşlı-geç işçi karşılaştırmasıyla ilgili olarak bkz. ve karşı, Engin, 110-112; Ekonomi, 54-55; D. Ulucan, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na düzenlenen "III. Yılında İş Yasası Semineri" yayını, İstanbul 2005, 253-254.
- 20 Stahlhacke Preis Vossen, Rn. 1092-193.
- 21 Yarg. 9.HD., 10.4.2006, E. 2006 5883 K. 2006 9359, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/11, 989-993. Yargıtay'ın kararında, ayrıca, Daire uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanmasının geçerli neden olarak kabul edilmekte olduğu, ancak somut olayda davacının işe girdiği tarihte uygulanan yönetmelikte böyle bir hükmün bulunmadığı, sonradan yönetmelikte yapılan değişikliğin davacı tarafından kabul edildiğine dair yazılı bir belgenin de sunulmadığı açıklanmaktadır. Bu önemli görüşün, ayrı bir inceleme konusu niteliğinde olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.
- 22 Çelik, İş Güvencesi, 34; Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi'nce düzenlenen "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konulu 2004 Yılı Toplantısı, 81; Mollamahmutoğlu, 582-583.
- 23 Engin, 112-113. Yazara göre, bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin genel fesih kuralı yanında, İş Kanunu'nun 5. maddesindeki, işverenin ayırım yasaklarına aykırı davrandığını işçinin ispat etmesi gerektiğine ilişkin hüküm de bu sonucu desteklemekte, böylece fesih geçersizliğine uygulanacak yasal hükümler ile birlikte, bu maddede öngörülen dört aylık ücret tutarındaki tazminat esasının da uygulanması söz konusu olmaktadır.
- 24 Berkowsky/MünchArbR, § 130, RdNr. 101.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Akdinin Feshi

### Genel Olarak

Aynı işkolunda işyerleri bulunan ortaklıkların, maliyet, kalite ve rekabet açısından daha verimli olabilmesi amacıyla birleştikleri günümüzde sık rastlanan bir olgudur. Bu olguya bazen sermaye yapısı farklı kişilere ait ortaklıklarda rastlandığı gibi, bazen de bir holding veya şirketler topluluğuna dahil ortaklıklar arasında rastlandığı görülmektedir. Bu birleşmeler bazen tek bir tüzel kişilik şeklinde faaliyetin sürdürülmesi biçiminde gerçek bir birleşme olmakta, bazen de aynı sermaye grubuna ait şirketler ayrı ayrı tüzel kişiliğini sürdürürken, kendilerine ait işyerleri için ortak üretim ya da alt-yapı birimleri oluşturarak maliyeti düşürücü organizasyonlara gitmektedirler. Günümüzde özellikle daha çok finans sektöründe rastlanan bu tür birleşmeler; sermaye piyasası mevzuatı, Türk Ticaret Kanunu ve vergi mevzuatı dışında iş hukuku ve özellikle de iş güvencesi açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır.

İki şirketin birleşmesi (hukuki anlamda devir veya birleşme sonucu tek tüzel kişilik haline gelmesi) sonucunda; işletmenin veya bağlı işyerinin daha verimli çalışması amacıyla yönelik olarak mevcut iş organizasyonunun değiştirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda; söz konusu olasılıkta; her iki şirketin devir veya birleşme ile tek tüzel ki-

şilik haline gelmesi sonucu, verimliliği ve kârlılığı artırma amacıyla yönelik olarak işyeri kapatma/birleştirme farklı şirketlere ait teknolojik alt yapının teke indirilmesi, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin, örneğin özel güvenlik, yükleme-boşaltma, nakliye, yemek gibi yardımcı işlerin işletme dışı kişi veya kurumlardan temini/satın alınması gibi iş organizasyonunda bazı değişikliklerin yapılması söz konusu olabilecek ve bu önemli değişiklikler bazı çalışanların iş akdinin feshi zorunluluğunu ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle tek bir tüzel kişilik olarak faaliyetine devam edecek olan işverenin yukarıda açıklanan şekilde gerçekleşecek iş organizasyonu değişikliğinin hukuken "iş akdi fesihleri için geçerli neden" oluşturup oluşturmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Her iki ortaklığın aynı sermaye grubuna geçmesine rağmen, mevcut tüzel kişilikleri ile faaliyetlerini sürdürmeleri, ancak ekonomik ve teknolojik olarak daha verimli çalışabilmeleri için yukarıda açıklanan organizasyon değişiklikleri her bir işveren şirket için ayrı ayrı gündeme gelebileceği gibi, ortak teknolojik alt yapıya geçilmesi, bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması gibi düzenlemeler de söz konusu olabilecektir. Her iki işveren tarafından da her iki olasılıkta da açıklanan nedenlerle yapılabilecek iş akdi fesihleri-

nin hukuken "geçerli nedene dayalı fesih sayılıp sayılmayacağı" da, aynı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken de öncelikle işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki ilişkinin ele alınması gerekir.

## 1. İş Güvencesi Açısından İşverenin Girişim Özgürlüğü ile İşçinin Çalışma Hakkı Arasındaki İlişki

Genel olarak iş akdinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilen işletme gerekleri bir yönüyle işverenin "girişim özgürlüğü", diğer yönüyle de işçinin "çalışma hakkı" ile ilgilidir. İşverenin girişim özgürlüğü anayasal temelini A.Y.m.48'de hükme bağlanan çalışma ve sözleşme özgürlüğünde bulur. Kişilerin ekonomik yaşama girişimci olarak katılmalarını güvenceye alan çalışma özgürlüğü, sürekli ekonomik faaliyet yürütme amacıyla üretim araçlarının örgütlenerek işletme kurulmasına olanak verirken, işletme faaliyetlerinin serbestçe yürütülerek girişimin sürdürülebilmesi için girişimciye işletmesel karar özgürlüğünü tanıır. Ancak önemle belirtelim ki; bütün temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir ve öncelikle kendi amacı ve konusu ile belirlenen birtakım sınırlara sahiptir. Bunun yanında, temel hak ve özgürlükler yasal düzenleme ve sınırlamalara da konu olabilirler. Bu sınırlamalar genelde çatışan temel haklar arasında denge kurulması amacıyla getirilen yasa hükümleridir. Bir temel hakkın diğeri aleyhine sınırlanmasında ölçülülük ilkesi rol oynar. Ancak, ölçülülük ilkesinin uygulanma biçimi ve çatışan temel haklar arasında hangi noktada denge kurulacağı ülkeden ülkeye değişen bir hukuk politikası sorunudur.<sup>1</sup> Ne var ki, ülkeler bu hukuk politikasını belirlerken tümüyle serbest olmayıp yükümlülük altına girdikleri uluslararası anlaşmaları da göz önünde tutmak zorundadırlar. Nitekim konumuzu ilgilendiren İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 17-21. maddelerinin düzenlenmesinde, Türkiye'nin onayladığı 158 sayılı ILO Sözleşmesi etken olmuştur.

İşçinin feshe karşı korunmasının kapsamı ve bu amaçla işverenin işletmesel karar özgürlüğünün ne ölçüde sınırlanacağı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ülkeden ülkeye değişen bir hukuk politikası soru-

nudur. Feshe karşı korumada, özellikle işletme gerekleriyle fesihlerde söz konusu hukuk politikası yasakoyucu yanında belki de ondan daha etkili olarak yargı kararları ile şekillenmektedir. Örneğin Alman hukukunda feshe karşı koruma sadece keyfi fesihlerin önlenmesi amacı ile sınırlıdır. İşverenin işletmesel karar özgürlüğünün amacından sapsmasını esas alan Alman hukukunda işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale edilmemekte, feshin denetimi geçersizlik yaptırımına bağlanmış keyfilik denetiminden ibaret kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda feshe karşı korumada işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale edilmemekte, ispat yükü ters çevrilmiş bir tür hakkın kötüye kullanımı denetimi yapılmaktadır. Bu hukukta işverenin işletmesel karar özgürlüğünün nesnel norm alanına müdahale edilmediğinden, çalışma hakkı lehine gerçek anlamda sınırlamadan söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık, Fransız hukukunda işletmesel karar özgürlüğü yasakoyucu ve yargıç tarafından çalışma hakkı lehine gerçek anlamda sınırlanmaktadır.<sup>2</sup> Sonuç olarak denilebilir ki, feshe karşı korumanın kapsamı ne olursa olsun, temelde çalışma hakkına dayanan yasal iş güvencesi düzenlemeleri, işverenin fesih hakkını işletmesel karar özgürlüğünün amacı ile sınırlı işlevsel bir yetkiye dönüştürmektedir.

## II. Birleşen Şirketlerde Yeniden Yapılanmanın İş Güvencesi Açısından Sonuçları

### 1. İş güvencesinin kapsamı açısından

4857 sayılı İş Kanunu kapsamı içinde yer alan iş güvencesi kurumu, yasada öngörülen geçerli bir neden olmadan işveren tarafından yapılan fesihlerde, fesih işlemini geçersiz kılarak iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaya çalışmakta ve işverenin süreli (bildirimli) fesih hakkını sınırlamaktadır.

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Aynı maddenin sonradan bir önceki cümlesine göre de "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde ge-

çen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşveren aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir." Aynı maddenin son fıkrasında ise "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21. maddeler ile 25. maddenin son fıkrası hükmü uygulanmaz." hükmü yer almaktadır.

Ülkemizde birleşen, ya da aynı sermaye grubuna bağlı olarak tüzel kişiliklerini devam ettiren işletme personelinin İş Kanunu'na tabi işçi niteliğinde personel olduklarında bir kuşku yoktur. İş güvencesi açısından personelin altı aylık kıdemi aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışma sürelerine göre belirlenecek, bunların çalıştıkları işyerlerindeki işçi sayısı da işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre hesaplanacaktır. Altı aylık kıdemi doldurmayanlar hariç her iki koşulun gerçekleştiği göz önünde tutulursa kural olarak her iki işletmedeki tüm personelin, iş güvencesi hükümlerine tabi oldukları söylenebilecektir.

Öte yandan iş akdi feshedilecek personel arasında İş Kanunu'nun 18. maddesinin metnini yukarıda belirttiğimiz son fıkrası anlamında işveren vekili konumunda olan genel müdür ve genel müdür yardımcıları iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olacaklardır. Söz konusu kişilerin feshine karşı yasal hakları, fesihle ihbar süresi verilmemiş ise ihbar tazminatı ve ihbar süresi verilse de verilmesede ayrıca kıdem tazminatı alacaklarının doğmasıdır. Ayrıca belirtelim ki bu kişilerin, işe iade davası açmaları söz konusu değilse de, İş Kanunu md. 17 uyarınca kötüniyet tazminatı talep etmelerine yasal bir engel yoktur. Ancak böyle bir davanın somut olayın özelliğine göre başarı şansı oldukça zayıftır.

## 2. Geçerli sebep olarak işletme gerekleri açısından

Yasa 18. maddedeki düzenlemesi ile iş akdinin feshinde geçerli nedenleri genel olarak belirlemiş, bu konuda somut durumları saymamıştır. Sadece "işçinin yeterliğinden ve davranışlarından" gibi işçinin kendisinden kaynaklanan nedenler ile "işlet-

Serbest piyasa ekonomisine sahip her ülkede iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, ekonomik nitelikli, belirli, objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının kalmadığı durumlarda; işyerindeki işçi sayısını, işgücü ihtiyacına uyarlama yetkisine sahip olup, bu nedenle yaptığı fesihler işletme gereği yapılmış fesihler olarak kabul edilecektir.

menin, işyerinin veya işin gereklerinden" gibi işverenin işyerinden veya işletmesinden kaynaklanan nedenler olarak genel tanımlar yapmıştır.

Bu tanımların somut içeriği, iş hukuku öğretisindeki görüşler ve özellikle de yargı içtihatları ile oluşmaktadır. Ancak konumuz açısından yasa "işçinin davranışlarından" veya "işçinin yetersizliğinden" kaynaklanan geçerli sebeplerin ne olduğu değil; "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden" kaynaklanan geçerli sebeplerin ne olduğu önem taşımaktadır. Zira iki işverenin tek bir tüzel kişilik şeklinde birleşmesi, ya da her iki işveren şirketin aynı sermaye grubuna bağlı olarak mevcut tüzel kişilikleri ile faaliyetlerini sürdürmeleri halinde yukarıda belirtilen ekonomik ve teknolojik olarak daha verimli çalışabilmelerine yönelik iş organizasyonunda yapılacak değişikliklerin (örneğin kapatma/birleştirme, teknolojik alt yapının teke indirilmesi, bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin işletme dışı kişi ve kurumlardan satın alınması gibi) gerekli kılacağı iş akdi fesihlerinin hepsinin bir yeniden yapılanmanın sonucu olduğundan işletme gerekleriyle yapılan fesih çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle İş Kanunu'nun açısından önemli olan ve üzerinde özellikle durulması gereken kanunun iş akdinin fesih için geçerli sebep olarak kabul ettiği "işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep" kavramının anlamıdır.

**Geçerli bir fesih için işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi veya işyeri dışı nedenlerin; işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, onun, işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekir.**

Serbest piyasa ekonomisine sahip her ülkede iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ekonomik nitelikli belirli objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının kalmadığı durumlarda işyerindeki işçi sayısını işgücü ihtiyacına uyarlama yetkisine sahip olup, bu nedenle yaptığı fesihler işletme gereği yapılmış fesihler olarak kabul edilecektir. Kanununun 18. maddesinde belirtilen işletme gereklerinin anlamı yasa metninde açık değilse de maddenin gerekçesinde, bu gruba giren nedenler iki grupta sayılmakta, birinci gruba giren nedenler "sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işyeri dışında ortaya çıkan ve işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız kılan sebepler olarak belirtilmekte, ikinci grupta ise işyeri içi geçerli nedenler, "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması" olarak belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi verilen bu örnekler incelendiğinde hemen hemen tümünün ekonomik ve teknolojik nitelikli olduğu görülür. Bu nedenle 18. maddedeki nedenleri işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı ekonomik ve teknolojik nedenler şeklinde yorumlamak söz konusu kavramlara somut bir anlam kazandırmak ve sınırlarını çizmek açısından isabetli olacaktır. Öte yandan belirtilen nedenlerin varlığı tek başına fesih için yeterli değildir. Geçerli bir fesih için işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi veya işyeri dışı nedenlerin işçinin işini doğrudan

veya dolaylı olarak etkileyerek onun işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekir.

Şirket birleşmeleri nedeniyle ortaya çıkan fesih sebepleri işyeri içi nedenler olup kısaca "iş organizasyonundaki değişiklik" olarak özetlenebilir. İşyeri dışı nedenlerden farklı olarak burada feshe neden olacak olan olgu; işveren şirketin ya da şirketlerin yeni iş organizasyonu ile ilgili olarak alacağı "işletmeye ilişkin icrai bir karar" ve kararın uygulanmasıdır. Amacı işletmenin verimliliğini sağlamak olan yeni iş organizasyonu ile ilgili işveren şirketin "işletmeye ilişkin icrai karar", yukarıda da belirttiğimiz gibi anayasal temelini işverenin girişim özgürlüğünde bulur. İşletme verimliliğine yönelik icrai işveren kararı iki aşamalı bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Birinci aşama yeniden yapılanmanın gerektirdiği yeni iş organizasyonunun nasıl olması gerektiğine ilişkin işletmeye ilişkin icrai kararın kendisidir. İkinci aşama ise bu karara uygun olarak alınan tedbirler sonucunda bir işgücü fazlasının ortaya çıkardığı fesih kararı alınmasıdır.<sup>1</sup>

İşçinin iş akdinin feshine yol açan yeniden yapılanmanın gerekli kıldığı yeni iş organizasyonunun gerektirdiği işletmeye ilişkin icrai kararında, işverenin saiki ekonomik güçlükler, gerçekleşen işletme riskleri olabileceği gibi verimlilik ve rekabet gerekleri de olabilir. Birleşen işveren şirketlerin, hangi üretim ve satış politikasını izleyeceği, genel olarak belirlediği veya değiştirdiği işletme politikasının amacı; işletmesel karar özgürlüğü alanında bir karar olup yargı tarafından yerindelik ve amaca uygunluk denetimine tabi tutulamaz. Kural olarak bir işletmenin rekabet yeteneğinin ve gereklerinin ekonomik önceliklerinin yargıç tarafından takdirli söz konusu olamaz. Yargıç hukuken doğru

**Amacı işletmenin verimliliğini sağlamak olan yeni iş organizasyonu ile ilgili işveren şirketin "işletmeye ilişkin icrai kararı", anayasal temelini işverenin girişim özgürlüğünde bulur.**



olan ile olmayanı ayırt etmeye yetkili ise de, ekonomik ve işletmecilik yönünden neyin doğru neyin yanlış olduğunun takdiri yargıcın görevi dışındadır. Buna karşılık işletmeye ilişkin icrai kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmeye ilişkin icrai kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispatlamak zorundadır. Buradan hareketle feshin kaçınılmaz olup olmadığını tespit için işverenin işletmeye ilişkin icrai kararının içeriğine ve varmak istediği sonuca bakılarak işverenin yaptığı fesihlerle bu amaca uygun ve tutarlı hareket edip etmediği denetlenecektir. İş Kanunu'nun üç yılı aşkın uygulamasında ortaya çıkan Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu söylenebilir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir bankada istihdam fazlası personel bulunduğu gerekçesiyle yapılan feshilerde kısa süre önce yeni işçi alınmasına karar verilmesinin bir çelişki olduğuna ve işverenin iş sözleşmesini feshinin geçerli bir nedene dayanmadığına karar vermiştir.<sup>1</sup> Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, bir kamu kuruluşunda işçi çıkartılırken davalı işverenin istihdam fazlası personel olduğunu savunmasına karşı, yönetim kurulunun feshine yakın tarihte alınan bir karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu için, feshin işletme gereklerine dayandığının söylenemeyeceğine karar vermiştir.<sup>2</sup>

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça yer verilmemekle beraber, "feshin son çare olması" (ultima ratio) ilkesi işletme gerekleri ile yapılan feshilerin geçerli olup olmadığının denetiminde

**Birleşen işveren şirketlerin,  
hangi üretim ve satış politikasını  
izleyeceği, genel olarak belirlediği  
veya değiştirdiği işletme  
politikasının amacı;  
işletmesel karar özgürlüğü alanında  
bir karar olup yargı tarafından  
yerindelik ve amaca uygunluk  
denetimine tabi tutulamaz.**

önemli bir ölçüdür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında da yer alan bu ölçüye<sup>3</sup> göre feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için işletmesel kararlarla öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ve faydalı olmamalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise feshi geçerli kılan bir işletme gereği yoktur. Ancak önemle belirtelim ki feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel kararın amacı çizer. Bu amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olmayan tedbirleri almamış olması nedeniyle işverenin feshin son çare olması ilkesine aykırı davrandığı söylenemez.

Şirket birleşmelerinin, ya da aynı sermaye grubuna bağlı olarak (holding veya şirketler topluluğunda tüzel kişilikleri devam eden) ortak hareket eden tüzel kişiliklerin ortaya çıkan yeni iş organizasyonları çerçevesinde yapabilecekleri operasyonel iş hukuku faaliyetlerinin, iş güvencesi ve işletme gerekleri açısından değişik olasılıklara göre değerlendirilmesi gerektiğinde aşağıdaki sonuçlara varılacaktır.

**1.** Yukarıda iş akdinin işletme gerekleri ile feshinde geçerli sebep kavramına ilişkin genel açıklamalarımız, şirket birleşmelerinde ya da aynı sermaye grubu çatısı altında tüzel kişiliklerini devam ettiren şirketlerin ortak departmanlar oluşturulması şeklindeki uygulamalarında da göz önünde tutulması gereken hususlardır. Öncelikle ve önemle belirtelim ki, yapılan yeni iş organizasyonunun yaratabileceği iş akitlerinin feshinin işletme gerekleri ile yapılmış geçerli bir nedene dayandığını iddia ve ispat etmek; her iki işverenin birleşerek tek bir tüzel kişilik haline gelmesi halinde çok daha kolay ve inandırıcı olabilecektir. Buna karşılık her iki işverenin ayrı ayrı tüzel kişiliklerinin devam etmesinde yapılacak iş akitleri feshinin geçerli bir sebebe dayandığının iddia ve ispatı, daha güç olup inandırıcılığı birinci ihtimaldeki kadar güçlü olmayabilecektir.

**2.** Her iki işverenin devir veya birleşme sonucu tek tüzel kişilik haline gelmesine ilişkin hukuki işlemler, her ne kadar yeni bir iş organizasyonunun ortaya çıkmasına neden olsa da, iş hukukunun ve iş güvencesine ilişkin kuralların dışında bir konu olduğuna kuşku yoktur, ancak böyle bir birleşmenin yaratacağı yeni iş organizasyonuna ilişkin karar veya kararlar icrai nitelikte işletmesel bir karar olacak ve yukarıda da belirtildiği üzere; işverenin girişim özgürlüğüne dayanarak aldığı bu karar veya kararların

## İşletmeye ilişkin icrai kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmeye ilişkin icrai kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispatlamak zorundadır.

doğurabileceği iş akdi fesihlerinde, bir kısım işçilerin işyerinde çalışma olanağının fiilen kalıp kalmadığı, işverenin bu kararın amacına uygun davranıp davranmadığı (örneğin yeni işçi alıp almadığı), işyerinde gerçekten işverenin işletmesel kararla varmak istediği amaca; fesihden başka bir yolla ulaşmasının mümkün olup olmadığı (feshin son çare olması ilkesi) açılarından yapılan fesihlerin geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir.

**3.** Muhtemel iş akdi fesihlerine neden olabilecek işyeri kapatma / birleştirme, bağımsız işyeri niteliğinde olmayan bölümlerin kapatılması, teknolojik alt yapının teke indirilmesi, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin şirket dışı kişi veya kurumlardan temini veya satın alınmasına ilişkin verimliliği ve kârlılığı artırma amacına yönelik yeni iş organizasyonuna ilişkin uygulamalar, işveren tüzel kişiliğinin yetkili organınca her bir konu için ayrı ayrı ya da hepsi için tek bir kararla öncelikle işverenin işletmesel bir kararı haline getirilmelidir, yetkili organın bu yolda alacağı kararda sebepler, amaç, verimlilik, maliyet ve rekabet unsurları net ve açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu işletmesel kararlar, bu kararların sonucunda yapılabilecek iş akdi fesihlerinin, işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih olarak yapıldığı konusunda inandırıcı bir dayanak oluşturacaktır. Yeter ki yapılacak iş akitleri feshinin alınan bu kararların amacına uygunluğunu gölgeleyecek uygulamalar içine girilmemiş olsun.

**4.** Aynı holding veya şirketler topluluğuna dahil iki ayrı işverenin mevcut tüzel kişiliklerini sürdürerek faaliyetlerini devam ettirmelerinde de yapılacak yeni organizasyonlarının gerektirdiği işletmesel kararlar da her bir işveren için yukarıda belirtilen çerçevede ayrı ayrı alınmalıdır. Buna karşılık "ortak/tek teknolojik alt yapıya geçilmesi" "bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verecek şekilde yeniden yapılandırılması" şeklindeki yeni iş organizasyonlarında, bu yolda yetkili organlarla

alınacak işletmesel kararlardan başka, her iki işveren arasında bu yolda protokoller yapılarak alınan işletmesel kararlar ile her iki işverenin de ortak iradesi olduğu ortaya konulmalıdır.

**5.** Her iki işverenin birleşerek tek bir tüzel kişilik haline gelmesi sonucu ya da böyle bir olgu söz konusu olmaksızın yapabileceği yeni iş organizasyonlarından en çok rastlanılan; işyerini ya da işyerinin bir bölümünü kapatma veya birleştirme olarak görülmektedir. Kural olarak Türk hukukunda işyerinin kapatılması geçerli bir fesih nedenidir. Feshin geçerliliği bakımından önemli olan, kapatmanın sürekli ve kesin olmasıdır. Nitekim işyerinin kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmayı düzenleyen İş K. md.29/VI de kapatma; işyerinin faaliyetine kesin ve devamlı surette son verilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle yeni iş organizasyonunun gerektirdiği işyeri kapatma-birleştirmelere dayanan iş akdi fesihlerinin geçerli nedenle yapılmış fesih olarak kabulü gerekir.

**6.** İki işverenin birleşmesi sonucu teknolojik alt yapının teke indirilmesi, iki ayrı tüzel kişiliğin tek tüzel kişilik haline gelmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve bu departmanda çalışan işçilerin bir kısmının istihdam olanağı ortadan kalkmaktadır. Ortaya çıkan bu durum istihdam olanağı kalmayan işçilerin iş akitlerinin bu konudaki yeni iş organizasyonu gereği feshedilmesinin, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle yapılmış bir fesih olarak kabulü gerekir. Ancak bu durumda söz konusu işçilere başka bölümlerde durumlarına uygun iş verme olanağının da bulunmaması gerekir. Aksi takdirde feshin geçerli nedenle yapıldığından söz edilemez.

**7.** İki işverenin ayrı ayrı tüzel kişiliğinin sürdürülmesi ihtimalinde "bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması" şeklindeki düzenlemelerden kaynaklanabilecek iş akitlerinin feshinin geçerli sebebe dayandığını söyleyebilmek tartışmaya açık bir konudur. Zira bu durumun gerektirdiği yeni iş organizasyonuna ilişkin karar, bir işverende söz konusu birimin iş yükünü artırırken diğer işverende ilgili birimi işsiz bırakabilecektir. Bu nedenle bu konuda alınacak işletmesel karar, iş akdi fesihlerinden ziyade diğer işveren ve personel ile anlaşarak personel naklini gerektirebilir. Aksi takdirde feshin geçerli nedene dayandığını söylemek mümkün değildir.

8. Asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin -özel güvenlik, yemek, nakliye, servis, vs. gibi- işletme dışı kişi veya kurumlardan temini veya satın alınmasına ilişkin yeni iş organizasyonuna ilişkin işletmesel karar bir yeniden yapılanma tedbiridir. Bu uygulama söz konusu konularda İş K. md. 2 anlamında gerçek bir alt işveren uygulamasını başlatmak şeklinde olabileceği gibi, İş K. md. 2'deki alt işveren tanımına girmeyen bir hizmet satın alma şeklinde de olabilir. Burada önemli olan alt işverene devredilebilecek işin İş K. md. 2 anlamında işyerinin asli işine yardımcı iş niteliğindeki işlerin olması halinde, bu devir nedeniyle yardımcı işte çalışan işyeri personelinin iş akdinin feshi geçerli nedenle yapılmış bir fesih olacaktır. Yeter ki olayda muvazaâ bulunmasın, esasen alt işveren ilişkisine yönelik muvazaâ iddiaları, daha ziyade asıl işin bir bölümünün devrinde, devredilen iş uzmanlık da gerektirmiyorsa ve devredilen işte alt işverenin işçileriyle birlikte asıl işverenin işçileri de çalışıyorsa gündeme gelmektedir. Muvazaâlı bir şekilde yapılmayan, ya da muvazaâ iddiasının ileri sürülemeyeceği yardımcı işlerin alt işveren yoluyla, ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi nedeniyle daha önce o işte çalışan işçilerin iş akdinin feshinde işletme gerekleriyle yapılmış geçerli nedene dayanan bir fesih olduğunun kabulü gerekir.

Nitekim konuyla ilgili isabetli bir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında şu görüşlere yer verilmiştir. "Davalı işvereni temizlik, kalorifer bakımı, bahçe bakımı gibi yardımcı işleri taşeronla devretme kararı aldığı bu karar gereği bu işlerde çalışan davacı ve arkadaşlarının hizmet akitlerini ihbar kıdem tazminatı ve işçilik haklarını ödemek koşulu ile fesih ettiği ve bu işleri usulünce yapılan ihale ile İSO Kalite Belgesi sahibi taşeronla devrettiği anlaşılmaktadır. Taşeronla devir işleminin muvazaâlı bir işlem olduğu yeterli delillerle kanıtlanabilmiş değildir. Taşeronla verilen işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması muvazaânın kabulü için tek başına yeterli delil sayılamaz. Nitekim Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişlerinin tespitleri de bu doğrultudadır. İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri yeniden yapılanma tedbiridir. Yasanın tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin yardımcı işleri alt işverene devri hukuki bir yeniden yapılanma tedbiridir ve

Muvazaâlı bir şekilde yapılmayan, ya da muvazaâ iddiasının ileri sürülemeyeceği yardımcı işlerin alt işveren yoluyla ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi nedeniyle daha önce o işte çalışan işçilerin iş akdinin feshinde, işletme gerekleriyle yapılmış geçerli nedene dayanan bir fesih olduğunun kabulü gerekir.

işletme gereğidir. Bu bakımdan söz konusu işte çalışan davacının sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden mevcut olduğunun kabulü gerekir..."

#### DİPNOTLAR

- 1 M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul, 2003, s.26 vd.
- 2 a.g.e. Engin, s.27-28.
- 3 a.g.e. Engin, s.9.
- 4 Y.9.HD., 27/3/2006, 5584/7867, Legal İHSGD, 2006, sayı 11, sh. 977/976, ayrıca bak. Y.9.HD., 15/12/2003, 19696-21888.
- 5 Y.9.HD., 10/11/2003, 1816/18920.
- 6 Y.9.HD., 7/2/2005, 2004/1609-2005/3300.
- 7 Y.9.HD., 14/10/2004, 22472/23187, Legal İHSGD, 2005, sayı 6 s.771.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler

### A) GENEL OLARAK

1475 sayılı (eski) İş Kanunumuzda 09.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar, iş sözleşmesinin (hizmet akdinin) feshinin haksız olması halinde işçinin işe iadesi müessesesi bizde kabul edilmemekte idi. Bununla birlikte, işe iade müessesesi bize yabancı da değildi. Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunumuzda, sendika temsilcileri bakımından, işe iade müessesesi bakımından açık hüküm (m.30) mevcuttu<sup>1</sup>.

İşe iadenin, bütün işçiler bakımından kabulü, hukukumuzda "İş Güvencesi Kanunu" diye de anılan 4773 sayılı Kanunla oldu ve daha sonra çıkarılan 4857 sayılı (yeni) İş Kanunumuzca da aynen benimsendi. Bu nedenle konunun daha iyi anlaşılabilmesi için 4773 sayılı Kanunun Genel Gereğesine<sup>2</sup> bakmakta yarar vardır. Genel Gereğede şöyle denilmektedir: "... Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri işçiye iş güvencesinin sağlanması, başka bir deyişle işçinin iş akdinin feshine karşı korunmasıdır. İşçinin iş ilişkisine süreklilik sağlanarak geleceğine güven duyması, işini kaybetme, dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan gelirinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, iş hukukunun en önemli amaçlarından ve konularından biri sayılır. İşçinin feshe karşı gerektiği şekilde korunmadığı bir hukuk dü-

zeninde sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı yeterli işlev göremez. İşverenin işçinin işine sebep göstermeksizin son vermesi olanağına sahip bulunması; işçinin hakkını arayamaması ve hukuk düzeninin kendisine tanıdığı menfaatini koruyamaması sonucunu doğurabilmektedir. Ülkemizde bu konudaki davaların hep iş ilişkisi sona erdikten sonra açılmış olması bir rastlantı değildir. Kuşkusuz işçiye böyle bir güvence sağlanması, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi anlamını taşımaz. 'İş güvencesi' kavramı ile amaçlanan, işçinin işine geçerli bir sebep olmaksızın son verilebilme olanağının sınırlanmasıdır. 1475 sayılı İş Kanununda belirsiz süreli hizmet akitlerinin ihbar önelleri verilerek feshi bakımından göze çarpan ve temel bir eksiklik olarak kabul edilen husus, feshin geçerliliğini herhangi bir sebebe dayandırma zorunluluğunun olmamasıdır. Bu serbestlik işveren yönünden fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda tazminat ödenmesini öngören hükümlerle sınırlanmıştır. İş kanunlarındaki kötü niyet tazminatı sadece sendikacılık nedeniyle işine son verilen işçi ile ilgili olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda en az bir yıllık ücret tutarı düzeyine varacak şekilde ve önemli bir ölçüde artırılmıştır. Hakkı bir sebebe dayanmayan fesihlerde işe iade olanağı ise yalnız

işyeri sendika temsilcilerine tanınmıştır. Belirsiz süreli hizmet akitlerinin işverence geçerli bir sebep gösterilmeksizin feshi olanağı uygulamada öteden beri işçileri huzursuz eden sonuçlar doğurmuştur. Bu sorun üzerinde işçi sendikalarınca da durulmasına ve iş güvencesine yönelik sözleşme önerileri getirilmesine karşın toplu iş sözleşmeleri ile hizmet akdinin feshini sınırlayıcı düzenlemeler yaygınlık ve etkinlik kazanamamış, toplu sözleşme düzeni dışındaki işyerlerinde ise iş güvencesinin sağlanması ihtiyacı daha da belirgin olarak ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu tarafından sistemin aksayan yönlerini düzeltmek ve sebepsiz olarak işten çıkarma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları gidermek için 12.7.1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Bununla, Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, iş güvencesini sağlamak amacıyla toplu işçi çıkarmaya ilişkin hüküm tek işçi çıkarmalarına da teşmil edilmiş; ayrıca kıdem tazminatı tutarını artırmak ve bunu almaya hak kazandıran süreyi kısaltmak yönünde düzenlemelere gidilmiştir. Böylece, işsizlik sigortasının bulunmamasından doğan ihtiyacı da karşıladığı öne sürülen kıdem tazminatının iki işlevi birden görmesi hedeflenmiştir. Çıkarılan işçi yerine altı ay içinde başka işçi alınmasını engelleyen ve bu süre içinde yeniden işçi almak isteyen işverenin çıkarılan işçiyi işe çağırmasını öngören hüküm, bunun çeşitli uygulama yolları ile bertaraf edilmesinden ve işçinin işe çağrılmayı beklemesinin çoğu kez olanaksız olmasından dolayı işlerlik kazanamamış, kıdem tazminatına ilişkin değişiklikler amacın gerçekleşmesini sağlamadığı gibi yeni sorunlar yaratmış, işsizlik sigortasının yokluğundan doğan boşluğu da dolduramamıştır. Bu düzenlemelerin yetersizliği karşısında iş güvencesini sağlamak amacıyla eski yıllarda ortaya konulan birçok kanun çalışmalarından sonuç alınamamıştır. Bununla birlikte, bu konuda gelişmiş ülkelerdekine benzer hukukî esasların hukukumuzda da kabul edilmesi görüşü sadece bilim çevrelerinde değil, kamuoyunda da ağırlık kazanmaya başlamıştır. Tasarıda, 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi ile ilgili olarak, iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamı, hizmet akdinin işverence feshi için geçerli sebepler ile geçerli olmayan sebepler, fesihle izlenecek yöntem, feshe karşı başvurulacak dava yolu, feshin geçerli olmadığına mahkemece hükme-

dilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, ayrıca toplu işçi çıkarmaya ilişkin 24. madde değişiklikleri düzenlenmiştir. ...”.

Bugünkü mevzuatımızda; Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) normlarına uyum sağlama zorunluluğu çerçevesinde kabul edilerek yürürlüğe konulan, 4857 sayılı (yeni) İş Kanunumuzun 20 ve 21. maddeleri, işe iade davalarını düzenlemektedir.

Hukukumuzda yeni giren işe iade davası, sonuçları itibariyle, işçiler bakımından çok önemli bir iş güvencesidir. Bu dava, madalyona diğer yönden bakıldığında da, işçinin işe iade davasını kazanması halinde, onu geri almak veya geri almak istemiyorsa (kural olarak) toplam 8 ilâ 12 aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalacak olan işveren bakımından da büyük önem taşımaktadır.

İşte bu nedenle, güncel iş hukuku uygulamasında çok sayıda işe iade davası açıldığı gözlemlenmektedir. Konunun yeni olması sebebiyle, uygulamada bazı sorunlarla da karşılaşmaktadır. Bu incelemede, işe iade davalarında yargılama usulü ile ilgili olarak ortaya çıkan bazı sorunlar üzerinde durulacaktır.

## B) İŞ SÖZLEŞMESİ FESHİNİN GEÇERLİ SEBEBE DAYANMASI ZORUNLULUĞU

Genel hukukî niteliği itibariyle iş sözleşmesi de, feshedilebilen bir sözleşmedir ve sözleşmeyi yapan taraflarca her zaman feshedilebilir. Ancak iş sözleşmesinin feshi, sıradan bir borçlar hukuku sözleşmesinden farklılık gösterir ve göstermelidir. Zira, iş sözleşmesinin tarafları (emeğini ortaya koyan) işçi ve (genel ekonomideki işlevi doğrultusunda: gücünü -parasını/emeğini/varlığını- ortaya koyan) işverendir ve bu ikili arasındaki ilişki, çeşitli nedenlerle, kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple kanun koyucular, iş sözleşmesinin feshi konusunu, genel sözleşmelere (alışılmış terimiyle: borçlar hukuku sözleşmelerine) oranla özel olarak düzenlemek ihtiyacındadırlar. Ancak itiraf etmek gerekir ki, kamu düzeni kavramı niteliği (doğası) itibariyle esnek bir kavramdır; hukuken yoruma elverişlidir; şartlara, duruma, kişiye ve zamana göre değişkenlik gösterir.

İş sözleşmesinin feshi konusu, gerek iş hukuku literatürümüzde gerek uygulamada üzerinde en çok durulan ve tartışılan konulardan biridir<sup>5</sup>.

İş Kanunu'nun, "feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesine göre:

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (fıkra I). Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66. maddesindeki süreler dikkate alınır (fıkra II). Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz: a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak. b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak. c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak. d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler. e) 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık (fıkra III). İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (fıkra IV). İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarını ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21. maddeler ile 25. maddenin son fıkrası uygulanmaz (fıkra V)".

Geçerli sebebin, her olaya uygulanabilecek ve herkesi tatmin edebilecek tanımını yapmak çok zordur. Kanun koyucu, yukarıdaki maddeden de görüldüğü üzere, geçerli sebebin ne olduğunu, geçersiz sebeplere örnek vererek açıklama yoluna gitmiştir. Hükmün gerekçesi bu konuda daha da aydınlatıcıdır. Şöyle ki:

"Bu madde ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hali için, 158 sayılı

ILO Sözleşmesi'nde belirlendiği üzere, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca geçerli sebebin neler olabileceği madde içinde düzenlenmiştir. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için bu düzenleme ile söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve bazı örnekler verilmiştir.

İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyeri ile ilgili olmaktadır. Bu sebeplerin madde içinde belirtilmesi geçerli sebepler kavramını bir ölçüde somutlaştırmaktadır.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebilecektir. Özellikle Kanunun 26. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır.

Bu madde bakımından geçerli sebepler 26. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenebileceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 26. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Bunlara örnek vermek gerekirse:

İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yatkınlığının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.

İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 26. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen se-

yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Şöyle ki: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.

İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

## Geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.

bepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durdurucağı şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranış, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.

Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin

Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.

Madde, on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçileri kapsamına almış ve söz konusu işçilerin de en az altı aylık kıdemi olması şartını getirmiştir. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları ve işyerinin bütününe yöneten ve belirli özelliği bulunan işveren vekilleri ise kapsam dışı bırakılmıştır. Bu düzenleme ile küçük işyerleri ve henüz işyerine yeni giren işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanması uygun görülmemiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceğini öngörmektedir.

Altı aylık kıdemin hesabında bu Kanunun 66. maddesindeki sürelerin de dikkate alınacağı öngörülmüştür.

Maddede ayrıca özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır. Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır.

İş güvencesi düzenlemesi kapsamına girmek için gerekli olan 6 aylık kıdem süresinin nasıl hesaplanacağına da bir açıklık getirilmiş ve bu sürenin hesaplanmasında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek hesaplanacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısı dikkate alınacaktır”.

Öte yandan, 19. maddeye göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeple feshi halinde, hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması zorunludur. Bunun istisnası, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller olup, bu haller İş Kanunu'nun 25. II hükmünde gösterilmektedir.

### C) FESİH BİLDİRİMİNDE SEBEP GÖSTERİLMEMESİ VEYA GÖSTERİLEN SEBEBİN GEÇERLİ OLMAMASI HALİNDE AÇILACAK OLAN DAVA

Genel olarak, iş sözleşmesinin haksız bir şekilde feshi halinde işçinin işverene karşı dava açma olanağı vardır ve işçi açacağı davada, yapılan fesih işleminin hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilir ve bundan doğan zararlarının (örneğin tamamen veya kısmen ödenmemiş bulunan kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer bazı haklarının) tazminini isteyebilir. 4857 sayılı İş Kanunumuz da, bu esası değiştirmemiştir. Ancak, 4857 sayılı Kanunun 20-21. maddeleri işçiye yeni bir dava olanağı tanımıştır. Bu davaya, “işe iade davası” (veya “fesih bildirimine itiraz davası”) denilmektedir. Bu incelememin konusu da budur.

Kanuna (İş K. m. 20) göre, fesih bildiriminde sebep gösterilmezse veya gösterilen sebep<sup>5</sup> geçerli değilse, işçinin dava açma hakkı<sup>6</sup> vardır.

Kanun (İş K. m. 20) bu davadaki görevli mah-

kemeyi, açık bir şekilde iş mahkemesi olarak belirlemiştir. Aslında Kanunda böylesine açık bir hüküm olmasa dahi, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre de bu davada görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu sonucuna kolaylıkla varılırdı. Zira, işçi ile işveren (veya işveren vekilleri) arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan hertürlü hak iddiaları iş mahkemelerinde görülür (İş Mahkemeleri K. m. 1).

Yine aynı hükme (İş K. m. 20) göre, işçi ile işverenin tahkim anlaşması yapması halinde de dava açılabilmesi mümkündür. Burada kastedilen hakem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 516 ve devamı hükümlerinde öngörülen ihtiyarî iç tahkimdir.

İş Kanunu'nun 20. maddesindeki bu açık düzenlemeden önceki Yargıtay uygulamasında, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim müessesesi (ilke olarak) kabul edilmemekte idi. Çünkü Yargıtay konuyu, ekonomik açıdan zayıf olan işçinin, ekonomik olarak güçlü olan işveren karşısında korunması açısından ele almakta ve ancak bu husus öğretide haklı olarak eleştirilmekte idi<sup>7</sup>. İş Kanununun 20. maddesindeki düzenlemeyle, bu konudaki tereddütler ortadan kaldırılmış olmaktadır. Kanımca bu yöndeki yeni düzenleme (kabul), günümüzde uygulaması gittikçe artan ve genişleyen alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR) müessesesine<sup>8</sup> uygundur. Nitekim hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki kabul gerekçesinde de “iş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükü göz önünde tutularak, toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi veya işçi ile işverenin anlaşması durumunda, uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceği kabul edilmiştir” açıklaması bulunmaktadır.

Hâl böyle olmakla birlikte, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda hakem (tahkim) yolunun; toplumumuzun bugünkü alışkanlıkları çerçevesinde hakem müessesesine olan yabancılığı, Devlet mahkemelerine olan geleneksel güven duygusu ve eğilimi ile hakem ücretlerinin mahkemedeki yargılama giderlerine oranla yüksekliği gibi nedenlerle, pratikte kolay kolay işletilebileceği kanısında değilim.

Somut olaydaki davayı işçi açacağına göre yetkili iş mahkemesi, işverenin (davalının) yerleşim yeri veya işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili olan yer mahkemesidir; bu yetkinin kamu düzenine iliş-



kin olması sebebiyle bunun aksine yetki anlaşması yapılamaz (İş Mahkemeleri K. m. 5).

Dava açma süresi, bir aydır ve süre, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren başlar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (m. 161, II) göre süre, ay olarak tayin edilmiş ise başladığı güne gelecek ayda rastlayan günün mesai saati bitiminde saatinde sona erer. Süre ay sonuna doğru başlayıp da bittiği ayın aynı günü yoksa süre, bu ayın sonunda biter. Buna göre örneğin, 15 Ocak'ta başlayan bir aylık süre, 15 Şubat; 31 Ocak'ta başlayan bir aylık süre, 28 Şubat (ve artık yıllarda ise 29 Şubat) mesai saati bitiminde sona erer.

İş sözleşmesi feshi yazılı olarak tebliğ edilmişse (karş. İş K. m. 19), işverenin fiilî olarak işçinin işini sona erdiği tarih esas alınır<sup>10</sup>.

Bir aylık süre, zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süredir<sup>11</sup>. Bu sebeple, ilgili tarafın (somut

nırlı bazı işlerde (örneğin iş mahkemelerinde) uygulanan sözlü yargılama usûlü yanında; istisnâî bazı durumlarda (HUMK m. 501) uygulanan bir usûldür. Aslında son zamanlara kadar, serî yargılama usûlü neredeyse "tükenmiş" söylenebilecek durumda idi<sup>12</sup>. Ancak, kanunkoyucu son zamanlarda yaptığı kanun değişikliklerinde; önce bankacılık işlerinde ve daha sonra da işe iade davalarında serî yargılama usûlünün uygulanacağını belirterek bu usûle canlılık getirmiştir.

Kanımca, bu düzenlemeler yerinde değildir. Çünkü, serî yargılama usûlü, adının "serî" olması dışında hızlı bir usûl değildir. Serî yargılama usûlü, yazılı yargılama usûlündeki cevap süresinin on günden yedi güne, replik ve düplik sürelerinin on günden beş güne indirilmesinden (HUMK m. 505) ibaret bir usûldür<sup>13</sup>. Kanun koyucunun, işe iade davalarında, iş mahkemelerinde genel olarak uygula-

## Kanunkoyucunun, işe iade davalarında, iş mahkemelerinde genel olarak uygulanan sözlü yargılama usulüne yollama yapması daha uygun olurdu.

olayda davalı işverenin) talepte bulunmasına gerek olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur.

Dava, usûlüne uygun hazırlanacak (HUMK m. 179) bir dilekçe ile açılır. Dava dilekçesinin istem sonucu kısmında, işe iade talebinin yeralması gerekir (bkz. HUMK m. 74). İş K. m. 21'e göre, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödeyeceği dört aydan sekiz aylığa kadar olan tazminat ile kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmayan en çok 4 aylık ücret ve sair haklar, mahkemece re'sen karara bağlanacağından, dava dilekçesinde bunların talep edilmesine gerek yoktur<sup>14</sup>.

Yargıtay'a göre işe iade davası, hukuken bir tespit davası niteliğinde olduğu için maktu karar ve ilâm harcına tâbidir<sup>15</sup>. Kanımca buradaki harcin, Harçlar Kanunu'nun 15 ve 16. maddeleri çerçevesinde maktu değil nisbî olması gerekir<sup>16</sup>.

Açılacak olan davada, serî yargılama usûlü uygulanır (İş K. m. 20, III). Serî yargılama usûlü; genel yargılama usûlleri olarak niteleyebileceğimiz (asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan) yazılı yargılama usûlü ile (sulh hukuk mahkemelerinde uygulanan) basit yargılama usûlünün yanısıra, sı-

nan sözlü yargılama usulüne yollama yapması daha uygun olurdu.

İşe iade davasının serî yargılama usûlüne tâbi kılınması, davacının işe iade talebi yanında başka talebini de (örneğin, kıdem ve ihbar tazminatlarını da) aynı dava dilekçesiyle isteyebilmesini (yani, objektif dava birleşmesini) olanaksız hale getirmiştir. Çünkü, farklı yargılama usûllerine tâbi istemler, aynı davada yan yana getirilemez<sup>17</sup>. Oysa objektif dava birleşmesinin yapılması, usûl ekonomisine (HUMK m. 77; Anayasa 141, IV; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6) uygundur. Olması gereken hukuk bakımından, serî yargılama usûlü yerine sözlü yargılama usulüne atıf yapılması halinde, bu yöndeki sakınca da ortadan kalkmış olacaktır.

Medenî Kanuna (m. 6) göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür<sup>18</sup>. İş Kanunu'na (m. 20, II) göre, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Mahkemenin işe iade davasının sonucunda ver-

diği kabul kararı, fesih nedeninin geçersizliği ile işe iade ve ayrıca 21. maddeye göre işe başlatmama halinde 4 ilâ 8 aylık ücret tutarında tazminat ve 4 aya kadar boшта kalınan (ödenmeyen) ücret ve sair hakların tespiti yönünde olacaktır.

Altını çizerek belirtmek gerekirse, mahkeme işe başlatmama tazminatını belirsiz bir şekilde "4 ilâ 8 aylık arasında tazminat ödenmesi" şeklinde veremez. Hâkim, her somut olayın özelliğine göre gerekçe vererek dört mü, beş mi, altı mı, yedi mi, sekiz mi olduğu konusunda net bir belirleme yapacak ve kararını ona göre verecektir. Yargıtay verdiği çeşitli kararlarda bu konularda genellikle işçinin kıdemine ve fesih nedeni gibi hallere bakarak belirleme yapılmasının doğru olacağını ifade etmektedir. Bu nedenle, (başka gerektirici nedenler yoksa) örneğin iki yıl kıdemi olana 8 ay üzerinden veya yirmi yıl kıdemi olana 4 ay üzerinden

muş olması, hâttâ daha da kısaltması aslında desteklenecek bir tutumdur. Çünkü, "geciken adalet, adalet değildir". Ancak çeşitli nedenlerle ülkemizde adaletin çok geciktiği de, hepimizin bildiği ayrı ve üzücü bir gerçektir. Bu hususta gerekli tedbirler alınmadan, mahkemelere kısa süreler tanıyarak bireyi (vatandaşı) beklentiye sokmak, beklentisine genellikle kavuşamayan bireyin mahkemelere ve devlete olan saygısı açısından düşündürücü bir husustur.

Aslında bu durum, işe iade davaları bakımından yeni olan bir düzenleme değildir. Pek çok kanunumuzda da buna benzer şekilde uygulanmayan ("ölü" doğmuş bulunan) ve olması gereken hukuk bakımından ayıklanması icap eden hükümler vardır.

Kanundaki (m. 20, III) Yargıtay'ın bir ay içinde karar vermesi gerektiği yolundaki hüküm, Yargıtay

### Gerekli tedbirler alınmadan, mahkemelere kısa süreler tanıyarak bireyi (vatandaşı) beklentiye sokmak, beklentisine genellikle kavuşamayan bireyin mahkemelere ve devlete olan saygısı açısından düşündürücü bir husustur.

tazminat verilmesini doğru bulmamaktadır<sup>19</sup>.

İşe başlatmama tazminatının ve boшта kalınan süreye ait aylığın tespiti şeklinde hüküm kurmak gerekirken bunların tahsiline yönelik hüküm kurulması doğru değildir<sup>20</sup>. Benzer şekilde, işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süreyle ilgili ücret, meblağ (tutar) olarak belirtilmez, bunların süre olarak tespiti gerekir<sup>21</sup>. Yargıtay'ı, işe iade davasının tespit davası olduğu sonucuna vardırıran da bu yöndeki düşüncelerdir.

Kanun (İş K. m. 20, III), bu davanın mahkemeye iki ay içinde sonuçlandırılacağını ve bu kararın temyizi halinde de Yargıtay'ın bir ay içinde karar vereceğini belirtmektedir.

Bu düzenleme, genel olarak çok ağır bir işyükü altında bulunan mahkemeler bakımından gerçekçi değildir ve iki ayda bu davaların bitirilebilmesi oldukça zordur. Aynı husus Yargıtay bakımından da geçerlidir. Ancak, bilindiği gibi kanunların mahkemeler için öngördüğü süreler kesin değildir ve mahkemelerin iki ay sonra verdiği kararlar da geçerlidir<sup>22</sup>.

Kanun koyucunun süreleri bu kadar kısa tut-

kararına karşı direnme olanağının bulunmadığı sonucuna götürmüştür<sup>23</sup>. Yargıtay buna gerekçe olarak; "...Maddede yer alan, (Yargıtay kesin olarak karar verir) kuralından hareketle uyumsuzluğun eksiklikler de içerse her halükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir. Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme hususunun Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, (Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanır) demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır" demektedir.

Hukukun gelişimine katkı yapan direnme yolunu kapatması nedeniyle Yargıtay Genel Kurulu'nun bu kararına ve gerekçesine katılamamaktayım. Çünkü, her şeyden önce direnme olanağının bulunmadığı yolunda kanunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Asıl olan bir hakkın varlığıdır; hakkın ortadan kaldırılmış olması, ancak yasa ile mümkün olabilir. Öte yandan, eğer Yargıtay Özel Dairesi, Kanunun "kesin olarak karara bağlar" ifa-

desine rağmen, kesin olarak karara bağlamayıp -yani, iş davalarında genel olarak yaptığı gibi ilk derece mahkemesi kararını ortadan kaldırmayıp-kararı bozarak ilk derece mahkemesine geri göndermişse, bu karara karşı direnme kararının bulunmadığı gerekçesi (değiş yerinde ise:) "havada kalmaktadır". Kaldı ki, aşağıda ayrıca değineceğim üzere, hükümdeki "kesin olarak karara bağlar" ifadesinin esasına karşı itirazım vardır.

Mahkeme yapacağı yargılama sonucunda feshin geçersizliği sonucuna varacak olursa (işe iade davasını kabul ederse), kararında, işçinin işe iade edileceğini belirtecek ve bununla yetinmeyerek, ayrıca işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını (en az dört, en çok sekiz ay arasında olmak üzere) belirleyecek ve davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar boşta kalınan en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödemesi gerektiğinin tespitine karar verecektir (İş K. m. 21, II-III).

Çünkü, "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" kenar başlığını taşıyan 21. maddeye göre: "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 (fıkra I). Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler (fıkra II). Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (fıkra III). İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir (fıkra IV). İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem 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 (fıkra V). Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir (fıkra IV)".

20. maddenin son fıkrası hükmünde yer alan, "Yargıtay kesin olarak karar verir" ibaresi, usul hukuku bakımından çok ilginçtir. Bu sebeple yakından incelenmelidir:

Yargılama hukukunda bir kararın kesin olması; genel bir ifadeyle, verilen karara karşı başvurulacak kanun yolunun bulunmaması anlamına gelir. Hepimizin bildiği bir örnek olarak, HUMK m. 427, II'ye göre, miktar veya değeri belli bir sınırı geçmeyen taşınır ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesin olup temyiz edilemez. Yahut, Yargıtay'ın HUMK m. 440, III/1'de belirtilen sınırı geçmeyen hükümlerin onanmasına ilişkin kararları kesin-dir, bu kararlara karşı karar tashihi yoluna gidilemez.

Acaba, 20. maddede belirtilen, "Yargıtay kesin olarak karar verir" ibaresi de bu karara karşı başvurulacak başka kanun yolu olmadığı anlamına mı gelmektedir? İş mahkemesi kararlarına karşı karar tashihi (HUMK m. 440-442/A) yolunun bulunmaması (İş Mahkemeleri K. m. 8, V) sebebiyle, ilk akla gelen yorum bu olmalıdır<sup>2</sup>. Ancak uygulamada bu hususun tamamen farklı anlaşıldığı görülmektedir. Şöyle ki:

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin işe iade davasını reddettiği veya kabul ettiği olaylarda verdiği kararlara karşı gidilen temyiz incelemesi sonucunda farklı bir kanaata varması halinde verdiği kararlarında şöyle formüller geliştirmiştir:

Örnek -1:

"... Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1) Yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2) Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3) Davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödemesi gereken tazminat miktarının davacının 4 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine,

4) Davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6) Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca (400.-) YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

7) Davacı tarafından yapılan (39.00) YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8) Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 6.2.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi".

Örnek-2:

### Yargıtay, işe iade davalarında ilk derece mahkemesi kararını doğru bulmaması halinde hukukî bir denetim mahkemesi olarak değil, ilk derece mahkemesi kararını ortadan kaldırarak ve onun yerine geçerek karar veren bir üst mahkeme (vakıa mahkemesi) haline gelmiştir.

"... Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmektedir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1) Yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2) Davanın reddine,

3) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı (7.00) YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davacıya ödenmesine,

5) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre (400) YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 12.12.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi".

Genel formüller haline gelen bu Yargıtay kararları, Yargıtay'ın bildiğimiz kararlarının dışında ve adeta ilk derece mahkemesi kararları gibidir.

Yukarıda örnek olarak verilen kararların en üs-

tünde yer alan; "yerel mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir" ibaresinden Yargıtay'ın bu davalarda kendine başka bir görev verildiğini düşündüğü anlaşılmaktadır<sup>25</sup>.

Yargıtay'ın bu uygulamasının, bugün yürürlükte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun temyiz sistemine uymadığı kanısındayım. Şöyle ki:

Bugün yürürlükte bulunan temyiz sisteminde, Yargıtay ilk derece mahkemesi kararlarını hukukî denetleyen yüksek dereceli bir mahkemedir. Bu yüzden hukukî denetim mahkemesi olarak Yargıtay, 428. maddede belirtilen temyiz sebeplerinin varlığını tespit ederse hükmü bozar ve ilk derece mahkemesine geri gönderir (HUMK m. 429). Temyizen incelenen ilk derece mahkemesi kararın-

da eğer herhangi bir temyiz (bozma) nedeni yoksa, Yargıtay hükmü onar. Bunun yanı sıra, HUMK m. 438, VII-IX'deki sebeplerin varlığı halinde, Yargıtay'ın değiştirerek ve düzelterek onama yetkisi vardır. Yani, bugünkü temyiz sistemimizde Yargıtay'ın (HUMK m. 438, VII-IX'deki istisna dışında) ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Oysa Yargıtay, işe iade davalarında ilk derece mahkemesi kararını doğru bulmaması halinde hukukî bir denetim mahkemesi olarak değil, ilk derece mahkemesi kararını ortadan kaldırarak ve onun yerine geçerek karar veren bir üst mahkeme (vakıa mahkemesi) haline gelmiştir. Yargıtay'ın uyguladığı bu sistem, temyiz yasa yolunun değil, istinaf sisteminin bir özelliğidir<sup>26</sup>.

Başvurma şartları, inceleme ve karar verme usulleri açısından temyiz ile istinaf birbirinden tamamen farklı yasalardır. 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun" çerçevesinde bugün için bölge adliye (istinaf) mahkemeleri henüz kurularak faaliyete geçmemiştir. Bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 526

sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda kabul edilen "istinaf"a ilişkin hükümler de (HUMK m. 426/A vd) yürürlüğe girmemiştir. Ancak, yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, Yargıtay'ın işe iade davaları bakımından fiilen "istinaf" mahkeme olarak çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bu uygulamasının doğru olmadığı kanısındayım. Bu durum özellikle, Yargıtay'ın önüne gelen dosyada; ilk derece mahkemesinin Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak karar verebilmesi için gerekli bütün olguları ve delilleri toplamış olması halinde büyük sakınca yaratabilecek niteliktedir<sup>27</sup>. Çünkü bu ihtimalde, Yargıtay'ın elindeki dosyaya bakarak uyumsuzluğu kesin olarak çözebilmesi olanaksızdır.

Nitekim uygulamadaki bazı olayların da böyle cereyan ettiği ve dosyanın eksik kaldığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple Yargıtay'ın böyle durumlarda kesin karar veremeyerek (veremeyerek), ilk derece mahkemesinin kararını bozarak geri gönderdiği gözlemlenmektedir.

Örneğin:

"... Akdin feshinin gerçekleşmesine bağlı kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinin açıklanan nedenlerle reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır. Davacı işe iade davasından sonra işe başlatılmaması ile feshin gerçekleştiği tarihe göre yeni bir dava açarak alacaklarını talep edebilir. Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi"<sup>28</sup>.

"... Olayların yukarıdaki gelişim süreci nazara alındığında sendikal nedenle fesih olgusunun somut olarak kanıtlanması gerekir. Aynı durumdaki tanık ifadeleri ve başka dosyalarda dinlenen tanıkların dosyaya konulan ifadeleri ile yetinilerek sonuca gidilemez. Bu nedenle Temmuz - Kasım 2004 arası kaç işçi çalıştığı, kaçının sendikal olduğu, fesihlerde kaçının sendikal, kaçının sendikasız olduğu açıkça belirlenmeli, feshin salt sendikal nedenle olduğu kanıtlandığında ancak işe başlatmama tazminatı bir yıllık ücret oranında saptanmalıdır. Yazılı şekilde eksik araştırma ve soruşturma işe başlatmama tazminatının bir yıl ücreti tutarı olarak belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"<sup>29</sup>.

Eğer Yargıtay'a göre, İş K. m. 20, III'e göre Yargıtay'ın kesin karar vermek zorunluluğu varsa

ve bu düşünce doğru ise (ki, Yargıtay doğru bulunduğu içindir ki uygulamayı da böyle yapmaktadır), yukarıda örnek olarak verilen "bozma" şeklindeki kararların yanlış olduğu kolaylıkla söylenebilir!

Aşağıda incelenecek olan Hukuk Genel Kurulu kararından, yerel mahkemelerin de İş K. m. 20'deki "Yargıtay'ın vereceği kararın kesin olması" ibaresinde haklı olarak tereddüde düştükleri anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'na göre:

"...Direnme kararını veren yerel mahkeme, İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca Yargıtay Özel Dairesi'nin böyle bir hükmü uygun bulmaması halinde bozup geri çeviremeyeceği ve kendisinin davayı kesin olarak sonuçlandırması gerektiği görülmüştür. Sorunun çözümü için, dayananın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi ile maddenin kaynak aldığı uluslararası sözleşmelerinin incelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki; Türkiye tarafından 3999 sayılı Kanunla 1994 yılında onaylanan Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı (ILO) Sözleşmesi ile, hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçiye, mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı tanınmış, belirtilen bu mercilerin, son verme nedenlerini ve davayla ilgili diğer vakıaları incelemeye ve son vermenin haklı olup olmadığına dair bir karar vermeye, taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usûller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmaları gerektiği belirtilmiştir. 158 sayılı Sözleşme doğrultusunda hazırlanan İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 4773 sayılı Kanun ile kabul edilmiş, ardından 4857 sayılı İş Kanununda yerini almıştır. Anılan kanunun (Fesih bildirimine itiraz ve usûlünü) düzenleyen 20. maddesi; "....." hükmünü getirmiştir. Genel Kurulün önüne gelen uyumsuzluk, 4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesinde yer alan (mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili Dairesi'nin vereceği kararın kesin olması) kuralından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usûlüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de

İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Yargıtay kesin olarak karar verir" ibaresi, mevcut yargılama sistemimizle çelişmektedir ve bu çelişki anılan hükmün, Yargıtay'ın onama kararlarına karşı karar düzeltme yolunun kapalı olduğu şeklinde anlaşılabilir.

Yargıtay Özel Dairesi'nce verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır. Yerel mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nin önüne gelen hükmü bozup geri çeviremeyeceği, uygun bulmaması durumunda kendisinin davayı kesin biçimde sonuçlandıracağı düşüncesindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Yasa hükmünün özünün araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için İş Yasası kuralının amacının araştırılması gerekir. Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesi'nin bu uyumsuzluğu nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğinin Özel Daire'yi karara götürecektir nitelikte olmasıdır. Çünkü yasa, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için taraflara kanıtlanma yüklemi yüklemiştir. Önemli olan, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda

belirttikleri olguların, dayanakları olan bilgi ve belgelerin karara esas olmak üzere dosyaya yansıtılmış olmasıdır. Mahkemece, taraflarca ileri sürülen olgular ve dayanağı delillerin toplanması koşuluyla verilecek karar, Yargıtay'ca gerektiğinde tekrar ele alınıp kesin sonuca bundan sonra ulaşılacaktır...".

Kanımca İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Yargıtay kesin olarak karar verir" ibaresi, mevcut yargılama sistemimizle çelişmektedir ve bu çelişki anılan hükmün, Yargıtay'ın onama kararlarına karşı karar düzeltme yolunun kapalı olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu sebeple, Yargıtay'ın söz konusu hükmü, kendisini istinaf derecesine indirger şekilde anlayarak uygulaması doğru değildir. Bu sebeple, Genel Kurul'un yukarıda anılan kararındaki görüşlerini (değiş yerinde ise) hukukun zorlanması olarak değerlendirmekteyim.

Eğer kanunkoyucu işe iade davalarında Yargıtay'ın bu şekilde çalışmasını isteseydi, çok esaslı (temelli) bir değişiklik olması sebebiyle, bunu ayrıntılı şekilde düzenler ve en azından kanunun gerekçesine de bu konuda gerekli açıklamayı yapardı. Oysa, gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerek iş güvenliği hükümlerinin getirildiği 4773 sayılı Kanun'un gerekçesinde buna ilişkin yeterli açıklama bulunmamaktadır. Eğer, 20. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Yargıtay kesin olarak karar verir" ibaresi; bu konudaki karar verme yetkisini istinaf mahkemesine veren batı ülkelerinin hukukundan esinlenilerek, hukukumuzda girmişse (ki, tahminim de bu yöndedir), o zaman yasanın yapılmasında "vahim bir atlama" yapılmış demektir ve bunun olması gereken hukuk bakımından düzeltilmesi şarttır.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. bu konuda: Abdullah Berksun İbrahim Eşmelioglu, Açıklamalı Gerekelikli İctihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989 s.30.
- 2 İş Kanunu İle Sendikalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/995), TBMM, Dönem 21, Yasama Yılı: 4 S. Sayısı 893.
- 3 Bkz. Sarper Sözek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976; Emine Tuncay Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2004, s. 558 vd.
- 4 Örneğin bkz. 9. HD 17.1.2006, 37998-2.

- 5 Bu konudaki Yargıtay uygulaması için bkz.: Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 64 vd.; Özkan Ertekin, Açıklamalı - İctihadi İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Ankara 2005 s. 187 vd.
- 6 20. maddenin kenarbaşlığı, "feshin bildirimine itiraz" şeklindedir. Kanımca, burada kullanılan ve 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 8. maddesinden geldiği anlaşılan "itiraz" tabiri yerinde değildir. Zira, hukuk dilimizde "itiraz"ın özel bir anlamı vardır ve buradaki kullanım, sanki feshin karşı bir idari makamda itirazda bulunulabileceği gibi yanıltıcı içerik taşımaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, bunun yerine "yargı yolu" tabirini kullanmak daha yerinde olurdu.
- 7 Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005 tarihli ve 66/72 sayılı iptal kararından önce 20. maddede "toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması" ibaresi de vardı.
- 8 Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, İstanbul 2001, s. 5851 ve orada dipnot 4'te anılan Yargıtay kararları.
- 9 Bkz. bu konuda Gülgün İldr, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003; Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- 10 Çankaya/Günay/Göktaş s. 233-234.
- 11 Bkz. örneğin 9. HD 17.11.2003, 19059/19402 (Çankaya/Günay/Göktaş s. 235 dn. 36).
- 12 Bkz. örneğin "4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alacağı, davacının başvurusu ve davanın işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, res'en miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır. Ayrıca tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile, karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir" (9. HD 22.11.2004, 10510/25974); Çankaya/Günay/Göktaş s. 236-237, Karş. Muhammet Özkes, İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004) s. 484-485; Muhammet Özkes, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 130-170) s. 135-136; Ömer Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek 2002 Özel sayı s. 137; Ömer Ekmekçi, Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku D. 2004/1 s. 169 vd.
- 13 Çankaya/Günay/Göktaş s. 233-234.
- 14 Özkes s. 488.
- 15 Kuru, cilt V, s. 5576 vd
- 16 4389 sayılı Bankalar K. m. 14/5, b/son cümle; ki, bu düzenlemenin de doğru olmadığını daha önceki bir yazımda belirtmiştim: Ejder Yılmaz, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Yetkilerinin Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul 2006, s. 69-104) s. 82-83.
- 17 Davacı feshin geçersizliği ve işe iadesi ile birlikte fazla mesai ücreti alacağı da talep etmiş, mahkemece işe iade ve yasal hakları yanında fazla mesai alacağına da hükümlenmiştir. Kanun gereği işe iade davası seri yargılama, içinde fazla mesai isteminin de bulunduğu işçilik alacakları ise sözlü yargılama usulüne tâbidir. Farklı yargılama usulleri uygulanması gerektiğinden işe iade ve fazla mesai alacağı istemlerine ilişkin taleplerin bir arada yargılamalarının yapılması hatalıdır. Talepler ayrılarak bir karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmektedir (9. HD 13.12.2004, 12238/27624; Kazancı Bilişim).
- 18 Bkz. bu konuda Bilge Umar Ejder Yılmaz, İspat Yükü, İstanbul 1980 s. 86 vd. Mollamahmutoglu, ispat yükünün işverene yüklenmesinin doğru olmadığı ve bu konuda yargıcın tarafların sunduğu delillere göre karar vermesinin daha uygun olacağı kanaatinde (s. 572).
- 19 Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş s. 895 vevdevamındaki kararlar. Polat Soyer, Feshin Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları (İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 27-69) s. 63.
- 20 Örneğin, 9. HD 13.2.2006, 1086/3459 (Çankaya/Günay/Göktaş s. 899-900).
- 21 Örneğin, 9. HD 8.7.2004, 17862/17369.
- 22 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2002 s. 863.
- 23 Bu karar için bkz. aşağı dn. 30 civarı
- 24 Özkes s. 503.
- 25 Bu görüş öğretilerde de taraftar bulmuştur: Mollamahmutoglu s. 572.
- 26 Bkz. Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005.
- 27 Bkz. Özkes s.504.
- 28 9. HD 24.11.2005, 8851/37122.
- 29 9. HD 29.9.2005, 26740/31643.
- 30 HGK 1.12.2004, 9-644/643.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi ve Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları

## GİRİŞ

İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde, iş güvencesi ve işe iade konusunda açılacak dava ve verilecek kararlarla ilgili kurallara yer verilmiş, bu konuda özel bir düzenleme yapılmıştır. Ülkemizde maddî hukuk düzenlemeleri yapılırken yargılama ve icra hukuku alanındaki uzmanlardan yararlanma alışkanlığı olmadığından, kabul edilen hükümlerin uygulanması sırasında birçok sorunla karşılaşılacaktır, bunların bir kısmının işe, yeni bir düzenleme yapılmadıkça düzeltilmesi mümkün olmamaktadır. Bunun tipik örneklerinden birisi de işe iade konusundaki hükümlerdir. İşe iade konusunda İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddeleri, birçok yönüyle yargılama ve icra hukukunu ilgilendirmekle birlikte, maalesef düzenleme yapılırken bu hukuk dallarının gerekleri gözletilmemiştir. Bu hükümler ilk kabul edildiğinde ve daha sonra yazdığımız iki makalede, konunun üzerinde durmuş, işe iade davalarının ortaya çıkardığı yargılama ve icra sorunları ile mümkün olduğunca çözümlerine değinmiştik<sup>1</sup>. Bu çalışmada aynı sorunlara tekrar değinmeyip, sadece işe iade davası ile ilgili verilen hükmün icrası için hangi takip yoluna başvurulabileceği ve icra tazminatları ile ilgili sorunları incelemeye çalışacağız.

İşe iade davasının kabulü ile halinde, verilen hükmün niteliği konusunda Yargıtay kararları ile

bizim görüşlerimiz arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Biz bu çalışmada tartışmaya girmeden, Yargıtay görüşü ve uygulamayı esas alarak konuyu açıklamaya çalışacağız. Bu sebeple, verilecek kararın niteliği ile ilgili tartışma ve açıklamalar için daha önce yazdığımız iki makaleye atıf yapmakla yetiniyoruz. Konuyu Yargıtay kararları ışığında açıklayacak olmamız, daha önce ortaya koyduğumuz fikirlerimizden vazgeçtiğimiz anlamı taşımamalıdır. Çünkü, yapılacak yeni bir düzenlemede (ki, işe iade davasının yargılama ve icra hukuku yönünden sorunlarının çözülmesi için mutlaka böyle bir düzenlemeye ihtiyaç vardır) bu tartışmalar ve ileri sürdüğümüz görüşlerin -kabul edilmese de- dikkate alınıp değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Bu çalışmada öncelikle, işe iade davasının kabulü halinde verilecek kararın niteliği ile kararın içeriği üzerinde durulacak, daha sonra, bu karara bağlı olarak başvurulacak takip yolu ve bu takip yolu sonunda, icra hukuku bakımından hükmedilecek tazminatların durumu açıklanmaya çalışılacaktır.

## A. İŞE İADE DAVASI SONUNDA VERİLEN KARARIN NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ

İşe iade davası sonunda da tipik olarak davanın



İşe iade konusunda İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddeleri, birçok yönüyle yargılama ve icra hukukunu ilgilendirmekle birlikte, maalesef düzenleme yapılırken bu hukuk dallarının gerekleri gözetilmemiştir.

kabulü veya reddi şeklinde kararlar verilebileceği gibi, davanın konusuz kalması ya da usûlî bazı kararlar da (örneğin, yetkisizlik, görevsizlik, davanın açılmamış sayılması) verilebilir. Biz burada usûlî kararlar ve davanın reddi kararı üzerinde durmayacağız. Zira, usûlî kararlar, işe iade davası bakımından bir özellik göstermeyip, genel hükümlere tâbidir; davanın esastan reddi ise, işçinin iddiaları sabit görülmediği için talebinin reddedildiği anlamına gelip, tespit hükmü olarak işçi tarafından icra edilmesi söz konusu olmayacaktır. İşe iade davasının konusuz kalması halinde ise, bu karar bir red kararı olmamakla birlikte, artık davanın konusu olan işe iade kararı verilemez. Ancak duruma göre, yargılamaya devam edilerek, parasal alacaklarla ilgili tespit mahiyetinde de olsa bir kararın verilmesi söz konusu olabilir<sup>2</sup>. Bu takdirde, davanın kabulü ile ilgili aşağıda yapacağımız açıklamalar, dava konusuz kalmakla birlikte, hüküm altına alınan bu parasal alacaklar bakımından da geçerli olacaktır.

Konumuz bakımından açıklanması gereken husus, işe iade davasının kabulü halidir. Önce kısaca davanın kabulü halinde nasıl bir karar verildiğine göz atmak gerekir. Yargıtay (ve bozma dışındaki kısım için yerel mahkemeler), davanın kabulü halinde şu şekilde karar vermektedir:

"1. ...İş Mahkemesinin ... sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2. İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine,

3. Davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının takdiren işçinin dört aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi

içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar ücretinin davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine...".

Bu hükmün içerisinde şu hususlar yer almaktadır:

- Öncelikle feshin geçersizliğinin tespiti,
- İşe iade kararı,
- İşverenin süresinde işe başlatmaması halinde ödenecek iş güvencesi tazminatı.
- Boşta geçen süre ücreti.

Biz tam olarak aynı görüşü paylaşmamakla birlikte<sup>3</sup>, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, feshin geçersizliği, işe iade ve deyim yerindeyse işe iadenin ikamesi olan iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretine ilişkin verilen hükmü, tespit hükmü olarak kabul etmektedir. Örneğin,

"4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, miktar belirtilmeksizin belirlenmesi yeterli olup, icrai nitelikte hüküm kurulmamalıdır."<sup>4</sup>

"...mahkemece ücret miktarının belirlenmesi ile yetinilmelidir. Ayrıca tabsil yönünden hüküm kurulması hatalıdır."<sup>5</sup>

"...mahkemece sadece dört aylık ücretin davalıdan alınarak davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulması da hatalıdır."<sup>6</sup>

Bu kararlarda, verilen hükmün niteliğinin tespit hükmü olduğu belirtildiği gibi, bu hükümlerin icraî nitelik taşımayacağı da açıkça vurgulanmıştır. Böylece, alınan hükmün ilâmlı icra konusu yapılmasının önü de tamamen kapatılmış olmaktadır. Yukarıda verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere,

**9. Daire, işe iade davası ile birlikte hükmedilen tazminat ve boşta geçen süre ücreti konusunda ilâmlı icraya imkân tanıyacak ifadelere yer verilmesinin önüne geçecek şekilde karar vermektedir.**

9. Daire, işe iade davası ile birlikte hükmedilen tazminat ve boшта geçen süre ücreti konusunda ilâmlı icraya imkân tanıyacak ifadelere yer verilmesinin önüne geçecek şekilde karar vermektedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin de 9. Hukuk Dairesi'ni teyit eden kararları bulunmaktadır. Örneğin,

*"İcra takibinin dayanağı olan ilamın hüküm fıkrasının incelenmesinde; yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmünü içermediği anlaşılmıştır. Dayanak ilam 'tespit' niteliğindedir. Olayda 4847 sayılı Yasanın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi yargılamayı gerektirmekte olup, ilamli takip yapılamaz."*

Bunların sonucunda, konumuz bakımından şu tespit yapılabilir. Yargıtay, işe iade davası sonunda verilen hükümde, gerek işe iade gerekse iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süre ücreti bakımından, bunların tespit hükmü olduğunu, ilâmlı icranın konusu yapılamayacağını kabul etmektedir.

## B. YARGITAY'IN İŞE İADE DAVASI SONUNDA VERİLEN HÜKME İLİŞKİN NİTELEMESİNİN İCRA HUKUKU YÖNÜNDEN ÖNEMİ VE KARARIN İCRASI

Yargıtay'ın işe iade davası sonunda verilen hükmün tespit hükmü olduğunu kabul etmesi sonucunda, bu kararların yerine getirilmemesi durumunda ilâmlı icra yoluna başvurulması imkânı kapatılmış demektir. Zira, ilâmlı icranın konusu ancak, eda hükmü içeren ilâmlardır. İnşâî hükümlerin icrasına ihtiyaç yoktur, tespit hükümleri ise, icrayı içeren bir emir olmayıp sadece tespitle yetindiğinden, içerisinde ifaya zorlayan bir hüküm taşımadığından icra edilemezler<sup>8</sup>.

Yargıtay, işe iade davası sonunda verilen hükümde, gerek işe iade gerekse iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süre ücreti bakımından, bunların tespit hükmü olduğunu, ilâmlı icranın konusu yapılamayacağını kabul etmektedir.

## Gerek iş güvencesi tazminatı gerekse boшта geçen süre ücreti, parasal içerikli tespit hükmüdür.

İşe iade davası sonunda hükmün tespit hükmü olduğu görüşünün kabulü halinde, verilen her bir hüküm fıkrasının nasıl yerine getirilmesi gerektiğine de açıklık getirmek gerekir. Feshin geçersizliğinin tespiti, tespit mahiyetinde olduğundan icrasına ihtiyaç da gerek de yoktur. İşe iade ise, icra organları aracılığıyla değil, işçinin işverene süresinde başvurusu halinde (İŞK m. 21/V), işverenin işçiyi işe başlatmasıyla (İŞK m. 21/D) gerçekleşecektir. Ancak, işveren işçiyi işe başlatmazsa, bu konuda işvereni zorlamak için icraya başvurmak söz konusu olmayacak, mahkeme kararında hüküm altına alınan iş güvencesi tazminatı devreye girecektir.

Gerek iş güvencesi tazminatı gerekse boшта geçen süre ücreti, parasal içerikli tespit hükmüdür. İşveren belirlenen bu tazminat ve ücreti de gönüllü olarak yerine getirmezse, o zaman takip yoluna başvurulacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu talepler için ilâmlı icra yoluna başvurulamaz. Bu durumda yapılması gereken ilâmsız icra yoluna başvuraktır (İİK m. 42)<sup>9</sup>. İlâmsız icra yoluna başvurulduğunda, borçlu ya ödeme emrinin gereğini yerine getirerek takip konusu borcu öder veya ödeme emrine itiraz eder. Borcun ödenmesi durumunda, takip sona ereceğinden bir sorun çıkmayacaktır. Şayet takip borçlusu olan işveren, takibe itiraz ederse (İİK m. 62-65) o zaman takip duracaktır (İİK m. 66). Kısmî itiraz söz konusu ise, takip sadece bu kısım için duracaktır.

İtiraz üzerine takibin durması halinde, alacaklı işçi itirazı ortadan kaldırarak takibe devam etmek istiyorsa, İcra ve İflâs Kanunu'nda bu konuda iki yol öngörülmüştür. Bunlar icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yolu (İİK m. 68) veya genel mahkemelerde itirazın iptali davasıdır (İİK m. 67). Kanaatimizce, itiraz halinde, işçinin elindeki tespit hükmü ile icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmesi mümkün değildir. Çünkü, tespit hükmü, İİK m. 68/I anlamında "yetkili makamların yetkileri dahilinde verdikleri belge" olmakla birlikte, bu belge "kayıtsız şartsız bir para borcu varlığı" nı içermesi yönünden tartışmaya açıktır<sup>10</sup>. Öncelikle, işçinin, işverene süresinde ve kanuna uygun

## Genel haciz yoluyla takibe itiraz halinde, bu itirazı hükümden düşürmek için alacaklı işçinin başvuracağı yol, itirazın kaldırılması yolu değil, itirazın iptali davasıdır.

olarak işe iade başvurusunda bulunulup bulunulmadığı burada önem taşımaktadır<sup>11</sup>. Yani, parasal alacakların geçerliliği, bu şarta bağlanmıştır; aksi halde, fesih geçerli sayılarak, geçersiz fesihden doğan haklar ortadan kalkacaktır (İşK m. 21/IV)<sup>12</sup>. Bu temel noktanın dışında, işverenin işçiye işe iade kararına uygun bir işi teklif edip etmediği gibi diğer konular da tartışma çıkartacak noktalardır. Böyle bir durumda, parasal alacakların tespit mahiyetinde hüküm altına alındığı mahkeme kararı, belirli şartların gerçekleşmesine bağlı alacak niteliğindedir ve tespit hükmünün İİK m. 68/I anlamında belge kabul edilerek itirazın kaldırılmasını sağlaması mümkün değildir. Öyle ise, genel haciz yoluyla takibe itiraz halinde, bu itirazı hükümden düşürmek için alacaklı işçinin başvuracağı yol, itirazın kaldırılması yolu değil, itirazın iptali davasıdır<sup>13</sup>.

### C. İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI İLE BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNİN TAKİBİNDE HÜKMEDİLECEK İCRA TAZMİNATLARI

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, takip yapan alacaklı işçinin takibe itiraz halinde, itirazın iptali davası açabileceği ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, icra inkâr tazminatını da itirazın iptali davasını esas alarak açıklamaya çalışacağız.

İtirazın iptali davası sonunda davanın reddi ya da kabulüne karar verilecektir. İtirazın iptali davası sonunda hükmedilecek icra tazminatları bakımından bu ayırım esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Konuyu açıklamadan önce şu hususa dikkat çekmekte yarar vardır. Daha önce açılmış olan işe iade davası ile bu dava sonunda verilen tespit hükümlerinin icrası için yapılan icra takibinin devamı olan itirazın iptali davası birbirinden ayrı davalar-

dır. Biri iş hukukundan kaynaklanan bir dava iken diğeri icra hukukuna özgü bir davadır. İşe iade davasının kabul edilmiş olması, daha sonra açılacak olan itirazın iptali davasının da mutlaka kabul edileceği anlamına gelmez. Örneğin, işçi işe iade davasını kazanmış olabilir. Ancak, daha sonra süresinde işverene başvurmamış olmasına ya da işveren, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretini tam olarak ödemiş olmasına rağmen, işçi, haksız şekilde, takip yapıp ardından itirazın iptali davası açarsa bu davayı kaybedecektir.

### 1. İtirazın İptali Davasının Reddi Halinde

İtirazın iptali davasının reddine karar verilmesi halinde, alacaklı olduğunu iddia eden işçinin takibinde haksız olduğu tespit edilmiş olacaktır. İİK m. 67/I gereğince, alacaklı aleyhine % 40'dan az olmayan icra (kötüniyet)<sup>14</sup> tazminatına karar verilebilmesi için, alacaklının takibinde haksız ve kötüniyetli olması ve borçlunun talepte bulunması gerekir<sup>15</sup>. Sırf takipte haksız çıkmak kötüniyet için yeterli değildir; ayrıca kötüniyet araştırması yapılmadan işçi aleyhine tazminata karar verilemez<sup>16</sup>. Ancak, işçi ne zaman kötüniyetli kabul edilmelidir? Asıl üzerinde durulacak husus budur. Şüphesiz bu konuda kesin bir ölçü konulamaz, somut olaya göre mahkeme bunu takdir etmelidir.

Örneğin, işçi işe iade kararı olmadan böyle bir takip yapmış, itiraz üzerine de itirazın iptali davası açıp haksız çıkmışsa (ki kural olarak işçinin davası böyle bir durumda reddedilmelidir), işçinin kötüniyetli olduğu kabul edilebilir. Ayrıca, işçi, kanunda belirtilen süre ve usülle gerekli başvuruyu yapmadan ya da işverenin işçiyi hiçbir değişiklik olmadan aynı işe iadeyi kabul etmesine rağmen, takip yapıp dava açmışsa, yine kötüniyetli olarak kabul edilmelidir. Zira, işçi bu durumlarda, alacağı hak kazanamayacağını bilerek, açık kanun hükümlerine aykırı

**Sırf takipte haksız çıkmak kötüniyet için yeterli değildir; ayrıca kötüniyet araştırması yapılmadan işçi aleyhine tazminata karar verilemez.**

İşçi, kanunda belirtilen süre ve usûlle gerekli başvuruyu yapmadan ya da işverenin işçiyi hiçbir değişiklik olmadan aynı işe iadeyi kabul etmesine rağmen, takip yapıp dava açmışsa, yine kötünietli olarak kabul edilmelidir.

bir takip yapıp dava açmış demektir. Ancak, örneğin, işçinin, iş iade kararından sonra, işverenin teklif ettiği işi, işe iade kapsamında olmadığını düşünerek (bunu düşünmekte de haklı gerekçeleri varsa) kabul etmemesi ve işe başlamaması, daha sonra da takip yapıp haksız çıkması halinde, kötünietli olduğu her zaman söylenemez. Çünkü, böyle bir durum değerlendirmeye ve takdire açıktır. İşe iade için süresinde ve usûlüne uygun başvuru yapıp yapılmadığına ilişkin gerçekten tartışmalı bir durum ve bir hukukî bir gerekçe varsa, o zaman da işçi kötünietli kabul edilmemelidir. Verilen bu örnekler sadece konunun anlaşılmasını sağlamak için ortaya konulmuş olup, belirttiğimiz gibi, somut olaya göre hâkim ayrıca takdir etmelidir.

## 2. İtirazın İptali Davasının Kabulü Halinde

İtirazın iptali davasının kabulü halinde, alacaklı olduğunu iddia eden işçinin takibinde haklı olduğu, borçlu ve itirazın iptali davasında da davalı olan işverenin, itirazının haksız olduğu tespit edilmiş demektir. İİK m. 67/1'e göre, işverenin icra (inkâr) tazminatına mahkum edilmesi için, takibe itirazının haksız olması gerekir. Tazminat konusunda uygulamada sorun çıkabilecek husus, icra inkâr tazminatıdır. Bunun için icra inkâr tazminatının şartlarına bakılmalıdır.

Tartışmalara girmeden icra inkâr tazminatının amacını, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun şu kararıyla ortaya koymak mümkündür:

*"İİK.nun 62. maddesinin 2. fıkrasındaki icra inkar tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun, ödeme*

*emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkar etmesini önlemektedir."*<sup>17</sup>

Bu amaç çerçevesinde, doktrinde ve yargı kararlarında icra inkâr tazminatına karar verilebilmesinin temel şartları şu şekilde ortaya konulmaktadır<sup>18</sup>:

- Geçerli bir takibin bulunması
- Süresi içinde ödeme emrine itiraz edilmiş olması
- Süresi içinde itirazın iptali davası açılması
- İtirazın haksız olması
- Alacaklının talepte bulunması

Burada şekli nitelikteki unsurlar üzerinde ayrıntılı şekilde durmayacağız. Çünkü, geçerli bir takip yoksa veya süresinde ödeme emrine itiraz edilmemişse, zaten itirazın iptali davası açılması söz konusu olmamalıdır; ancak her nasılsa bu isim altında bir dava açılmışsa, o zaman da tazminata karar verilmemelidir. Bu iki şekli şart mevcut olmakla birlikte, alacaklı-işçi, takibe itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davası açmak yerine, sadece bir alacak davası açmışsa ya da itirazın iptali davası, itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde açılması gerektiği halde, bir yıllık süreden sonra açılmışsa, yine tazminata hükmedilmeyecektir. Çünkü, icra inkâr tazminatı, itirazın iptali davasına bağlanan özel bir sonuçtur. İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için Kanun'da, karşı tarafın, yani alacaklı işçinin talebi aranmıştır.

Astl üzerinde durulması gereken husus, itirazın haksız olmasından ne anlaşılması gerektiğidir. Öncelikle belirtelim ki, kanun koyucu, açılan itirazın iptali davasında borçlunun haksız çıkmasını aradığı husus, takibe itirazdır. Takibe itiraz anında borçlunun haksız olması, gerekli ve yeterlidir. Borçlunun itirazının icra inkâr tazminatı bakımından Yargıtay ve doktrinde temel ölçü olarak alacağın likit olup olmadığı esas alınmaktadır. Yargıtay'ın şu kararı alacağın likit olmasından ne anlaşılması gerektiğini çok açık ve özet olarak ortaya koymuştur:

**İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için Kanunda, karşı tarafın, yani alacaklı işçinin talebi aranmıştır.**

*"Alacağın gerçek miktarı belli, sabit veya borçlu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurlar bilinmekte ya da bilinmesi gerekmekte, böylece borçlu tarafından borcun tutarının tabkik ve tayini mümkün ise; başka bir ifadeyle borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur."*<sup>39</sup>

Bu ölçü dikkate alındığında, işverenin, daha önce tespit hükmü ile belirlenmiş olan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ilişkin yapılan takibe itiraz etmesi halinde, kural olarak icra inkâr tazminatına mahkum edilmesi gerekir. Çünkü, bir mahkeme kararıyla belirli ya da belirlenebilir şekilde hüküm altına alınmış miktarın, likit olmadığını söylemek mümkün değildir. Ancak, Yargıtay'ın, bu alacaklarla ilgili olarak "...tazminatın

için, sunî ve görünüşte bir takım sebepler ihdas ederek itirazda bulunmakla, gerçekten haklı sayılma ihtimali olan bir itirazı ileri sürmek arasındaki fark gözetilmelidir. Kötüniyetli davranışlara imkân tanıyacak bir yol açılmamalıdır.

İtirazın iptali davası açıldıktan sonra, borçlu işverenin takip konusu borcu ödemesi ya da borcu kabul etmesi vs. sebeplerle bir noktada davanın konusuz kaldığı düşünülerek tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği sorusu da akla gelebilecektir. Böyle bir durumda artık alacağın takiple tekrar istenmesi mümkün değildir. Fakat, mahkeme tazminat bakımından yine de bir karar vermek zorundadır. Zira, icra inkâr tazminatı bakımından önemli olan, davada haklı çıkmak olmayıp, itiraz anında haklı olunup olunmadığıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bunu açıkça kabul etmiştir<sup>41</sup>.

## Kararda, süre hesabını da yapmakta tereddüt doğuracak ifadeler mevcutsa ya da yoruma açık, çelişki, tutarsızlık vs. varsa, o zaman alacağın likit olduğu söylenemez.

*süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır."*<sup>40</sup> şeklinde verdiği birçok kararın, likit alacak durumunu etkileyip etkilemeyeceği akla gelebilir. Bu şekilde, açıkça miktar belirtilmemiş olsa dahi, miktarın hesaplanmasını sağlayacak ölçü kararda gösterildiği için, alacak yine de likit sayılacaktır. Ancak buna rağmen, kararda, süre hesabını da yapmakta tereddüt doğuracak ifadeler mevcutsa ya da yoruma açık, çelişki, tutarsızlık vs. varsa, o zaman alacağın likit olduğu söylenemez.

Borçlu işverenin, hüküm altına alınan alacağın varlığına değil de, bu borcun daha sonra ödendiğine, işçinin başvuru için gerekli şartları yerine getirmediğine, alacağın zamanaşımına uğradığına vs. ilişkin itirazlarda bulunmuş, ancak itirazın iptali davasında aleyhine karar verilmişse, tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği de ayrıca değerlendirilmelidir. Böyle durumlarda olayın özelliği dikkate alınmakla birlikte, o itirazı ileri sürmekte objektif olarak gerçekten haklı sayılacak sebepleri mevcutsa, ancak mahkemece bunlar kabul görmeyerek reddedilmişse, işveren aleyhine tazminata karar verilmemelidir. Ancak, burada çok dikkatli olmak, sırf işçiye yapacağı ödemeyi geciktirmek

## SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, özellikle Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak, işe iade davalarında hüküm altına alınan alacakların takibi ve icra tazminatları ile ilgili şu sonuçları ortaya koymak mümkündür:

**1.** Yargıtay uygulamasına göre, işe iade davası sonunda, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ilişkin hususlar tespit hükmü mahiyetindedir. Tespit hükmüne konu olan bu alacakların ilâmlı icra konusu yapılması mümkün olmadığından, ancak ilâmsız icra takibi ile talep edilmesi söz konusudur.

**2.** İşçinin ilâmsız icra takibine karşı, işverenin itirazı üzerine duran takibin devam edebilmesi için, işçi, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna değil, ancak itirazın iptali davası yoluna başvurabilir. Çünkü, mahkemenin hüküm altına aldığı bu alacakların talep edilebilmesi belirli şartlara bağlıdır; kayıtsız şartsız para borcu varlığını içermeyen tespit hükmü İİK m. 68/I anlamında belge sayılamaz.

**3.** İşçinin açacağı itirazın iptali davasının reddi halinde, işçi, doğrudan icra (kötüniyet) tazminatına mahkum edilemez. İşçinin ayrıca takip yapmak-

ta kötünietli olduğunun da tespit edilmiş olması gerekir. Bu da somut olaya göre tespit edilmelidir.

4. İşçinin açacağı itirazın iptali davasının kabulü halinde, daha önce tespit hükmü ile belirlenmiş veya belirlenebilecek nitelikte olan alacaklar, likit alacak kabul edildiğinden, kural olarak işverenin takibe itirazında haksız sayılarak aleyhine icra (inkâr) tazminatına hükmedilmesi gerekir. Ancak somut olayda, itirazını haklı kılacak sebepler mevcutsa bu ayrıca değerlendirilmelidir. İtirazın iptali davası açıldıktan sonra, işverenin takip konusu borcu ödemesi veya borcu kabul etmesi de aleyhine icra (inkâr) tazminatına hükmedilmesine engel olmayacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Özekes M., İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514 (Değerlendirme). Bu makaleden sonra da özellikle geçen sürede ortaya çıkan uygulama ve yargılama sorunlarıyla ilgili olarak Özekes M., Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 131-170 (Uygulama Sorunları).
- 2 İşe iade davasının konusuz kalması ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Özekes, Uygulama Sorunları, s. 151 vd. Yargıtay'ın da bu yönde açık kararları bulunmaktadır. Örneğin, "...dava konusuz olduğundan işe iadeye ilişkin davanın reddi hatalıdır. Bu durumdaki davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir. Dosya içeriğine göre davacı işe başlatıldıktan sonra söz konusu ücret ve diğer haklarından açıkça feragat etmemiş, aksine boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir. Bu nedenle, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır." 02.02.2005, 31715 2889 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 760-761). Aynı yönde, 27.12.2004, 32026/29584 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 763-764).
- 3 Bu konudaki tartışma ve açıklamalarımız için bkz. Özekes, Uygulama Sorunları, s. 146 vd.
- 4 9. HD, 9.3.2005, 3909/7799 (Çankaya O.G./Günay C.İ., Göktaş S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 642-643). Benzer şekilde 9. HD, 11.1.2005, 32267/513 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 647).
- 5 9. HD, 27.9.2004, 4331/20731 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 650-651). Benzer şekilde 9. HD, 21.6.2004, 3133/15387 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 653). 9. HD, 27.9.2004, 4331/20731 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 653-654).
- 6 9. HD, 16.12.2004, 11775/28025 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 659-660).
- 7 12. HD, 24.05.2004, 8995/13066 (özel arşiv).
- 8 Hangi ilâmların icra edilebileceği konusunda bkz. Pekcanitez H./Atalay O./Özkan M./Özekes M., İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara 2006, s. 302-303; Kuru B., İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 765. Ayrıca dava çeşitleri hakkında bkz. Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medeni Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006, s. 266 vd.
- 9 Süphesiz işveren iflâsa tâbi bir gerçek ya da tüzel kişiye, ona karşı iflâs yoluyla takip de yapmak da mümkündür. Ancak, biz bu çalışmada iflâs takibi üzerinde durmayacağız.
- 10 İtirazın kaldırılması ve itirazın kaldırılmasında kullanılacak belgelerle ilgili bkz. Pekcanitez-Atalay/Özkan/Özekes, s. 137 vd.; Kuru, s. 235 vd.
- 11 Nitekim Yargıtay da kararlarında buna vurgu yapmaktadır. Örneğin, "...işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan..." 9. HD, 22.12.2004, 13301/29110 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 695).
- 12 Bu konuda bkz. Özekes, Uygulama Sorunları, s. 164 vd.; Özekes, Değerlendirme, s. 507 vd.
- 13 İtirazın iptali davası hakkında bkz. Pekcanitez-Atalay/Özkan/Özekes, s. 122 vd.; Kuru, s. 219 vd.; Özkan Y., İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004, s. 1 vd.
- 14 Uygulamada zaman zaman, itirazın iptali davasının reddinde de kabulünde de hükmedilen tazminat için, icra inkâr tazminatı denilmektedir. Oysa, icra inkâr tazminatı teknik olarak, davanın kabulü halinde borçlunun inkârı için kullanılan bir kavram olup, alacaklı aleyhine hükmedilen icra tazminatı kötüniet tazminatıdır. Her ikisi de icra tazminatı olmakla birlikte, aralarındaki farkları vurgulamak için parantez içinde doğru halleri ayrıca belirtilmiştir. İtirazın iptali davasında hükmedilecek tazminatların ortak özellikler için bkz. Özkan, s. 207 vd.
- 15 Bu tazminat için bkz. Pekcanitez-Atalay/Özkan/Özekes, s. 133 vd.; Kuru, s. 225; Özkan, s. 254.
- 16 "İİK'in 67. maddesi uyarınca açılan itirazın iptali davasının reddi halinde, talep eden borçlu lehine tazminata hüküm verilebilmesi için, icra takibinin haksızlığı yanında alacaklının ayrıca kötünietli olduğunun da sübute ermiş olması zorunludur." 13. HD, 21.06.2006, 8001/10277 (İBD 2006 5, s. 2294).
- 17 HGK, 21.03.2001, 19-266/273 (Kazancı Bilisim-İçtihat Bilgi Bankası).
- 18 Pekcanitez-Atalay/Özkan/Özekes, s. 128 vd.; Kuru, s. 228 vd.; Özkan, s. 242 vd.
- 19 13. HD, 06.07.2004, 3627/10843 (Kazancı Bilisim-İçtihat Bilgi Bankası).
- 20 9. HD, 27.09.2004, 5818/19950 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 704).
- 21 "Genel hükümlere göre açılan alacak davalarında, haklılık durumu dava tarihi itibarıyla tesbit edilebilirse de İİK'dan kaynaklanan itirazın iptali davalarının sonuçları farklılık arzettiğinden bu davalarda haklılık durumunun takip tarihi itibarı ile belirlenmesi gerekir. Borçlunun sonradan yaptığı ödemeler veya borcu kabul beyanı mahkemenin yargılamayı devam ettirip davayı sonuçlandırmasına, takibe yapılan itirazda haksızlık durumuna göre inkar tazminatına hükmetmesine engel teşkil etmez. Ancak verilecek kararda sonradan yapılan ödemelerin tahsilde tekerrüre meydan verilmemesi kaydıyla infazda nazara alınması belirtilebileceğine göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir." HGK, 16.10.1996, 19-601/711 (Yavuz N., İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2000, s. 1235-1243).

Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ

Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi

## Yabancı İşçilerin Çalışmasına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Yabancıların Türkiye'deki çalışmalarına ilişkin yasal rejimin temelini, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" (YÇİHK)<sup>1</sup> ile bu Kanunun uygulamasını göstermek üzere çıkarılan "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği" (UY)<sup>2</sup> ve "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" (YYY)<sup>3</sup> meydana getirmektedir<sup>4</sup>.

Daha önce çeşitli yasal düzenlemeler altında dağınık bir şekilde düzenlenmiş olan yabancıların çalışma izinleri konusu bu Kanunla tek bir yasal çerçeve altında toplanmıştır. Ayrıca, bu Kanunla yabancıların Türkiye'de çalışmalarıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesi ve bunların uygulanması konusunda başlıca yetkili kurumun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olması hedeflenmiştir. Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamakta ve yabancıların çalışma izinleriyle ilgili esasları belirlemektir (m. 1).

YÇİHK'nın 2003'de uygulamaya konmasıyla birlikte yabancıların çalışma izinleri konusunda Çalışma Bakanlığı bünyesinde Çalışma Genel Müdürlüğüne bağlı Yabancıların Çalışma İzinleri Daire Başkanlığı kurulmuştur. Yeni kurulan bu Daire Başkanlığı aracılığıyla Türkiye'de yabancıların çalışma izinleriyle ilgili talepler karşılanmaya başlanmıştır.

Kanunun çıktığı tarihten bu yana yabancıların

çalışmalarının düzenlenmesi konusunda bazı problemlerin yaşandığı değişik kesimlerce (TOBB, TÜSİAD, TİSK, YASED gibi) dile getirilmiştir. Yabancıların Türkiye'de çalışmaları konusunda karşılaşılan güçlüklerin ve sıkıntıların aşılmasının yabancı yatırımların ülkeye çekilmesi açısından faydalı olduğu da vurgulanmıştır<sup>5</sup>. Kanunun uygulama sürecinde ortaya çıkan sorunlar anılan Kanunda değişiklik yapılması gereğini ortaya çıkarmış ve bu amaçla bir kanun tasarısı hazırlanmıştır<sup>6</sup>.

Yabancıların Türkiye'de çalışmasını konu ettiğimizde her şeyden önce bu konuda farklı görüşleri ve öncelikleri bulunan aktörlerin varlığının bilinmesinde fayda bulunmaktadır. Yabancı işçiler ve onları çalıştırmak isteyen işverenler ile kamusal menfaatin temsilcisi ve uygulayıcısı olan yetkili kamu makamlarının konuya ilişkin tespitleri arasında farklılık olabilecektir. Yabancı işçiler ve bunların işverenleri çalışmayla ilgili işlemlerin seri bir şekilde sonuçlandırılmasını beklerken, yetkili idari merciler de kamunun kendilerine yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirmek istemektedirler.

Bu farkındalıkla birlikte, Kanunun getirmiş olduğu çalışma izinleri rejiminin şu ana kadar ki uygulamasından kaynaklanan bazı sorunların olduğu bilinmektedir. Aşağıda yabancıların çalışmaları alanında karşılaşılan temel sorunlar ile bunların giderilmesine ilişkin öneriler üzerinde fikir yürütülmektedir.

## Çalışma İzin Sürecinin Uzunluğu

Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte çok az sayıda personel ile çalışma izni taleplerini karşılamak durumunda kalan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı daha sonra bu personel açığını kapamaya çalışmıştır. Yabancıların çalışma izinlerinin yeni ve sistematik bir yasal çerçeveye tek bir kurumca yürütülmeye başlamasının bizatihi kendisinin gerektirdiği kalifiye personel ve teknik altyapı gibi ihtiyaçların karşılanması biraz zaman almıştır.

YÇİHK'da çalışma izni başvurularına doksan gün içerisinde cevap verilmesinin diğer yabancı ülke uygulamalarıyla mukayese edildiğinde oldukça uzun olduğu ve bunun kısaltılması gerektiği sıkça ifade edilmiştir. Çalışma izni başvurularının uzun sürdüğü eleştirisinin kısmen evrakların eksik sunulmasından, kısmen ise başlangıçtaki deneyimli personel eksikliği ile doksan günlük sürenin hangi andan itibaren işleyeceğine ilişkin belirsizlikten kaynaklandığı düşünülmektedir.

Bu eleştirilere bir cevap olarak hazırlanan yeni kanun tasarısında 4817 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirilerek çalışma izinleri başvurularının evrakların tam ve eksiksiz bir şekilde teslim edildiği tarihten itibaren kırk beş gün içerisinde sonuçlandırılacağı net bir kurala bağlanmaktadır<sup>7</sup>. Getirmek istenen bu hükümlerle birlikte şu ana kadar çalışma izinleri konusunda kazanılan deneyim, çalışma izinleri sürecinin kılacağını ve gecikmelerin önleneceğini göstermektedir.

## Çalışma İzni İşlemlerinin Merkezden Yürütülmesi

Çalışma izni işlemlerinin sadece Ankara'dan, merkezden yürütülmesinin meydana gelen gecikmelerde önemli etken olduğu görülmektedir. Ayrıca, çalışma izni başvurularının sadece Ankara'dan yürütülmesinin bu başvuruların önemli bir kısmının kaynakladığı büyük illerdeki talepler açısından, ciddi zaman ve emek kaybına neden olduğu ileri sürülmektedir.

Bu eleştirilere bir çözüm olarak çalışma izinleri verme yetkisinin Bakanlıkça bölge müdürlüklerine devredilmesi önerilmiş ve Kanunda planlanan değişikliklerle çalışma izinlerinin Bakanlıkça veya yetkili çalışma bölge müdürlükleri tarafından verilmesi öngörülmüştür (m. 4 ve 12). 4817 sayılı Kanun'un

Yabancı işçiler ve bunların işverenleri çalışmayla ilgili işlemlerin seri bir şekilde sonuçlandırılmasını beklerken, yetkili idari merciler de kamunun kendilerine yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirmek istemektedirler.

12. maddesi değiştirilerek Türkiye'de ikamet izni olan yabancıların veya bunların işverenlerinin başvurularını Bakanlığa veya yetkili bölge müdürlüklerine yapmalarına imkân sağlanmaktadır<sup>8</sup>.

Bu bağlamda, Tasarının Geçici 5. maddesiyle çalışma izinleri başvurularının ilk aşamada İstanbul, İzmir ve Antalya Bölge Müdürlükleri tarafından 01.01.2007 yılının başından itibaren, diğer bölge müdürlüklerinde ise gerekli alt yapı çalışmalarının Bakanlıkça tamamlanmasına bağlı olarak yürütülmesi öngörülmektedir.

## Mesleki Yeterlilik Prosedürü

Meslekî hizmetler kapsamında görev alacak yabancı uyruklulardan akademik ve meslekî yeterliliklerine ilişkin belgelerin istenmesi, diploma denklik prosedürünün gereği ve meslekî yeterlilik konusunda ilgili mercilerin görüşlerinin sorulması, çalışma izninin verilmesi süresini uzatmaktadır. 4817 sayılı Kanun'un 26 ve 27. maddesi ile 6235 sayılı Kanun'un 34 ve 35. maddeleri gereğince yabancı mühendis ve mimarlara çalışma izinleri verilmesinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinden (TMMOB) mesleki yeterlilik konusunda görüş alınması gerekmektedir.

Bu kurumlardan mesleki yeterlilik konusunda görüş alınabilmesi ise yabancıların sahip oldukları diplomaların denkliğini gerektirmektedir. Yüksek Öğretim Kurumu'ndan (YÖK) diploma denklik prosedürünün tamamlanabilmesi ise bazı durumlarda 7-8 aylık bir süre alabilmektedir. Bu işlemlerin uzun sürmesi, işletmelerin işleyişlerine olumsuz etki edebilmekte ve ülke için önemli ulusal ya da uluslararası projelerin yürütülmesinde aksamalara neden olabilmektedir.



Bu soruna çözüm olmak amacıyla Kanun'un 2. maddesine yapılan eklemeye, Savunma Sanayi Müsteşarlığı'nca yürütülen projelerde ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmeler gereğince veya konsorsiyumlar tarafından yürütülecek ulusal projelerde görev alacak yabancılar ile ülkemizin de taraf olduğu uluslararası nitelikteki projelerde ve uluslararası kuruluşlarda meslekî hizmetler kapsamı dışında çalışacak yabancılar çalışma izin prosedürü dışında bırakılmaktadır<sup>9</sup>.

Yine meslekî hizmetler kapsamında görev alacak yabancılar için ön izin uygulamasına geçilmesi hedeflenmektedir. 4817 sayılı Kanun'un 12. maddesine yapılan eklemeye, meslekî hizmetler kapsamında görev yapacak yabancılar akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin prosedürün tamamlanması sürecinde, meslekî unvanlar kullanmaksı-

mik ve meslekî yeterlilik tespit süreci kolaylaştırılmaktadır. Bu kişilerin, çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin denetimde, kendi ülkelerinden aldıkları diploma ve oda kayıt belgesine göre işlem yapılması öngörülmektedir<sup>12</sup>. Ayrıca bu şekilde çalışma izni verilen kişilerin, izin verilmesini müteakip başkaca bir belge ve bilgiye ihtiyaç olmadan ilgili odaya geçici üyelik kaydının yapılması imkânı getirilmektedir.

### Denetleme Yetkisi

4817 sayılı Kanun'un çıkarılış amaçlarından birisi de kaçak yabancı istihdamının önüne geçerek bu konudaki denetimi artırmak olmuştur. Bununla birlikte, uygulamada kaçak yabancı istihdamının denetlenmesi konusunda yaşanan sıkıntılar Kanun-

**Yeni kanun tasarısında 4817 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirilerek çalışma izinleri başvurularının, evrakların tam ve eksiksiz bir şekilde teslim edildiği tarihten itibaren kırk beş gün içerisinde sonuçlandırılacağı net bir kurala bağlanmaktadır.**

zın çalışmayı sağlamak amacıyla azami bir yıl süre ile ön izin verilmesi imkânı getirilmektedir<sup>10</sup>.

Ayrıca, Kanunun 13. maddesine, meslekî eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu yönetici veya kilit personel için ilgili mercilerden meslekî yeterlilik konusunda görüş alınmayacağına ilişkin düzenleme getirilmektedir<sup>11</sup>. Böylece meslekî eğitim alanının dışında yöneticilik görevi yapacak yabancılar ve kilit personel statüsünde istihdam edilecek yabancılarla ilgili çalışma izin işlemlerinin gereksiz yere uzamastan engellenerek işlemlerin daha çabuk sonuçlanması ve uygulamada meydana gelen aksaklıkların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca, uygulamada yabancı teknik personelin çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan meslekî yeterlilik ve denklik sürecinin tespiti ile ilgili odaya kayıtlarda uygulanan süreç, izinlerin zamanında verilmesini imkânsız hale getirebilmektedir. Kanunun 23. maddesine getirilen yeni düzenlemeyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden veya Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek diğer ülkelerden gelecek yabancı mimar ve mühendislerin akade-

daki "denetleme yetkisinin" daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılmıştır.

Bu amaçla Kanunun 20. maddesine eklenen bir hüküm ile merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin teftiş ve denetim elemanları ile denetleme yetkili diğer kamu görevlilerinin yapacakları her türlü denetim ve inceleme sırasında, Kanundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin tespit edilmesi halinde, durumun Bakanlığa veya yetkili bölge müdürlüğüne bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir<sup>15</sup>. Bu sayede, kayıt dışılık ile vergi ve sigorta kayıplarının önlenmesi ve yabancı istihdamının yaygın ve etkin bir şekilde denetlenmesi hedeflenmektedir.

### Kurumsal Sorumluluk

4817 sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddeleri çerçevesinde yabancıların çalışmalarına ilgili somut düzenlemeler içeren yönetmeliklerin pek çok bakanlık ile müştereken ve ilgili görülen tüm kamu kurum ve kuruluşları ile meslek kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle düzenlenmesi öngörülmüştür.

Kanunun 23. maddesine getirilen yeni düzenlemeyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden veya Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek diğer ülkelerden gelecek yabancı mimar ve mühendislerin akademik ve meslekî yeterlilik tespit süreci kolaylaştırılmaktadır.

Değişen sosyal, ekonomik koşullara bağlı olarak yönetmeliklerde gerekli değişikliklerin yapılması için her defasında maddede belirtilen bakanlıklar, kurum, kuruluş ve meslek odalarının görüş ve mutabakatının alınması gecikmelere neden olmuştur. Bu açıdan, tasarıda amaçlandığı gibi konuyla ilgili yönetmeliğin çıkarılması yetkisinin doğrudan kanunun uygulayıcı birimi olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilmesi yerinde olacaktır<sup>14</sup>.

### Sonuç

Bu kısa değerlendirmede, 4817 sayılı YÇİHK'nın yürürlüğe girdiği 2003 yılından bu yana yabancıların çalışmaları konusunda uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunları çözmeye yönelik hazırlanan kanun tasarısının hükümleri üzerinde durulmuştur<sup>15</sup>. Burada incelenen sorunlar arasında en önemli konunun mesleki ve akademik yeterlilik prosedüründen kaynaklandığı görülmektedir. Tasarıda getirilen düzenlemeler geçici olarak yabancı personelin mesleki ve akademik yeterlilik sorununu çözüyor gözükse de, aslında bu konuda kalıcı çözüm getirmekten uzak kalmaktadır.

Diğer taraftan, mesleki yeterlilik konusu yeni çıkarılan "Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu"<sup>16</sup> kapsamında da yeniden düzenlenen bir konudur. Bahse konu bu kanunun yürürlüğe girmesi ve Mesleki Yeterlilik Kurumunun fonksiyonlarını yerine getirmesiyle uluslararası meslek standartlarını esas alan bir uygulamaya geçiş sağlanabilecektir. Ancak, farklı aktörlerin birbiriyle ters düşen öncelik ve yaklaşımlarını doğal olarak barındıran ya-

bancuların çalışmaları alanındaki tartışmaların devam edeceği muhakkaktır.

### DİPNOTLAR

- 1 27.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Kanun (R.G., 06.03.2003 - 25040).
- 2 Uygulama Yönetmeliği (UY) 4817 sayılı YÇİHK'nun 22. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır (R.G., 29.08.2003).
- 3 Bu Yönetmelik (YYY), 4817 sayılı YÇİHK'nun 23. Maddesi ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3(g) maddesi uyarınca çıkarılmıştır (R.G., 29.08.2003 - 25214).
- 4 Bu kanunla birlikte ortaya çıkan çalışma izinleri rejimini inceleyen bir çalışma için bkz. Bülent Çiçekli, 2004, Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara, TİSK Yayınları.
- 5 Bkz. Bülent Çiçekli, 2005, "Yabancı Yatırımların Teşviki Açısından Yabancıların Çalışma İzinleri", İşveren, Cilt. 44, Sayı. 3, ss. 56-59.
- 6 "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı" ilgili komisyonlardan geçerek Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmeyi beklemektedir; bkz. İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 43, 01.06.2006; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 42, 22.06.2006.
- 7 Bkz. Tasarının 7. maddesi.
- 8 Bkz. Tasarının 7. maddesi.
- 9 Bkz. Tasarının 1. maddesi.
- 10 Bkz. Tasarının 7. maddesi.
- 11 Bkz. Tasarının 8. maddesi.
- 12 Bkz. Tasarının 14. maddesi.
- 13 Bkz. Tasarının 11. maddesi.
- 14 Bkz. Tasarının 13. maddesi.
- 15 Bu kanun tasarısının hazırlanması sürecinde Başbakanlıkta oluşturulan çeşitli çalışma gruplarında farklı toplum kesimlerince bu Kanunun uygulanmasından doğan sorunlar ve bunlara yönelik çözüm önerileri üzerinde durulmuştur. Buralarda ileri sürülen düşünce ve görüşler kanun tasarısının şekillenmesinde etkili olmuştur.
- 16 21.09.2006 tarih ve 5544 sayılı Kanun için bkz. R.G., 07.10.2006 - 26312.

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## İşyerinin Kapanması

### I. GİRİŞ

Günümüzde İş Hukukunun işçiyi koruma amacının yanında, işletmecilik esaslarının ve iktisadi düzenin şekillendirilmesine yardımcı olma işlevi de ortaya çıkmış bulunmaktadır. İş Hukuku, işyerinin verimliliğini gözeten ve yönlendiren işleviyle, ekonomik yapının ya da iktisadi düzenin sağlanmasında önemli bir görev yüklenmiştir. İşyerinin kapanması kavramı -özellikle ekonomik krizlerin yaşandığı dönemlerde- iş hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Zira ekonomik krizler ve işletmenin mali yapısının bozulması, işvereni birtakım önlemler almak zorunda bırakabilir. Bunlar; işyerinin kapatılması, işçilerin işine son verilmesi yoluyla sayılarının azaltılması, işyerinde reorganizasyona gidilmesi, kısa süreli çalışma yaptırılması veya çalışma saatlerinde ve ücretlerde kısıntıya gidilmesi şeklinde olabilir. Alınan bu önlemler, yasalara uygun olduğu sürece işverenin yetkisi içerisindedir<sup>1</sup>.

Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, girişim ve sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak işveren, işyerini, işleri iyi gitsin ya da gitmesin her zaman kapatabilir. İşvereni yapmak istemediği bir işi devama zorlamak hukuken mümkün değildir. Yasalarımızda, zarar eden veya zarar etmese de işi artık yürütmek istemeyen işverenin, işyerini kapatmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, işverenin bütün işçilerin işine son vere-

rek, kısa bir süre sonra başka bir yerde aynı faaliyet alanında yeni bir işyeri açması durumunda da kapatmanın yasaya uygun olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>2</sup>.

İşyerinin kapanması kavramının tam olarak anlatılabilmesi için öncelikle işyeri kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İşveren iş hukuku anlamında bir işyeri kurmakta serbest olduğu gibi, bu işyerini devretmekte ve kapatmakta da serbesttir. Ancak bu özgürlüğün özüne dokunulmamak kaydıyla birtakım sınırlamalar getirilebilir. İşyerinin işverenin iradesi dışında idari bir kararla da kapatılması söz konusu olabilir. İşyerinin kapanması söz konusu olmaksızın faaliyetinin durduğu haller de olabilir. Bu çalışmamızda öncelikle işyerinin kapanması, kavramsal açıdan ortaya konulmaya çalışılacak, daha sonra işyerinin kısmen kapanması, işletmeye veya holdinge bağlı işyerlerinden birisinin kapanması üzerinde durulacak, işyerinin geçici olarak kapanması, kısa çalışma uygulaması ve iş sözleşmesinin askıya alınması ile işyerinin kapanması arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra işverenin işyerini kapatma özgürlüğü ve bunun sınırları üzerinde durulacak ve kapatmanın iş sözleşmelerine etkisi anlatılacaktır.

### II. İŞYERİNİN KAPANMASI KAVRAMI

İşyerinin kapanması kavramını incelerken, ön-

celikle işyeri kavramı açıklanmalı ve sınırları tam olarak çizilmelidir. İş sözleşmesi uyarınca işçi, işini esas itibarıyla işyerinde görür. Bu nedenle; işyerinin devri, kapanması gibi işyerinde meydana gelen yapısal değişiklikler, işçi işveren ilişkilerinde bazı sonuçlar doğurur<sup>5</sup>.

İş Kanunu'nda işyerinin tanımı "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim" olarak yapılmıştır (m.2/D). Yine, aynı maddenin ikinci fıkrasında, "İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar" in da işyerinden sayılacağı belirtilmiş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, "işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün" olduğu (işyerinde teklik) belirtilmiştir (İş K.m.2/III).

İş Kanunu'nda "işyeri" tanımı, teknik bir amaçtan hareketle, mal veya hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir bütün olduğu belirtilerek verilmeye çalışılmıştır. İşyerinin sınırlarını belirlemede de "bağlı yerler", "eklentiler" ve "araçlar" in işyeri kapsamında olduğu belirtilmekle birlikte, özellikle bir işyerinde mal ve hizmet üretimi için başka mekanların da kullanılması halinde bunların bağımsız bir işyeri mi yoksa tek bir işyeri mi kabul edileceği konusunda "amaçta birlik", ve "örgütte birlik" ölçütlerinin varlığı aranmıştır. Örgütte birliğin bulunmadığı durumlarda değişik işyerleri söz konusudur. Örgütte birlikten anlaşılması gerekirse, teknik yönetim birliğidir. Teknik yönetim birliği içinde bulunan araçlar, eklentiler ve bağlı yerler işyeriyle bir bütün teşkil eder. Bu husus Yasanın 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

İş Kanunu'nda işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerin de işyerinden sayılacağı belirtilmiştir (İş K.m.2/II). Bu nedenle, hangi yerlerin tek bir işyerinin bölümleri (bağlı yerler), hangilerinin ise, ayrı ve bağımsız işyerleri olduğunun belirlenebilmesi için anılan hükümün açıklığa kavuşturulması gerekir. Maddede belirtilen, "işyerine bağlı yerler"den esas itibarıyla iş-

verenin işyerinde ürettiği mal ve hizmetle nitelik yönünden bağlı olan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler kastedilmektedir. Diğer bir anlatımla, asıl işyeriyle ona bağlı yerlerin tek bir işyeri sayılması için işyerinde üretilen mal veya hizmet ile "nitelik yönünden" bir bağlılığın bulunması gerekir. Bunun yanında bağlı yerlerin de işyeriyle "işin yürütümü" yönünden bağlı olması gerekir. Bu ise, yapılan işlerin aynı yönetim altında örgütlenmesiyle gerçekleşir. Bu yerlerin örgütlenmeleri farklıysa, birbirinden bağımsız iki işyeri söz konusudur<sup>6</sup>.

İşin niteliği ve yürütümü bakımından bağımlılığın (teknik bağımlılık) saptanması, her zaman çok kolay değildir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından birbirine bağlı olan yerlerin tek bir işyeri sayılıp sayılmayacağı, bu yerlerin ayrı kişilere ait olması durumunda bir sorun teşkil etmeyecektir. Bu durumda, bu işyerlerinin ayrı işyerleri olduğunu ortadadır. Sorun, aynı işverene ait olan işyerlerinin bağımsız işyeri mi yoksa tek bir işyeri mi sayılacağı noktasında toplanmaktadır. Aynı işverene ait işyerlerinde görülen işler arasında nitelik farkı varsa, diğer bir anlatımla, işin nitelik ve yürütümünün (teknik amaç) ayrı olduğunu açıkça görülyorsa, bu yerler ayrı işyeri sayılacaktır<sup>7</sup>.

Buna karşılık, yapılan işler arasında nitelik yönünden bir fark yoksa, örneğin, bir ayakkabı fabrikasında imal edilen ayakkabılar ayrı bir yerde satılıyorsa, satış mağazasının işin nitelik ve yürütümü bakımından ayakkabı fabrikasına bağlı sayılıp sayılmayacağı tereddüde yol açabilecektir. Bu durumda, satış mağazasının ayakkabı fabrikasından bağımsız bir yönetim organizasyonuna sahip olup olmadığına bakmak gerekecektir<sup>8</sup>. Eğer, aynı işveren nitelik bakımından birbirine bağlı işleri ayrı yerlerde tamamen bağımsız bir şekilde örgütleyerek yürütüyorsa, tek bir işyerinden değil, aynı işverene ait farklı işyerlerinden söz edilebilecektir<sup>9</sup>.

Değişik işverenlerin aynı mekanda faaliyet göstermeleri halindeyse, bir tek işyeri değil, her işveren yönünden bağımsız işyerleri söz konusudur<sup>10</sup>. Yine, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş sayıldığı hallerde de, aynı yer, ayrı birer işyeridir<sup>11</sup>. Bu nedenle alt işveren, kendi işyeri için ayrı bildirimde bulunmak zorundadır (İş K.m.3/II).

Özellikle holding bünyesindeki ortaklıklar, aynı mahalli ayrı bir işyeri olarak örgütleyip, bu işyeri-

ni kendi adlarına tescil ettirebilirler. Bu durumda, aynı mahalde değişik işverenler için örgütlenmiş birden fazla işyeri söz konusu olacaktır. Burada işverenler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi de yoktur<sup>10</sup>. Bu gibi durumlarda, işyerinin kapanması kavramını, aynı mahalli kullanan her bir ortaklık açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Ortaklıklardan biri aynı mahalde faaliyet gösteren işyerini kapatmasına rağmen, diğer ortaklık ya da ortaklıklar faaliyetlerini devam ettirebilir.

Belirtmek gerekir ki; tek bir işyeri teşkil eden işyerine bağlı yerler ile, bir işletmeye bağlı birden çok işyerlerini, birbirine karıştırmamak gerekir. Gerçekten, işletme birden çok işyerinden oluşabilir<sup>11</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki; bir yerin İş Kanunu anlamında işyeri sayılabilmesi için, o işyerinde belli sayıda işçi çalıştırılmasına gerek yoktur. Bir işçinin bile çalıştığı yer İş Kanunu anlamında işyeridir<sup>12</sup>. Bu açıklamalar ışığında işyerini, bir işverenin teknik amacı gerçekleştirmek (mal veya hizmet üretmek) için maddi olan ve olmayan araçlarla işgücünü bir araya getirerek örgütlediği ve süreklilik gösteren organize edilmiş teknik üretim ünitesi olarak tanımlamak mümkündür<sup>13</sup>.

İşyeri kavramına ilişkin açıklamalardan sonra, işyerinin kapanmasını; işyerinde yürütülmekte olan faaliyete kesin ve devamlı suretle son verilmesi olarak tanımlayabiliriz (İş K. m.29/VI). Diğer bir anlatımla, işyerinin kapanması, işyerinde yürütülmekte olan faaliyetin işverenin iradesinden veya başka bir nedenle sürekli ve kesin olarak bırakılması olarak tanımlanabilir<sup>14</sup>.

### 1. İşyerinin Kısmen Kapatılması

İşyerinin bir bölümünün kapatılmasında; kapatılan kısımda görülen işin niteliği önem kazanmaktadır. Bu nedenle işyerinde yapılmakta olan asıl iş ve yan işlerin, tam ve doğru olarak saptanması gerekir. Örneğin, boya imal edilen bir işyerinde, boya inceltici maddeler de üretiliyor ve işveren işyerinin boya imal eden bölümünü kapatmak istiyorsa, artık işverenin iradesine bakmak gerekir. İşveren, boya üreten bölümü kapatıktan sonra boya incelticisi üretimine devam etmek istiyor ve burayı teknik bir amaç güden bir işyeri olarak yeniden örgütlemişse, işyerinin tamamen kapatılmasından değil, kısmen kapatılmasından ve çalışma konusunun

değişmesinden söz etmek gerekecektir. Bu durumda, faaliyet konusu değişikliğinin, bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirilmesi gerekir (İş K. m.3). İşverenin bu yönde bir iradesi yoksa, artık işyerinin tamamen kapatılmasından söz etmek gerekecektir. Burada önemli olan, işverenin iradesidir.

İşyerinin kısmen kapatılması halinde, kapatılan bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez. İşverenin, kapanmadan etkilenen işçilerin iş sözleşmelerini usulüne uygun olarak sona erdirmesi (fesih) gerekir. Bunun için, öncelikle, işyerinin kısmen kapanması nedeniyle işçinin çalıştığı bölümün kapatılması gerekir. İşyerinin kısmen kapanması durumunda yapılan fesihler, ekonomik nedene (işletme gerekleri ile fesih) dayanır. İşyerinin bir bölümünün kapatılması halinde, işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması, fesih geçerli nedenini teşkil eder. Şunu belirtmek gerekir ki; işyerinden kaynaklanan fesihler her zaman işverenin kararına dayanır. Bu kararlar, işletme politikasının belirlenmesiyle ilgili işletme yönetimi kararlarıdır. Ancak, bu kararlar mutlaka sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölümle ilgili olmalıdır<sup>15</sup>.

İşveren işyerinin bir bölümünü kapatır, ancak o bölümde sürdürülen faaliyeti aynen işyerinin diğer bölümünde veya başka bir işyerinde sürdürürse, aynı nitelik ve sayıda işçiye ihtiyacı devam edeceğinden geçerli nedenle fesih hakkı hemen doğmaz. Burada özellikle kapatılan bölümde yürütülen faaliyet, işyerinin diğer bölümlerinde çalışan işçilerle görülebiliyor ve yeni işçiye ihtiyaç duyulmuyorsa, fesih için geçerli nedenin varlığının kabulü gerekir. Ancak, işverenin aynı nitelik ve sayıda işçi ihtiyacı devam ediyorsa, geçerli neden doğmamıştır. Eğer işçi değişikliği kabul etmezse, işveren bu durumda değişiklik feshi yoluna gitmeli, işyerinin değiştirilmesine rıza göstermeyen işçilerin işine son vermelidir (İş K. m.22)<sup>16</sup>. Diğer bir anlatımla, işyerinin kısmen kapatılması halinde işveren feshin son çare olma ilkesine (Ultima Ratio) uygun davranmak zorundadır.

### 2. İşletmeye Dahil İşyerlerinden

#### Birinin veya Birkaçının Kapatılması

İşletme, işyerine oranla daha geniş ve ekonomik anlamdaki bir üniteyi içeren ve işyerini de kapsayan bir kavramdır. İşyeri ile işletmeyi biribi-

rinden ayıran en önemli ölçüt, işyerinin teknik bir üretim birimi, işletmeninse, ekonomik üretim birimi olmasıdır. Bu anlamda işletme, ekonomik bir amacın gerçekleştirilmesi için, aynı işverene ait bir veya bir kaç işyerinin bağlı bulunduğu örgütlenmiş bütündür<sup>17</sup>. Buna göre, işyeri, teknik, işletme ise, ekonomik bir amaç güder<sup>18</sup>. Teknik bir üretim amacına yönelik işyerinin işletmeden farklı olarak kâr ve zararla doğrudan bir ilgisi yoktur.

Ayrıca, işletme, kural olarak işyerine göre daha geniş bir kavramdır. Bir işletme birden çok işyerini kapsayabileceği gibi tek bir işyerinden de oluşabilir<sup>19</sup>. Örneğin, bir bankanın şubeleri, bir otelcilik işletmesinin otelleri, bir deniz taşıma işletmesinin gemileri, aynı işletmenin kapsamına giren birden çok işyerleridir. Ancak, işletmeyi çeşitli işyerlerinin toplamı olarak da tanımlamak mümkün değildir. Zira, işyeri ve işletme, aynı organizasyonun iki farklı görünümüdür. Bir işletmenin tek bir fabrikası varsa, burası hem işyeri hem de işletme niteliğinde olup, üretime yönelik tarafı işyeri, iktisadi amaç güden yönü ise, işletme sayılır<sup>20</sup>.

Kısaca, işletmeyi; iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için, bir işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesinden oluşan bir ünite olarak tanımlayabiliriz<sup>21</sup>.

İşletmeye dahil işyerlerinden birinin kapatılması durumunda, işveren iş sözleşmelerini işletme gerekleri nedeniyle feshedebilir. İşyerinin kapanması iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmediğinden, işverenin kapanma nedeniyle bir fesih iradesinde bulunması gerekir. İşveren, işletme bünyesindeki kapanan işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine son çare olarak başvurmalıdır. Eğer işveren, işletmenin kapanan işyerinde görünen işi tamamen tasfiye etmeyip, başka işyerinde görmeye devam ederse, artık işçilerin işine bu nedenle son veremez. Zira, işçilerin gördükleri işe olan ihtiyaç ortadan kalkmamıştır. Ancak, işveren, işyerinde reorganizasyona giderek eski işçilere ihtiyacı olmadan aynı faaliyeti yürütebiliyorsa, yine işletme gerekleri nedeniyle fesih yoluna gidebilir.

### 3. Holdinge<sup>22</sup> Bağlı İşyerlerinden Bir ya da Birkaçının Kapatılması

Konuyu incelerken, holdinge bağlı ortaklıkların bir işletme bütünü oluşturup oluşturmadığının saptanması gerektiği kanısındayız. Bu saptama yapıl-

dıktan sonra, holding bünyesinde yer alan işyeri ya da işletmenin kapanması halinde orada çalışan işçilerin hukuki durumlarının ve kapanmanın sonuçlarının saptanması gerekmektedir. Özellikle feshin son çare olma ilkesi uyarınca, holdinge bağlı ortaklıkların işyerlerinin birinin kapanması durumunda, işçilere holding bünyesindeki ortaklıklara ait işyerlerinde başka bir iş verilmesinin zorunlu olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

İşçi, faaliyet konuları aynı ya da birbirini tamamlar nitelikte, yönetiminde aynı kişilerin bulunduğu, aralarında işçi transferleri yapılan, holdinge bağlı bir ortaklık tarafından işe alınabilir, diğer bir ortaklıkta da çalışır ve her iki ortaklık tarafından ücreti ödenebilir. Yine, tek bir ortaklık yerine, mali veya iş yasalarının birtakım hükümlerinden kurtulmak amacıyla yapay bir şekilde kurulan, yönetimi, faaliyet alanı aynı birden fazla ortaklıktan birinde işe alınan, ancak, diğer ortaklıklarda çalıştırılan işçinin işverenin, kendisini işe alan ortaklık olarak gösterilmesi işçi aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu gibi hallerde işverenin kim olduğu belirlenirken, sadece pozitif hukukun kriterlerinin dikate alınması ve her ortaklığın ayrı ve birbirinden bağımsız tüzel kişiliklerinin olduğu ve farklı işverenler olduğunun kabulü, İş Hukukunun gereklerine uygun düşmediği gibi, çağdaş endüstri ilişkilerinde ki sorunları çözmez<sup>23</sup>.

İşletmenin unsurları, üretim etkenlerinin bilinçli bir şekilde bir araya getirilmesi, ekonomik amaç, ekonomik üretim ünitesi olma, devamlılık ve bağımsızlıktır. Bu anlamda holding, üretim etkenlerinin bağımsız olarak bir araya getirildiği devamlı bir amaç olan katılma amacıyla ve diğer işletmelerin sevk ve idaresini ele geçirerek mal ve hizmet üretmek üzere kurulmuş olan iktisadi kuruluş olarak tanımlanabilir<sup>24</sup>. Sonuçta, holding bir işletmedir. Ayrıca, holding içinde yer alan birden fazla tüzel kişiliği olan yan ve yavru ortaklık gruplarını da, ekonomik ve sosyal bir bütünlük nedeniyle, İş Hukukunda işletme olarak kabul etmek gerekir kanısındayız<sup>25</sup>.

İşletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiği hallerde, feshin son çare olma ilkesinin bir gereği olarak işçinin başka bir işe yerleştirilebilme olanaklarının araştırılmasında, holdingi bir işletme olarak kabul etmenin adil bir çözüm olduğu kanısındayız. Uluslararası ve uluslararası söz-

leşmeler ve özellikle AB üyesi ülkelerin hukukundaki gelişmeler işçi ve işveren arasındaki bazı ilişkilerde sadece işyeri esasının değil, işletmenin esas alındığını, hatta bu da aşılı olarak "holding veya ortaklık toplulukları" düzeyinde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir<sup>26</sup>. Örneğin, Fransız hukukunda, aynı gruba bağlı değişik ortaklıklar tek bir işletme olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Ülkemizde de bu düzenlemelere paralel çözümler bulmamızın adalet ve mevzuatımızın AB mevzuatına uyumu açısından faydalı olacağı kanısındayız. Bu yolla değişik ortaklıkların ekonomik ve sosyal yönden bütünlük göstermesi halinde, tek işletme sayılarak, ekonomik gelişmenin ortaya çıkarttığı ortaklıklar topluluğu ve holdingleşme kavramlarının işçi zararına sonuçlar ortaya çıkartması

likte kapanma hali sona erer. Ancak, bu durumda işveren işyerinde faaliyete tekrar başlamama kararı verecek olursa iş sözleşmelerine usulüne uygun olarak son verebilir<sup>28</sup>.

İşyerinde faaliyete ara verilmesi mücbir sebepten kaynaklanabilir. Bu anlamda mücbir sebep, sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen, karşı konulamaz, baş edilemez ve sözleşmenin devamını imkânsız kılan bir olaydır<sup>29</sup>. Bir olayın mücbir sebep olup olmadığı tarafların iradesi dışında objektif olarak saptanması gerekir. Doğal afet, yangın, savaş, kamu otoritesinin bir kararı mücbir sebebe örnek olarak verilebilir. Buna karşın örneğin, işverenin ölümü, ekonomik güçlük, işverenin kusuru nedeniyle çalışma ruhsatının iptali, işletme riskleri, işçinin hastalanması veya hapse girmesi,

## Yapılacak yasa değişikliğiyle, iş ilişkilerinde ve bazı haklarda işletme sınırı da aşılı olarak, o işletmenin dahil olduğu ortaklıklar topluluğu veya holding esas alınarak düzenleme yapılmalıdır.

kısmen önenebilir<sup>30</sup>. Yapılacak yasa değişikliğiyle, iş ilişkilerinde ve bazı haklarda işletme sınırı da aşılı olarak, o işletmenin dahil olduğu ortaklıklar topluluğu veya holding esas alınarak düzenleme yapılmalıdır. Bu yönde açık bir düzenleme olmadan, holdingi bir işletme olarak kabul etmek ve iş ilişkilerini buna göre yorumlamak güç görünmektedir<sup>31</sup>.

Holdinge dahil işyerlerinden biri kapandığında, işçi, holding bünyesinde başka bir işe yerleştirilebilir. Burada işçinin özellikle kıdeme ilişkin haklarında bir kaybının olmaması için iş sözleşmesinin devri yoluna gidilebilir.

### 4. İşyerinin Geçici Olarak Kapatılması

İşyeri kesin ve sürekli olarak kapanmamakla birlikte, işyeri içinden ya da dışından kaynaklanan sebeplerle işyerinde faaliyete geçici süre ara vermek zorunda kalınabilir. İşyerinin geçici olarak kapatılması halinde, işyerinde mal ve hizmet üretimi durdurulmakla birlikte, bu durum geçici niteliktedir. Bu halde işyeri varlığını devam ettirir. İş sözleşmeleri de varlığını devam ettirir. İşyerinin geçici kapanması sebebi ortadan kalktıktan sonra, işverenin üretime devam etme kararı vermesiyle bir-

mevsim gereği satışların durması, stok fazlalığı, işyerinin kapanması<sup>32</sup> veya devri, veya tasfiye edilmesi, iflasın ertelenmesi, mücbir sebep olarak kabul edilemez<sup>33</sup>.

İş Hukuku açısından bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer mücbir sebep geçici nitelikteyse (geçici ifa imkânsızlığı), iş sözleşmesini askıya alıcı bir neden olarak kabul edilir. Mücbir sebep ortadan kalktıktan sonra, yeni bir sözleşme yapmaya gerek kalmaksızın taraflar borçlarını ifaya devam ederler<sup>34</sup>. Geçici ifayı kabul engelleriyle karşılaşıldığında kısa çalışma veya ücretsiz izin uygulamasına başvurulabilir. Mücbir sebep sürekli ifa imkânsızlığına yol açıyorsa, iş sözleşmesinin feshini mümkün kılan bir neden olarak kabul edilir<sup>35</sup>. İşyerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması (geçici ifayı kabul imkânsızlığı) durumunda, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını elde eder (İş K.m.24/III)<sup>36</sup>. İşyerinde bir haftadan fazla faaliyetin durmasını gerektirecek zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde işveren, iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedemez. Eğer, işverenin sürekli ifayı kabul imkânsızlığına düşmesi, işçinin çalışmaya devamını imkânsız kılırsa (ultima

ratio), iş sözleşmesini ancak ihbarlı fesih yoluyla sona erdirilebilir<sup>57</sup>. Zira, İş Hukuku sistemimiz, ifayı kabul imkânsızlığında sözleşmesinin sona ermesinin fesih yoluyla gerçekleşmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, işyerinin sürekli olarak kapanması durumunda işveren, iş sözleşmesini ancak ihbarlı fesih yoluyla sona erdirebilir.

### 5. Kısa Çalışma Uygulaması Nedeniyle İşyerinin Kapatılması

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, özellikle ekonomik kriz hallerinde kısa çalışma uygulamasına izin verilmediğinden, işçiler ya toplu olarak işsiz kalmakta ya da ücretsiz izin gibi yasal olmayan uygulamalarla karşılaşmaktaydı<sup>58</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu'yla bu eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. İş K. m.65'de getirilen düzenlemeyle, işverene genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltma veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurma imkânı sağlanmıştır. Genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen ve son zamanlarda geniş uygulama alanı bulan işçilerin ücretsiz izine çıkarılması uygulamalarına bir son vermek ve işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, "kısa çalışma" ve "kısa çalışma ödeneği" kurumları getirilerek, bunlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır<sup>59</sup>.

İşyerinde kısa çalışma uygulaması nedeniyle işi geçici durdurulması halinde ne kadar süre devam edeceğine ilişkin İş K.m.65'te bir hüküm yer almaktadır. Maddede yer alan 3 aylık süre kısa çalışma ödeneğinin alınacağı süreye ilişkin bir sınırlamadır. Bu süre, objektif ve bilimsel ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenecek makul bir süre olabilir<sup>60</sup>. Kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde üç ayı aşamaz (İş K. m.65/II, KÇÖİY. m.10/II). Bu sürenin sonunda, ifayı kabul engeli henüz ortadan kalkmamışsa, işveren ya iş sözleşmesini feshi ihbar yoluyla sona erdirmek, ya da işçilere yeniden ücretsiz izin önerisinde bulunmak zorundadır. Bu öneri İş K.m.22'de düzenlenen esaslara tabidir. İşveren bu yollardan birini seçmez ve işçileri yeniden işe çağırmasa, alacaklı temerrüdüne (BK. m.325) düşmüş olur. İşveren, kısa çalışma uygulamasının sonunda veya devamı sırasında işyerinin kapatılmasına karar ve-

rebilir. Bu durumda işveren işyerinin kapanmasına ilişkin yasal zorunluluklara uymak zorundadır. Kapatma halinde, iş sözleşmelerinin askı hali de sona erer<sup>61</sup>.

### 6. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve İşyerinin Kapatılması Arasındaki İlişki

İşyerinin kapanması kavramının bir askı hali oluşturup oluşturmadığının belirmesi için, kapanmanın askıya alınma şartlarını taşıyıp taşımadığına bakmak gerekir. İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için öncelikle bir ifa veya ifayı kabul imkânsızlığının ortaya çıkması gerekir. İşveren açısından konuyu ele aldığımızda, doğal afetler, yasama veya yürütme organınca konulan ithalat yasakları işçinin iş görme edimini imkânsız hale getirir<sup>62</sup>. Grev ve lokavt sürecinde de iş sözleşmesinin askıda olduğu yasayla kabul edilmiştir (TİSGLK. m.42/II, III). İşyerinin kapanması gerek işverenin iradesiyle gerekse iradesi dışı gerçekleşsin, eğer kapanma gerçek ve samimiye maddi bir ifa imkânsızlığı teşkil eder. İşyeri kapanan işveren açısından ifayı kabul imkânsızlığının ortaya çıktığı kabul edilebilir.

İş sözleşmesinin askıya alınmasının diğer bir koşuluysa, ortaya çıkan ifa imkânsızlığının geçici nitelikte olmasıdır<sup>63</sup>. Eğer iş ilişkisi devam ederken ortaya çıkan imkânsızlık, iş görme ediminin yerine getirmesine kesin ve devamlı bir engel oluşturuyorsa, iş sözleşmesinin askıya alınmasından söz edilemez. İmkânsızlığın geçici olup olmadığını belirlemede, olayın niteliği, iş ilişkisinin toplam süresiyle çalışılmayan toplam süre arasındaki orantı ve fesih bildirim süreleri gibi ölçütler kullanılabilir<sup>64</sup>. İşyerinin kapanması halinde, işyerinde yürütülmekte olan faaliyete kesin ve devamlı suretle son verildiğinden, burada artık ortaya çıkan imkânsızlığın geçici olduğunu söylemek mümkün değildir.

İşyerinin zorlayıcı sebep<sup>65</sup> nedeniyle geçici olarak kapanması halinde, iş sözleşmesi askıda kabul edilir (İş K. m.24/III, m.65)<sup>66</sup>. İşyerinin geçici olarak kapanmasının zorlayıcı nedene dayanıp dayanmadığının saptanması, özellikle lokavt bakımından önem taşımaktadır. Yasadışı lokavt, hukuken işverenin ifayı kabulde temerrüde düştüğü hallerden biri olduğundan<sup>67</sup>, askı halinden farklı hukuki sonuçlar doğurur. Gerçekten, TİSGLK m.45/III'e gö-



re, yasadışı lokavt halinde işçiler, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilecekleri gibi, lokavt süresince ücret dahil tüm işçilik haklarını talep edebilirler. İşveren lokavt süresince işçilerin iş sözleşmesinden doğan tüm haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödemek ve uğradıkları zararları tazmin etmek zorundadır. Kural olarak işyerinin geçici olarak kapatılması, zorlayıcı bir nedene veya genel bir anlatımla, haklı bir nedene dayanmıyorsa (İş K. m.65), lokavt oluşturur<sup>48</sup>. İş sözleşmesini askıya alıcı etki gösteren lokavt, yasal lokavttır (TİSGLK m.42/III).

İş sözleşmesinin askıya alınabilmesinin diğer bir koşulu da borçluya isnat edilemeyen bir nedenle imkânsızlığın ortaya çıkmış olmasıdır. İfa imkânsızlığı borçlunun kusuru sonucu ortaya çıkmışsa, taraflar arasındaki borç ilişkisi askıya alınmaz.

## Ücretsiz izin, işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına geleceğinden, taraflar ancak, aralarında yapacakları açık veya örtülü bir anlaşmayla iş sözleşmesini askıya alabilirler.

Türk hukukunda, işyerinin işverenin kusuruyla kapanıp kapanmamasının bir önemi yoktur. İşyeri ister işverenin kusurundan veya kötü yönetiminden kapanmış olsun ister başka bir nedenle kapansın sonuç değişmez. Önemli olan, işyerinin gerçekten ve sürekli olarak kapanmış olmasıdır. İşyeri hangi nedenle kapanmış olursa olsun, kural olarak kapanmaya ilişkin hukuki sonuçlar ortaya çıkar. Hukukumuzda zorlayıcı nedenler dışında, örneğin işyerinde makinelerin arızalanması ve tamiri nedeniyle işin durması halinde iş sözleşmesi askıya alınmaz<sup>49</sup>. Yine, ekonomik güçlükler, örneğin, ekonomik konjonktürün iyi gitmemesi, satışların azalması, stokların artması iş sözleşmesinin askıya alınması sonucu doğuracak bir ifa imkânsızlığı olarak kabul edilemez ve işveren işgörme edimini geçici olarak kabul edemeyeceğini ve iş sözleşmelerinin askıya alındığını ileri süremez. Bu haller; "işletme rizikosu" içerisinde değerlendirilir ve bunlara işveren katlanmalıdır. Bu hallerde ancak tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesi askıya alınabilir<sup>50</sup>. İş sözleşmesinin askıya alınmasının son koşulu da taraflar açısından ifa zamanının esaslı olmamasıdır<sup>51</sup>.

1475 sayılı Yasa döneminde, işyerinin geçici olarak kapanması durumunda, işyerlerinde genellikle ücretsiz izin uygulamasına gidildiği görülmekteydi. Ücretsiz izin, işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına geleceğinden, taraflar ancak, aralarında yapacakları açık veya örtülü bir anlaşmayla iş sözleşmesini askıya alabilirler<sup>52</sup>. Eğer işçiler ücretsiz izin uygulamasını açık ya da örtülü olarak kabul etmezlerse, işverenin tek tarafı olarak iş sözleşmesini askıya alması mümkün değildir. Bu şekilde bir kabulün olmadığı durumlarda, iş sözleşmesi aynen devam ettiğinden, taraflar sözleşmeden doğan hak ve borçlarını yerine getirmek zorundadırlar. Askıya alınma önerisini kabul etmeyen işçiler tarafından sunulan iş görme edimini kabul etmeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşmüş olur ve işçilere ücretlerini ödemek

zorunda kalır (BK. m.325). Ayrıca, işçiler, İş K.m.24/II-e uyarınca sözleşmede kararlaştırılan ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmelerini haklı nedenlerle feshederek kıdem tazminatı (1475 sayılı İş K. m.14) ve koşulları varsa İş K. m.26/II'de öngörülen tazminatı talep edebilir<sup>53</sup>.

Taraflar aralarında kararlaştırdıkları iş sözleşmesinin askıya alınmasını bir süreye bağlamamışlarsa, bunun sınırsız bir süre devam edeceği kabul edilemez. Bu durumda, işçilerin olayın özelliğine ve dürüstlük kuralına (MK m.2) göre makul bir süre beklemeleri ve bu süreden sonra iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshederek tazminat ve diğer haklarını talep edebileceklerinin kabulü gerekir<sup>54</sup>. Kanımızca, bu yolla, gerçekte işyerini kapatmak isteyen işverenin, kapatma yerine iş sözleşmelerini askıya alarak kapatmanın sonuçlarından kurtulması önlenmiş olacaktır. Diğer bir anlatımla, ücretsiz izin neden olan olayın niteliğinden ve kararlaştırılan izin süresinden bunun geçici olduğu sonucu çıkarılabilmelidir<sup>55</sup>. Gerçek amacı işyerini kapatmak olmasına rağmen, kendisine getireceği yükten kurtulmak isteyen işveren, kapatmayı gizlemek amacıyla, işyerinde ücretsiz izin uygulamasına giderek.

## Sürekli işverenin işyerinin kapanması halinde geçici iş ilişkisi sona erer.

İş sözleşmelerinin askıda olduğunu iddia edebilir. Bu durumda işçiler, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshederek, kıdem tazminatı ve diğer haklarını işverenenden talep edebilecekleri gibi, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteyebileceğinin de kabulü gerekir.

Yargıtay konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda<sup>56</sup>, işçinin uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılmış olmasının, taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olmadıkça, işverence sözleşmenin feshi niteliği taşıyacağını belirtmiş ve ücretsiz izne çıkmakla işçinin bunu kabul etmiş olacağı görüşünün benimsenemeyeceği sonucuna varmıştır. Yargıtay'ın kararında da görüldüğü gibi, ücretsiz izin adı altında iş sözleşmesinin feshi iradesinin gizlenilmesi kabul edilmemekte, bu durumda iş sözleşmesinin işçi tarafından değil, işveren tarafından feshedildiği, dolayısıyla ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>57</sup>. Olayda olduğu gibi, işçinin altı ay gibi bir süre işe çağrılmamasında işverenin ücretsiz izin uygulaması altında gizli fesih iradesini gizlediği görülmektedir.

### 7. Geçici İş İlişkisinde İşyerinin Kapatılmasının İş Sözleşmesine Etkisi

Geçici iş ilişkisi, bir işverenin (sürekli işveren) kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerin (geçici işçi) iş görme edimini onun da rızasını almak koşuluyla belirli ve geçici bir süreyle diğer bir işverenin (geçici işveren) emrine verilmesidir<sup>58</sup>. Geçici iş ilişkisi kurumunu konumuz açısından ele alacak olursak; öncelikle şunu belirtelim ki, işçinin iş görme edimini ifa ettiği işyerinin kapanması halinde, işçinin sürekli işvereni ile olan iş sözleşmesi varlığını devam ettirir. Bu durumda işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak, ya da ücretini ödemek zorundadır. Zira, diğer bir işverenle geçici iş ilişkisi kurulmuş olması işverenin ücret ödeme borcunu ortadan kaldırmaz (İş K. m.7/III). İşçinin geçici iş ilişkisi kurulan işverenin yanında çalıştığı süreye

ilişkin ücret ve sigorta primlerinden her iki işveren de birlikte (müteselsilen) sorumlu olduklarından, sürekli işveren, işçinin ödenmeyen ücret ve diğer alacaklarını işçiye ödemek zorundadır.

Sürekli işverenin işyerinin kapanması halinde geçici iş ilişkisi sona erer. İşçi geçici işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, artık geçici işverenle işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş sayılır<sup>59</sup>. Eğer devralan işveren, işçiyle iş sözleşmesi yapmak istemiyorsa, devir sözleşmesinde belirtilen sürenin sonunda aralarındaki ilişki kendiliğinden sona erer.

Sürekli işverenin işyerinin, geçici iş ilişkisi devam ederken kapanması durumunda, Yasada geçici işverenin sorumlu olduğu açıkça bildirilmeyen işçi alacaklarından, geçici işveren de sorumlu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zira Yasada geçici işverenin sorumluluğu "işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretlerinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden" ibarettir. Bu sayılanlar dışında işçinin kıdem, ihbar, geçersiz fesih tazminatı gibi alacaklarından geçici işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı süreyle sınırlı da olsa herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>60</sup>.

Geçici işverenin işyerinin kapanması durumunda, işçinin sürekli işverenle iş sözleşmesi devam ettiğinden, geçici işçi, sürekli işverenin işyerinde çalışmaya devam etmek, sürekli işveren de iş vermekle yükümlüdür. İş sözleşmesi işçiyle sürekli işveren arasında yapılmış olduğundan, geçici işverenin işyerinin kapanması durumunda, geçici işveren iş sözleşmesini sona erdiremez. Sona eren, geçici iş ilişkisine ilişkin sözleşmedir. İşçinin çalıştığı bölümün kapatılması durumunda iş sözleşmesi geçerli nedenle sona erdirilemez. Zira, İş K.m.18'de düzenlenen "...işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan..." geçerli nedenlerin sürekli işverenin işyerinde ortaya çıkması gerekir<sup>61</sup>. Geçici işverenin işyerinde çalıştığı döneme ilişkin alacaklarından sürekli işveren de sorumlu olduğundan(m.7/III), işçi önceki döneme ilişkin alacaklarını, sürekli işverenden talep edebilir. Bu konuda işverenler arasında yapılmış anlaşmalar işçiyi bağlamaz. İşçi her iki işverenden de talepte bulunabilir<sup>62</sup>.

### III. İŞVERENİN İŞYERİNİ KAPATMA ÖZGÜRLÜĞÜ

İşyerini kapatmak, işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir haktır. İşveren yönetim hakkı kapsamında iki temel hakka sahiptir. Bunlardan ilki, işverenin ekonomik yönetim hakkıdır. Bu kapsamda işveren, işyerini kurma, kapatma, faaliyet konusunu, işletme organizasyonunu ve yerini değiştirme hakkına sahiptir. Bunlar, işverenin kişilik ve mülkiyet hakkının bir sonucudur. İşverenin bu kapsamda diğer bir hakkı da, işçiyi işe almak, çalışma yerini ve görevini belirlemek, ücretini saptamak, işçinin işini yönetmek ve kontrol etmek, işine son vermek, çalışma kurallarını, yaptırımlarını belirlemek ve değiştirmektir<sup>65</sup>.

Hiç kimse bir işyeri işletmeye zorlanamayacağı gibi, işletmekte olduğu belli bir işyerini devama da zorlanamaz. İşyerini serbestçe açabilen işveren, dilediği zaman işyerini kapatma özgürlüğüne de sahiptir<sup>66</sup>.

İşyerini kapatmak isteyen işveren, kural olarak, herhangi bir neden göstermek zorunda değildir<sup>65</sup>. Bu durum, Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sonucudur. Anayasanın 48. maddesinde belirtildiği gibi, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüs kurmak serbesttir". Yine, Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu hükme bağlanmıştır<sup>66</sup>. Belirtilen hükümlere göre, herkes yasaların belirlediği sınırlar çerçevesinde iş kurabilir, yaptığı işe son verebilir. Herkes, dilediği alanda çalışma ve çalışmama serbestisine sahiptir. Yine, İş Kanunu'nun işyerinin kapanmasını düzenleyen 3. maddesine göre, işverenin işyerini işin tamamlanması nedeniyle veya herhangi bir nedenle de kapatabileceği kabul edilmiştir. İş Kanunu'nda işyerinin kapatılmasını engelleyen veya ancak belli hallerde kapatılabileceğini öngören bir hüküm yer almamaktadır. Şu halde, işveren, ekonomik faaliyette bulunma ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde işyerini, işleri iyi gitsin veya gitmesin artık o işi sürdürmek istemiyorsa, dilediği zaman, yasal yükümlülüklerini yerine getirerek (ihbar önellerine uymak (İş K. m. 17), kıdem tazminatı ödemek (1475 sayılı İş K. m.14) ve gerekli bildirimlerde bulunarak (İş K. m.3, 29) kapatabilir<sup>67</sup>. Yasakoyucu

işverene, işyerini yasaların koyduğu sınırlar içerisinde serbestçe açma ve kapatma özgürlüğü tanımıştır<sup>68</sup>.

Anayasamızda, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında "sosyal bir hukuk devleti" olduğu belirtildikten sonra (m.2), 48 ve 49. maddelerinde, sözleşme özgürlüğü, girişim özgürlüğü, çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, sözleşme ve girişim özgürlüğü ile çalışma hakkı ve diğer sosyal haklar arasında bir denge kurulması zorunludur.

Demokratik bir hukuk devletinde, her hak ve özgürlüğün en geniş şekilde uygulanması ve güvence altına alınması gerekir. Bunlardan birinin diğerine üstün tutulması ve tercih edilmesi mümkün değildir. Buna göre, söz konusu haklardan birinin kullanılması, diğerinden yararlanmayı engellemez. Bu konularda düzenleme yapılırken, aralarındaki denge gözetilmesi gerekir. Böylece, ekonomik riski üstlenen girişimciyle, üretime katılan ve sosyal açıdan korunması gereken işçilerin çalışma hakları, dengeli bir şekilde düzenlenmelidir<sup>69</sup>. Girişim özgürlüğü çerçevesinde rasyonel ve verimli çalışma durumunda olan işveren, gerektiğinde belirli bölümleri kapatıp, belirli bölümleri tasfiye etme hakkına sahiptir. Aksi halde, işverenin yönetim hakkı ortadan kaldırılmış olur. Doğallıkla, bu hak kullanılırken bütün hakların kullanımında olduğu gibi hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı dikkate alınacaktır<sup>70</sup>. Şu unutulmamalıdır ki, işverenin girişim özgürlüğünün karşısında işçilerin çalışma özgürlüğü yer almaktadır. Ancak, işçilerin çalışma özgürlüğünün sınırını işverenin çalışma özgürlüğü, işçilerin sözleşme özgürlüğünün sınırını, işverenin sözleşme özgürlüğü belirler<sup>71</sup>.

#### 1. İşverenin İşyerini Kapatma Özgürlüğünün Sınırları

Çalışma ve sözleşme özgürlükleri, çalışan kişi açısından, çalışıp çalışmama, çalışacaksa çalışacağı işi, işvereni ve işyerini seçme ve çalıştığı işten ayrılma serbestisini içerir. Çalıştırılan kişi açısından, özel girişim kurma serbestisini, yani dilediği ticari ve sanayi alanında faaliyette bulunma, işyeri açma, açtığı işyerini ve faaliyetini değiştirme, açtığı işyerini dilediği zaman kapatma, istediği kişiyle iş sözleşmesi yapabilme ve gerektiğinde bozabilme serbestini kapsar.

Ancak, çalışma ve sözleşme özgürlüklerinin kişiye tanıdığı bu serbesti sınırsız değildir. Bunun, önemli istisnaları vardır ve değişik ihtiyaçları karşılamak amacıyla konulmuştur. Nitekim, bütün kamu hak ve özgürlükleri gibi, bu özgürlükler de kişiye, yasaların çizdiği sınırlar içinde bir serbesti tanımıştır. Yine bu özgürlüklere; küçük, kadın, bedeni ve ruhi güçsüzlüğü olanları korumak amacıyla da istisnalar konmuştur. Sonra; sıkıyönetim, seferberlik veya savaş gibi olağanüstü durumlarda bu özgürlükler daha da sınırlanabilir, kullanılmaları bazı şartlara bağlanabilir, hatta tamamen kaldırılabilir<sup>72</sup>.

İşverenin işyerini kapatma özgürlüğünün Anayasadan kaynaklandığı kabul edilmekle birlikte, anayasal hakların bir bütün teşkil ettiği noktadan hareket eden öğreti görüşü, işverenin çalışma özgürlüğüne, diğer hak ve özgürlüklere oranla öncelik ve üstünlük tanımaya gerek olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Çalışma özgürlüğü, Anayasada düzenlendiği şekliyle, özel şahısların hukuki işlemleriyle veya devlet organlarının ortadan kaldırılamaz. Ancak, bu özgürlükten, Anayasaca tanınan ve mutlak etkiye sahip sosyal hak olan grev hakkının ihlaline yol açacak şekilde yararlanılmaz. Bu tür ihlalleri yargı organları kendiliğinden (re'sen) dikkate alarak karar vermek zorundadır<sup>73</sup>.

Türk hukukunda, işverenin işyerini kapatma özgürlüğünün istisnasını, işverenin işçilerin toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla işyerini kapatması oluşturur. Eğer, işverenin işyerini kapatmaktaki gerçek amacı işini tasfiye etmek ve işyerini kapatmak değil de, toplu iş uyuşmazlığını kendi lehine çözmek, toplu iş sözleşmesinin getireceği yükümlülüklerden veya grevden kaçınmak olduğu takdirde, bu davranış dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralına aykırıdır ve yasadışı lokavt oluşturur<sup>74</sup>.

İşyerini kapatma, toplu iş uyuşmazlığının ortaya çıktığı ve özellikle, işyerinde grev uygulaması başladığı zaman gerçekleşirse, ikisi de Anayasa'da güvence altına alınmış olan, işverenin işyerini kapatma özgürlüğünün temelini oluşturan çalışma ve sözleşmesi özgürlüğü ile işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev hakları karşı karşıya gelmektedir<sup>75</sup>.

Günümüzde sosyal hakların gelişmesi, klasik hak ve özgürlüklerle ekonomik hakların belirli oranda gerilemesine yol açmıştır. Diğer bir anla-

tımla, sosyal haklar ekonomik hakları sınırlandırmaktadır. Örneğin, grev hakkı çalışma hakkının sınırını oluşturur. Bunun sonucu olarak, yasal bir grev uygulanan işyerinin işvereni, girişim özgürlüğüne aykırı davranıldığı gerekçesiyle, grevin hükümsüzlüğünü ve sona erdirilmesini talep edemeyecektir<sup>76</sup>. İşveren, girişim özgürlüğünü diğer bir anlatımla, işyerini kapatabilme hakkını ileri sürerek, işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını ortadan kaldıramaz. Ancak, işverenin başka bir objektif nedene dayanması halinde, çalışma özgürlüğü ilkesi gereği kapatma kararının geçerli olduğunun kabulü gerekir<sup>77</sup>.

Toplu pazarlık sürecinin her aşamasında, yani toplu iş sözleşmesi yetkisi alındıktan sonra, toplu görüşmeler devam ederken, arabuluculuk aşamasında veya grev kararı alındıktan sonra işverence işyeri kapatılacak olursa, ilk önce bakılması gereken, işverenin kapatma isteğinin gerçek ve içten olup olmadığıdır. Eğer işveren, işyerini kapatmakta samimi ise ve gerçekten kapatma iradesi varsa, grevin sona ermiş olduğunun kabulü gerekir<sup>78</sup>. Zira, hiç kimse açmış olduğu işyerini her şart altında devam etmeye zorlanamaz. Bu, girişim özgürlüğünün bir gereğidir. Kişi zarar ettiği veya devamında yarar görmediği bir işyerini devamlı açık tutmakla yükümlü değildir<sup>79</sup>. Ancak, işverenin amacı işyerini kapatmak değil de, sendikayı dilediği koşullarda toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlamak veya başlamış olan bir grevi etkisizleştirmekse, işyerini kapatmanın yasadışı olduğunun kabulü gerekir<sup>80</sup>. İşveren, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri devam ederken veya toplu iş görüşmelerinin uyuşmazlıkla bitmesi üzerine; ama, işçi sendikası henüz grev kararı almadan veya grev kararı aldıktan yahut grev kararı uygulamaya konulduktan sonra işyerini kapatabilir. Bunda bir engel yoktur. Ancak, bu durumların her birinde işyerini kapatmanın gerçek olup olmadığına bakmak gerekir. Gerçek ve içten bir kapatma söz konusuysa, işyerinin kapanmasıyla grevin sona erdiğinin kabulü gerekir. Kapatmanın gerçek ve samimi olmadığı durumlardaysa, eylemi yasadışı lokavt saymak gerekir<sup>81</sup>.

Toplu pazarlık sürecinde, işverenin işyerini kapatma kararının gerçek ve içten olup olmadığını belirlemekte tek zorunlu ölçüt olmamakla birlikte, işyerinin haklı ekonomik nedenlerle kapatılıp kapatılmadığına da bakmak gerekir<sup>82</sup>. Eğer, işveren

## Kapatma nedeni gerçek ve içtense, işverenin davranışını girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirmek gerekir.

İşyerini haklı ekonomik nedenlerle kapatmışsa, kapatmanın işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına aykırılık oluşturduğu, dolayısıyla, eylemin yasadışı lokavt olduğu söylenemeyecektir. Yine işveren, ekonomik olmayan bir nedenle de; örneğin gerçekten sağlıklı işini yürütemeyecek derecede bozulmuş olması veya iş dalını değiştirme nedeniyle de işyerini kapatabilir<sup>81</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, önemli olan kapatmanın gerçek ve içten olup olmadığıdır. Kapatma nedeni gerçek ve içtense, işverenin davranışını girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirmek gerekir. Şu halde, toplu iş görüşmeleri başladığı tarihten itibaren, grev kararının alınmasında veya grevin uygulanması sırasında her işyerini kapatma kararında, işverenin gerçek düşüncesinin araştırılması gerekir. İşverenin işyerini toplu iş sözleşmesinden veya grev uygulamasından kaçınmak amacıyla kapattığı saptanırsa, bu işlem geçersiz sayılmalıdır. Buna rağmen işçiler işten uzaklaştırılmışsa, yapılan işlemi yasadışı lokavt olarak değerlendirmek gerekir<sup>82</sup>.

Yargıtay, başlangıçta; grev uygulanmakta olan bir işyerinin kapatılması halinde, artık o işyerinde grev uygulanamayacağı yönünde karar vererek, kapatma nedeni olarak dikkate almamakta ve işverenin kapatma yetkisini, işyerinde uygulanmakta olan greve rağmen tanımaktaydı<sup>83</sup>. Yargıtay bu görüşünü daha sonra da sürdürmüş ve bir kararında<sup>84</sup>, işlerinin kötü gitmesi sebebiyle işyerini kapatacağını İş Kanununun öngördüğü mercilere bildirerek, işçilerin ihbar ve kıdem tazminatlarını ödeyen işverenin yaptığı işlemin yasadışı lokavt olmayacağı hükmüne varmıştır. Yargıtay bu görüşünü, grev uygulanmakta olan bir işyerinin işveren tarafından kapatılması halinde, işyeri ortadan kalkacağından, artık o işyerinde grev uygulamasının devamının mümkün olmadığı, grev ve lokavt hakkının kullanılmasının işyerinin varlığına bağlı olması nedeniyle, kapatılan bir işyerinde grev ve lokavt uygulanamayacağı görüşüne dayandırmıştır<sup>85</sup>.

Ancak, gerek öğretilerdeki eleştiriler gerekse uy-

gulamada bu tür olayların artması üzerine Yargıtay bu görüşünden dönmüştür. Nitekim, daha sonra verdiği bir kararda "işverenin kapama kararına gerekçe olarak ileri sürdüğü ekonomik nedenler, yapılan araştırma sonucu kanıtlanamamıştır. Bu nedenle kapatma kararının bakli ekonomik nedenlere dayandığı ileri sürülemez. Bu bakımdan işyerini kapama girişimi yasadışı lokavttır"<sup>86</sup> sonucuna vararak, işverenin işyerini kapatma özgürlüğüne kısıtlama getirmiş ve haklı ekonomik nedenlere dayanmayan işyerini kapatma kararının yasadışı lokavt sayılacağını belirtmiştir. Yargıtay'ın kararı sadece fiili grev uygulamasının başladığı işyerlerinde değil, grev kararının alındığı, ancak fiilen grev uygulamasının başlamadığı işyerlerinde de geçerlidir<sup>87</sup>.

Yargıtay; kararlarında işverenin işyerini kapatma özgürlüğünü tartışmak yerine, işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını kullanmanın önündeki engelleri kaldırmak istemiştir. Buna göre, yargıcın, kapatma olayının sebebi değerlendirilirken, her somut olayın özelliğini dikkate alarak çözüme ulaşması gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme, yaşının ilerlemiş olduğunu ve sağlık durumunun elverişli bulunmadığını ileri sürerek, sendika grev kararı aldıktan sonra işverenin işyerini kapatmasını olayın özelliğine göre MK. m.2'ye aykırı bulmuştur<sup>88</sup>.

Öğretilerde, işverenin işyerini toplu görüşme aşamasında, imzalanacak toplu iş sözleşmesinin getirebileceği mali yükün altından kalkamayacağı gerekçesiyle kapatmasının da işyerini kapatma için haklı bir neden teşkil etmeyeceği, toplu iş sözleşmesi veya grevin niteliği gereği işverene belirli bir mali yük getireceği ileri sürülmüştür. Bu nedenle, işverenin, basiretli bir tacir gibi davranarak bu durumları göz önünde bulundurması gerekir<sup>89</sup>. Belirtilen görüşü savunan yazarlara göre, eğer, sendika tarafından talep edilen hakların ağır olması, işvereni ekonomik sıkıntıya sokuyorsa, bu durumda işveren sendikanın elinde bulunan grev hakkına karşılık lokavt aracını kullanmalıdır. Bu hakkını kullanmak yerine, işverenin toplu görüşme aşamasında işyerini kapatmasının, greve karşı yapılan bir yasadışı lokavt teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Buna göre, "haklı ekonomik neden" ölçütünü bu kapsamda değerlendirmek ve toplu iş sözleşmesi ve grevin kaçınılmaz ve normal olarak getireceği

mali yükleri işyerinin kapatılmasını haklı kılan nedenler olarak kabul etmemek gerekir<sup>92</sup>.

Kanımızca, toplu pazarlık sırasında işçi sendikalarının isteklerini karşılayamayacağını, isteklerin kendisi için ağır yük getireceğini düşünen işverenin, gerekli mercilere bildirerek ve işçilerin ihbar ve kıdem tazminatlarını ödeyerek işyerini kapatması durumunda kural olarak lokavt ve dolayısıyla yasadışı lokavt yoktur; yeter ki, işverenin işyerini kapatma niyeti, bu hallerde gerçek ve samimi olsun. Zira, gerçekten kapanan bir işyerinde işçi-şahıs ilişkisinden ve lokavttan söz etmek mümkün değildir. Ancak, burada işverenin niyetinin gerçek ve samimi olup olmadığının yeterince araştırılması gerekir. İşveren kapattığı işyerini bir süre sonra tekrar açmışsa, bu durumda işverenin işçilerden kurtulmak amacıyla işyerini kapattığı ve niyetinin gerçek ve samimi olmadığı kabulü gerekir.

## İş Kanunu'nda işyerinin kapatılmasına ilişkin olarak herhangi bir neden belirtme zorunluluğu getirilmemiştir.

Bu durumda olaya yasadışı lokavt hükümleri uygulanmalıdır<sup>93</sup>.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, işyeri, toplu görüşme süreci başlamadan önce ve tasfiye amacıyla her zaman kapatılabilir. Bu işverenin anayasal bir hakkı olan girişim ve çalışma özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu durumda, yasadışı lokavtın varlığından söz edilemez. Toplu görüşme sürecinin başlamasından sonra işverenin işyerini kapatma kararı alması veya kapatması durumunda, her olayı kendi özelliğine göre değerlendirmeli, onun bu kararı almaktaki gerçek niyeti araştırılmalıdır. Kapatma kararının gerçek ve içten mi yoksa, işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına engel olmak amacıyla mı alındığı saptanmalıdır<sup>94</sup>.

Tüm haklar gibi, işverenin İş K. m.3'te öngörülen şekilde, "herhangi bir sebeple" işyerini kapatma hakkı, Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet, diğer bir anlatımla, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmalıdır. Bir işyerinin kapanması sonucu emeğiyle geçinen işçilerin işsiz kalması, gerek işçi gerekse toplum açısından önemli sonuçlar ortaya çıkaracağından, hukuken korunmaya değer bir menfaat bulunmaması halinde, keyfi davranışlarla sırf işçileri zarara sokmaya

yönelik işyerini kapatma kararları, bir hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ve hukuken korunmayacaktır<sup>95</sup>.

Fesih hakkını kötüye kullanma ölçütünü işyerinin hileli olarak devredilmesi ya da işyerinin kapatılıp başka bir işveren tarafından kısa bir süre sonra yeniden açılması durumuna uyguladığımızda, ortada bir hakkın kötüye kullanılması olduğu söylenebilecektir. Bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, "işyerinin gerçekten kapatılmış ve eski işverenin işletmesiyle ilgisi olmayan yepyeni bir işletme halinde sonradan açılmış olup olmadığı özenle araştırılarak"<sup>96</sup> bir sonuca varmak, eğer işyerinin hileli olarak kapatılmasından önce iş sözleşmelerini feshi gerçekleştirilmiş ise, fesih hakkının kötüye kullanıldığına hükmetmek gerekir.

İşverenin işyerini kapatma özgürlüğüne bir sınırlama da, 1980 sonrasındaki sıkıyönetim döneminde getirilmiştir. Bu dönemde sıkıyönetim komutanlarının çeşitli bildirimleriyle, işverenlerin işyerlerini kapatmaları denetim altına alınıp, izne bağlanmıştır. Bu yolla işçilerin işten çıkarılma olaylarının denetim altına alınması amaçlanmıştır. Bu amaçla, işverenin işyerini kapatması halinde, ilgili makam, teknik veya ekonomik nedenler aramakta, kapatmaya bu nedenlerin varlığı halinde izin verilmekteydi<sup>97</sup>.

## 2. İşyerinin İşverence Kapatılma Nedenleri

İş Kanunu'nda işyerinin kapatılmasına ilişkin olarak herhangi bir neden belirtme zorunluluğu getirilmemiştir. İşveren, herhangi bir nedenle işyerini kapatabilir. Zira, İş Kanunu'nda işyerinin kapatılmasını engelleyen veya belli hallerde işyerinin kapatılabileceğini öngören bir hüküm yer almamaktadır<sup>98</sup>.

Ülkemizde son yıllarda yaşanan ekonomik krizlerin de etkisiyle işyerinin ekonomik nedenlerle kapanmasında önemli artışlar olmuştur. Genel anlamda ekonomik kriz, bir işletmede üretim ve hizmet maliyetinin, kârlılığı ortadan kaldırıcı şekilde yükselmesidir. Bu yükselmenin işletme içi veya iş-

## İşyeri çok kârlı bile olsa işverenin işyerini kapatma özgürlüğünün önüne geçilmesi mümkün değildir.

İşletme dışı nedenleri olabilir. İşgücü istihdamındaki fazlalık veya işletme yönetiminde yahut yürütümünde düzensizlik veya diğer yapısal bozukluklar ile işin yapılış ve akışındaki düzensizlikler ekonomik krize yol açan işletme içi nedenlerdir. İşletme dışı ekonomik kriz nedeniyle, işe, iş piyasalarında üretilmekte olan mala talebin çeşitli nedenlerle azalması sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>99</sup>.

İşverenin işyerini kapatma nedenlerinden biri de işverenin sağlık durumu ve yaşının ilerlemiş olmasıdır. İşveren sağlık durumunun bozulması veya yaşlandığı gerekçesiyle işlerini yürütemiyor ve bu nedenlerle işyerini kapatıyorsa, artık işverenin işe devamı zorlanması mümkün değildir. Zira, bu durumda olan bir işverenin işyerini kapatıp çalışma hayatından çekilme hakkı vardır. Bunun aksini söylemek, zorla çalıştırma yasağının ihlali anlamına gelir. İşyeri çok kârlı bile olsa işverenin işyerini kapatma özgürlüğünün önüne geçilmesi mümkün değildir. İşverenin işyerini açması, işyerinin faaliyetini daraltması veya genişletmesi, yahut işyerini kapatması ve bu nedenlerle işçi çıkartması, onun yönetim hakkının bir gereğidir.

### 3. İşyerinin Kapatılma Usulü ve İşverenin Yükümlülükleri

İşyerini kapatmak isteyen işveren, İş Kanunu m.3'de belirtilen usule uygun hareket etmek zorundadır. Anılan madde uyarınca "Bu Kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır"<sup>100</sup>. Yine, bu kapsamda, alt işveren de, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için yukarıda belirtilen hükümlere göre bildirim yap-

makla yükümlüdür (İş K. m.3/II). Ancak, ortaklıkların tescil kayıtları, ticaret sicili memurluklarının göndereceği belgeler üzerinden yapılır ve bu belgeler ilgili ticaret sicili memurluğunca bir ay içinde ilgili bölge müdürlüğüne gönderilmek zorundadır (İş K. m.3/III)<sup>101</sup>.

Görüldüğü gibi, söz konusu hükümde işyerinin kapatılması için belirli bir neden aranmamıştır. Buna göre, işveren, herhangi bir nedenle işyeri kapatılabilir. İşverenin, bildirimde kapatma nedenini açıklama zorunluluğu da yoktur. Uygulamada bölge müdürlüğüne verilen bildirimlerde, ekonomik sıkıntılardan, ham madde yokluğundan ya da satış olanaklarının azlığından sözedilse de, bu ve benzeri gerekçelerin kullanılması için yasal bir zorunluluk yoktur<sup>102</sup>. Kaldı ki, Türk hukukunda işverenin ileri sürdüğü gerekçelerin doğru olup olmadığını denetleyecek bir mekanizma da yoktur. Ayrıca, kapatma bildirimini önceden yapılması da, gerekli değildir. İşveren, tüm kapatma eylemlerini gerçekleştirdikten sonra bu bildirimini, sonraki bir ay içinde bölge müdürlüğüne dilediği zaman bildirebilir<sup>103</sup>.

İş K. m.3 hükmüne aykırı hareket etmenin yaptırımını, 98. madde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Bu Kanunun 3 üncü maddesindeki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline çalıştırılan her işçi için elli milyon lira para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır".

İşverene bildirim yükümlülüğü getiren bir düzenleme de, İş K. m.29/VII'da yer almaktadır. Buna göre, "İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilân etmekle yükümlüdür".

İş Kanunu'nun 3. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğüyle 29. maddede düzenlenen bildirim yükümlülüğü arasında bir çelişki göze çarpmaktadır. Gerçekten, yukarıda açıklandığı gibi 3. maddede "...herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işve-

ren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. İş K. m.29 ise, "işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilân etmekle yükümlüdür" biçimindedir. Açıkça görüldüğü üzere, 3. maddede kapatmadan itibaren otuz gün içinde bölge müdürlüğüne bildirim öngörülürken, 29. maddede kapatmadan en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimden ve işyerinde ilândan söz edilmektedir. Burada iki ayrı bildirimden söz edilmesi, her halde en son akla gelebilecek şeydir.

Kanımızca, burada genel kanun-özel kanun ilişkisine benzer bir şekilde genel hüküm-özel hüküm

larının hesabında kapanmanın ne zaman gerçekleştiği son derece önemlidir<sup>104</sup>.

Kanımızca, en son yapılan işlemin tarihi esas alınmalı ve kapanma o tarihte kesinleşmiş sayılmalıdır. Aksi düşüncenin kabulü, yasaya uygun davranmayan işverenin ödüllendirilmesi anlamına gelecektir. İşçi yararına yorum ilkesi de, bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Toplu işçi çıkarmayla sonuçlanmayan işyeri kapatmalarındaysa, işverenin bölge müdürlüğüne bildirimde bulunduğu tarihi, işyerinin kapanma tarihi olarak kabul etmek gerekecektir.

İş K. m.29'da bildirim içeriği belirtilmemekle birlikte, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde yapılacak bildirimde de 4.fıkraya kıyasla kapatma işleminden etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde ger-

## Yasada toplu işçi çıkarma prosedürüyle kapanma prosedürü arasında ayrıma gidilmesi ve kapanma için daha basit bir prosedür öngörülmesi yerinde olmamıştır.

ilişkisinden hareketle, İş K.m.29'da yer alan düzenlemeyi özel hüküm kabul etmek ve ona göre çözüme ulaşmak en isabetli yol olacaktır. Aksi düşüncenin kabulü, işyerini kapatmak isteyen işverene iki defa bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmek anlamına gelecektir ki, kanımızca bu işyerini kapatmayı toplu işçi çıkarmadan farklı ve daha sade bir şekilde düzenleyen yasakoyucunun iradesine de ters olacaktır. Buna göre, eğer işyerini kapatması sonucunda toplu işçi çıkarma durumu ortaya çıkıyorsa, 29. maddeye uygun olarak, kapatma sonucunda toplu işçi çıkarma durumu yoksa, 3. maddeye göre bildirimde bulunmak gerekecektir.

Ulaştığımız bu sonuca göre, kapanmanın gerçekleştiği tarih ise, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verildiğinin bölge müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumuna bildirilmesinden ve işyerinde ilânından otuz gün sonrasındır. Zira, 29. madde de bu durumun en az otuz gün önceden bildirimini ve ilânını öngörmektedir. Burada ilk önce akla bu bildirim ve ilânın farklı tarihlerde yapılması durumunda işyerinin ne zaman kapanmış sayılacağı gelmektedir. Zira, işçilik hak-

çikleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması gerekir. Buna göre, çıkarılacak işçilerin isim ve nitelikleri bildirimde yer alacaktır. Uygulamada, işçilerin adreslerinin bildirilmesi de aranmakta ve bildirimde eklenmektedir. Bildirimin amacı işten çıkarılacak işçilerin sayı ve niteliğinin önceden öğrenilmesi ve bu işçilere yeni iş bulunmasıdır. Böylece, kapatma sonucu işsiz sayısında meydana gelecek artışın bu yöntemle önleneyeceği düşünülmüştür. Uygulamada bu bildirim alan kurum şubesi, listede isimleri bulunan işçilere birer kart göndererek sıra kayıt numarası vermekte ve bunları listede belirtilen nitelikteki işlerine uygun bir iş açıldığında bu işe davet etmektedir<sup>105</sup>.

Şu hususu belirtmekte yarar var ki, Yasada toplu işçi çıkarma prosedürüyle kapanma prosedürü arasında ayrıma gidilmesi ve kapanma için daha basit bir prosedür öngörülmesi yerinde olmamıştır. İş K. m.29 da, toplu işçi çıkarma halinde işverene bildirim yükümlülüğünün yanında işyeri sendika temsilcileriyle görüşme yükümü getirilmiştir. İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halindeyse, işveren sadece durumu en



az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilân etmekle yükümlüdür. Ayrıca işyeri sendika temsilcilerine bildirimde bulunma ve görüşme yapma zorunluluğu yoktur. Ancak, toplu işçi çıkarma için öngörülen işçi temsilcilerine bildirim gerekli kalan nedenler işyerinin kapatılması halinde daha belirgindir. Zira, işyerinin kapatılması halinde genellikle toplu işçi çıkarma söz konusudur. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'nda toplu işçi çıkarma halinde öngörülen danışma prosedürünün işyerinin kapatılması halinde öngörülmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Yapılacak bir değişiklikle bu eksikliğin giderilmesi gerektiği kanısındayız<sup>106</sup>.

İşveren, işyerini kapatacağını ilgili makamlara bildirmesine rağmen, işyerini fiilen kapatmayarak kayıt dışı olarak işletmeye devam edebilir. Bu durumda, girişim özgürlüğü kapsamında yer alan çalışma yaşamını terk etme hakkını kötüye kullandığı kabul edilecektir. Bunun yanı sıra, işverenin işyerini kapatma bildiriminde bulunmaması, İş Hukuku bakımından -cezaî sorumluluk dışında- her zaman sorun olmayabilir. Gerçekten, işveren kapatma bildiriminde bulunma (İş K. m.3, İş K. m.29) yükümlülüğüne uymamakla birlikte, işçilerin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla usulüne uygun olarak feshedip, sözleşmeden ve yasadan doğan haklarını tam olarak ödeyerek, işyerini kesin ve sürekli olarak kapatması halinde İş Hukuku anlamında bir sorun yoktur<sup>107</sup>. Ancak, işverenin işyerini kapatması, aynı zamanda Yasanın toplu işçi çıkarma için aradığı koşullara uyuyorsa, kapatma bildiriminde bulunulmaması halinde kanımızca yapılan fesihler geçersizdir ve işveren usulünce bildirimde bulunarak işyerini kapatana kadar işçilerin iş sözleşmesi devam eder. İşveren işçilerin sözleşmeden doğan ücret ve diğer haklarını işverenin temerrüdü hükümleri (BK. m.325) uyarınca ödemek zorunda kalır. Ancak, İş K. m.21/III de getirilen düzenleme nedeniyle işverenin işçilerin ücret ve diğer haklardan sorumluluğu dört ayla sınırlıdır.

İşverenin 29. madde uyarınca ilgili mercilere kapatma bildiriminde bulunmasına karşın, faaliyetine ara vermeden işe yeni işçiler alarak devam etmesi veya çok kısa bir süre içerisinde faaliyete tekrar başlamasının hukuken sabit olması durumunda, kapatma hakkının ve dolayısıyla fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Burada

işçiler, İş K. m.17 ve müteakip maddeler uyarınca dava açabilirler. Bu durumda işveren gerçekte işyerini kapatmadığı için Yasanın fesihler için aradığı "geçerli sebep" oluşmamıştır. İşçiler dava yoluyla işe iadelerini talep edebileceklerdir. İşçilerin iş güvencesi kapsamı dışında kalması durumunda fesihler kötüniyetle yapılmış kabul edilir ve işçiler bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı talep edebilirler<sup>108</sup>.

İşyerini kapatan işveren, ayrıca faaliyet konusuna göre, oda ve birlikler gibi, ilgili kurum ve kuruluşlara da bildirimde bulunmalıdır. Ancak, bu bildirimlerde bulunmamanın iş hukuku anlamında bir hukuki sonucu yoktur. Sadece, işyerinin gerçekten kapanmış sayılmasında bir delil niteliği taşıyabilir<sup>109</sup>.

İşyerinin işverenin iradesi dışında idare tarafından iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle hangi hallerde kapatılacağı ve bunun usulü İş Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenmiştir. Bu konu, işyerinin idarece kapatılması bölümünde incelendiği için o bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz. İşyerini kapatma isteyen işveren için bildirim yükümlülüğü öngören hükümler vergi mevzuatı gibi çeşitli mevzuat hükümlerinde de düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenlemeler çalışmamızın kapsamını aştığından çalışmamızda incelenmemiştir.

#### IV. İŞYERİNİN İŞVEREN TARAFINDAN KAPATILMASININ İŞ SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

İşyerinin kapatılması, taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vermez. Haklı neden, sözleşmeye devamı objektif iyiniyet gereği talep edilemez kılan hukuki bir olaydır<sup>110</sup>. İş Kanunu'nda işçi ve işveren bakımından iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedebileceği haller sınırlayıcı biçimde sayılmıştır (İş K.m.24,25). Bu nedenle, Yasada sayılanlar ve bunlara benzer olaylar dışındaki bir olayı bu Yasa anlamında haklı neden olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>111</sup>. Yasada işyerinin kapanması hali, bu anlamda bir haklı neden olarak gösterilmemiştir. İşyerinin kapanması halinde taraflar sözleşmeyi ancak, bildirim önellerine uyarak, ihbarlı fesih yoluyla feshedebilirler. İşyerinin kapanması işveren açısından haklı bir sebep teşkil etmese de, geçerli sebep olarak kabulü gerekir. İş-

yerinin kapanmasının fesih için geçerli neden olarak kabulü için kapanmanın kesin ve sürekli olması gerekir (İş K. m.29/VI). Kapanma kesin ve sürekli değilse, diğer bir anlatımla, işyerinde faaliyet geçici olarak durdurulmuşsa, fesih hakkı doğmaz.

İşyerini kapatma kararı alan işveren, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sözleşmelerini İş K. m.17'de öngörülen bildirim önellerine uyararak, hemen feshetmek istemesi halindeyse, ihbar tazminatlarını peşin ödeyerek feshedebilir<sup>12</sup>.

İşçilerin iş sözleşmeleri belirli süreliyse, kural olarak işverenin sürenin sonunu beklemesi gerekir. Zira, belirli süreli iş sözleşmeleri ancak, İş K. m.25'de belirtilen haklı nedenlerin varlığı halinde feshedilebilir. İşveren iş sözleşmesini feshettiğini bildirirse dahi, sözleşmenin süresinin bitimine kadar ücret ödemek zorundadır<sup>13</sup>. İşyerinin kapanmasıysa maddede belirtilen haklı nedenler arasında sayılmamıştır. Ekonomik nedense, haklı bir neden olmayıp, ancak İş K. m.18 anlamında bir geçerli nedendir. Ekonomik nedenleri sadece ekonomik kriz ile sınırlı olarak anlamak doğru değildir. İşverenin işyerini yönetim, işleyiş ve organizasyonu ile ilgili tüm karar ve faaliyetlerini de iş sözleşmesinin feshi bakımından ekonomik neden kavramı içerisinde değerlendirmek gerekir. Ancak, bu durum işverene belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetme imkânı vermez. İşveren iş sözleşmelerini feshettiğini bildirirse dahi, sözleşmenin süresinin bitimine kadar işçiye ücret ödemekle yükümlüdür<sup>14</sup>.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, işyerinin işveren tarafından kapatılması durumunda, iş sözleşmesi işveren tarafından süreli fesih bildirim yoluyla veya işçi tarafından haklı nedenle sona erdirilebileceğinden, işçi diğer şartları taşımak koşuluyla kıdem tazminatı ve işsizlik ödeneği almaya hak kazanacaktır. İşyerinin sırf kapatılması, kıdem tazminatına hak kazanmak için yeterli değildir. Kapatılan işyerinde çalışan işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için kapanma nedeniyle iş sözleşmelerin sona ermesi gerekir. Ayrıca Deniz İş K. m.14/IV uyarınca geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya savaş ganimeti ilan edilmesi veya Türk bayrağından ayrılması hallerinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılacağından işsiz kalan sigortalı gemi adamına işsizlik ödeneği ödenecektir (İSK. m.51/e).

## V. İŞYERİNİN İŞVERENCE KAPATILMASI HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ

İşyerinin kapanması yukarıda belirttiğimiz gibi, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir neden değildir. İşyeri kapandıktan sonra da iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyeceğinden, tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçları devam eder. İş sözleşmesinin sona erebilmesi için taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunması gerekir. Ancak böyle bir durumda iş sözleşmesinin sınırsız bir süre devam edeceği kabul edilemez. Bu nedenle, işçilerin olayın özelliğine ve dürüstlük kuralına (MK. m.2) göre makul bir süre beklemeleri ve bu süreden sonra iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshederek tazminat ve diğer haklarını talep edebileceklerinin kabulü gerekir<sup>15</sup>. Kanımızca, bu yolla, gerçekte işyerini kapatmak isteyen işverenin, iş sözleşmelerini feshetmeyerek kapatmanın sonuçlarından kurtulması önlenmiş olacaktır. Gerçek amacı işyerini kapatmak olmasına rağmen, kendisine getireceği yükten kurtulmak isteyen işveren, kapatmayı gizlemek amacıyla, işyerinde ücretsiz izin uygulamasına giderek, iş sözleşmelerinin askıda olduğunu iddia edebilir. Bu durumda işçiler, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilirler. Bu durumda, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteyebileceğinin de kabulü gerekir<sup>16</sup>.

İşçi, bu durumda ücretinin tam olarak ödenmesini isteyebilir. Ücreti işveren tarafından ödenmezse, İş K. m.24II-e uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca, çalışma şartlarının uygulanmadığı gerekçesiyle de iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yoluna giderek (İş K. m.24/II-f), buna bağlı tazminatları talep edebilir<sup>17</sup>.

İşyerinin kapanması halinde, iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermediğinden, sözleşme işveren tarafından sona erdirilene kadar, işçi sözleşmeden kaynaklanan bütün haklarını işverenin temerrüdü hükümlerine dayanarak işverenden talep edebilir. İşverenin işyerini kapatmakta kusuru bulunmasa dahi, işçinin edimini ifa talebinin reddedilmesini haklı kılan objektif bir neden bulunmuyorsa temerrüde düşmüş kabul edilir. İşyerinin kapanmış

olması, ifayı kabulden kaçınmak için objektif neden teşkil etmez. İşyerini kapatan işveren, usulüne göre iş sözleşmelerini feshetmelidir. İşyerinin kapanması ancak, fesih için geçerli bir neden oluşturur. İşveren iş sözleşmelerini feshedene kadar mütemerrit durumdadır ve işveren temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, mücbir sebepten dolayı işyeri kapanmışsa, bu hal işverenin ifayı red veya kabulden kaçınmasını haklı kılan objektif bir neden oluşturur ve işverenin temerrüde düşmesi söz konusu olmaz<sup>118</sup>.

İşveren işyerinde fiilen faaliyeti durdurmasına rağmen, kapatmaya ilişkin işlemleri yapmaması ve iş sözleşmelerini usulüne göre feshetmemesi halinde, işçilerin durumunun ne olacağına açığa kavuşturulması gerekmektedir. Böyle bir durumda iş sözleşmeleri varlığını sürdürdüğünden, işçilerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri devam etmektedir. Bu nedenle işçilerin başka bir işte çalışmaları da söz konusu olamayacaktır. İşçilerin mağduriyetine yol açmamak için, bu gibi hallerde iş sözleşmesinin işveren tarafından, sözleşme belirsiz süreliyse, en yakın ihbar süresinin sonunda, belirli süreliyse, belirli sürenin sonunda feshedildiğinin kabulü gerekir kanısındayız.

İşveren, iş sözleşmesini geçersiz bir nedenle feshettikten sonra ve işçi henüz dava açmadan işyerini kapatırsa, işçinin işe iade davası açması söz konusu olamayacaktır. Bu taktirde işçi ancak ödenmemişse, kıdem ve ihbar tazminatıyla diğer işçilik haklarını talep edebilir. İşçi dava açtıktan sonra ve dava görülürken işyeri kapatılırsa, iade talebini içeren bu dava konusuz kalır. Mahkemenin işe iade ve tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Mahkeme bu durumda, feshin geçersiz nedenle yapıldığına karar verirse, sadece fesih tarihinden işyerinin kapanması tarihine kadar en çok dört aylık ücretin ödenmesine karar verebilir. Mahkeme iade kararı verdikten sonra, işçi henüz işverene başvurmadan veya başvurmakla birlikte, işverenin işçiyi başlatması için öngörülen bir aylık süre dolmadan işyerinin kapatılması durumunda, işçinin iade hakkında yararlanması ve dolayısıyla mahkemenin ilamında belirlenmiş bulunan tazminatı talep etmesi mümkün olmaz<sup>119</sup>. Ancak, işçinin başvuruda bulunmasına rağmen işverenin işçiyi işe kesin ve açık olarak başlatmayacağı veya başlatmayacak durumda olduğu, işçiye bildirilmişse ve

bu durum kesin delillerle ispat edilirse, örneğin, işveren işçiye ihtar çekerek açıkça işe başlatmayacağını belirtmişse, işçinin mahkemenin öngördüğü tazminatı da talep edebileceği kanısındayız.

## VI. İŞVEREN TARAFINDAN KAPATILAN İŞYERİNİN YENİDEN AÇILMASI HALİNDE ESKİ İŞÇİLERİN DURUMU

Kapatılan bir işyerinin aynı işveren veya yeni bir işveren tarafından yeniden açılması her zaman mümkündür. Bu durumda işveren, yeni işyerini İş K.m.3'e uygun olarak bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmesi gerekecektir. Kapatılan bir işyerinin başka bir işveren tarafından yeniden açılması durumunda, İş hukuku anlamında bir devir söz konusu olmaz. İş hukuku anlamında bir devirden söz edebilmek için, işyerinin işler biçimde işçileriyle birlikte, yeni işverene geçmiş olması gerekir. İşyerinin kapatılmasından sonra, yeni işveren tarafından yeni bir işyeri olarak açılması ve yeni işyerindeki işin yeni işverenin kendi sorumluluğu altındaki başka işçiler tarafından yapılması durumunda işyerinin devrinden söz edilemez<sup>120</sup>.

İşyerinin tamamen kapatılması durumunda işveren, "toplular işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır" (İş K. m.29/VII). Çağrı sonucu yeniden işe alınan işçinin iş sözleşmesinin içeriği konusunda Yasada bir açıklık yer almamaktadır. İşyerinin kapatılması halini de kapsayan 1475 sayılı Yasanın 24. maddesine ilişkin olarak varılan sonucun burada da geçerli olacağı ve eski işçinin günün koşullarına göre işe alınacağına kabulü gerekir kanısındayız<sup>121</sup>.

Kanımızca, işyerinin kapanma tarihiyle iş sözleşmesinin sona erme tarihleri farklı olduğu durumlarda, toplular işçi çıkarmanın kesinleştiği tarih esas alınmalı ve 6 aylık süre bu tarihe göre hesaplanmalıdır. Toplu işçi çıkarmanın kesinleştiği tarihe kanımızca, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verildiğinin bölge müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumu'na bildirilmesinden ve işyerinde ilânından otuz gün sonrasıdır. Zira 29. madde de bu durumun en az otuz gün önceden bildirimini ve ilânını öngörmektedir. Bu-

rada ilk önce akla bu bildirim ve ilânın farklı tarihlerde yapılması durumunda işyerinin ne zaman kapanmış sayılacağı dolayısıyla toplu işçi çıkarmanın hangi tarihte kesinleşmiş kabul edileceği gelmektedir. Bu durumda, en son yapılan işlemin tarihi esas alınmalı ve toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı aylık sürenin hesabının, buna göre yapılması gerektiği ileri sürülebilir. Kanımızca, burada bölge çalışma müdürlüğüne yapılan bildirim tarihi esas alınmalı ve 6 aylık süre, buna göre hesaplanmalıdır.

Boş binalar, yahut faaliyeti durdurularak kapatılan bir işyerinde, arda kalan binalarında, makine ve diğer eşyalar bulursa dahi burası iş hukuku anlamında işyeri sayılmaz. Bu bina ve makinelerin satımı veya kiralanması, taşınır veya taşınmaz satımı veya kiralanması anlamına gelecektir. Ancak, kapatılan işyerinin boş binalarını satın alan veya kiralayan işveren, aynı veya tamamen benzeri bir teknik amaca yönelik faaliyet göstermek üzere işyerini işletmeye açtığında, daha önce işyerinde çalışıp da kapanma nedeniyle işten çıkarılan işçilerin iş ilişkilerinde ve çalışma şartlarında sürekliliğin engellenmesi amacıyla yönelik bir uygulamanın var olup olmadığının araştırılması gerekir. Yapılacak araştırma sonucunda, iş ilişkilerinde ve çalışma şartlarında sürekliliğin engellenmesi amacının varlığı saptanırsa, binaların ve eşyaların taşınır veya taşınmaz olarak devri değil, işyerinin iş ilişkileriyle birlikte bir bütün olarak devralınmış olarak kabul edilmesi ve işyeri devrine ilişkin hukuki sonuçların uygulanması gerekecektir<sup>122</sup>.

Kapatılan bir işyerinin başka bir işverence yeniden faaliyete geçirilmesi halinde, yeni işveren de altı ay içinde yeniden işçi almak istediğinde işten çıkartılan işçileri tercihen işe çağırır. Burada İş K. m.29'da yer alan "aynı nitelikteki iş için" ifadesini "aynı şartlarda işletme", başka bir deyişle aynı veya benzeri bir teknik amaçla, maddi ve maddi olmayan unsurlardan yararlanarak işyerinin işletmeye açılması olarak anlamak gerekir kanısındayız. Ayrıca, önceki işveren tarafından işten çıkartılan işçi, yeni işveren işyerini tekrar faaliyete geçirip onu işe almış olsa dahi, daha önce kıdem tazminatı ödenen süre, sözleşme ilişkisi yönünden bir kesinti olduğu için daha sonra geçirdiği sürelerle birleştirilemeyecektir<sup>123</sup>.

İşyeri kapatıldıktan sonra iş sözleşmesi usulüne

göre feshedilerek kıdem tazminatı ödenen işçi de, işyeri aynı işveren tarafından yeniden açıldıktan sonra işe alınmış ve iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesi gerektirecek biçimde sona ermişse, ilk sözleşme süresi kıdem hesabında dikkate alınmaz ve sadece sonraki çalışma süresi için kıdem tazminatı ödenir<sup>124</sup>.

## VII. İŞYERİNİN İDARECE KAPATILMASI VEYA İŞİN DURDURULMASI

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulanmasını sağlamak için idarenin başvuracağı yaptırımlardan en önemlisi işyerinin kapatılması yaptırımıdır. Bu yaptırım İş Kanunu'nun 79. maddesinde ve "İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik"te düzenlenmiştir. İşyerinde idarenin uygulayacağı bu yaptırım, en etkili idari yaptırımlardan biridir. Komisyonca işyeri kapatılmasına karar verildikten sonra, işyerinin kapatılma nedeni ortadan kaldırılmadıkça, işyerinde faaliyete yeniden başlanması mümkün değildir.

İşyerinin idarece kapatılması her şeyden önce 3572 sayılı "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun"<sup>125</sup> uyarınca kuruluş aşamasında yasal ölçütlere aykırılık nedeniyle verilen ruhsatın iptal edilmesi suretiyle söz konusu olabilir. Türk hukukunda kural olarak işyerlerinin kurulması ve faaliyete geçmesi için kurma izni ve/veya işletme belgesi alma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, yetkili mercilerden açma ve çalışma ruhsatı alınması gerekmektedir. Bu ruhsat alınmadan işyeri açılmaz ve çalıştırılmaz<sup>126</sup>. Türk hukukunda işyerinin kurulması ve faaliyete geçmesi bakımından beyan sistemi kabul edilmiştir<sup>127</sup>. 3572 sayılı Kanun uyarınca, ruhsat vermeye yetkili merciler belediyeler ve mülki amirliklerdir (m.3). Başvuru üzerine belediyeler ve mülki amirlerce işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilen işyerleri, belirtilen merciler tarafından ruhsatın veriliş tarihini izleyen bir ay içinde kontrol ettirilirler. Bu süre içinde işyerinin kontrol ettirilmemesi halinde, ilgili, çalışma ruhsatı almış sayılır ve kontrol görevini süresinde yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında yasal hükümler uygulanır. Yapılan incelemede işyerinin 3572 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde yer alan ölçütlere aykırı bir şekilde kurulduğunun sap-

tanması halinde ilgiliye bir defaya mahsus olmak üzere yedi gün süre verilir. Bu sürenin sonunda mevzuata aykırılığın giderilmediği anlaşılırsa, ruhsat iptal edilerek işyeri kapatılır (3572 Sayılı Kanun m. 6, İAÇRİY. m.9).

İş güvenliği mevzuatımıza göre, işyerinin kapatılabilmesi için işyerinde işçilerin "yaşamı için tehlikeli bir hususun" bulunması gerekir (İş K. m.79/I, (İİ-DİKDY. m.10)<sup>128</sup>. Şu halde, işyerinde iş güvenliği açısından herhangi bir eksikliğin varlığı işyerinin kapatılması için yeterli değildir. İşyerinin kapatılması yaptırımının uygulanabilmesi için örneğin, makine koruyucusunun bulunmaması, eskimiş buhar kazanının her an patlayacak durumda olması, metan gazının yüksekliği nedeniyle grizu patlaması olasılığı gibi işçilerin yaşamına mal olabilecek önemli bir iş güvenliği tehlikesinin varlığı gerekir<sup>129</sup>.

İşçilerin hayatı için tehlikeli bir hususun saptanması halinde, tehlike giderilinceye kadar, işyerini kapatmaya yetkili komisyonca, işyerindeki tehlikenin niteliğine ve büyüklüğüne göre işyerinin tamamen veya kısmen kapatılmasına karar verilir. İşyerinde işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından ortaya çıkan tehlikenin yaşamsal bir tehlike olup olmadığına ve dolayısıyla işyerinin kapatılmasına, işyerini kapatmaya yetkili komisyon karar verecektir. İşyerinin kapatılması için, "hayati bir tehlikenin ortaya çıkması" yeterlidir. Tehlikenin "acil veya yakın bir tehlike" olması gerekmez<sup>130</sup>. Uzun vadede gerçekleşecek hayati tehlikeler de bu kapsama girmektedir<sup>131</sup>.

İşyerinin kapatılması kararının uygulama süresi, tehlikenin giderilmesiyle sınırlıdır. Gerçekten 79. maddede işçilerin yaşamı için saptanan tehlike giderilinceye kadar işyerinin kapatılacağı öngörülmektedir (İş K. m.79/I). İşveren tarafından, kapatılan işyerinde, kapatmaya gerekçe teşkil eden noksanlıkların giderildiğinin, bölge müdürlüğüne bildirilmesinden sonra durum müfettişçe derhal incelenir ve sonucu raporla komisyona bildirilir. Komisyon, konuyu görüşerek kapatma kararının kaldırılmasına veya devamına karar verir. Karar işverene tebliğ edilir ve mülki amire bildirilir. Kapatma kararının kaldırılması durumunda, mülki amirin emri üzerine, güvenlik kuvvetlerince mühür sökülerek işyeri açılır. Durumu belirleyen bir tutanak düzenlenir ve bölge müdürlüğüne gönderilir (İŞDİKDY. m.16).

İdare tarafından işin durdurulması veya işyerinin kapatılması işverene yönelik bir yaptırım oldu-

ğundan, işçilerin bundan etkilenmemesi ve zarar görmemesi gerekir. Bu husus İş K. m. 79/IX'da açıkça düzenlenmiştir. Bu bende göre "Bu maddenin birinci fıkrası gereğince makine, tesisat ve tertibat veya işin durdurulması veya işyerinin kapatılması sebebiyle işsiz kalan işçilere işveren ücretlerini ödemeye veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermeye zorunludur".

İş K. m.79/IX uyarınca, idarece işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde işçiler ile işverenler arasında var olan iş sözleşmeleri varlığını devam ettirecektir. Bunun sonucu olarak da, tarafların aralarında var olan iş sözleşmesinden doğan borçlar, eskisi gibi varlığını sürdürecektir<sup>132</sup>. İşyerinin idarece kapatılması, işveren açısından bir haklı fesih nedeni değildir. Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin işverence hangi hallerde haklı nedenle derhal feshedilebileceği, İş K. m.25'de sınırlayıcı olarak düzenlenmiştir. Maddede işyerinin idarece kapatılması hali haklı neden olarak kabul edilmemiştir. Böyle bir durumda işveren, işçilerin iş sözleşmelerini şartları varsa, ancak, ihbarlı fesih yoluyla sona erdirebilir.

İşyerinin idarece kapatılması hali, iş sözleşmelerini kendiliğinden sona erdirmeyeceği gibi, kapanmayla salt işverenin işçilere iş verememesi de fesih olarak yorumlanamaz<sup>133</sup>. İşveren, ya işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemeye devam edecek, ya da işçilere yeni bir iş verecektir. Faaliyeti durdurulan işyeri tekrar faaliyete geçinceye veya kapatılan işyeri tekrar açılıncaya kadar, işveren işsiz kalan işçilerin ücretlerini aynen eskisi gibi ödemeye devam edecektir. Yasada işyerinde İş K. m.79 uyarınca işin durdurulması veya kapatılması halinde işveren, hukuken temerrüde düşmüş alacaklı olarak kabul edilmiştir<sup>134</sup>. Ancak, işveren, faaliyeti durdurulan ya da kapatılan işyerlerinde çalışan işçilerin ücretlerini ödemeye devam etme yerine, bu işçilere başka iş verme yolunu seçerse, bu durumda verilen yeni işin işçilerin işçilik haklarında ve çalışma koşullarında olumsuz yönde bir değişikliğe yol açmaması gerekir<sup>135</sup>. İşçiye başka bir iş verme, ancak işin bir bölümünün durdurulması halinde söz konusu olabilir. Eğer işyeri kapatılmışsa, işçinin ancak işverenin başka işyerinde çalışması söz konusu olabilir. Bu durumda da, işçinin meslek ve durumuna uygun bir iş verilmelidir.

Kanımızca, işçi bu öneriyi objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı sürece kabul etmek zorundadır<sup>100</sup>. İş K. m.79/IX'a göre, işverenin işçiye verdiği bu yeni iş, hem onun ücretinde bir düşüşe yol açmayacak, hem de onun mesleğine veya daha önce yapmakta olduğu işe uygun bir iş olacaktır. Bu iki husus dikkate alınmadan, işçiden başka bir işte çalışması istenemeyecektir. O halde, işçiden yapması istenen yeni işin niteliği, önem kazanmaktadır. İşçiye yeni iş verilirken, işçinin beden işçisi, fikir işçisi, vasıflı işçi, vasıfsız işçi olması dikkate alınmalıdır. İşyerinde fikir işçisi olarak çalışan işçinin, beden işçisinin, vasıflı işçinin vasıfsız işçinin yaptığı işe verilmesi, İş K. m. 79/IX'a aykırılık teşkil edecektir. İşverenin vereceği işin, işçinin eskisinden daha az ücret almasına yol açmaması gerektiği gibi, verilen işin daha alt düzeyde olmaması ve işçi için bir prestij kaybına da yol açmaması gerekir<sup>101</sup>. İşçinin işinin yanında, ücretinin hesaplanma biçiminde de zararına olarak herhangi bir değişiklik olmamalıdır. Yargıtay, işçinin, yeni işinden aldığı ücretin, eski işinden aldığı ücretten az olması halinde, aradaki farkın işverenden istenebileceğine karar vermiştir<sup>102</sup>.

İşyerinde işin durdurulması veya kapatılması nedeniyle, işçinin işinin değiştirilmesi, onun zararına yol açarsa; bu durum, olayın özelliğine göre çalışma koşullarının işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi şeklinde nitelendirilebilir ve İş K. m.22 hükmü uygulanabilir. Ancak, değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde, işverenin iş sözleşmesini bu nedene dayanarak feshedemeyeceği kanaatindeyiz. Aksi halde, işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasından dolayı hiçbir kusuru olmayan işçi cezalandırılmış olacaktır. Bu nedenle, kendisine önerilen iş, çalışma koşullarında esaslı değişikliklere yol açıyorsa, işçi, yeni işi kabul etmeyerek, işverenden ücretinin ödenmesine devam edilmesini isteme hakkına sahip olabilmelidir. Zira, İş K. m.79/IX' da işverene tanınan, işçiye başka bir iş verebilme hakkı, ancak, daha önceki ücretine, mesleğine veya durumuna uygun bir işin kendisine önerilmesi koşuluna bağlanmıştır. Aksi anlayış, işçinin cezalandırılması anlamına gelecektir. İşverenin ücret ödeme yerine yeni bir iş verme yoluna gittiğinde, bu yeni işin, iş şartlarında esaslı değişiklik yapıldığı gerekçesiyle işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, artık ücret ödeme zo-

runda olmadığını ileri süremez. Zira, işverenin kusurundan dolayı işçi daha alt düzeyde bir işte çalışmak zorunda bırakılamaz. Yasakoyucunun bu yönde bir amacının olduğunu söylemek de mümkün değildir görüşünderiz<sup>103</sup>.

Kanımızca, işveren işçiye, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması nedeniyle ücret ödeme yerine, meslek ve durumuna uygun bir iş verme yolunu seçerse, işçi bu işi kabul etmek zorundadır. Bu işçinin sadakat borcunun bir sonucudur.

Ayrıca, işçi, İş K. m.83/VI fıkrasına göre "İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli önlemin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (D) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir".

İş K. m.83/son'da İş K. m.79 uyarınca işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Öğretide bu hüküm uyarınca, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde, işçinin çalışmaktan kaçınması ve/veya iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi olanağının söz konusu olamayacağını belirten yazarların yanında<sup>104</sup>, böyle bir durumda "işçiye haydi haydi haklı nedenle fesih hakkı verdiğinde bir tereddüt bulunmamak gerektiğini" belirtenler de olmuştur<sup>105</sup>.

Kanımızca, bu hüküm uyarınca işçinin çalışmakta kaçınma hakkını kullanması zaten fiilen mümkün değildir. Ayrıca işin durdurulması veya işyerinin kapanması durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınabilmek için maddede öngörülen yakın, acil ve hayati bir tehlikeyle de karşı karşıya kalması söz konusu değildir. İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde çalışmama hakkının ne anlamı kalır ki... Bir hakkın kullanılabilmesi için o hakkı kullanabilmek mümkün olmalıdır. İşin durdurulması ve işyerinin kapatılması halinde, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmesi konusunda ise, işveren işçiye gerçekten m.79/IX uyarınca ücretini ödemeye devam eder veya ücretinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumuna göre başka bir iş vermişse artık iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği görüşünderiz. Ancak, işveren bu yükümlülüklerini yerine getirmezse, işçi iş sözleşmesini İş K. m.83'de öngörülen İş K. m.24/I uyarınca değil, fakat, İş K. m.24/II-e uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir<sup>106</sup>.

## VIII. İŞYERİNİN KAPATILMASININ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İşyerinin kapatılması halinde, uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin sona erip ermeyeceği konusunda yasa da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, işyerinin herhangi bir sebeple temelli kapatılması ve işin tamamen tasfiyesi halinde, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin kural olarak sona ereceği kabul edilmektedir<sup>145</sup>. Ancak, toplu iş sözleşmesinde kapanmaya ya da iş sözleşmesinin feshine ilişkin özel hükümlerin varlığı halinde, bu hükümlerin uygulanması gerekir<sup>146</sup>.

Kapanan bir işyerinin, aynı veya farklı işveren tarafından yeniden açılması söz konusu olabilir. Burada, işyerinin kapatılmasının yasadışı lokavt olup olmadığını bir tarafa bırakacak olursak, o işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin süresi henüz dolmamışsa, yeni işverenin de sözleşmeyle bağlı kalacağı ve sözleşmenin yeniden uygulamaya geçeceğinin kabulü gerektiği kanısındayız<sup>147</sup>. Diğer bir anlatımla, toplu iş sözleşmesi, öngörülen sürenin sonuna kadar o işyerinde geçerliliğini sürdürecektir<sup>148</sup>. İşyeri kapatıldıktan altı ay sonra yeniden açılması halinde, işverenin işten çıkardığı işçileri yeniden işe alma yükümlülüğü (İş K. m.29/VI-I,c.2) bulunmaktadır. İşveren toplu iş sözleşmesinin süresi sona erene kadar sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edeceğinden, işe yeni alınan işçiler de üyelik veya dayanışma aidatı yoluyla bu sözleşmeden yararlanma hakkına sahip olacaklardır<sup>149</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce, yetki safhasında veya grev aşamasından önce işyerinin kapatılması halindeyse, işverenin değişikliğini düzenleyen TİSGLK m.8 uygulanmayacaktır<sup>150</sup>. Zira, ortada henüz imzalanmış ve yürürlüğe girmiş bir sözleşme yoktur. Böyle bir sözleşme olmayınca da, işveren tarafının değişikliğinden söz edilemeyecektir. Ancak, uygulamada işyerinin kapatıldığı ve kısa bir süre içerisinde başka yerde faaliyete geçirildiği görülmektedir.

Kanımızca, böyle bir durumda, işveren kötüniteli ise, bu yola sırf sendikadan kurtulmak ve işçilerin toplu iş sözleşmesiyle getirilecek haklardan mahkum bırakmak amacıyla başvuruyorsa, sendikanın yetkisinin devamının kabulü doğru olacaktır. Nitekim, Yargıtay da; bir kararında, işyerinin

Öğretide, işyerinin herhangi bir sebeple temelli kapatılması ve işin tamamen tasfiyesi halinde, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin kural olarak sona ereceği kabul edilmektedir.

kapatılarak başka bir yere naklinde, alınan yetkinin geçerliliğini sürdüreceğini belirtmiştir<sup>149</sup>.

İşyerinin kapanması durumunda, işveren niteliği sürekli olarak kaybedilmiş olacağından, işverenin aynı işkolunda başka bir işyeri yoksa, işveren sendika veya konfederasyonlarındaki üyelikleri ve görevleri, bu niteliklerini kayb ettikleri tarihte kendiliğinden sona erer (Sen. K. m.25/IV)<sup>150</sup>.

İşyerinin kapanması halinde işçinin sendika üyeliğiyle sona ermez. İşçinin sendika üyesi olmaktan kaynaklanan hak ve borçları devam eder. Sendikalar Kanunu'nda işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak işsiz kalmasının üyeliği etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (Sen. K. m.24/IV). Ancak, işsiz kalmanın geçici mi yoksa sürekli mi olduğu, objektif iyiniyet kuralları açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir<sup>151</sup>.

## IX. SONUÇ

İş Hukuku, ekonomik, teknolojik ve toplumsal değişikliklerden diğer hukuk dallarına oranla en fazla ve hızlı etkilenen hukuk dalıdır. Gerek ülke, gerekse işletme düzeyinde yaşanan ekonomik krizler sonucunda işyerlerinde toplu işçi çıkarma, kısa çalışma, ücretsiz izin uygulamalarına gidildiği, hatta işyerlerinin kapandığı görülmektedir. İşyerinin kapanmasının işçi açısından olduğu gibi, toplumsal açıdan da ağır etkileri olmaktadır. Bu ağır etkilere karşın, mevzuatımızda işyerinin işverence kapatılması, girişim özgürlüğünün bir sonucu olarak aşırı serbesti içerisinde düşünülmüş ve kural olarak işverenin bu yönde bir beyanda bulunması yeterli görülmüştür. Öyle ki, işyerini kapatmak isteyen işverene herhangi bir neden gösterme zorunluluğu dahi öngörülmemiştir. Bunun tek istisnasını ise, toplu görüşme sırasında işyerinin kapatılması teşkil etmektedir.

Türk hukukunda işyerinin kapatılması, işletme

gereklere ile fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak, sonuçları bakımından işyerinin kapanması durumunda, kapanmanın işverenin kusuruyla ortaya çıkıp çıkmadığına göre bir ayrıma gidilmesi uygun olacaktır. Yine, işyerinin kapanması durumunda feshin son çare olma ilkesi ayrı ve özel olarak düzenlenmelidir. Özellikle, işyerinin kısmen kapanması, işletmeye dahil işyerlerinden birinin kapanması, holding bünyesinde yer alan işletmelerden birinin kapanması durumunda, bu ilke özel bir öneme sahiptir. Bu düzenlemeler yapılırken, uluslararası ve uluslararası hukuk dikkate alınmalıdır.

İşyerinin kapanması durumunda feshin sonuçlarının en aza indirilmesi bakımından işverene bir takım yükümlülüklerin getirilmesi uygun olacağı kanısındayız. Özellikle, kapanan işyerinde çalışan işçilerin eğitimi konusunda işverene getirilecek yükümlülükler, kapanmanın etkilerini en aza indirmede yardımcı olacaktır. Bu kapsamda, devlet ve işverenlere, kapanmanın toplumsal etkilerinin azaltılması için bir takım yükümlülükler getirilebilir. Özellikle, buldukları yöre açısından hayati önemi olan işletmelerin kapanması durumunda bu zorunluluk daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır.

## DİPNOTLAR

- 1 Emine Tuncay Kaplan, "Kanun Dışı Lokavt ve Ekonomik Nedenlerle İşyerinin Kapatılması", Türk Kamu-Sen, Mart 1992, 15.
- 2 Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, 537.
- 3 Münir Ekonomi, İş Hukuku, C.1, Ferdî İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1984, 57.
- 4 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.1, 4.Bası, İstanbul 1987, 11; Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 69; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 33.
- 5 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, 54.
- 6 Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 72.
- 7 Çelik, İş Hukuku, 54
- 8 Seza Reisoğlu, "Aynı İşyerinde; Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar", TÜHİS, C.12, S.3, Kasım 1990, 3.
- 9 Fevzi Şahlanan, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren", İHD, C.II, 1992, 332; Karşı yönde bkz. Nizamettin Aktay, "Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar", KAMU-İŞ, C.3, S.3, Ocak 1994, 19-20.
- 10 Münir Ekonomi, Öner Eyrenci, "Hizmet Akinin Devri İle İşverenin Değişmesi", Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, 1205.
- 11 Antoine Mazeaut, Droit du Travail, Montchretien, 3. édition, Paris 2002, 60.
- 12 Faruk Andaç, İş Hukuku, Ankara 2001, 124.
- 13 Ursula Honenadel, Marc Profanter, "Die Betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses", C.Marraud, F. Kessler, F. Gréa, La Rupture du Contrat de Travail en Droits Français et Allemand, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg 2000, 321; İbrahim Aydınli, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, 9.
- 14 Fransız hukukunda işletmenin kesin olarak kapatılması ve faaliyetine tamamen son verilmesi Art R.432-16'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu madde işletmenin tamamen kapanması halinde uygulama alanı bulur. Bu nedenle, maddenin uygulanabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin tam olarak sona ermesi gerekir. İşletmede meydana gelen yapısal değişiklikler, maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bkz. Maurice Cohen, Le Droit Des Comités D'entreprise et Des Comités de Groupe, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2000, 819-820; Belçika hukukunda ise, işletmenin faaliyetinin kesin olarak sona ermesi veya işçilerin dörtte üçünden fazlasının işine son verilmesi, kapatma olarak kabul edilmektedir. Daha açık anlatımla, işletmede yürütülen temel faaliyetin kesin olarak sona ermesi veya işletmenin bölünmesi durumunda, işletmede çalışan işçilerin sayısının faaliyetin sona erdiği yıldan bir önceki yılda işletmede çalışan ortalama işçi sayısından dörtte birinin altında olması, işletmenin kapanması olarak kabul edilmektedir. Yasa, işletmenin faaliyetine ara verilmesiyle kesin olarak sona ermesi arasında bir ayrım yapmamıştır. 20'den az işçi çalıştıran işyerlerinde kapanmaya ilişkin hükümler uygulanmaz. Bkz. Vincent Neuprez; Jacques Clesse, Le Droit Social En Belgique, LAMY S.A., Paris 1992, 85; Dossiers Internationaux Francis Lefebvre, Belgique, Juridique, Fiscal, Social, Comptable, Édition Francis Lefebvre, Paris 1994, 313.
- 15 Honenadel, Profanter, 321-322; Ulucan, Geçerli Neden Kavramı, 29.
- 16 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 78.
- 17 Nicole Catala, Droit du Travail, l'Entreprise, Dalloz, Paris 1980, 99; Géard Couturier, Traité de Droit du Travail, 2. Les Relations Collectives de Travail, Presse Universitaires de France, Paris 2001, 23.
- 18 Honenadel, Profanter, 321; Catala, L'entreprise, VI; Ekonomi, İş Hukuku, 64; Aydınli, 18.
- 19 Catala, L'Entreprise, 99; Münir Ekonomi, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 425.
- 20 Ali Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, 66.
- 21 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2003, 182-183.
- 22 Holding, ticari veya sınai faaliyette bulunmayan, başka işletmelerin pay senetlerini elde ederek, o işletmenin yönetimini ele geçirmek amacıyla faaliyet gösteren işletmedir. Holding, "ana işletme" ve onun yönetim ve sevk bakımından hakimiyeti altında olan "yavru işletmeler" den meydana gelir. Bir ortaklık diğer bir ortaklığı kontrol ettiğinde holdingin varlığından sözedilebilir. Bkz. Corinne Pizzio-Delaporte, La Mobilité Du Salarié Dans Le Groupe De Dimension Communautaires: Aspects Juridiques, These Pour Le Doctorat en Droit De L'Université Paris II, 1993, 93; Yaşar Karayalçın, "Üst Kuruluşlar Hukuku", Batider, C.XVI, S.1, Haziran 1991, 28 vd.



- 23 Modern işletme kavramı bakımından konu ele alındığında, farklı yerlerde ve her biri ayrı ortaklık olarak faaliyette bulunmakla birlikte, üretim ve ticari bakımdan birbirini tamamlayan ortaklıkların bazı koşullar altında bir hukuksal bütünlük oluşturdukları kabul edilmekte ve bu durum, "örtünün kaldırılması" (piercing the veil) teorisi olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 131.
- 24 Fransız Hukukunda şirket gruplarının bir işletme bütünü oluşturup oluşturmadıklarına göre bir ayırma gidilmektedir. Eğer, gruba dahil şirketlerin faaliyetleri birbirinden çok farklı ve her bir şirketin her bir statüsünde farklı ve kendi elamanlarını çalıştırıyorsa, grup tek bir işletme olarak değil, farklı işletmelerden oluştuğu kabul edilir. Eğer, grubu oluşturan şirketlerin faaliyetleri birbirini tamamlar nitelikteyse ve şirketlerde çalışan personel değişebilir nitelikteyse, bir personel şirketlerin tamamında görev yapıyorsa artık şirket grubunun ekonomik ve sosyal yönden bir bütünlük oluşturduğu, diğer bir ifadeyle işletme teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoin Jeammaud, Droit du Travail, Dalloz, 21. Edition, Paris 2002, 700.
- 25 Aksi yönde bkz. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 428.
- 26 Véronique Roy, Droit du Travail 2002, Dunod, Paris 2002, 99; Michel Morand, Jeand-Michel Mir, Pascal Lagoutte, "La Mobilité", Liaisons Sociales, 31: Decembre 1889, 9; Denis Gatamel, Le Droit du Travail en France, Édition Francis Lefebvre, Paris 2002, 164; François Taquet, La Rupture du Contrat de Travail, Édition EFE, Paris 2002, 82-83; Antoine Mazeaud, Droit du Travail, 3. Édition, LGDJ Montchrestien, Paris 2002, 412.
- 27 Catala, L'Entreprise, 534.
- 28 Aynı yönde bkz. Ali Rıza Okur, İHU, İş K.14 No.26; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 131.
- 29 Aynı yönde bkz. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 428; Fransız hukukunda, işçinin kıdeminin hesabı, gruba dahil şirketlerde yaptığı çalışmaların tamamı üzerinden hesaplanmaktadır. Bkz. Jacques Barthélémy, Nicolas Coulon, Jacques Égal ve diğerleri, Les Droits Des Grupes de Sociétés, Dalloz, Paris 1991, 303.
- 30 Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 435.
- 31 Dominique Asquinazi-Bailleaux, Risque Professionnel et Protection de l'Emploi, Thèse Pour Doctorat en Droit, Paris 1995, 228; François Chabas, Fabrice Gréau, Force Majeure, Rcp, Civ, Dalloz, Septembre 2002, 2; G.H.Camerlynck, Contrat de Travail, Traité de Droit du Travail, Dalloz Paris, 1968, 288; Pélissier, Supiot, Jeammaud, 489-490; A.Pulat Gözübüyük, Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, 24.
- 32 Claud Wantiez, Introduction au Droit Social, Entreprise, De Boeck&Larciers 5. Édition, Paris 1999, 106; Camerlynck, 291.
- 33 Jean-Paul Antona, La Rupture Du Contrat De Travail, Guide Juridique et Pratique, Edition d'Organisation, Paris 1998, 216; Mücbir sebep, genel olarak, mutlak veya geçici ifa imkansızlığına yol açabilir. BK.m.117'ye göre, borçluya yüklenemeyen nedenler yüzünden borcun ifası imkansız hale gelirse, borç sona erer ve alacaklı tazminat da isteyemez. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen ifa imkansızlığı nedeniyle borç sona ermişse, borcundan kurtulmuş olan borçlu, karşı taraftan almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri vermekle yükümlüdür. Diğer bir anlatımla, mücbir sebep, bir kusursuz imkansızlık hali olarak iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine nedenidir. Bkz. Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK.117), İstanbul 1976, 124.
- 34 Roy, 89; Catala, L'entreprise, 269; Tunçomağ, Centel, 205; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 455.
- 35 Roy, 108; Pélissier, Supiot, Jeammaud, 498; Catala, L'entreprise, 270; Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 440.
- 36 Tunçomağ, Centel, 108, 205; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 150.
- 37 Engin, İşletme Gereklileri İle Fesih, 43.
- 38 A. Can Tuncay, "Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler", MESS, Mercek, Ekim 2002, Y.7, S.28, 66.
- 39 Devrim Ulucan, "AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Tasarısında Yeralan Esnek Çalışma Düzenlemeleri", MESS, Mercek, Temmuz 2003, 65-66; Polat Soyer, "İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, 195.
- 40 Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 443.
- 41 Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 443.
- 42 İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için gerekli olan işverenin ifayı kabul imkansızlığı içinde bulunabilmesi için ifa engelini mutlaka teknik anlamda bir "mücbir" sebep şeklinde ortaya çıkması gerekmez. Mücbir sebebin yanında, işverenin bütün çabayı göstermiş olmasına rağmen ifayı kabul engeli içine düşmesi halinde de (Chômage technique), askı koşulu gerçekleşmiş sayılır. Bkz. Jean-Marc Béraud, La Suspension du Contrat de Travail, Éditions Sirey, Paris 1980, 51.
- 43 Camerlynck, 223.
- 44 Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, 69-70; Öner Eyrenci, "Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001 (Baro Dergisi 2001/4 sayısının eki), 41.
- 45 İş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan işletmeye ilişkin nedenlere, işyerinde faaliyete ara verilmesine, geçici olarak kapanmasına yol açan ekonomik, teknik zorunluluklar, yangın, deprem ve su basması gibi doğal afetler örnek olarak verilebilir. İşyerine ilişkin olmakla birlikte, işletme riski niteliğindeki nedenler, askı nedeni olarak kabul edilemez. Ülke çapında genel bir ekonomik kriz söz konusu değilse, ekonomik kriz ve benzeri haller nedeniyle iş sözleşmesi askıya alınmaz ve ücret ödeme borcu devam eder. İşletme riski niteliğinde olmasına rağmen, hammadde temininde güçlük karşılığında, talep eksikliği gibi durumlarda, taraflar anlaşarak iş sözleşmesini askıya alabilirler. Bkz. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 443-445.
- 46 İş K.24 III uyarınca iş sözleşmesinin askıya alınabilmesi, zorlayıcı nedenle sınırlandırılmıştır. Ekonomik konjonktürün iyi gitmemesi, stok fazlalığı, satışların düşmesi, makinelerde meydana gelecek teknik arızalar gibi, işletme riskleri maddenin uygulama alanı dışında kalır. Bu gibi, umulmayan hallerde, işçinin rızası yoksa, iş sözleşmesi kendiliğinden askıya alınmaz. İşveren, BK. m.325 uyarınca işçilerin ücretlerini ödemek zorundadır. İşçiler ücretlerinin ödenmemesi halinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedebilirler. Bkz. Süzek, Askı, 46-47.
- 47 Tunçomağ, Centel, 536.
- 48 Mollamahmutoglu, Hizmet Sözleşmesi, 192.
- 49 Ekonomi, İş Hukuku, 202; Eyrenci, Ücretsiz İzinler, 42.
- 50 Béraud, 52; Öner Eyrenci, "Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001

- (Baro Dergisi 2001/4 sayısının eki), 42; Süzek, İşyerinin Kurulması, 1338-1339.
- 51 Eyrenci, Ücretsiz İzinler, 44; Süzek, Askı, 85.
- 52 Tarafların açık veya zımni olarak anlaşarak iş sözleşmesini askıya almaları, teorik olarak tarafların anlaşmayla iş sözleşmesinde değişiklik yapmaları anlamına gelmektedir. İş sözleşmesi Yasada aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Görüldüğü gibi yeni İş Kanunu kural olarak şekil serbestisini kabul etmekle birlikte, süresi bir yıldan fazla olan sözleşmeler açısından yazılı şekil şartı öngörmüştür. Bunu BK m.12 açısından değerlendirdiğimizde, yasal olarak yazılı şekil şartı öngörülme iş sözleşmeleri açısından değişiklik sözlü veya zımni bir anlaşmayla yapılabilecekken, yazılı şekilde yapılması zorunlu olan iş sözleşmesinin değiştirilmesinin yazılı olarak yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ancak, İş K.m.22 iş sözleşmesinde her türlü değişikliğin ancak yazılı olarak yapılması zorunluluğunu getirmektedir. Artık ister yazılı olsun ister olmasın her türlü iş sözleşmelerinde yapılacak değişikliğin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, işçi açık bir kabul beyanında bulunmadıkça, ücretsiz izin önerisini susmayla kabul etmiş sayılamayacağı kanısındayız.
- 53 Süzek, İş Hukuku, 417; Askı, 47; Eyrenci, Ücretsiz İzinler, 42-43; Çelik, Ekonomik Kriz, 434-435.
- 54 Mollamahmutoglu, Hizmet Sözleşmesi, 193.
- 55 Eyrenci, Ücretsiz İzinler, 42.
- 56 Bkz. Y9HD., 26.10.2000, E.10391, K.14924, Ünal Narmanlıoğlu, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, KAMU-İŞ, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2002, 33; Aynı yönde bkz., Y9HD., 4.2.1994, E.1993/13643, K.1418, TÜBA MEVZUATBANK-PRO.
- 57 Süzek, İş Hukuku, 418; Çelik, Ekonomik Kriz, 435.
- 58 Geçici iş ilişkisi hakkında bkz. Tankut Centel, "Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri İle İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi", Çalışma Hayatımızda Esneklik, İzmir, 1994, 248; Ercan Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 12 vd.; A.Can Tuncay, "İş Kanunu Tasarısında Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi", MESS, Mercek, Nisan 2003, 57.
- 59 Kanımızca burada kurulmuş olan sözleşmenin niteliğini tarafların iradesi belirler. Eğer taraflar aralarında belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmak istemiyorlarsa, devir sözleşmesinde kararlaştırılan süre kadarlık belirli süreli iş ilişkisi kurulmuş saymak uygun olur. Bu ilişkiye belirli süreli iş sözleşmesi ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir.
- 60 Aynı yönde bkz. Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.1, S.2, Y.2004, 374; Aksi yönde, Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 87. Öğretide, geçici işçinin iş sözleşmesinin sürekli işveren tarafından geçersiz bir nedenle feshedilmesi durumunda, mahkemenin geçersiz fesih nedeniyle mahkemenin hükmedeceği geriye doğru en çok dört aylık ücretten, geçici iş ilişkisi dönemine tekabül ettiği oranda geçici işverenin de birlikte sorumlu olacağı belirtilmektedir. Bkz. Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, 376.
- 61 Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, 374.
- 62 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 87.
- 63 Antoine Jeammaud, Martine Le Friant, Antoine Lyon-Caen, "L'Ordonnancement des Relations du Travail", Recueil Dalloz 1998, 38; Gérard Lyon-Caen, "Le Pouvoir Dans l'Entreprise" Le Pouvoir du Chef d'Entreprise, Sous La Direction de Jean Pélissier, Dalloz, Paris 2002,10-11; Kadir Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", YKD., C.9, S.1-2, Ocak-Nisan 1983, 161 vd.; Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, Meter Matbaası, İstanbul 1981, 29 vd.
- 64 Fransız hukukunda, işyerini kapatma özgürlüğü, ticaret özgürlüğü (Liberté du Commerce) içerisinde kabul edilmektedir. Buna göre, ticaret özgürlüğü, girişim özgürlüğü (Liberté d'Entreprendre) ve işletme özgürlüğünden (Liberté d'Exploiter) oluşur. Girişim özgürlüğü; gerçek ya da tüzel kişilerin faaliyet konularını serbestçe seçebilme, yeni bir işletme açma ya da varolan bir işletmeyi kontrol etme veya tamamen devralabilmelerini içerir. İşletme özgürlüğü ise; tacirin borçlanması, borç verebilmesi, mal alacağı ya da mal satacağı müşterilerini seçmesi, pazarlama yöntemine ve ulusal ya da yabancı pazarlara satacağı, mağaza ya da fabrika açma ya da kapatması, reklam kampanyası yürütmesi ve buna bütçe ayırabilmesi anlamına gelir. Bkz. Alfred Jauffret, Droit Commercial, 22. Édition, L.G.D.J., Paris 1995, 50.
- 65 Catala, l'Entreprise, 407-408; Çelik, İş Hukuku, 60; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 165-166.
- 66 Ulucan'a göre, işverenin işyerini kapatma özgürlüğünü "çalışma hakkı ve ödevi"ne dayandırmak hatalıdır. Çalışma hakkı ve ödevi, program hükmü niteliğindedir ve işçilerin işlerini korumayı amaçlar; sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesi konusunda devlet organlarına somut bazı görevler yükler. Diğer bir ifadeyle Anayasada düzenlenen çalışma hakkı, gene Anayasada düzenlenen "çalışma özgürlüğünü" sınırlayacak önlemler alınması konusunda devleti yükümlü kılar. Bu nedenle, işyerini kapatma hakkının dayanağı olarak, "çalışma hakkı ve ödevi"ni göstermek yanlış olur. Bkz. Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No:3.
- 67 Reisoğlu, İşyerinin Kapatılması, 4; Kaplan, İşyerinin Kapatılması, 16; Tunçomağ, Centel, 517.
- 68 Kaplan, İşyerinin Kapatılması, 16; Reisoğlu, İşyerinin Kapatılması, 4.
- 69 Ulucan, Geçerli Neden Kavramı, 10.
- 70 Ulucan, Geçerli Neden Kavramı, (Genel Görüşme), 46.
- 71 Fevzi Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İzmir 1981, 24.
- 72 Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 5; Bülent Tanör, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986, 137-138; Diğer temel hak ve özgürlükler gibi, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü de sınırsız değildir. Girişim özgürlüğü de, diğer özgürlükler gibi yasal düzenleme ve sınırlamalara konu olabilir. Girişim özgürlüğünü sınırlandırırken de, ölçülülük prensibi önemli rol oynar. Girişim özgürlüğü sınırlandırılırken, bu özgürlüğün karşısında yer alan işçinin çalışma ve grev hakkı dikkate alınmalı, bu haklar arasında bir denge kurulmalıdır.
- 73 Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No:3; Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No:2.
- 74 Süzek, İş Hukuku, 193; Çelik, İş Hukuku, 61; Tunçomağ, Esaslar, 575; Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No:2.
- 75 Sarper Süzek, "İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması", Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, 1344; Şükran Ertürk, İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara 2002, 61.
- 76 Süzek, İş Hukuku, 193; Tanör, Sosyal Haklar, 77; Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No.2.
- 77 Ulucan, İHU, TSGLK, 17, No.2.

- 78 Tunçomağ, Centel, 501, 518.
- 79 Tunçomağ, Esaslar, 574-575.
- 80 Süzek, İş Hukuku, 194.
- 81 Süzek, İş Hukuku, 195; Ulucan, İHU, TSGLK.17, No.2.
- 82 Çelik, İş Hukuku, 61; Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No.5.
- 83 Süzek, İş Hukuku, 194; Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No.2.
- 84 Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No.5.
- 85 Y9HD, 20.5.1975, E.13656, K.311-45, Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No:2.
- 86 Y9HD, 4.10.1976, E.16581, K.18874, Kenan Tunçomağ, "İşçi İşveren İlişkilerinde Yasadışı Eylemler", Yasa Dergisi, Eylül 1978, 15-13.
- 87 Y9HD, 24.4.1975, E.1975 1602, K.1975 26769, Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No:3.
- 88 Y9HD, 8.7.1977, E.8389, K.10606, Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No:5; Bkz. Y9HD., 15.06.1990, E.6798, K.7405, Can Tuncay, Karar İncelemesi, Çimento İşv. D., C.4, S.5, Eylül 1990, 29-30.
- 89 Güven Esen, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C.II, Bireysel İş Hukuku, Kitap:2, İstanbul 1985, 130.
- 90 Y9HD, 24.4.1978, E.78/5535, K.78/6756, TÜBA/MEVZUATBANK-PRO.
- 91 Süzek, İş Hukuku, 195.
- 92 Süzek, İş Hukuku, 196.
- 93 Aynı görüş için bkz. Tunçomağ, Centel, 517-518; Tunçomağ, Esaslar, 575.
- 94 Süzek, İş Hukuku, 196; Tunçomağ, Centel, 517; Yargıtay'a göre de, "İşverenin işyerini kapattığı tarihte sendika toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi almış değildir. İşverenin devamında fayda görmediği işyerini kapatmak yasal hakkıdır. İşyerinin kapatıldığının süresinde ilgili mercilere bildirilmemesi kapatmanın yasadışı lokavt sayılması gerektirmez. Bu hususta yasal olarak belli yaptırımlar tatbik edilir. Kapatma tarihinde sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olmadığından işverenin kötüniyetinden de söz edilemez". Bkz. Y9HD, 15.1.1979, E.1979/119, K.1979/670, TÜBA/MEVZUATBANK-PRO-2.
- 95 Seza Reisoğlu, "1475 ve 275 Sayılı Yasalar Yönünden İşyerinin Kapatılması ve Hukuki Sonuçları", TÜTİS, C.3, S.2, Mart 1979, 9.
- 96 Y4.HD., 4.3.1957, E.3921, K.1069, Güzel, İşyerinin Devri, 384.
- 97 İsmet Bora Binatlı, "Bugün Yürürlükte Bulunan Mevzuata Göre İşçi Çıkartma ve İşyeri Kapatma", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, 52 vd.; Duygun Yarsuvat, "Sıkı Yönetim Uygulamasında Çalışma Hukuku", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, 111 vd.
- 98 Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 430; Reisoğlu, İşyerinin Kapatılması, 4; Kaplan, İşyerinin Kapatılması, 16.
- 99 Nuri Çelik, "Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları", KAMU-İŞ, C.5, S.3, Nisan 2000, 427; Münir Ekonomi, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", KAMU-İŞ, C.4, S.2, Haziran 1997, 169,170.
- 100 1475 sayılı yasada işyerinin kapanması halinde yapılacak bildirim "...yapılan işin tamamlanması yüzünden veya herhangi bir sebeple sürekli olarak çalışmasını bırakan işveren..."in bildirim yükümlülüğünden söz edilirken, yeni Yasada "...herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren ..."in bildirim yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Madde de herhangi bir sebeple işyerinde faaliyete son vermenin işyerinin kapatılması anlamı taşıdığı belirtilmiş ve buna ilişkin bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bkz. Şahlanan, Genel Hükümler, 32-33.
- 101 Maddede getirilen bildirim yükümlülüğünün hukuki niteliği, "kurucu" değil, "bildirici" dir. Diğer bir anlatımla, işyerinin hukuken varlık kazanması ve kapanmış sayılması için, bildirim yapıp yapılamaması bir önem taşımaz. Bkz. Sarper Süzek, "İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması", Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, 1336-1337; Esener, 122.
- 102 Esen, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 128.
- 103 Esen, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 128.
- 104 "İşyerinin ekonomik ve mali kriz nedeniyle çalışamaz duruma gelmesi nedeniyle 7.7.1982 tarihinde işveren kapatma iradesini açıklayarak bu tarihten itibaren işyeri elektrikleri de kesilmek suretiyle fiilen kapatılmıştır. Karşılıklı hak ve borçları aynı tarihte sona ermiş sayılacağından 7.7.1982 tarihinden sonraki işçilik haklarına hükmedilemez". Bkz. Y9HD, 12.09.1984, E.1984/6457, K.1984/7457, Çenberci, 653.
- 105 Esen, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 129.
- 106 Aynı yönde bkz. Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001, 48; Çelik, bu düzenlemenin isabetli olduğu görüşündedir. Yazara göre, işyerini serbestçe açabilen işverenin dilediği zaman kapatabileceği kabul edilmelidir. Bkz. Çelik İş Hukuku, 266; Aynı görüş için bkz. Kutal, İş Güvencesi Yasası, 27-28; Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, bu hükümlerin uygulanması için işyerinin tamamen kapatılması ve artık işyerinde tekrar faaliyete geçilmeyecek olması gerekir. İşyeri belli bir süre sonra tekrar açılacaksa bu hükmün uygulanma imkânı yoktur. Aynı görüş için bkz. Centel, İş Güvencesi Kanunu, 30.
- 107 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 166.
- 108 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 166.
- 109 "...Üretim faaliyetinin sona erdirileceği anılan şirket tarafından ilgili Sanayi ve Ticaret Odası Başkanlığına ve Vergi Dairesi Müdürlüğüne bildirilmiş ve İhracatçılar Birliğinden çekilmiştir". Bkz. Y9HD., 5.10.1999, E.1999/10053, K.15340, İşv. D., C.XXXVIII, S.9, Haziran 2000, 15-16.
- 110 Serkan Odaman, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, 245; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 456.
- 111 Odaman, 246; aksi görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 44; Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, 127.
- 112 Kaplan, İşyerinin Kapatılması, 19; Ulucan, İHU, TSGLK. 17, No:2.
- 113 "(İşyerinin kapatılması nedeniyle) Davacı ile yapılan belirli süreli sözleşme süre bitiminden önce feshedilmiştir. Süresi belirli sözleşmelerde ihbar öneli dolayısıyla ihbar tazminatı gerektirmez. Fesih, süresinin bitiminden önce olsa dahi bu sonuç değişmez. Zira böyle durumlarda BK. 325 maddesi söz konusu olabilir". Bkz. Y9HD., 28.12.1989, E.1989/7899, K.1989/11458, TÜHİS, C.11, S.12, Şubat 1990, 15.
- 114 Devrim Ulucan, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi", Türk- İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akdininin Hukuki Sorunları, (Der. Manfred Rehbindler, Münir Ekonomi), İstanbul 1979, 113-114; Toplu iş sözleşmesinde "toplu iş sözleşmesinin

- bitimine kadar iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği şeklinde bir hüküm varsa, kural olarak işveren iş sözleşmelerini feshedemeyecektir. Bir başka anlatımla işverenin yapmış olduğu fesih beyanı toplu iş sözleşmesinin süresi bittikten sonra geçerli olacaktır. Buna rağmen işveren işyerini kapatılarak iş sözleşmelerini feshettiğini bildirirse, toplu iş sözleşmesi süresinin sonuna kadar işçilere ücret ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Bkz. Kaplan, İşyerinin Kapatılması, 19; Reisoğlu, İşyerinin Kapatılması, 5.
- 115 Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 27; İş Hukuku, 417.
- 116 Süzek, İş Hukuku, 418; Çelik, Ekonomik Kriz, 435.
- 117 Süzek, İş Hukuku, 325.
- 118 Hamdi Mollamahmutoglu, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, 160.
- 119 Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", MESS, Mercek, Temmuz 2003, Y.8, S.31, 137.
- 120 Bkz. "Davacının işyerine ait fırın kapanmış ve aynı yerde bir yıl sonra başka bir kişi tarafından fırın açılmıştır. Davacının bu yerde çalışması olmadığından yeni fırın sahibinin davacının kıdem tazminatı ve işçilik haklarından sorumlu tutulması hatalıdır (Özet)". Bkz. Y9HD., 29.4.1998, E.1998 5764, K.1998 7930.
- 121 Çelik, İş Hukuku, 268.
- 122 Ekonomi, Kısmi Devir, 340.
- 123 Ekonomi, Kısmi Devir, 340.
- 124 Aynı yönde bkz. Tunçomağ, Centel, 223; Aksi yönde bkz. Narmanlıoğlu, 405-406.
- 125 RG., 17.6.1989, No:20198.
- 126 İşyeri Açma Çalışma ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik (RG.19.3.1989, N:20103) m.8/son
- 127 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 158.
- 128 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılan isabetli bir değişiklikle, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararının alınabilmesi için, işyerinin kurma izni ve işletme belgesine tabi bir işyeri olması şartından vazgeçilmiştir. Buna göre, kurma izni ve işletme belgesi almak zorunda olsun veya olmasın bütün işyerlerinde işin tamamen veya kısmen durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımı uygulanabilecektir.
- 129 Sarper Süzek, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, 242.
- 130 Kanımızca, işin durdurulması için öngörülen işçinin "hayatı için tehlikeli olma" ölçütü oldukça dardır. Bu ölçütün yanında tehlikenin "ciddi ve acil" olması ölçütünün aranması yerinde olurdu. Geniş bilgi için bkz. Süzek, İş Güvencesi, 267 vd., 292; Pélissier, Supiot, Jeammaud, 1083 vd.
- 131 Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 267; Osman Sarı, Türkiye'de İşyeri ve Sendika Denetimi, İstanbul 1997, 251.
- 132 İşyerinin idarece kapatılması durumunda iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermemesi, işyerinin iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık nedeniyle kapatılmasının yanında, diğer idarece kapatılma hallerinde de (Umumi Hifzısıhha Kanunu'nda (173-180), Belediyeler Kanunu'nda da (m.38) gibi) kabul edilmesi gerekir. Bu gibi durumlarda işçinin işgörmeye borcunun ifası işverenin kusuruyla imkânsızlaşmaktadır. Bu nedenle, işveren temerrüt hükümleri uyarınca işçileri ücretlerini ödemek zorundadır. Bkz. Öner Eyrenci, İHU İş K. m.13 No.17.
- 133 İşyerinin idarece kapatılması durumunda, işveren işyerini tekrar açamayacağını ve işçileri artık çalıştıramayacağını çeşitli şekillerde bildirmiş ve davranışlarından bu durum anlaşılıyorsa, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varmak gerekir. İşveren iş sözleşmelerini usulüne uygun olarak feshetmezse, yasal koşullara uymadığı için (İş K. m.17 vd.), işçi ihbar ve şartlarını taşıyorsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşveren işyerini altı ay içinde tekrar açarsa, nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırmak zorundadır (İş K. m.29/ VII). Bkz. Öner Eyrenci, İHU İş K. m.13 No.17.
- 134 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 737; Süzek, İş Güvenliği, 293.
- 135 Süzek, İş Güvenliği, 293; Sarı, 262.
- 136 Aksi yönde bkz. İlhan Uslan, Güven Esen, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C.5, İş sağlığı ve güvenliği, Kitap, 2, İstanbul 1985, 124.
- 137 Süzek, İş Güvencesi, 293; Sarı, 262.
- 138 Y9HD.4.5.1971, E.9063, K.11025. Bkz. Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, Dördüncü Bası, İstanbul 1986, 178, dn.7.
- 139 Süzek, İş Güvenliği, 294.
- 140 Murat Demircioğlu, Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul 2006, 160.
- 141 Ömer Ekmekçi, "4857 sayılı İş Kanunu'nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası (Seminer Notlar ve İş Kanunu), (25-29 Haziran 2003 Çesme), İstanbul 2003, 194.
- 142 İşyerinin idarece kapatılması durumunda işçi iş sözleşmesini İş K. m.24/III uyarınca feshedemeyeceği kanısındayız. Zira bu madde uyarınca iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilebilmesi için, çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması gerekir. İşyerinin idarece kapatılması durumunda, işveren yasal yükümlülüklerini yerine getirmediği için idarece kapatılmaktadır ve dolayısıyla işveren kusurludur. Bu durumda zorlayıcı neden için gerekli olan "kusursuzluk" unsuru gerçekleşmemiştir. İşyerinin idarece kapatılması hali de zorlayıcı neden sayılmayacağından maddenin uygulanma imkânı yoktur. Aynı yönde bkz. Öner Eyrenci, İHU İş K. m.13 No.17.
- 143 Fevzi Şahlanan, Soru ve Cevaplarla Çalışma Hayatı ve İlgili Kanunlar, İstanbul 2000, 355; Adnan Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, 219.
- 144 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 130-131.
- 145 Reisoğlu, Şerh, 131; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 195; Güzel, İşyerinin Devri, 411; Tuğ, 166.
- 146 Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri, 84,217; Tuğ, 219.
- 147 Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 249.
- 148 Reisoğlu, Şerh, 131; Ancak burada şu hususu belirtmekte yarar var ki, eğer sendika toplu iş sözleşmesi yetkisi almış ve daha sonra işyeri el değiştirmişse, yeni işveren de çağıyla bağlıdır. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Bkz. Y9HD., 29.6.1990, E.7495, K.8051. Fevzi Şahlanan, "Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 1989 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, MESS, İstanbul 1991, 146.
- 149 Y9HD., 13.7.1987, E.7421, K.7183- Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, 154.
- 150 Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C.II, İkinci Bası, İstanbul 1985, 125.
- 151 Tunçomağ, Esaslar, 317.

## Bektaş KAR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

## Mevsimlik İş

## 1. GİRİŞ

İş hukuku uygulamasında mevsimlik işler, bu işler için yapılan iş sözleşmelerinin türü ve bu işlerde çalışan işçilerin iş mevzuatı karşısındaki durumu yeterli açıklıkta değildir. Maalesef özellikle yeni çalışma türlerine yer veren 4857 sayılı İş Kanunu'nda, çok uygulaması olan mevsimlik işler ile ilgili ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İş hukuku mevzuatımızda iş kanunlarıyla mevsimlik işlerin çalışma koşulları düzenlenmiş olmasına rağmen mevsimlik işin, tam bir tanımı yapılmadığı gibi hangi işlerin mevsimlik işler olduğu da açıkça belirtilmemiştir.

Ekonomisi tarıma dayalı olan ülkemizin çalışma ilişkilerinde, mevsimlik işler oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Yılın belirli aylarında sürdürülen bu çalışmaların bir bölümü doğrudan tarımsal nitelikli olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalmaktadır. Keza turizm sektöründe de yaygın olarak mevsimlik iş sözleşmeleri gerçekleştirilmektedir.

## 2. MEVZUATTAKİ YERİ

Mevsimlik işler, işin niteliğine ve yapısına göre yılın belirli dönemlerinde ortaya çıkan veya bu dönemlerde artan faaliyetlere uygun olarak çalışılan işlerdir. Yılın belirli döneminde veya bir mevsim süresince yapılan işler için İş Kanunumuzda özel bir düzenleme ve özel bir tanım yapılmamıştır.

Mevsimlik işlere ilişkin hükümler, 4857 sayılı İş

Kanunu'nun 29/7 ve 53/3, bu kanunun 60. maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin 12, 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'un 4/f ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 17/2 maddelerinde yer almaktadır.

Buna göre;

4857 sayılı İş Kanunu'nun 29/7 maddesinde, "Mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı"

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 maddesinde, "Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmayacağı",

Bu kanunun 60. maddesine dayanılarak çıkarılan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesinde, "İş Kanununun 53. maddesinin üçüncü fıkrasında sözü geçen ve nitelikleri yönünden bir yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanacağı",

394 sayılı Hafta Tatili Kanunu 4. maddesinin 4. fıkrasında "yapıcılık, tuğlacılık, tütün, incir, üzüm, meyankökü, zeytin, ağaç palamudu, susam, fındık, pancar gibi zirai ve sınai mahsulatın işlenmesi ve manipülasyonu "gibi işler ile mevsimlik işlerin kanun kapsamı dışında tutulacağı",

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 17/2 maddesinde de, "Faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere, toplu iş sözleşmelerinin süresinin bir yıldan az olabileceği",

kurallarına yer verilmiştir.

Bu hükümlerde, mevsimlik işin tanımına yer verilmemiş, ancak yılın herhangi bir devresinde çalışmaların yapıldığı, diğer zamanlarda yapılmadığı veya çalışmanın azaltıldığı işyerleri tanımı yapılarak, bu işlerde çıkarmanın niteliğine bağlı olarak mevsim sonunda çıkarma yapıldığında toplu işçi çıkarma hükümlerinin uygulanmayacağı, mevsimlik çalışanların yıllık izin haklarının bulunmadığı, hafta tatilinde istisna oldukları, ancak Toplu İş Sözleşmesi kapsamına alınabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim birçok işkolunda, bazı hallerde iş sözleşmesinin askıya alınması toplu ve bireysel iş sözleşmeleri ile de düzenlenmektedir.

### 3. TANIMI

Mevsim denilince, ilk olarak aklımıza, yıl içindeki iklim değişiklikleri yanında, ilkbahar-yaz-sonbahar ve kış olmak üzere yılın dört mevsimi gelmektedir. Bunun yanında yıl içinde bazı atmosfer olaylarının periyodik olarak gerçekleştiği, örneğin "yağmur mevsimi", bazı ürünlerin toplandığı, örneğin "pamuk, buğday, narenciye mevsimi" ve etkinliklerin yapıldığı "tiyatro mevsimi" gibi belirli dönemler de mevsim olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü gibi adlandırmada ortak nokta, söz konusu çalışmaların, etkinliklerin yılın belirli bir kısmında yürütülmüş olmalarıdır.

Mevsimlik işler, "iş yerindeki çalışmaların yıllık belirli bir dönemde yoğunlaştığı, diğer zamanlarda ise azaldığı veya tamamen durduğu, fakat bu durumun düzenli olarak tekrarlandığı işlerdir". Bir başka anlatımla, çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Mevsimlik işlerin özelliğini yılın belirli bir döneminde periyodik, düzenli olarak tekrarlanması oluşturur<sup>1</sup>.

Mevsimlik işler terimi altında, yılın belirli dönemlerinde tam randımanla çalışıp, diğer dönem-

lerinde işçi sayısını düşüren veya faaliyetlerini tamamen durduran işyerlerinde yapılan işler olarak veya benzer mahiyette olmak üzere her zaman aynı sayıda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli dönemlerinde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın arta kalan döneminde iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet döneminin başına kadar askıya alındığı işler olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>.

Uygulamada işlerin yoğun olduğu döneme faal sezon, işlerin olmadığı döneme de ölü sezon adı verilmektedir. Faal sezonda çok sayıda işçi işbaşı yapar. İş bitince kural olarak iş sözleşmeleri sona ermez ve ertesi sezon tekrar işbaşı yapmak üzere askıya alınır. O halde mevsimlik işler; her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın arta kalan döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar askıya alındığı işlerdir<sup>3</sup>.

Mevsimlik işte, mevsime bağlı olarak yapılan iş, ölü sezon tabir edilen dönemde geçici olarak ifa edilmemektedir. Bu ifa imkânsızlığı, iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenden değil, işin mevsimsel olarak ölü sezon da yapılmamasından kaynaklanmaktadır.

### 4. MEVSİMLİK İŞLERE KONU İŞKOLLARI

Genellikle turizm sektöründe faaliyette bulunan otel, plaj kaplıca işletmeciliğinin yoğun olduğu konaklama ve eğlence yerleri ile, gıda, inşaat, deri, tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkollarında mevsimlik iş sözleşmeleri yapılmaktadır. Turizm faaliyetleri ve turizm etkinliklerine bağlı olarak ortaya çıkan işler mevsimlik işlerdendir. Uygulamada turizm sektörüne bağlı olarak, seyahat acentelerinin kısmi olarak mevsimlik iş gücü istihdam ettiği görülmektedir.

Tarım ve ormancılık işkolunda, sulama, yangın ve fidan dikim işleri mevsimlik olarak yapılmaktadır.

Keza kara taşımacılığında, kış mevsimine bağlı olarak kar temizleme işleri mevsimlik olarak yapılmaktadır.

Eskiden inşaat işkolunda, kış döneminde 2 ila 4

ay iş yapılmamakta ve bu işlerde mevsimlik kabul edilmekte idi. Ancak günümüz teknolojisinde, kış ayında da bu tür işler yürütüldüğünden, inşaat işkolundaki işin mevsimlik iş olarak nitelendirilmesi olanağı kalmamıştır.

Özel kesimde, yılın belirli aylarında görülen işlere mevsimlik iş denirken; bazı kamu kurumlarında özellikle Belediyelerde vize uygulaması ile belirli bir kadroya bağlı olmaksızın yapılan işlere mevsimlik iş ve bu işlerde çalışan işçilere mevsimlik işçi adı verildiği görülmektedir. Vize uygulaması nedeni ile yıl sonu ve yıl başlarında iş sözleşmeleri askıya alınmaktadır. Bu askıya alınma mevsime bağlı değildir. Tamamen idari bir tasarruf olan vize uygulamasına bağlıdır. Oysa tarım ve ormancılık iş kolları hariç kamu kurumu yada belediyelerde yapılan işler aralıksız devam etmekte olup, mevsime bağlı olmaksızın yapılan işlerdir. Bu nitelendirme doğru değildir. Yargıtay istikrarlı uygulaması ile bunu açıkça belirtmiştir.

"Davacı hizmet aktininin 4857 sayılı Kanununun 19. maddesindeki koşullara uyulmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine, bağlı tazminatlarına hükmedilmesini istemiştir. Davalı vize süresinin bitmesi nedeniyle aktin askıya alındığı aktin feshedilmediğini, yargılama aşamasında da davacının davalı belediyede işe başladığı savunmuş, davacı itiraz etmemiştir. Davacının mevsimlik işçi olmadığı halde iş sözleşmesinin askıya alınması fesih niteliğinde olup dava devam ederken işe başlatılması feshin geçersizliğini ortaya koymuştur. Bu nedenle dava konusuz kalmış ise de boşa geçen süreye göre ücrete karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır<sup>1</sup>."

Keza uygulamada mevsimlik işlere bazen muvakkat ya da geçici işler denilmekte ise de, aslında bu da, doğru bir isimlendirme değildir. Belirtmek gerekir ki geçici işlerle mevsimlik işler arasında önemli farklar vardır. Mevsimlik iş, bir işyerinde her yıl belirli sürelerle tekrarlanan bir çalışma olduğu halde geçici iş, bir işyerinde her yıl düzenli olarak tekrarlanan bir çalışma olmayıp, gereksinme duyulduğunda başvuru ve bazen birkaç günde biten bazen da aylarca devam ettikten sonra sona eren bir iştir.

## 5. DİĞER ÇALIŞMA TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

### a) Süreksiz işlerle karşılaştırılması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, "Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir". Mevsimlik işler, sürekli nitelikteki işlerdendir. Mevsimlik işin 30 günden daha kısa sürmüş olması, onun bu niteliğini değiştirmez. Bu tür işler, yılın belirli dönemlerinde çalışılan veya yine yılın belirli döneminde faaliyeti artan işlerdir.

### b) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile karşılaştırma:

Kısmi süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre, "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir." Maddeye göre, tam süreli emsal işçinin haftalık normal çalışma süresi 45 saat ise, bir işçinin kısmi süreli sayılabilmesi için haftalık çalışma süresinin 30 saatten az olarak belirlenmesi gerekir." Kısmi süreli iş sözleşmesinde çalışma, haftalık çalışma saatine göre belirlenmiştir. Oysa mevsimlik iş sözleşmesinde çalışma, yılın belirli bir döneminde gerçekleştirilmektedir. Mevsimlik işte çalışan işçi, çalıştığı mevsimde tam ya da kısmi süreli olarak çalışmaktadır. Mevsimlik işçinin yıl içinde kısmen çalıştığından sözedilebilir. Ancak bu kısmi süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir.

### c) Çağrı üzerine çalışma ile karşılaştırma:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre, "Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir". "Çağrı üzerine çalışma", son zamanlarda özellikle otel, lokanta ve eğlence işkolunda yaygınlaşmış ve yargı kararlarına da yansımıştır. Kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir uygulama şekli olan çağrı üzerine çalışmayı düzen-

## Zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa iş sözleşmesi belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

leyen 14. maddesinde, çağrı üzerine çalışmanın bir tanımı yapılmış ve yazılı yapılması öngörülmüştür. Buna göre, taraflar arasında kurulan iş ilişkisinin çağrı üzerine çalışma ilişkisi olduğu yazılı bir sözleşme ile kanıtlanamayan hallerde, hukuki ilişkinin iş görme ediminin işverenin çağrısı ile olamayıp, farklı şekilde kararlaştırılmamışsa, haftalık çalışma süresinin yirmi saat belirlenmiş sayıldığı normal bir kısmi süreli ilişki olduğunun kabulü gerekir.

Aslında çağrı usulü ile çalışma türünün, mevsimlik işlerin yoğun olduğu turizm sektöründe uygulandığı görülmektedir. Ancak maddede belirtildiği gibi, çağrı usulü ile çalışma kısmi süreli çalışma olup, yukarıda kısmi süreli iş sözleşmesi için yapılan açıklama burada da geçerlidir. Mevsim başlangıcında, işçinin işe çağırılması, çağrı usulü çalışma ile benzerlik göstermektedir. Bunun yanında mevsimlik işçinin faal sezon olan çalışma döneminde çağrı usulü ile çalıştırılması olanağı bulunmaktadır.

### 6. MEVSİMLİK İŞ SÖZLEŞMESİ:

Mevsimlik işleri konu edinen iş sözleşmeleri, belirli veya belirsiz süreli olarak yapılabilir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, iş hukukunda genel kuralı oluşturduğundan, mevsimlik işlerde de iş sözleşmelerinin kural olarak, belirsiz süreli yapıldığını kabul etmek gerekir. Bu durumda işin mevsimlik iş olduğu üzerinde durmayıp sadece bir mevsim dönemi için yapıldığı kabul edilmeli, bir başka anlatımla belirli süreli olduğu iddiasında bulunan taraftan bu iddiasını ispat etmesi beklenmelidir. Zira bu işler, kural olarak devamlı işlerdendir. Mevsimin nitelik itibarıyla belirli bir süre ile sınırlı olması, bu işlerde çalışmak üzere işe alınan işçilerin iş sözleşmelerinin mutlaka belirli süreli olmasını gerektirmez.

Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için

yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

Gerek belirli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, işçiye yüklenmeyen nedenlerden dolayı, geçici olarak (mevsimsel) iş görme ediminin ifa edilmemesi sonucu askıya alınan iş sözleşmesi, sözleşmesel ilişkiye devanın çekilmez hale geldiği ana kadar işverence feshedilmeyecektir. Ancak dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devanın beklenemez hale geldiği durumlarda, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir<sup>5</sup>.

Mevsimlik iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı anlaşmasıyla, belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesi ile, işçinin ölümü ile, iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden önce feshi ihbarla sona erer. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Bu konuda Yargıtay istikrarlı olarak aynı şekilde karar vermiştir.

"Dosya içeriğinden davacının davalıya ait işyerinde mevsimlik işçi olarak çalıştığı, son kez mevsimin sona ermiş olması sebebiyle hizmet akdinin askıya alındığı bu süresi içinde davacının hizmet akdinin feshedildiği iddiasıyla ihbar ve kıdem tazminatı talep ettiği anlaşılmış ise de, 30.8.1999 tarihli yazıda hizmet akdinin mevsim sonu nedeniyle askıya alındığı açıklanmıştır. Buna rağmen iddiaya değer verilerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması hatalıdır<sup>6</sup>."

Bir önceki yılın iş sezonunda işe alınarak belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılmış ve sezonun sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmış olan mevsimlik işçilerin, ertesi yıl tekrar işe alınmaları konusunda işvereni bağlayan açık bir düzenleme mevcut değildir.

Yargıtay'ın bu konuyla ilgili kökleşmiş içtihadına göre, belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınma-



yan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır.

"Mevsimlik olarak çalışan ve iş sözleşmesi 14.5.1998 tarihinde askıya alınan davacı, bir sonraki dönemde işe alınmayarak iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. İş sözleşmesinin askıda iken fesih işleminin fiilen çalışma olmadığı, işin bildirimli olduğu, ihbar tazminatının ödenmeyeceği gerekçesi yerinde değildir. Zira mevsimlik işlerde önel kullandırılmayacağına dair bir kural yoktur. İşveren işe davet etmeyerek iş sözleşmesini 1475 Sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca feshetmiş bulunduğundan ihbar tazminatı ödemek zorundadır. Yazılı gerekçe ile bu isteğin reddi hatalıdır."

Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmaktadır.

Mevsimlik işyerinde, işverenin mevsimlik iş bitmeden bir kısım işçilerin iş sözleşmesini askıya alması, Yargıtay tarafından eşit işlem borcuna aykırı bulunmuş ve iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varılmıştır.

"Dosyadaki bilgi ve belgelerden işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışan davacının diğer işçilerden farklı olarak Ocak ayında iş sözleşmesini askıya alındığı diğer işçilerin ise Mart ayı sonuna doğru iş akitlerinin askıya alındığı iddia edilmiş ve davacı tarafından işverenin iş akdini feshettiği iddiası ile dava konusu alacakların tahsili için dava açıldığı görülmüştür. Davacının iş sözleşmesi aynı işyerinde çalışan diğer işçilerden daha önce askıya alınmak suretiyle işverence feshedilmiştir. Zira işverenin davranışı işçiler arasında eşit işlem yapma kuralına aykırıdır. Davacının bu davayı açtıktan sonra yeni sezon için işe davet edilmiş olması bu olguyu değiştirmez. Böyle olunca davacının, ihbar tazminatı alacağına da hüküm altına alınması gerekir. Aksi düşünce ile bu isteğin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."

Mevsimlik işlerde belirli çalışma devresinin sona ermesi, iş sözleşmesini sona erdirmez. Mevsim sonunda işten ayrılan işçinin bir sonraki mevsime kadar iş sözleşmesi askıda kalır. Ancak bu süre içinde başka bir işe girmişse mevsim başında kendisine yapılan çağrıya rağmen, işe gelmemişse iş sözleşmesi sona erer. İş sözleşmesinin askıya alınmasının ilk ve önemli sonucu; yeni iş mevsimi ba-

## Mevsimlik işyerinde, işverenin mevsimlik iş bitmeden bir kısım işçilerin iş sözleşmesini askıya alması, Yargıtay tarafından eşit işlem borcuna aykırı bulunmuştur.

şında yeni bir iş sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın borç ve haklarıyla birlikte iş sözleşmesinin yeniden yürürlük kazanmasıdır. Ayrıca askı süresi içinde, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu yaratan (mevsim sonu) duruma dayanılarak iş sözleşmesi feshedilemez. Bir başka anlatımla taraflar, temel edimleri olan iş görme ve ücret ödeme edimlerinin yerine getirilmemesi nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemezler. Askı süresi içinde tarafların temel edimleri dışında kalan, işçinin sadakat ve işverenin işçiyi gözetme gibi borçları devam eder. O nedenle işçinin bu süre içinde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>9</sup>.

Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise gözetme borcu ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır.

"Davacı işçi, davalı işverence iş sözleşmesinin 30.9.2000 tarihinde haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuştur. Davalı işveren ise, davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığını ve 30.9.2000 tarihinde turizm sezonunun bitimi sebebiyle iş sözleşmesinin askıya alındığını, yeni sezonda da çağırıldığı halde işe gelmediğini savunmuştur. Mahkemece, davacının adresini değiştirmiş olsa da telefonunun sabit olduğunu ve işverence işe çağırının iyiniyetli olarak yapılmadığı gerekçesiyle isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçinin mevsimlik işçi olarak çalıştığı sırada 30.9.2000 tarihinde iş sözleşmesinin askıya alındığı ve bu yöndeki belgeyi davacı işçinin imzaladığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen davacı işçi henüz yeni sezon açılmadan 8.11.2000 tarihinde Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayette bulunarak iş sözleşmesinin işverence 2000 yılında Eylül ayında

döneminde teorik olarak işverenin yönetim hakkının tümü ile ortadan kalktığından sözedilemez. İşçinin iş görme edimine bağlı olmayan, işyerindeki davranışlarla ilgili talimatlara uyma borcu askı döneminde devam eder. Bu uyma yükümlülüğü, işçi askı döneminde işyerinde bulunmayacağından pek ifade etmeyecektir. Ancak istisnai durumlarda ortaya çıkabilecektir. Örneğin, işçinin askı döneminde işyerini ziyarete gelmesi halinde bu yükümlülük doğabilecektir<sup>11</sup>.

Mevsimlik işlerde, işveren mevsim sonunda işçisine yeni mevsimde işe almayacağını ihbar ettiğinde, iş sözleşmesi mevsim bitimiyle son bulur. Aksi halde iş sözleşmesi askıya alınır. İş sözleşmesinin askıya alındığı tarihlerde yeniden yeni mevsimde nasıl başlanacağı konusunda işverenin çalışanına bildirim yapması gerekir. İş sözleşmeleri askıda olan işçilerin yeni mevsim başında işe davet edilmeleri, yeni bir sözleşme yapılması yönünde

## Mevsimlik işlerde, işveren mevsim sonunda işçisine yeni mevsimde işe almayacağını ihbar ettiğinde, iş sözleşmesi mevsim bitimiyle son bulur.

feshedildiğini ileri sürerek haklarının ödetilmesini talep etmiştir. İş müfettişliği tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucunda davacının iş sözleşmesinin feshedilmeyerek askıya alındığı, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağı belirtilmiştir. Davacı işçi bu raporun 5521 sayılı yasanın 10. maddesi uyarınca mahkemeye intikalini sağlayarak iş mahkemesine dava açmıştır. Mahkemece davacının yeni turizm sezonunda çağırılmadığı gerekçesiyle sonuca gidilmişse de, davacının Bölge Çalışma Müdürlüğüne müracaatında ve dava dilekçesinde, 30.9.2000 tarihinde iş sözleşmesinin feshedildiğinden bahisle istekte bulunmuştur. Bu nedenle yeni dönemde işe çağırılıp çağırılmadığı yönünde inceleme yapılmasına olanak yoktur. Davaya konu tazminatlara hak kazanılması da söz konusu olmaz. Bu nedenle davanın reddine karar verilmelidir<sup>10</sup>."

Mevsimlik işte, iş görme ediminin yerine getirilmesi ile doğrudan ilgili olduğundan, onun bütüncü niteliğinde olan ve işçinin işverenin talimatına uyma yükümlülüğünü doğuran yönetim hakkı, askı döneminde ortadan kalkacaktır. Ancak askı

bir çağrı olmayıp, aslında var olan bir iş sözleşmesine dayanılarak işçinin iş görme edimini ifa etmeye davet edilmesi anlamını taşır.

İşverenin mevsim başında işe gelmeyen işçisinin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshedebilmesi için, işin başlayacağını işçisine duyurmuş olması gereklidir. Aksi halde haklı nedenle fesih söz edilemez. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

"Davalıya ait işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışan davacının 10.10.1995 tarihinde mevsimin sona ermesi sebebiyle hizmet akdinin askıya alındığı, 1996 mevsim başında işe başlamadığı gerekçesiyle hizmet aktinin işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı mevsim başında usulüne uygun şekilde işe çağırılmadığını bu nedenle işbaşı yapamadığını iddia ederek kıdem tazminatı talep etmektedir. İşyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinin 28/son maddesinde "Mevsimlik işçilerin...kampyaya devrelerinin başlamasında bu işçilerin işe başlamasından evvel ve daha önceki kampanya döneminde çalışmış sendikal muvakkat işçilerin listesi işçilere duyurulmak üzere işyerine asılır ve bir nüshası da sendika

şubesine verilir" kuralına yer verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesinin bu hükmü gereği işyerinde gerekli ilam asılmışsa da bu hususta sendikaya yazı yazılıp yazılmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamıştır. Bu husus araştırılmalı, sendikaya TİS gereği gerekli bildirim yapılmış ise şimdiki gibi dava reddedilmeli, sendikaya yazı yazılmamışsa davacıya kampanya başladığı 1475 sayılı Yasanın 24. maddesi gereğince yazılı tebligat da çıkarılmadığından kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir<sup>12</sup>."

İşveren mevsim sonunda işçisine ihbarda bulunarak gelecek mevsimde onu işe almayacağını bildirmiş ise, bu bildirim iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshi anlamı taşır (bildirim yolu ile fesih). Belirtmek gerekir ki, belirsiz süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile so-

mek istemeyen işçi, iş ilişkisinin sona erdirmekten ise ileride yeniden çalışabilme ve ücret alma umudu ile bu yola yönelebilir. İşveren de belli bir işgücünü ilerdeki kampanya dönemlerinde hazır bulundurmak isteyebilir. Bu sebeplerle mevsim ve kampanya dönemlerinde askı halinin devamı yönünde tarafların anlaşmaları geçerlidir. Tarafların açıkça anlaşmaları halinde askı süresinin devamı ile ilgili bir üst sınırdan söz edilmemelidir.

Ancak tarafların bir anlaşması yok ise, kanımca, eğer bir sonraki dönemde işveren tüm işçileri çağırılmamış ve mevsimlik işe bu dönem başlanmamış, bir başka anlatımla mevsimlik faaliyetin devamında ifa engeli var ise, tüm işçiler için askı halinin işin başlayacağı yeni döneme kadar devam ettiğini düşünmek gerekir. Ancak bu durum askı halinin uzun süre devam etmesine neden olmamalı, bu uygulamanın da bir sınırı olmalıdır.

## Yargıtay son kararı ile askı halinin en çok iki mevsim dönemi için devam edeceği, iki mevsim geçtikten sonraki mevsim başlangıcında faaliyete başlanmamış ve mevsimlik işçi işe çağırılmamış ise, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varmıştır.

na ermekte, askıya alınmaktadır. Fesih bildirimini, askı döneminden önce kullanılmış ise, bildirim önelleri askı süresince işlemeyecek, askının kalkmasından itibaren, kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Fesih bildirimini askı dönemi başında veya içinde kullanılmış ise, bildirim önelleri askının sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Mevsimlik işte çalışan işçinin, bir sonraki mevsimde çağırılmaması ve mevsimlik işçinin iş sözleşmesinin feshinde tarafların açık bir irade beyanı yok ise, iş sözleşmesinin askı hali devam eder mi? Süzek'e göre, "İşçinin ifa imkânsızlığı kendisine yüklenemeyen nedenlerle ortaya çıktığına ve bu durumda geçici olduğuna göre, kural ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır<sup>13</sup>."

Yeni çalışma mevsiminin başlamasına rağmen iş sözleşmesinin askı halinin devamı yönünde işçi ile işverenin açık veya örtülü bir anlaşma yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır. İşçi, bazen iş sözleşmesinin askıya alınmasının ardından başlayacak olan mevsim veya kampanya dönemi yerine daha sonraki dönemlerde işe başlamayı tercih edebilir. Askı halinin verdiği güvenceyi kaybet-

Süzek, "askı döneminin sınırını, objektif iyiniyet kurallarının oluşturduğunu, iş ilişkisinin devamının işveren açısından dürüstlük kuralları gereği beklenebilir hale geldiğinde, haklı nedenle fesih hakkının doğacağı, bu halde ispat yükünün işverende olduğu, işverenin bu hakkını kullanmaması halinde, iş sözleşmesinin ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar askıda kalacağı" düşüncesindedir. Yargıtay uygulaması bu yönde olup, aşağıda Toplu İş Hukukunda Mevsimlik İş başlığı altında belirtilen son karar ile askı halinin en çok iki mevsim dönemi için devam edeceği, iki mevsim geçtikten sonraki mevsim başlangıcında faaliyete başlanmamış ve mevsimlik işçi işe çağırılmamış ise, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılmıştır. Bu uygulama, Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin, süre bitiminde taraflarca sona erdirilmemesi halinde aynı süre ile ve en çok bir yıl yenileceği hükmüne paralel bir uygulamadır.

"Davacı, mevsimlik işçi olarak çalışmıştır. Dosya içeriğinden olayda yeni mevsim çalışması başladığı halde, davacının işe davet edilmeme durumu değil, ödenek yokluğu nedeniyle yeni mevsim çalışmasına

başlanamamasının, ödenek sağlanıncaya kadar iş aktinin işverence askıya alınmasının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. İşverence iş akti feshedilmiş değildir. Bu durum davacıya 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinin III. bendi gereğince hizmet aktini bildirimlessiz fesih hakkı veren bir hali oluşturur. Her ne kadar daha önceden davacının bu maddeye göre bir feshi yoksa da, bu davayı açmakla anılan madde hükmünce hizmet aktini feshetmiş saymak gerekir. 16. maddenin III. bendine göre fesih ise, az önce işaret edildiği gibi bildirimlessiz fesih olduğundan davacı ihbar tazminatı isteyemez. O halde, ihbar tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir<sup>11</sup>.”

Ancak işveren yeni dönemde mevsimlik işle ilgili bir kısım işçilerle faaliyetine devam ediyor ve taraflar arasında karşılıklı bir açık ya da örtülü anlaşma yok ise, askı hali yeni mevsim başında işin başlaması ile sona erdiğinden, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.

Yargıtay, işçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelerle göre kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bir başka anlatımla, askı süresinin kıdemden sayılmayacağına belirtmiştir. Askı süresinin kıdemden sayılmaması doktrin tarafından, askı süresi içinde tarafların sadakat, gözetme borçlarının devam etmesi ve iş sözleşmesi ilişkinin devamı nedeni ile eleştirilmiştir<sup>15</sup>. Kanımca askı süresince fiilen çalışma olgusu bulunmadığından, Yargıtay uygulaması yerindedir.

“Davacı dava dilekçesinde mevsimlik işçi olarak çalıştığını 2001 yılı sezon başında işe çağırılmadığı nedeniyle hizmet aktinin sona erdirildiğini iddia ederek işçilik alacakları talep etmiştir. Davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığını kabul etmesine rağmen mahkemece davacının devamlı çalıştığı kabul edilerek yapılan bilirkişi raporuna değer verilerek hüküm kurulması hatalıdır<sup>16</sup>.”

“Davacı işçi dava dilekçesinde davalıya ait işyerinde mevsimlik işçi olarak çalıştığını 2000 yılı sezonu sonunda iş aktinin askıya alındığını ve 2001 yılı sezonu başında işe çağırılmamak suretiyle hizmet aktinin sona erdirildiğini belirtmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 20.8.1998-8.12.2000 tarihleri arasında aralıksız çalıştığı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmıştır. Bilirkişi davacının anılan tarihler

arasında aralıksız çalışmasını dönem satış raporlarının tarihlerine ve tanık beyanlarına dayandırmıştır. Ancak tanık beyanlarında bu konuda açık ve kısa bir bilgi bulunmamaktadır. Davacının dava dilekçesindeki beyanı karşısında salt satış raporlarından hareketle davacının aralıksız çalıştığının kabulü olanağı bulunmamaktadır. Davacının beyanı kendisini bağladığından mevsimlik çalışma esasına göre çalıştığı süreler belirlenerek ihbar, kıdem tazminatlarının buna göre hesaplanması gerekirken tüm süre çalışmış gibi yapılan hesaba değer verilerek hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir<sup>17</sup>.”

İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısmi süreli iş özelliğini taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda, işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenmez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman kıdemi birleştirilecektir.

Toplu İş Sözleşmesinde ayrı hüküm bulunması halinde mevsimlik işçinin çalıştığı süre ile orantılı şekilde aynı yardımlardan yararlandırılması gerekir.

“İşyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinin 53. maddesinde işyerinin yatakhaneğinde kalmayan işçilere her yıl Haziran ayında 3 ton kömür yardımı yapılacağı öngörülmüştür. Davacı mevsimlik işçi olup yılın tamamında çalışmamaktadır. Açtığı davada aynı yardımın tamamına karar verilmesini istemiştir. Burada önemli olan aynı olarak yapılan bu yardımdan eşitliğe ve adalete uygun biçimde bu uyumsuzluğun çözümlenmesidir. Dairemizin benzer konularda kararlılık kazanmış uygulamalarına göre Toplu İş Sözleşmelerinde ayrı hüküm olmaması halinde çalıştığı süre ile orantılı şekilde aynı yardımdan yararlandırılması gerekir. Buna göre her yıl için tam çalışmış gibi bu yardımın kabulü ya da yılın bazı aylarında çalışmamış olduğu için bu yardımın reddine karar verilmesi doğru olmaz. Böyle olunca belirtilen esaslar dikkate alınarak çalışma süresine belirlenecek yıllık aynı yardım hüküm altına alınarak sonuca gidilmelidir<sup>18</sup>.”

## 7. MEVSİMLİK İŞ SÖZLEŞMESİNDE İŞ GÜVENCESİ

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. vd. maddelerinde düzenlenen feshin geçerli sebebe dayandırılması, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları hükümlerinden yararlanırlar. Buna göre mevsimlik işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, işyerindeki kıdeminin 6 aydan fazla olması, işveren vekili olmaması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi olarak belirtilen bu hükümlerden yararlanacaktır.

İşveren mevsimlik işçinin iş sözleşmesini, ister fiilen çalışılan dönem olsun, ister askıdaki dönemde olsun, geçerli neden olmadan feshedemeyecektir. Bir başka anlatımla işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve geçerli fesih nedenini açıkça belirtmek zorundadır.

"Davalıya ait işyerinde saha ekiplerinde şoför olarak mevsimlik işte çalıştığını belirten davacı, yeni dönemde işe hiçbir neden gösterilmeksizin çağrılmadığını, yazılı bir fesih bildirimini olmadığını iddia ederek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, davanın süresinde açılmadığını, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, "davacının mevsimlik belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, davanın süresinde açılmadığı ve davacının belirli süreli iş sözleşmesi nedeni ile dava açma hakkının olmadığı" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgilere ve tarafların kabulüne göre, davacının saha ekibinde şoför olarak her yıl belirli bir dönem çalıştığı, kışın işe ara verildiği uyuşmazlık dışıdır. 2003 yılı Aralık ayında dönem bitimi işe ara verme nedeni ile önceki yıllar gibi göreve son verildiği, bir anlamda iş sözleşmesinin askıya alındığı anlaşılmaktadır. Mevsimlik ya da dönemsel çalışmada işin belirli süreli olduğundan sözedilemez. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 11/1 maddesinde "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddede belirli süreli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartların bulunması halinde sözleşmenin belirli süreli olacağı belirtilmiştir. Somut uyuşmazlıkta yapılan iş sürekli bir iştir.

**İşçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile, feshin geçersizliğini iddia ve işe iade istemi olanağı bulunmamaktadır.**

Sürekli yapılan bir işin yılın belirli bir zaman diliminde yapılmaması, o işi belirli hale getirmez. Nitekim Dairemizin süreklilik kazanan uygulamasında, mevsimlik işlerde fesih tarihi, mevsimin bittiği tarih değil, sonraki başlangıç döneminde işe çağrılmama tarihi kabul edilmekte ve işçi lehine ihbar tazminatına karar verilmektedir. Davacı ile davalı arasındaki iş ilişkisi belirsiz sürelidir. Davacı iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır." Davalı işveren yeni dönemde işe çağrılmamada yazılı bir fesih bildiriminde bulunmamıştır. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır<sup>19</sup>."

Belirtmek gerekir ki işçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile, feshin geçersizliğini iddia ve işe iade istemi olanağı bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesi feshedilmemiş, yeni mevsim başına kadar askıya alınmıştır. Bu olguyu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29/7 maddesindeki düzenleme de doğrulamaktadır. Maddeye göre, mevsim sonu toplu işten çıkarmada, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz hükmü, iş sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesine dayanmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

"Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren vekili, davacının mevsimlik işçi olduğunu, iş sözleşmesinin askıya alındığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davacının sürekli işte çalıştığı, iş sözleşmesinin belirsiz süreli hale geldiği, askıya alındığı belirtilmesine rağmen ve her yıl askıda olan işçiler her yıl Mayıs ayında işe çağırılırken, davacının işe çağrılmadığı, zımnen iş sözleşmesinin feshedildiği, davacının görev yerinin değiştirilerek, bu fesih işleminin gerçekleştirildiği gerekçesi ile istemin kabulüne karar veril-

miştir. Dosya içeriğine göre davacının davalı işyerinde Yangın Hareket Merkezi Bölümünde Telsiz Operatörü olarak çalıştığı ve davacının her yıl Yangın sezonlarında çalışıldığı, yıllık en çok çalışmasının 230 gün olduğu, her yıl iş sözleşmesinin belirli dönem askıya alındığı, davacının üyesi olduğu sendika ile davalı işveren arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinde mevsimlik çalışma kabul edildiği ve bu konuda düzenlemeler yapıldığı, davalı işveren tarafından da davacının iş sözleşmesinin en son 22.12.2004 tarihinde askıya alındığı anlaşılmaktadır. Uygulama ve sözleşme konusu edilen mevsimlik çalışma ve askıya alma nedeni ile, 22.12.2004 tarihinde askıya alma işlemi için feshin geçersizliğinin istenmesi olanağı yoktur. Zira bu tarihte bir fesih işleminden söz edilemez. Mevsimlik işte askıya alma işlemi fesih niteliğinde değildir. Bu tür çalışmada, mevsimlik işin başladığı dönemde işçinin işe çağrılmaması halinde iş sözleşmesinin feshi gerçekleşir. Dava tarihinde böyle bir işlem yoktur. Diğer taraftan davacının bir an için mevsimlik çalışmadığı kabul edildiği takdirde, iş sözleşmesinin askıya alındığı 22.12.2004 tarihine ve davanın 24.01.2005 tarihinde açılmış olmasına göre, davanın bir aylık hak düşürücü içerisinde de açıldığından söz edilemez. Mahkemece davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır<sup>21</sup>.”

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminden itibaren bir aylık süre içinde feshin geçersizliğini istemesi gerekir. Mevsimlik bir işte, fesih bildiriminden çalışırken yapılması halinde bir sorun yoktur. Ancak iş sözleşmesi askıda iken karşımıza bazı sorunlar çıkmaktadır. Kural olarak mevsim başında işçi işe davet edilmediği takdirde, itirazın mevsimlik işin başladığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde yapılması gerekir. Ancak işe başlama tarihinin mevsimlik işçi tarafından bilinmesi gerekir. İşçi tarafından işe başlama tarihinin bilinmediği durumda, işçinin davet edilmediğini öğrendiği tarihten itibaren veya işçinin işe başlatılması istemini içeren isteminin yerine getirilmemesi halinde, getirilmeme tarihinden itibaren bir aylık dava açma süresinin kabul edilmesi gerekir.

Mevsimlik işçinin altı aylık kıdeminde, Yargıtay'ın diğer işçilik alacaklarındaki içtihadı doğrultusunda fiilen çalışılan sürenin dikkate alınması, askıdaki sürenin kıdeme dahil edilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Keza, 30 işçi kıstasında, fesih tarihinde iş sözleşmesi

askıda olan mevsimlik işçilerin sayısının da dikkate alınması gerekir. Nitekim Yargıtay, bu konuda aynı şekilde karar vermiştir.

“Davacı iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, fesih tarihinde davalı işyerinde 22 işçi çalıştığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davacının iş güvencesi kapsamında yararlanması için 30 ve daha fazla işçinin işyerinde çalışması gerektiğini, bu koşulun gerçekleşmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine göre, Sulama Birliği işyerinde çalışan davacının iş sözleşmesi 24.01.2005 tarihinde feshedilmiştir. Feshin gerçekleştirildiği tarih, sulama işinin yapılmadığı dönemdir. Nitekim davacı, bu dönemde iş sözleşmesi askıda olan işçilerin olduğunu, sulama işinin yapıldığı yaz döneminde işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştığını iddia etmiştir. Davalı işverence sunulan kayıtlar, davacının bu iddiasını doğrulamaktadır. Gerçekten kayıtlara göre, her yıl yaz döneminde 30 ve daha fazla işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Somut bu maddi olgulara göre, fesih tarihinde bir kısım işçinin iş sözleşmesinin askıda olup olmadığı önem kazanmaktadır. İş sözleşmesi askıda olan işçiler, 30 işçi kıstasında dikkate alınmalıdır. O halde işyerinden ve ilgili kurumlardan kayıtlar getirilerek, iş sözleşmesi askıda olan işçiler belirlenmeli ve davacının iş güvencesinde kalıp kalmadığı araştırılmalıdır. Davacının iş güvencesi kapsamında kaldığı anlaşılırsa, davalı işverenin haklı ve geçerli fesih savunması ile ilgili kanıtlar toplanmalı, değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Aksi halde ise şimdiki gibi hüküm kurulmalıdır<sup>21</sup>.”

## 8. MEVSİMLİK İŞLERDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Yukarıda belirtildiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz.

“Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre sadece sulama döneminde kanalların bakım ve temizlik işlerinde mevsimlik olarak çalıştığı anlaşılan davacı işçinin yasaya göre yıllık izin hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle yıllık izin ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır<sup>22</sup>.”

Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine daya-

narak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz.

"Fesih tarihinde yürürlükte olan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 50/5 maddesinde, mevsim veya kampanya işlerinde çalışanlara bu kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Davacının mevsimlik işçi olduğu, kesinleşen kıdem tazminatı davasında sabit olup, taraflar arasında da bu konuda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. O halde davacı yıllık ücretli izinden yararlanamaz. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağına hükmedilmesi hatalıdır<sup>25</sup>."

Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddedeki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır.

Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

"Davalı işverenin faaliyet alanının, narenciye ticareti dışında, başka ürünleri kapsadığı, fabrika işyerinde paketleme işinin yılın her sezonunda yapıldığı, davacının 1993 yılı içinde 4 ay dışında 1991 yılından 1997 yılına kadar paketleme bölümünde çalıştığı, narenciye sezonu dışında diğer ürünlerin paketlemesinin işyerinde devam ettiği, davacının prim günlerini gösteren SSK sicil kaydı ile vizite kağıdındaki günlerin çeliştiği, davacı tanıkları yanında, bir kısım davalı tanıklarının beyanından anlaşılmaktadır. Somut bu maddi olgulara göre, davacının hizmet süresinin SSK kaydındaki prim gün sayısı ile sınırlı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatlarının eksik hüküm altına alınması ve işin mevsimlik sayılarak yıllık ücretli izin alacağına reddine karar verilmesi hatalıdır<sup>26</sup>."

Bazı durumlarda mevsimlik çalışmanın işçi bakımından bütün yıl devam etmesi de mümkündür. Örneğin faaliyetini uluslararası alanda sürdüren tatil köylerinin işçileri, aynı işletmeye bağlı çeşitli tesislerde tüm yıl boyunca çalışmalarını sürdürmektedirler. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerinin uygulanması için işin mutlaka mevsimlik iş olması gerekir. Kamu kesiminde olduğu gibi vize uygulaması ile ara verilen işlerde, ya da devamlılık arzeden ancak işverence ara verme uygulanan işlerde, işin mevsimlik iş olduğu savı ile yıllık ücretli izin hükümlerinin uygulanmaması yasal değildir. Nitekim Yargıtay birçok kararında bu olguyu vurgulamıştır.

"İşyerinde sendika baş temsilcisi olarak ve sürekli işlerde çalıştığını, karşı sendikaya geçmediği için iş sözleşmesinin askıya alınarak geçerli neden olmadan feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, savunmaya değer verilerek, "davacının mevsimlik işçi olduğu, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmadığı, iş sözleşmesinin askıya alındığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi koşullarının oluşmadığı" gerekçesi ile reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine, SSK Sicil Kaydı ve Şahsi Sicil Dosyasına göre, davacının yaptığı işin sürekli iş olduğu ve tüm yıl boyunca çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Bu şekilde çalışan davacının iş sözleşmesinin askıya alınması, sözleşmenin feshi anlamındadır. Askıya alma işlemi neden gösterilmemiştir. Fesih niteliğindeki askıya alma işlemi geçerli nedenlere dayanmamaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilmesi gerekir. Mahkemece, yazılı şekilde yapılan işin mevsimlik iş ve iş sözleşmesinin askıya alındığının kabulü hatalıdır<sup>27</sup>."

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arzeden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir. Yargıtay 2006 yılındaki bir kararında bunu açıkça belirtmiştir.

"Davacı işçi izin ücreti isteğinde bulunmuş, davalı işveren işçinin mevsimlik işçi olarak çalıştığını ileri sürerek izne hak kazanamayacağını savunmuştur. Mahkemece isteğin kabulüne karar veril-

miştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi 1996 yılına kadar mevsimlik işçi statüsünde çalışmış bu tarihten sonra daimi olarak çalışmasını sürdürmüştür. Bilirkişi hesap raporunda da bu hususa değinilmiş ve daimi nitelikte çalışmaya başladığı tarihten itibaren izin ücretinin hesaplanacağı açıklanmıştır. Buna rağmen davacının işyerinde çalıştığı tüm süre olan 18 yıllık izin alacağı hesaplanmış ve davalı vekili rapora bu yönden itiraz etmiştir. Mahkemece davalının bu itirazı üzerinde durulmadan ve gerekirse ek rapor alınmaksızın karar verilmesi hatalı olmuştur<sup>26</sup>.”

Ancak Dairenin kararında mevsimlik iş sayılan dönemde yapılan işin gerçekten mevsimlik olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Yargıtay'ın 2006 yılında vermiş olduğu,

### Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arzeden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz.

“Davacının çalıştığı işyerinin açık tuz işletmesi olduğu ve davacının genellikle Aralık ayından önce ve belirli sürelerde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının önceki yıllardaki çalışmaları kısa süreli ve mevsimlik olduğu halde 1996 yılından itibaren yılda 11 ay ve daha fazla çalıştığı belirlenmektedir. Buna rağmen mevsimlik çalışıldığı dönemin de izin ücreti hesabında nazara alınması hatalıdır.

Davacı, Toplu İş sözleşmesinden yararlandığını iddia etmiştir. Bilirkişi de Toplu Sözleşmeye göre hesap yaptığını açıklamıştır. Ancak dosyada tüm dönemleri kapsayan Toplu İş sözleşmeleri mevcut değildir. İzin süresinin hak kazanılan tarihlerdeki Toplu İş sözleşmelere göre belirlenmesi gerekir. Bu sebeple tüm Toplu sözleşmeler celbedilmeli, yukarıda açıklanan esaslara göre bilirkişiden ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir<sup>27</sup>.”

kararında da aynı şekilde uygulama yapılmıştır. Bu kararda da yapılan iş tuz işletmeciliği olduğu, işçinin 1996 yılından sonra yılda 11 ay çalıştığı ve bu tarihten sonra mevsimlik çalışmadığı kabul edilmesine rağmen, işçinin 1996 yılından önceki çalışmaları kısa süreli ve mevsimlik kabul edilerek, bu dönemin izin ücretinde dikkate alınmaması gerek-

tiği sonucuna varılmıştır. Açıklandığı gibi yapılan iş aynı ve mevsimlik niteliği yok ise, 1996 yılından önceki süreninde izin ücretinde dikkate alınması gerekir. Burada ölçü süre değil, periyodik olarak mevsim olmalıdır.

Uygulamada tam yıl çalışması gereken ve devamlılığı olan bir işte işverenler, bazı işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunları mevsimlik statüye sokma gayreti içine girdikleri birçok uyumsuzlukta görülmüştür. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir.

“Davacı işçi izin ücreti isteğinde bulunmuş davalı işveren işçinin mevsimlik işçi olarak çalıştığını ile-

ri sürerek izne hak kazanamayacağını savunmuştur. Aynı zamanda işçinin imzasını taşıyan ibranameye dayanılmıştır. Mahkemece, davalının ibraname ile ilgili savunmasına itibar edilerek isteğin reddine karar verilmiştir. Davacının imzasını taşıyan ibranamede miktar belirtilmeksizin izin ücretini ödendiği belirtilmiş olmakla birlikte, davalı işveren davacının mevsimlik işçi olduğundan bahisle 4857 sayılı İş Kanununun 53. maddesi uyarınca izne hak kazanmasının söz konusu olmadığını savunmuştur. Doğmadığı ileri sürülen bir hakkın ibraname ile ortadan kaldırıldığının savunulması çelişkili bir durumdur. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre savunma ile çelişen ibranameye değer verilemesi doğru olmaz. Mahkemece davanın ibranameye dayanılarak reddi hatalı olmuştur. İşin esasına girilerek izin ücretine hak kazanıp kazanamayacağı noktasında bir karar verilmelidir<sup>28</sup>.”

Keza işverenler mevsimlik iş olduğunu belirterek, işçileri yıllık ücretli izin hakkından yararlandırmamaktadırlar. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesi devam ederken, işin mevsimlik iş olmadığını ve yıllık ücretli izin kullandırılması gerektiği yönünde, tespit istemli dava açabilir. Zira yıllık ücretli izin iş sözleş-



leşmesinin feshi ile ücret alacağına dönüşeceği için, eda davası açması olanağı bulunmayan işçinin tespitinde hukuki yararı vardır. Nitekim Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir.

"Davacı işçi, davalı işverenin yapılan işi mevsimlik iş kabul ederek yıllık ücretli izin kullandırmadığını iddia etmiştir. Yıllık ücretli izin, dinlenme hakkı kapsamında vazgeçilmez bir haktır. Bu hak, iş sözleşmesinin feshi halinde alacağına dönüşür. Dosya içeriğinden davalı işverenin yıllık izin kullandırdığı anlaşılabilir. Somut uyuşmazlıkta, mevsimlik iş olduğu gerekçesiyle işverenin yıllık izin kullandırmadığı sabit olduğu takdirde, davacı işçinin işin mevsimlik iş olmadığı konusunda tespitinde hukuki yararı vardır. Mahkemece gerekçe kısmında işin sürekli olduğu kabul edilmesine rağmen yıllık ücretli izin bakımından belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan davanın reddine karar verilmesi hatalıdır".

"Davacı işçi, davalı işverenin yapılan işi mevsimlik iş kabul ederek yıllık ücretli izin kullandırmadığını iddia etmiştir. Yıllık ücretli izin, dinlenme hakkı bakımından vazgeçilmez bir haktır. Bu hak iş sözleşmesinin feshi halinde alacağına dönüşür. Dosya içeriğinden, davalı işverenin yıllık izin kullandırdığı anlaşılabilir. Somut uyuşmazlıkta, mevsimlik iş olduğu gerekçesi ile işverenin yıllık izin kullandırmadığı sabit olduğu takdirde, davacı işçinin işin sürekli olduğu konusunda tespitinde hukuki yararı vardır. Mahkemece gerekçe kısmında işin sürekli olduğu kabul edilmesine rağmen yıllık ücretli izin bakımından belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan red kararı verilmesi hatalıdır".

## 9. TOPLU İŞ HUKUKUNDA MEVSİMLİK İŞ

Mevsimlik işte çalışan işçilerin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca, çalıştıkları işyerinin bağlı olduğu iş kolunda kurulu işçi sendikasına üye olabilmeye hakları bulunmaktadır. Bunun yanında, sendika organlarına seçilme hakları da vardır. Mevsimlik işin sona ermesi ve işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması, sendika üyeliğini olumsuz yönde etkilemez. Sendikalar Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak işsiz kalması sendika üyeliğini kaldırmaz. Ancak işçinin askı döneminde bir başka işkoluna giren işyerinde çalışmaya başlaması

halinde sendika üyeliği, aynı yasanın 25/5 maddesi uyarınca sona ereceğinden, işçinin ertesi yıl mevsim başında eski işyerinde işbaşı yapması halinde yeniden sendikaya üye olması gerekecektir.

Yukarıda Mevsimlik İşlerde İş sözleşmesi başlığı adı altında, askı halinin devamında tarafların örtülü ya da açık bir iradi anlaşmaları yok ise, askı halinin ne olacağı konusunda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin son kararından söz edilmiştir. Yargıtay çoğunluk görüşü kararı ile, bir ölçüt konulması zorunluluğu getirmiş ve bu ölçütün konulmasında açık ve örtülü askı süresinin uzatılması, objektif iyiniyet kurları, daha önce Dairede iş sözleşmesi ile ilgili kıstaslar ve Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamaları göz önünde bulundurularak, tarafların açık rızaları ile uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir. Bu karara göre, sendika üyesi olan mevsimlik işçilerden üçüncü askı süresi sonuna kadar olan işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmaları gerekecektir.

"Davacı sendika, davalı sendikanın 3.9.2004 tarihli başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Çevre ve Orman Bakanlığı'na bağlı (01) No'lu işkolunda kurulu işyerlerinde çalışan işçilerin çoğunluğunu temsil ettiğine ilişkin olumlu yetki tespiti yazısı, buna karşılık kendilerinin aynı tarihli tespit başvurduklarının söz konusu işletmede çoğunluklarının bulunmadığı yolunda olumsuz yetki tespit yazısı gönderdiğini, yapılan her iki tespit de hatalı olup gerçeği yansıtmadığını, davalı Bakanlığın tespiti konu işletmede başvuru tarihinde fiilen çalışanları dikkate alarak çoğunluk tespiti yaptığını, oysa başvuru tarihi itibarıyla iş sözleşmeleri askıda olan işçilerinde işçi ve üye sayısında dikkate alınması gerektiğini belirterek davalı Bakanlığın 17.9.2004 tarih ve 41156-20916 sayılı olumlu, aynı tarihli ve 41157-20917 sayılı olumsuz yetki tespit yazılarının iptali ile anılan işletmede başvuru tarihi itibarıyla çoğunluklarının bulunduğu tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık, başvuru tarihinden önce tespiti konu işyerleri ile ilgili olarak işverenler, Noterler ve Sendikalar tarafından yapılan bildirimlerin başvuru tarihi itibarıyla değerlendirilmesi sonucu

tespit yazılarında gösterilen sonuçların elde edildiğini, tespitin doğru olduğunu savunarak itirazın reddini istemiştir.

Davalı sendika ise, tespite konu işletmede konu işletmede işçi sayısının ve davacı sendikanın üye sayısının iddia edilen sayılara ulaşmadığını kaldı ki, işverenliğin tespit tarihinden fiilen çalışan işçilerle birlikte mevsimlik işçileri de bildirdiğini ve buna göre tespit yapıldığından söz ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan delillerle ve dosya kapsamına uygun olduğu gerekçesi ile 3.8.2006 tarihli raporun çoğunluk görüşü doğrultusunda itirazın reddine karar verilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 17.9.2004 tarih ve 41156 sayılı olumsuz ve aynı tarihli 41157 sayılı olumlu yetki tespit yazları birlikte değerlendirildiğinde 3.9.2004 başvuru tarihi itibarıyla Çevre ve Orman Bakanlığı'na bağlı (01) No'lu işko-

mıştır. Türk Hukukunda mevsim veya kampanya işleri, bu işler için yapılan iş sözleşme türü ve bu işlerde çalışan işçilerin iş mevzuatındaki durumu yeterli açıklıktan uzaktır. İş Kanunu'nda mevsimlik işçi tanımı yapılmamıştır. Ancak 4857 sayılı Yasa'nın 53/3 maddesinde "Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara..." yıllık izne dair yasal düzenlemelerin uygulanmayacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre yılın bir veya birkaç mevsimi kapsadığı her durumda bir yıldan az sürelerde çalışmayı gerektirdiği kabul edilebilir. Aynı şekilde 3008 sayılı mülga İş Yasası'nın 2/b maddesinde de "... yılın herhangi bir devresinde tam veya fazla faaliyete bulunup öteki devrede büsbütün faaliyetin kalan ve yahut faaliyetini azaltan işyerleri ..." mevsimlik işyeri olarak ele alınmıştır. 394 sayılı Hafta Tatili Kanununun 4/F fıkrasında yer alan yapıcılık, tuğlacılık gibi işlerle tütün, incir, üzüm, meyankökü, zey-

## Sendika üyesi olan mevsimlik işçilerden üçüncü askı süresi sonuna kadar olan işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmaları gerekecektir.

lunda kurulu işyerlerinde toplam 24.338 işçi çalıştığı, bunlardan 15.120 işçinin davalı Tarım Orman-İş Sendikası üyesi, 4206 işçinin de davacı Orman-İş Sendikası üyesi oldukları anlaşılmaktadır.

Öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık; başvuru tarihi itibarıyla tespite konu işyerlerinde çalışan işçi sayısının tespit noktasında toplanmaktadır. Bu durumu en iyi bilebilecek olan işveren olduğundan işverenin davaya dahil edilerek diyecekleri sorulup delilleri toplanarak gerektiğinde diğer taraflarında diyecekleri sorularak işletmede çalışan işçi sayısının kesin olarak tespiti gerekir. Diğer taraftan tespite konu işyerlerinde başvuru tarihi itibarıyla fiilen çalışan işçi ve taraf sendikaların üye sayılarına yönelik bir ihtilaf bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, başvuru tarihi itibarıyla iş sözleşmesi askıda olan işçilerin iş akitlerinin hangi tarihte askıya alındığı ve askı durumunun hangi tarihe kadar devam ettiği ve askı halinin dolayısıyla iş akdinin son bulduğu tarihin tespiti noktasında toplanmaktadır. Mevsimlik işçiler öğretide, yılın belirli dönemde faaliyetin yoğunlaştığı, diğer dönemlerde azaldığı veya tamamen durduğu ve bu durumun yılın belli dönemlerinde tekrarlandığı işler olarak tanımlan-

tin, ağaç palamudu, susam, fındık, pancar etc... gibi ziraat ve sınai mamulatin işlenmesi, manipülasyonu gibi açık havada ve senenin bir kısmında yürütülen veya faaliyeti mevsime tabi olan işler veya bu işlerin yürütüldüğü müesseseler" şeklindeki ifade de mevsimlik işçiler ile işyerinin tanımlanmasında belirleyici olmuştur.

Mevsimlik işlerin görüldüğü işyerlerinde faaliyetin azaldığı ya da tamamen durduğu dönemlerde bir kısım işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmakta işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu dışındaki iş ilişkisi devam etmektedir. Öğretide de iş sözleşmesinde geçici ve isnat edilemeyen bir ifa engelinin ortaya çıkması nedeğine bağlı olarak askı durumunun ortaya çıkabileceği ve askı süresinin ifa engelinin ortadan kalktığı zamana kadar geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Esasen ifa engelinin ortadan kalkması askı süresinin azami haddini oluşturacağı varsayılsa dahi, tarafların bu süre içinde askı halini ortadan kaldırmalarını, iş görme ve ödeme unsurlarını aktif haline getirmeleri mümkündür. Yeni çalışma mevsiminin başlamasına rağmen iş sözleşmesinin askı halinin devamı yönünde işçi ile işverenin açık veya ör-

tüllu bir anlaşmayı yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır. İşçi, bazen iş sözleşmesinin askıya alınmasının ardından başlayacak olan mevsim veya kampanya dönemi yerine daha sonraki dönemlerde işe başlamayı tercih edebilir. Askı halinin verdiği güvenceyi kaybetmek istemeyen işçi, iş ilişkisinin sona erdirmekten ise ileride yeniden çalışabilme ve ücret alma umudu ile bu yola yönelebilir. İşveren de belli bir işgücünü ilerdeki kampanya dönemlerinde hazır bulundurmak isteyebilir. Bu sebeplerle mevsim ve kampanya dönemlerinde askı halinin devamı yönünde tarafların anlaşmaları geçerlidir. Tarafların açıkça anlaşmaları halinde askı süresinin devamı ile ilgili bir üst sınırdan sözedilemez. Hata, hile gibi haller olmadıkça hakim bu yolda sözleşmeye müdahalesi mümkün olmamalıdır. Askı halinin tarafların örtülü anlaşması ile başlayacak mevsim ve kampanya dönemi yerine sonraki dönemlere kadar uzatılmasının olanaklı olduğu Dairemizce de kabul edilmektedir. Bu konudaki Dairemiz üyeleri arasında oybirliği mevcuttur. Ancak bunun azami sınırının ne olması gerektiği hususunda azınlık ve çoğunluk görüşleri arasında farklılık mevcuttur. Örtülü anlaşma daha çok işyeri uygulaması ile ortaya çıkabilir. Örneğin işçiler askının ardından ilk mevsim başlangıcı yerine zaman zaman sonraki mevsim başlangıcına çağırılmış ve askıda olan iş ilişkisi bu şekilde bazı mevsim ya da kampanya dönemleri atlanarak aralıklı olarak tam borç doğurur hale dönüşmesi durumunda taraflar arasında örtülü bir anlaşmadan söz edilebilir. Bu yönde gelişen işyeri uygulamasının bir sonucu olarak işe mevsim ve kampanya döneminde çağırılmayan işçi yönünden de iş ilişkisi devam edeceği sonucuna varılacaktır. Askı süresince hizmet aktinin devam ettiği, hizmet akitleri askıda bulunan işçilerin yetki başvurusu veya iş güvencesi hükümleri gereği aranan 30 işçi ölçütünün tespitinde yetki başvuru veya fesih tarihindeki işyerinde çalışan işçilerin sayısının tespitinde nazara alınması gerektiği Yargıtay İçtihatlarında ve öğretide benimsenmiştir. İş sözleşmesi askı süresinde devam ettiğine göre sendika üyeliğinde aranan kriterde varlığını sürdürmektedir. Önemle belirlenmesi gerekli olan askı süresinin sona erdirdiği anın saptanmasıdır. Askı süresi sonunda işçi işe başlamış ise askı süresi sona ermiş olacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere tarafların askı süresinin deva-

mı yönünde açık ya da örtülü şekilde askı süresinin sonunda da askı halinin devam edeceği yolunda iradeleri ortaya çıkmadığı hallerde ifa engelini ortadan kalkması ile sona erecektir. Taraflar hizmet sözleşmesinin sona erdirileceği hususunda irade açıklamışlar ise hizmet sözleşmesinin sona ereceği tartışmasızdır. Doktrinde ve yargı kararlarında çözüm üretilmeyen ve dava konumuzda, önce açık olarak sonra da örtülü iradeler ile ortaya çıkan askı hallerinin ne zaman sona ereceği ihtilafın çözümünde en önemli hususu teşkil etmektedir.

Dairemizde oybirliği ile örtülü askı halinin iletbet (çok uzun süre) devam etmeyeceği benimsenmiştir. Ancak burada ölçünün ne olacağı ve hangi esaslara göre belirleneceği konusunda farklı sonuçlara varılmıştır. Yargılama sırasında alınan üç bilirkişi kurulu raporunda da görüş birliği oluşturulamamıştır. Dairemiz azınlık görüşünde benimsenen üçüncü bilirkişi raporundaki çoğunluk mütalaaasına göre 1.1.2003-31.12.2004 tarihleri arasında yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinin başlangıç tarihi olan 1.1.2003 gününden sonra işyerinde fiilen işbaşı yapan işçilerin 3.9.2004 tarihli yetki başvuru tarihinde işçi ve üye sayısı bakımından dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme kararının ve dairemizin azınlık görüşünün oluşumunda etkili olan 1.1.2003-31.12.2004 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinde askı süresinin örtülü uzatılması ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Bu sözleşmenin 18. maddesinde günlük ve haftalık süreler düzenlenmiş, kampanya işçilerine, mevsimlik işlerde çalışılmadığı dönemde ücret ödenmeyeceği, hakların doğmasında bu sürenin nazara alınmayacağı, 26. maddesinde ise işçi alınması ve aranan nitelikler düzenlenir iken (d) bendinde mevsimlik işçilerin ne şekilde işe çağrılacağı, 39. maddesinde işin son bulması iş akitlerinin askıya alınmasını ve işçilerin işten çıkarılması düzenlenmiş, (d) bendinde mevsim sonunda iş akitleri feshedilmeyen mevsimlik işçilerin yeni döneme kadar iş akitlerinin askıya alınmış olacağı, 40. maddesinde ücret zammı (i) bendinde bu zammın mevsimlik işçilerde ne şekilde uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki hükümler yukarıda açıklandığı gibi askı halinin örtülü olarak uzatılması halinde aktin hangi tarihte sona ereceği, başka bir anlatımla örtülü askı tarihinin ne kadar süre devam edeceğinin çözümlenmesi mümkün değildir.

Dava konumuzda yetki tespitine konu işletmelere bağlı tespit edilemeyen sayıda yangın söndürme, ağaçlandırma, ıslah orman yol çalışması gibi birçok mevsimlik çalışma türünün bulunduğu ve bu çalışma yerlerinin ülkemizin her tarafında örgütlenmiş ve Orman Bölge Müdürlüğü, Orman İşletme Müdürlüğü ve Orman Şefliklerinde olduğu, gerek yapılan işlerin türü ve gerekse çok geniş bir coğrafi bölgeyi kapsayan ülkemizdeki çok farklılık arz eden iklim ve çalışma koşulları nazara alındığında mevsim ve kampanya işlerinin başlama ve bitiş tarihlerinin aynı tarihler olarak saptamak mümkün olmamaktadır. Bu işyerlerinin bir sonraki mevsimde açılıp açılmadığı açılmış ise Toplu İş Sözleşmesinin 26/(d) bendi gereğince işlem yapıp yapılmadığı işçilerin işe davet edilip edilmediği dosya içeriğinden kesin olarak anlaşılamamaktadır. Bu sebeplerle bazı işçilerin bir sonraki mevsimde ne sebeple iş başı yapmadıkları, başka bir anlatımla bir sonraki mevsimde kampanyanın açılıp açılmadığı açılmış ise 26/(d) maddesi gereğince davet yapıp yapılmadığının her işyeri için ayrı ayrı belirlenmesi mümkün ise, bu eksikliklerin giderilmesi gerekir. Eğer bir sonraki kampanyada işyeri açılmış Toplu İş Sözleşmesindeki şekillere uygun olarak işçi işe davet edilmiş, işverenin işe başlatma arzusuna rağmen işçi işe başlamamış ise iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekir. Bir sonraki kampanya dönemi açılmış; bazı işçiler işe davet edilmiş bazı işçiler işe davet edilmemiş ise, işe davet edilip de iş başı yaptırılmayan işçiler ile açık ve örtülü askı süresinin uzatılmasına ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, işe davet edilmeyen ve davet edilip de iş başı yaptırılmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirildiği kabul edilmektedir. İşçi alacakları ile ilgili açılan davalarında Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulunca bu kural açıkça benimsenmektedir. Dava konumuzda da yukarıda açıklanan esaslar ve yasalarda düzenlenen diğer fesih halleri sonucu başvuru tarihi olan 3.9.2004 tarihinden önce hizmet akdi sona eren işçilerin işçi ve üye sayısının tespitinde nazara alınması mümkün değildir.

Dava konusunda 50.000'e yakın işçinin durumu söz konusudur. Yukarıda açıklandığı gibi sayısı belirlenemeyen işyeri vardır. Bilirkişilerin tespit ettiği gibi bazı işyerlerinde beş yıl ara verdikten sonra iş-

baş yaptırılan mevsimlik işçiler mevcut olduğu gibi 20 yıl önce hizmet akti askıya alındığı halde iş başı yaptırılmayan ve sendika üyeliği devam eden işçiler mevcuttur. Tüm bu verilen ve bundan sonra gelecek bu tür davalarda uygulanmak üzere bir ölçüt konulması zorunluluğu vardır. Bu ölçütün konulmasında açık ve örtülü askı süresinin uzatılması, objektif iyiniyet kuralları, daha önce dairemizde hizmet akdi ile ilgili kıstaslar ve Alman Federal Mahkemesinin uygulamaları göz önünde bulundurularak, tarafların açık rızaları ile uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve hizmet akdinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Daire çoğunluğumuzun vardığı bu sonuç bu tür benzer davalarda uygulanması yönünden doğru bulunmuştur. Mahkemenin ve Daire çoğunluğunun dosyadaki Toplu İş Sözleşmesine göre kural oluşturması benzer davalarda ve daha önce Toplu İş Sözleşmesi düzenlemesi bulunmayan işyerlerinde uygulanma olanağı bulunmadığından benimsenmemiştir. Yukarıdaki Daire çoğunluğunun belirlendiği esaslara göre başvuru tarihi olan 3.9.2004 tarihinde hizmet sözleşmesi ve üyelikleri devam eden işçi sayısı, sendika üyesi olan işçilerin hangi sendikaya üye oldukları belirlenmeli ve sonuca göre hüküm kurulmalıdır<sup>1</sup>.

**KARŞI OY:** Olumlu ve olumsuz yetki tespitine itiraz davasında başvuru tarihinde çalışan işçilere göre üye sayısının mahkemece belirlenmesi önem taşımaktadır.

Dairemizin yerleşik kararlarıyla Bakanlığa başvuru tarihinde fiilen çalışan işçiler yanında iş sözleşmesi askıya alınan mevsimlik işçiler de göz önünde bulundurulmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.1986 tarih ve Esas No 1984/9-611, Karar No: 1986/225 sayılı kararında "Mevsimlik işlerde mevsim sonunda işveren işçiye yeni mevsimde işe alınmayacağını ihbar ettiği takdirde, hizmet sözleşmesi mevsimin bitimiyle bu tarihte bozulmuş sayılır; işveren böyle bir ihbarda bulunmazsa yeni mevsime kadar hizmet akdi askıya alınmış olur ve işveren, yeni mevsim başladığında işçiyi işe almazsa hizmet sözleşmesi önceki mevsim sonunda değil işçinin yeni

mevsim başında işe alınmaması ile bu tarihte bozulmuş olur- denilmektedir. İtiraz eden sendikandan tarafı olduğu 1.1.2003-31.12.2004 arasında yürürlükte bulunan 14. dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 26/d maddesinde -Bir önceki mevsimde işyerinde çalışan mevsimlik orman işçileri, yeni iş mevsimi açıldığında işe başlama tarihinden 15 gün önceden işe başlama tarihleri, işe başlayacak işyerleri, başvurma yerleri belirtmek suretiyle işyeri ilam tahtalarında ilan edilip duyurulur. Aynı ilan ilgili Köy Muhtarlıklarına da yapılır. Zamanında davete icap etmeyen işçinin iş akdi münfesihi sayılır. Bu ilanların birer sureti altları işveren vekillerince imzalanarak işçinin şahsi dosyasında saklanır. Bu tutanakta çağrılan işçinin işe başlayıp başlamadığı yazılır- hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan anılan toplu iş sözleşmesinin -İşin Son Bulması, İş Akitlerinin Askıya Alınması ve İşçilerin İşten Çıkarılması- başlıklı 39/b maddesinde -Mevsimlik işlerde, işin azalması veya bitmesi, iş mevsiminin kapanması gibi nedenlerle mevsimlik işçilerin işten ayrılmasını gerektiğinde, bunlardan iş akitleri feshedilmeyenlerin hizmet akitleri yeni iş mevsimine kadar askıya alınmış sayılır...- kuralı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Dairemizin yerleşik içtihatlarına paralel düzenleme yapılmıştır.

Mahkemece yetki tespitine itiraz davalarında işin aceleliği nedeni ile otuzbeşbine yakın işçi çalıştıran işletme için, çoğunluk tespitinde iş sözleşmesi askıya alınan işçilerin sayısının belirlenmesi için üç ayrı bilirkişi kurulu raporu alındığı görülmektedir. Son üç kişilik bilirkişi kurulunun oyçokluğuyla tanzim ettiği raporda toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıç tarihi olan 01.01.2003 tarihi ile başvuru günü 03.09.2004 arasında bir gün olsa da çalışan işçilerin iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmiştir. Öğretide uzun askı süreleri benimsenmemektedir. Örneğin profesyonel sendika yöneticiliğine seçilen işçilerin Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesindeki güvenceden yararlanmaları konusunda, üç-dört yıllık bir süre uzun olduğu için öğretide ve Dairemizin kararlarında iş sözleşmesinin askıya alınmış sayılamayacağı görüşü kabul edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici iş ilişkisinin en çok 18 ayla sınırlandırılması karşısında, mahkemece 1.1.2003-3.9.2004 arasında 21 ay 2 günlük dönem içinde en az iki mevsim son-

rası işbaşı yapan mevsimlik işçiler çoğunluk tespitinde hesaba dahil edilmiştir. Bu durum örtülü askının makul bir süre olarak mahkemece uygulandığını göstermektedir. Olumlu ve olumsuz yetki tespitine itiraz davalarının özelliği gereği, işçilerin yeni toplu iş sözleşmesi ile haklarının belirlenebilmesi için, başvuru tarihi esas alınıp çoğunluk tespiti yapılması varsa, itirazın kısa sürede mahkemece sonuçlandırılarak yetkili sendika belirlenmelidir.

İşkolu istatistiği yönünden 01 nolu işkolunda % 10'luk barajın aranmaması ve mevsimlik işçilerin bu işkolunda yoğun olması, 36 yıl gibi uzun bir süre iş sözleşmesinin askıda devam ettiğinin istatistik kayıtlarında yer almasına neden olduğu düşünülmektedir.

Dairemizin 25.09.1996 tarih Esas No: 1999/6554, Karar No: 1996/17967 sayılı kararında -Davacının aralıklarla fakat düzensiz bir şekilde çalıştığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Her ne kadar 1993 mevsiminde işe çağrılmış ise de, çalışmasını daha sonraki mevsimde sürdürmüştür. 1993 mevsiminde çağrılmamış olması iş aktinin işveren tarafından feshedildiğini göstermez- denildiğinden iş sözleşmesinin örtülü askı halinin bulunacağı konusunda sayın çoğunlukla aramızda görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

Üçüncü bilirkişi raporunda yurt çapına yayılmış yüzlerce işyerinden oluşan işletmede çalışan işçilerin ücret bordroları temin edilemediği, aleyhine itiraz olunan vekilince dosyaya ibraz edilen ve SSK'dan alındığı belirtilen CD içeriği itibarıyla ikinci bilirkişi raporu ile iş sözleşmesi askıda kabul edilen 24641 işçi baz alınmıştır. Bunlardan en son prim ödediği dönemlere ilişkin olarak 31.12.2002 tarihine kadar çalışıp iş aktinin feshi ihbar edilmeksizin işten ayrılıp ve 01.01.2003 tarihinden başvuru tarihi olan 03.09.2004 tarihine kadar çalışması olmayan işçilerin iş sözleşmesi feshedilmiş sayılarak, yaşlılık aylığı almak suretiyle işten ayrılanlar, malülen emekli olanlar, iş kazası sonucu malül kalan ve iş kazası sonucu ölenler de olmak üzere, 15.06.2006 kişi tenzil edilmek suretiyle 9.579 işçinin iş sözleşmesinin askıda bulunduğu kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Böylece aleyhine itiraz edilen sendikandan itiraz eden sendikadan dörtbinden fazla üyesi bulunduğu görüldüğünden, mahkeme kararının onanması düşüncesiyle-

le sayın çoğunluğun bozma kararına katılamıyoruz.”

Mevsimlik işte çalışanlar, işçi sendikasının işyeri toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için gerekli çoğunluğa sahip olup olmadığının saptanmasında da etkili olmaktadır.

“İtiraz eden sendika, davalı işverenin Manavgat ve İstanbul'da bulunan otel işyerlerinin oluşturduğu işletmede çoğunluk tesbiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvuruda bulunduğunu, bunun üzerine Bakanlığın 28.12.2001 başvuru tarihi itibari ile tesbite konu işletmede toplam 205 işçinin çalıştığını, bunlardan 96 işçinin sendika üyesi olduğunu yasal çoğunluk sağlanamadığı gerekçesi ile olumsuz yetki tesbiti yaptığını, tesbitin işçi ve üye sayısı bakımından hatalı olduğunu belirterek olumsuz yetki tesbitinin iptali ile sendikanın işletme düzeyinde çoğunluğunun bulunduğu tesbitine karar verilmesini istemiştir. Sendika vekili yargılamanın tüm aşamalarda işyerinde daha önce çalışan Ayfer Sulu, Nuran Iğircık ve İsmail Küçük kara'nın mevsimlik işçi olduklarını iş akitlerinin feshedilmeyip askıya alındığını iddia etmiştir. Adı geçen işçilerin mevsimlik işçi olup olmadıkları ve iş akitlerinin askıda bulunup bulunmadığının araştırılmadan yazılı şekilde kabulü doğru değildir<sup>42</sup>.”

İşyerinin mevsimlik çalışma gösteren bir işyeri olması, çoğunluk tesbiti tarihi itibari ile, mevsimlik çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin askıda olması, çoğunluk tesbitine engel değildir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, İş Grev ve Lokavt Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca, faaliyetleri bir yıldan az süren işlerden olması bakımından, mevsimlik işin sürdürüldüğü işyerlerinde, bir yıldan kısa süreli toplu iş sözleşmeleri yapılabilecektir. Ancak çoğu işyerlerinde mevsimlik işler dışında, diğer faaliyetler devam ettiğinden, toplu iş sözleşmeleri genellikle iki yada üç yıllık imzalanmakta, ancak mevsimlik işçiler hakkında ayrık düzenlemelere yer verilmektedir.

## 10. SONUÇ

İş hukukunda ve mevzuatında, mevsimlik işte çalışan işçilerin haklarını sağlamaya yönelik hükümler yeterli ölçüde yer almamaktadır. Yargısal ve bilimsel içtihatlarla eksiklik giderilmeye çalışılmaktadır. Çalışma hayatımızda birçok işkolunda uygulaması olan mevsimlik iş konusunda ayrıntılı

düzenleme yapılması, diğer çalışma türleri gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu çalışma türüne yer veren hükümlerin düzenlenmesi gerekir.

## DİPNOTLAR

- 1 S. Süzek, s. 231.
- 2 H. Mollamahmutoğlu, s. 279.
- 3 E. Aki, Kamu İş, s. 250.
- 4 Y.9.HD. 08.06.2005. 16505-20651.
- 5 Süzek, 40.
- 6 Y.9.HD. 07.04.2004. 2003/15725, 2004/7484.
- 7 Y.9.HD. 08.12.2003. 2003/8914-20316.
- 8 Y.9.HD. 22.03.2004. 2003.17019-2004/5650
- 9 Süzek, 89.
- 10 Y.9.HD. 29.06.2004. 2003.21797-2004.16194.
- 11 Süzek, 109.
- 12 Y.9.HD. 01.04.2004. 2003.18067-2004.6830.
- 13 Süzek, s. 43.
- 14 Y.9.HD. 21.09.1992. 9677-10208.
- 15 Süzek, 112.
- 16 Y.9.HD. 30.03.2004. 2003.17079-2004/6610.
- 17 Y.9.HD. 05.04.2004. 2003.18589-2004/7268.
- 18 Y.9.HD. 05.02.2002. 2001.20701-2002.2257.
- 19 Y.9.HD. 10.01.2005. 2004.21961-2005.110.
- 20 Y.9.HD. 03.07.2006. 2006.15549-19346.
- 21 Y.9.HD. 20.02.2006. 320-3898.
- 22 Y.9.HD. 27.03.2006. 2005.28454-2006.7364.
- 23 Y.9.HD. 10.07.2006. 19874-20209.
- 24 Y.9.HD. 02.05.2005. 2004.26558-2005.15178.
- 25 Y.9.HD. 19.09.2005. 29066-30405.
- 26 Y.9.HD. 09.05.2006. 10552-13049.
- 27 Y.9.HD. 06.07.2006. 368-20076.
- 28 Y.9.HD. 09.05.2006. 10553-13050.
- 29 Y.9.HD. 30.06.2005. 16775-23330.
- 30 Y.9.HD. 13.06.2005. 19067-20978.
- 31 Y.9.HD. 15.09.2006. 2006.21611-22886.
- 32 Y.9.HD. 30.09.2003. 16576-15848.

## KAYNAKÇA

- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Basım A.Ş. İSTANBUL, 2002.
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, ANKARA, 1989.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 2. Bası, ANKARA, Turhan Kitabevi.
- AKI, Erol, Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 5 Nisan 2000, Sayı 3, sayfa 249 vd.
- Yargıtay kararları.

Şükran CİNOĞLU

Gebze 2. İş Mahkemesi Hakimi

## İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasa'nın 19. Maddesinin 1. Fıkrası İle 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması

Yeni İş Kanunumuz 10.06.2003 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, içerdiği yeni düzenlemelerle farklı yorumlara elverişli hükümler taşımaktadır. Uygulamanın, yasanın amacına uygun ve sağlıklı olarak şekillenmesi için değişik değerlendirmeler yapılması ve paylaşılmasında yarar olduğu kanısındayım. Bu bağlamda 4857 sayılı İş Kanunu'nun madde 19/1 ile madde 25/son düzenlemelerini işe iade davalarında uygulanma şekli açısından karşılaştırmak istiyorum.

Yeni İş Kanunumuzun 18, 20, 21. maddelerinde işe iade davasının işçi ve işyerine ait dava şartları ile işe iade davasının sonuçları düzenlenmiştir.

Bu maddeleri hatırlarsak;

4857 sayılı Yasa'nın;

18. maddesi: "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

...

*İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işve-*

*ren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz."*

20. maddesi: "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir."

21. maddesi ise: "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."

düzenlemelerini içermektedir.

Bu maddelerdeki düzenlemeler çerçevesinde özetle; 30'dan fazla çalışanı bulunan işyerinde, belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışan, kıdemi 6 aydan fazla olan, 18. maddede özellikleri sayılan işveren

vekillerinden olmayan, hizmet akdi, geçersiz veya haksız nedenle işveren tarafından feshedilen işçi, akdin feshedildiğinin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde, aynı şartlarla işine dönebilmek için işe iade davası açabilecektir.

Bazı istisnai durumlar (tarafaların anlaşması, ölüm, belirli sürenin sona ermesi gibi) dışında hizmet akdi fesih bildirimini ile sona ermektedir. Fesih bildirimini: Hizmet akdini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli, tek taraflı bir irade beyanıdır. Feshe ilişkin irade beyanının karşı tarafa bildirilmesi yeterli olup, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Fesih bildirimini karşı tarafa tebliğ anında sonuç doğuracağından, açık ve kesin olmalıdır.

İşe iade davasına esas olmak üzere feshin nasıl yapılması gerektiği, 4857 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiştir.

"Sözleşmenin feshinde usul" başlığı altında düzenlenen bu madde:

"Madde 19 - İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

*Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."*

hükmünü içermektedir.

4857 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin 1. fıkrası fesih bildirimının fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi yanında yazılı olmasını da zorunlu kılmış, sözlü yapılacağına ilişkin herhangi istisnai bir durum düzenlenmemiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işe iade davalarında, feshin geçerli nedene dayanması halinde, fesih bildiriminin yazılı olmasını geçerlilik şartı kabul ederken; feshin haklı nedene dayanması halinde, fesih bildiriminin yazılı olmasını geçerlilik şartı kabul etmemektedir. Bu durumu işe, 4857 sayılı Yasa'nın 25/son maddesindeki düzenleme ile açıklamaktadır.

Bu Yüksek Dairemizin içtihatlarından örnekler vermeden önce yasanın 25/son maddesini hatırlar isek,

"İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığı altında düzenlenen bu madde:

Madde 25 - Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

....  
İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir."

hükmünü içermektedir.

Söz konusu içtihat örneklerinden bazıları işe şu şekildedir;

#### **Örnek 1**

E:2005/1084

K:2005/3101

T:03.02.2005

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

KARAR: Dosya kapsamına göre davalı işverence fesih bildirimini yazılı olarak yapılmamıştır. Davalı işveren, cevap dilekçesinde feshi davacının verimsizliğine dayandırmış olup, açıkladığı bu fesih nedenine bağlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesine göre feshin yazılı olarak yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin biçimde belirtilmesi, ayrıca işçinin verimsizliğine dayanılması halinde fesihten önce savunmasının alınması gerekir. Davalının yasada belirtilen şekil koşullarına uymadan fesih bildiriminde bulunmuş olması nedeniyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine dair mahkemece verilen karar yerindedir.

#### **Örnek 2**

E:2004/14020

K:2004/29654

T:27.12.2004

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kabul etmiştir.

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

KARAR

...işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 sayılı Yasa'nın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin altı günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır.



SONUÇ: Temyiz olunan karar yukarıdaki gösterilen nedenlerle kesin olarak BOZULMASINA, 27.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

### Örnek 3

E:2004/20205

K:2004/29226

T:23.12.2004

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR: Mahkemece davacının savunmasının alınmaması gerekçesiyle işe iade talebinin kabulü-

2- Kanun koyucu, aynı yasanın 19. maddenin 2. fıkrasında, işçinin davranışından kaynaklanan nedenle, savunması alınmadan akdin feshedilemeyeceğini belirtirken, 25/II. madde şartlarına uygun hallerde fesih hakkını saklı tutmuştur.

Ancak 1. fıkrada böyle bir istisnai düzenlemeye yer vermemiştir. Yüksek Daire'nin örnek kararlarında belirtildiği gibi, haklı nedenle fesih hallerinde 25/son maddesine göre 19. madde koşulları aranmayacak olsa idi, aynı maddenin 2. fıkrasında yapılan "... Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." şeklindeki düzenlemenin, 1. fıkrasında da belirtilmesi gerekirdi. Yine aynı mantık ile hareketle, kanun koyucunun 25/son maddesinde 19. madde sayılmamasını haklı nedenle fesih halinde

## Fesih bildirimının yazılı olması, fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi, fesih bildiriminin geçerlilik şartıdır.

ne karar verilmiş ise de; hizmet akti, davalı işveren tarafından 4857 sayılı Yasa'nın 25/II maddesi gereğince feshedilmiş olup bu gibi fesih hallerinde aynı yasanın 25/son maddesi gereği yasanın 19. maddesinin uygulama alanı bulunmadığından savunma alması zorunluluğu bulunmamaktadır...

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yazım şekli de gözetilerek açıklanan maddelerin bir arada değerlendirilmesinden çıkacak sonuçlar şunlar olmalıdır:

1- 4857 sayılı Yasa'nın 25 maddesi son fıkrasında belirtilen 18, 20, 21 sayılı maddeler ile işe iade davası açabilmek için gerekli işçi - işyeri şartları ve işe iade davası sonuçları düzenlenmiştir. Sayılan maddelerde belirtilen şartları taşıyan işyerinde çalışan işçi, işe iade davası açabilecektir. Bu şartlardan herhangi birinin bulunmaması işçinin işe iade davası açma imkânını ortadan kaldıracaktır.

Sayılan maddeler içine 19. madde dahil edilse idi, fesih bildiriminin yazılı olması da işe iade davası açabilmenin şartı anlamına gelirdi ve işveren tarafından fesih bildirimini yazılı yapılmadığında işçi işe iade davası açamazdı. Bu nedenle yerinde bir düzenleme ile 25/son maddede 19. madde sayılmamıştır.

uygulama alanı bulunmadığı şeklinde yorumlar isek, 19. maddenin 2. fıkrasındaki ("*... Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.*") düzenlemeye ihtiyaç duyulmaması gerekirdi.

Bu sonuçlarla birlikte kanaatimce 4857 sayılı Yasa'nın 19. maddesi 1. fıkrasında belirtilen fesih bildiriminin yazılı olması, fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi, fesih bildiriminin geçerlilik şartıdır ve haklı nedenle fesih halinde bu maddede sayılan koşulların uygulanmasını engelleyecek yasal bir düzenleme mevcut değildir. Yasal düzenleme ile böyle bir istisna öngörülmediğine göre, farklı yorumlara müsait düzenlemenin İş Hukukunun temel ilkelerinden olan "işçi lehine yorum" ilkesine uygun yorumlanması daha doğru olacaktır. Aksi yorumlar yasanın amacına ve temel ilkelere ters sonuçlar doğurabilecektir.

Yeni yasanın, işçi-işveren-işletme bütünlüğü içinde her bir unsuru daha güzel bir geleceğe taşıması umuduyla, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefinde, iş dünyasında yer alan tüm insanlarımızı başarılar diliyorum.

### DİPNOT

\* Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri.

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/22601

**Karar No** : 2005/29568

**Tarihi** : 12.9.2005

### KARAR ÖZETİ

İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin işe iade davası açtıktan sonra işveren tarafından işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğindedir.

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

### KARAR

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine, işe başlatılmama tazminatına ve boşta geçen süre ücretine karar verilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının işe davet edilmesine rağmen işe başlamadığı ayrıca personel giderinin bütçenin yüzde otuzunu aşması, gerekli vizenin alınmaması sebebiyle feshin geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava devam ederken, davacının işe davet edilmesi aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacının işe davet edildiği davalının ve mahkemenin de kabulündedir. Diğer yandan akdin feshi tek

tarafli bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Buna göre, mahkemenin feshin geçerli nedenle yapıldığını kabul ederek davayı ret etmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

- 1) Gerze Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 14.04.2005 tarih ve 176-65 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
- 2) İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının İŞE İADESİNE,
- 3) Davacının yasal sürede başvurmasına rağ-

## 1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Karara konu olan olayda işveren işçinin iş sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshetmiştir. Bunun üzerine işçi, feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açmıştır. Davalı işveren iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini ve davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, davacının işe davet edilmiş olmasına rağmen işe başlamadığı ve ayrıca personel giderlerinin bütçenin yüzde otuzunu aştığı, gerekli vizenin alınmaması sebebiyle feshin geçerli nedenle yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını, davalının işe tekrar davet edilmesinin aksi kararlaştırılmamış ise feshin geçerli nedenle yapılmadığının kabulü anlamını taşıyacağı, işe iade davası devam ederken işveren tarafından yapılan çağrının yeni bir iş sözleşmesi için icap niteliğinde olduğu, böyle bir durumda işçi işe başlasa bile bunun yeni bir iş sözleşmesi olacağı ve önceki feshi ortadan kal-

men işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının çalışma süresi dikkate alınarak takdirlen beş aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine,

4) Davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6) Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Aşgari Ücret Tarifesi uyarınca 350. YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

7) Davacı tarafından yapılan 29.00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8) Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine dair kesin olarak 12.09.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

dırmayacağı gerekçesiyle bozmuş ve işçinin işine iadesine karar vermiştir.

Yukarıdaki kararı, dava devam ederken işveren tarafından işçinin yeniden işe başlatılmasına ilişkin verdiği çeşitli kararlarla birlikte ele alacağız ve inceleyeceğiz.

2. Kararda üzerinde tartışılması gereken hususlardan ilki dava devam ederken işveren tarafından işçinin yeniden işe çağrılmış olması, işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilebilir mi?

Yargıtay bir kararında, "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle dava tarihindeki şartlara göre değerlendirilerek davanın esas ile ilgili hüküm kurulması gerekirken, dava tarihinden sonra oluşan koşullara göre davacının davasının konusuz kalması sebebiyle karar itirazına mahal olmadığına karar verilmesi doğru değil ise de somut olayda fesihte geçerli nedenlerin varlığı sunulan belgelerle kanıtlandığından sonucu itibarıyla doğru olan ka-

**“Dava devam ederken, davacının işe davet edilmesi aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir.” görüşüne katılmak mümkün değildir. Mahkemenin feshin geçerli sebeple yapılıp yapılmadığını fesih anındaki koşullara göre değerlendirmesi gerekir.**

rının bu gerekçeyle ONANMASINA ...” ifadesine yer vermiştir. Yüksek Mahkeme bu karar ile feshin geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinin fesih anı itibarıyla yapılmasını öngörmüş ve fesihten sonra ortaya çıkan koşulların dikkate alınmamasını istemiştir. Bu açıdan bakılınca iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli sebeple feshedilen işçinin daha sonra işveren tarafından yeniden işe davet edilmiş veya işverenin bu davetine uyararak işe başlamış olması, fesih sonrasında ortaya çıkan yeni bir olgudur. Dolayısıyla Mahkemenin bu durumu dikkate almadan fesih anı itibarıyla işverenin dayandığı sebebin geçerli olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Ancak Yargıtay inceleme konusu yaptığımız kararda, iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli sebeple feshedilen işçinin, daha sonra yeniden işe başlatılmasını, işverenin feshi geçerli nedene dayanmadığını kabul ettiği şeklinde yorumlamıştır<sup>2</sup>. Oysa fesih esnasında dayanılan sebep geçerli bir sebep olmakla birlikte, dava devam ederken ortaya çıkan koşullara bağlı olarak bu sebep geçerliliğini kaybetmiş ve işveren işçiyi yeniden işe almış olabilir. Bu nedenle mahkemenin, işçinin işveren tarafından daha sonra işe yeniden davet edilmesine veya işe başlatılıp başlatılmamasına bakmaksızın, feshin geçerli bir nedene bağlı olup olmadığını fesih anındaki koşullara göre değerlendirmesi gerekir<sup>3</sup>. İşçinin dava devam ederken işe başlamış olması davasından feragat ettiği şeklinde de yorumlanmamalıdır<sup>4</sup>. Ancak işçi işe başladıktan sonra açıkça davasından feragat da edebilir. Aynı

şekilde işverenin işçiyi tekrar işe çağırmış olması fesih bildirimimin geri alınması veya fesihden dönme anlamı taşımaz. Kural olarak fesih beyanı karşı tarafa ulaştıktan sonra fesih beyanından dönmek veya fesih beyanını geri alabilmek mümkün değildir. Tarafların bu konudaki anlaşmaları ise yeni bir sözleşmenin kurulduğu anlamını taşır<sup>5</sup>.

Karara konu olan olayda fesih için ileri sürülen “personel giderinin bütçenin yüzde otuzunu aşmaması ve gerekli vizenin alınmaması”nın geçerli bir neden olup olmadığı mahkeme tarafından araştırılmalıdır. Yargıtay’ın dava devam ederken işçinin işveren tarafından yeniden işe davet edilmesini hem “davalı işverenin feshin geçerli sebebe dayanmadığını kabul iradesi” hem de “yeni iş sözleşmesi için icap” olarak değerlendirmesi birbiriyle çelişkilidir. Eğer işverenin işe davet etmesini feshin geçerli sebebe bağlı olmadığını kabul beyanı olarak kabul edersek fesih geçersiz hale gelecek ve yeni bir iş sözleşmesine icaptan söz edilemeyecektir.

Yargıtay’ın çeşitli tarihlerde verdiği kararlar dikkate alındığında bu konudaki görüşünde istikrar bulunmadığı da görülmektedir. Örneğin 2003 yılında verdiği bir kararında işçinin işveren tarafından işe başlatılması halinde davanın konusuz kalacağını ve işçinin boşa geçen süre için ücret isteğinde bulunamayacağını hükme bağlamıştır<sup>6</sup>. 2004 yılında verdiği bir başka kararında işe iade davası sürerken davacı işçinin, işverence işe başlatılması halinde davanın konusuz kaldığından bahisle bir karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmesinin doğru olmadığına ve davacı davasından açıkça feragat etmedikçe, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretini talep edebilmesi için daha önce yapılmış feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>7</sup>. 2005 yılında verdiği bir kararında ise bizce doğru olan bir önceki kararında yer alan görüşten dönmüş gözükmektedir. Yargıtay bu kararında “... 2) Davalı işverence, işçinin eski işine başlatıldığı anlaşılınca davanın konusu ortadan kalktığından bu yönde karar verilmesine yer olmadığına, 3) Davacı işçiyi boşa geçen süre için en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının işverence ödenmesi gerektiğinin tespitine, ...” hükmetmiştir<sup>8</sup>. Yargıtay son belirttiğimiz kararda işçinin işe başlatılması halinde davanın konusuz kaldığına karar vermiş, ancak feshin geçersiz sayılmasına bağlı olan boşa geçen süreye iliş-

kin ücrete hükmetmiştir. Karar kendi içerisinde çelişki taşımaktadır. Bu karardaki görüşten hareket ettiğimiz takdirde Yargıtay'ın inceleme konusu yaptığımız karardaki görüşünün de farklı olması gerekirdi. Böyle bir durumda Yargıtay'ın, işverenin işçisini işe davet etmesi ile birlikte davanın konusuz kaldığını, işçinin bu davete icabet etmemesinin ise işçi tarafından yapılmış bir fesih olarak değerlendirilmesi gerekirdi.

Açıkladığımız gerekçeler ile incelediğimiz kararda yer alan "Dava devam ederken, davacının işe davet edilmesi aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir." görüşüne katılmak mümkün değildir. Mahkemenin feshin geçerli sebeple yapıp yapılmadığını fesih anındaki koşullara göre değerlendirmesi gerekir".

3. Kararda tartışılması gereken bir diğer husus işçi tarafından açılan dava devam ederken işveren tarafından işçinin yeniden işe davet edilmesi yeni bir iş sözleşmesine icap mıdır?

Yukarıda da belirttiğimiz gibi dava devam ederken işveren tarafından işçinin yeniden işe davet edilmesi ve hatta işe başlatılmış olması devam eden dava üzerinde etki yaratmamalıdır. Mahkeme fesih sonrası ortaya çıkan bu koşulları dikkate almadan feshin geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığını değerlendirmeli ve feshin geçerli ya da geçersiz olduğuna karar vermelidir. Mahkeme tarafından feshin geçersiz olduğuna karar verilinceye kadar fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bu nedenle iş sözleşmesinin feshi sonrasında işveren tarafından işçinin yeniden işe davet edilmesi, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması açısından icap olarak kabul edilebilir. İşçinin bu icaba uyarak işe başlamış olması halinde iş ilişkisi kurulmuş olur. Ancak bunun yeni bir iş sözleşmesi mi yoksa önceki iş ilişkisinin devamı olup olmadığı, mahkemenin vereceği karardan sonra kesinlik kazanacaktır. Gerçekten mahkeme işverenin dayandığı sebebin geçerli bir sebep olduğuna karar vermesi halinde

**Mahkeme tarafından feshin geçersiz olduğuna karar verilinceye kadar fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur.**

**İşçi tarafından açılan dava devam ederken işçinin işveren tarafından işe davet edilmiş olması ve hatta işçinin işe başlaması davayı konusuz kılmaz.**

sözleşme fesih ile birlikte ortadan kalkmış olacaktır. Bundan sonra kurulacak iş ilişkisi yeni bir iş sözleşmesine dayanacaktır. Mahkeme feshin dayandığı sebebin ve bu bağlı olarak feshin geçersizliğine karar vermesi halinde, fesih tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacaktır. İş sözleşmesi de hiç kesintisiz olarak varlığını sürdürecektir. Böyle bir durumda işçinin işe davete icabet ederek çalışmasını yeni bir iş sözleşmesi olarak değil, önceki sözleşme kapsamında bir çalışma olarak değerlendirmek gerekecektir.

## II. SONUÇ

İşçi tarafından açılan dava devam ederken işçinin işveren tarafından işe davet edilmiş olması ve hatta işçinin işe başlaması davayı konusuz kılmaz. Mahkemenin fesih anındaki koşullara göre feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını değerlendirmesi gerekir. İşçinin işe davet edilmesi ya da işçinin işe başlaması fesih sonrasında ortaya çıkan yeni olgulardır. Bunlar ancak geçerli ya da geçersiz kabul edilen feshe göre sonuçlarını doğuracaktır. Örneğin dava sırasında işe başlatılan bir işçi açısından, mahkeme feshi geçersiz kılırsa, çalıştığı süre boşa geçen sürenin belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Yargıtay kararında yer alan işe davetin yeni bir iş sözleşmesi için icap olduğu görüşü esas itibarıyla doğru olmakla birlikte, dava sonunda mahkemenin feshi geçersiz kılması halinde yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunu değil, önceki sözleşmenin kesintisiz devam ettiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Y9HD., 12.2.2004, 448/2029, Karar metni ve Fevzi ŞAHLANAN'ın incelemesi için bkz. Tekstil İşveren, S.302, Şubat 2005, s.41 vd. Aynı doğrultuda bir başka karar da şöyledir: "... Davacı vekili müvekkilinin yeniden işe alındığını açıklamış, ancak davanın esası ile ilgili karar verilmesini istemiştir. Davanın esası ile ilgili hüküm kurulmasında davacının hukuki yararı bulunmamaktadır.

Her dava açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirilir. Bu nedenle davacı talepleri dava tarihindeki şartlara göre değerlendirilerek davanın esası ile ilgili karar verilmesi gerekirken, mahkemece dava tarihinden sonra oluşan koşullara göre davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm oluşturulmasının hatalı olduğuna...”, (Y9HD., 8.4.2004, 5212/7536).

- 2 Yargıtay işçinin dava sırasında işe başlatılmasını, feshin yargı kararı ile geçersiz sayılması sonrasında işçinin başvuru üzerine işveren tarafından işe başlatılması ile aynı sonuçlara bağlamaktadır: “Ancak, dava devam ederken davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şekilde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 3. ve 5. fıkralarına göre, boşta geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boşta geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlamasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir”, Y9HD., 2.2.2005, 31715/2889, Legal İHSGHD, 2005, S.6, s.722. Aynı doğrultuda Y9HD., 10.3.2005, 6244/8054, İşveren Dergisi, C.43, S.10, Temmuz 2005’e ait Yargıtay Kararları Eki, s. 12, 13.
- 3 Karşı görüşte olan DEMİR’e göre, “... işçinin dava devam ederken işveren tarafından işe başlatılmaması halinde fesih sebebinin “geçersiz” olduğu kabul edilir; ancak işçi açıkça feragat etmediği veya bu konudaki talebini geri çekmediği sürece, boşta geçen “en fazla 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının” kendisine ödenmesi gerekir”, Bkz. FEVZİ DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s.242.
- 4 ŞAHLANAN, Karar İncelemesi, s.42.
- 5 CENTEL, Karar İncelemesi, s.38.
- 6 Y9HD., 8.7.2003, 12444/13125, Karar metni ve Tankut CENTEL’in incelemesi için bkz. Tekstil İşveren, Eylül 2003, s.36 vd; Can TUNCAY’ın değerlendirmesi için bkz. Çimento İşveren, C.18, S.2, Mart 2004, s.58 vd. SÜZEK’e göre, “... yüksek mahkemenin dava sürerken işçinin işe başlatılmasıyla davanın konusuz kalmadığı ve ücret alacağı hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü bir davanın konusuz kaldığından söz edebilmek için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar vermesinde hiçbir hukuki yararı kalmamış olmalıdır. Davacının taleplerinden birinin herhangi bir nedenle konusuz kalması diğerinin de kalmamasını gerektirmez. Davaya devam edilerek esas hakkında karar verilmesi gerekir”, Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.484. Farklı görüşte olan AKYİĞİT’e göre ise, “Taraflar dava sırasında anlaşarak feshi ortadan kaldırıp işçinin işe dönmesi sağlarsa, bu durumda yargıç veya hakem boşta geçen sürenin ücretine karar veremez”, Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, 4.B., Ankara 2005, s.227.
- 7 Bkz. Dipnot 1’de belirtilen karar.
- 8 Y9HD., 17.5.2005, 11753/18631, Tekstil İşveren, S.321, Ekim 2006, s.8.
- 9 Aynı görüşü savunan SÜZEK’e göre, “Dava konusu olayda her ne kadar işçinin işe iadeyi talep açısından bir hukuki yararı kalmamışsa da, sözleşmenin feshi nedeniyle boşta geçirdiği sürelerle ilişkin ücret talebi konusunda bu davanın devamında hukuki yararı olduğu açıktır. Bu nedenle, davaya devam edilerek feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak

işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücreti talebi konusunda karar verilmesi zorunludur. Yargıtay’ın yukarıda belirttiğimiz çözüm şeklinin kabulü halinde işveren işçiyi işe geri çağırmak suretiyle işçinin dava açarak talep ettiği boşta geçen süreye ilişkin ücretini ortadan kaldıracaktır, işçilerin bu ücretlerini ödemekten kendi iradesiyle kurtulabilir”, s.484

Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/4878

**Karar No**: 2006/8253

**Tarihi** : 03.04.2006

### DAVA

Davacı feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

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

Davalı işveren vekili, davalı işverenin sektörde rakiplerin çoğalması, olumsuz ekonomik şartlar, rekabet koşulları ve maliyetlerin düşürülmesi nedeni ile kadro azaltılmasına gidildiğini, 2000 yılında 1240 kişi çalışırken, son beş yılda 715 kişi çıkarıldığını, halen çalışan 525 personelden 282 kişinin elektronik, haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında eğitim görmüş nite-

likli ARGE mühendisleri olduğunu, üretim bölümünde halen 25 işçinin çalıştığını, küçülmeye gidildiğini, işyerinde vasıfsız işçinin çalıştırılmayacağını, sadece ARGE bölümüne nitelikli yüksek okul mezunu lisans yapmış eleman alındığını, davacının çalıştığı üretim bölümünün tamamen kapatılma sürecine girdiğini, kademeli tasfiye edildiğini, feshin işyeri ve işletmeden kaynaklanan geçerli nedenle yapıldığını savunmuştur.

Mahkemece, savunma ve alınan bilirkişi raporundaki saptamalara değer verilerek, davalı işverenin işletmesel önlemler kapsamında bazı bölümleri kapatma kararı aldığı, öncelikle davacının çalıştığı üretim bölümünü, alt yükleniciler kullanarak tasfiye ettiği, nitelikli teknoloji kullanan eleman temin etme yoluna gittiği, üretim bölümünde 2000 yılında 227 işçiyi Selectron şirketine devrettiği, 1999 yılında bu bölümde 293 işçi varken 2005 yılında müdür ve sekreter dahil bu sayının 26 kişiye düştüğü, davalının üretim bölümünü başka firmaya devretmesi nedeniyle davacının hizmetine ihtiyacının kalmadığı, davalı işverenin üniversite mezunu elemanları ise ARGE bölümüne mühendis olarak aldığı, teknik

lise mezunu davacıya mühendis niteliği kazandırmayacağı, başka bir bölümde görevlendirme olanağının da bulunmadığı, davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz incelemeye dayalı olduğunu, bilirkişinin kendi içinde çeliştiğini, davacının çalıştığı bölümde sürekli fazla mesai yapıldığının kanıtlandığını, fazla çalışmaların kaldırılmadığını, esnek çalışma şekillerinin değerlendirilmediğini, davalının işçileri başka bölümde değerlendirme olanağının araştırmadığını, davalı işverenin asıl işi olan üretim işini kurdurduğu şirkete devrederek işçilerin haklarını kısıtladığını, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile kararı temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde meslek lisesi/yüksek okul mezunu olan ve test/çatı operatörü olarak üretim bölümünde çalışan davacının iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından kadro daralması sebebi gösterilerek feshedilmiştir. Görüldüğü gibi, davalı işveren fesih sebebinde gerekçede gösterildiği şekilde, bölüm kapatma yoluna gitme, davacının hizmetine ihtiyacı kalmama ve yüksek okul mezunu nitelikli elemana gereksinimi gibi nedenlerden söz etmemiştir. İşveren fesih sebebi ile bağlıdır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporları, davalı işveren tarafından sunulan tek taraflı belgeler ve dosya üzerinden hazırlanmış, işyerinde keşif yapılmamış ve objektif olarak denetim sağlayacak ilgili kurumlardan kayıtlar getirilmemiştir.

Davalı işverenin üretim bölümünü 2000 yılında 227 işçisi ile alt işverene devrettiği, ancak davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra halen aynı bölümde idari çalışan dahil 26 işçinin çalıştığı sabittir. Ayrıca davalı işyerinde, halen çalışan 525 personelden 282 kişinin elektronik-haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında eğitim gören yüksek okul mezunu, diğerlerinin ise bu nitelikte olmadığı davalının da kabulündedir. Davalı işverence kadro daraltılması çerçevesinde bir norm kadro uygulaması da yapılmış de-

ğildir. Diğer taraftan davalı tarafından 2000 yılında 227 işçinin devredildiği üretim işinin davalı işverence kurdurulan şirkete verildiği, bu işin asıl iş olduğu iddia edilmiş, mahkemece bu olgu üzerinde de durulmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varken feshine başvurulmaması gerekir. Kısaca "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o ünite çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.



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

## KARARIN İNCELENMESİ

Y.9.HD.'nin farklı hukuki sorunları içeren bu kararı aynı zamanda Türk pozitif hukukunda yer almayan bir kavram olarak "sosyal seçim kriteri"nden söz edilmesi bakımından ilginçtir. Kararda bir yandan asıl iş olan üretim işinin alt işverene verilmesi ve bunun geçerliliği tartışma konusu oluştururken, diğer yandan feshin son çare olması ilkesi ve nihayet sosyal seçim yükümlülüğü değerlendirilmesi gereken hususları oluşturmaktadır. İnceleme kapsamında alt işveren ilişkisine genel olarak değinildikten sonra, sosyal seçim yükümlülüğü üzerinde ağırlıklı olarak durulacak, yükümlülüğün içeriği, karşılaştırmalı hukukta uygulanışı ve nihayet Türk hukukunda bu yönde bir yükümlülüğün kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

### 1. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Karara konu olayda davacı işçi, meslek lise-

Yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre, özellikle kadro daraltılmasının incelenmesi için işyerine işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren kayıtlar ilgili kurumdan getirilmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile dava dışı kurdurduğu iddia edilen şirket arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-son maddesi kapsamında incelenmeli, sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkelere çerçevesinde belirtilen olguları kapsayan bir değerlendirme yapılmalı, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi" ile istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 3.4.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

si/yüksek okul mezunu olarak çalıştığı işyerinden kadro daralması gerekçesi ile çıkarılmıştır. İşK. mad. 20 uyarınca açılan davada; davalı işveren ekonomik koşullar nedeniyle kadro azaltılmasının gerçekleştirildiğini, 2000 yılında 1240 işçi çalıştırırken son beş yılda 715 kişinin çıkarıldığını, davacının çalıştığı bölümün tamamen kapatılma sürecine girdiğini, kademeli tasfiye edildiğini ve feshin işyeri gereklerinden kaynaklandığını iddia etmiştir. Kararda davacının çalıştığı üretim bölümünün alt işverene devredildiği, ancak aynı bölümde alt işveren işçisi ile birlikte asıl işverenin 25 işçisinin çalıştığı tespit olunmuştur. Yerel mahkeme feshin üretim bölümünün devredilmesi sonucu gerçekleştiğinden bahisle geçerliliği yönünde karar vermiştir.

İşçinin çalıştığı bölümün alt işverene verilmesi kural olarak İşK. mad. 18 anlamında bir geçerli fesih nedeni oluşturur. İşveren, işyeri veya işletme gereği oluşturan bu durumda iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak İşK. mad. 18 anlamında bir geçerli fesih nedeninin varlığından söz edilebilmesi, kuşkusuz öncelikle geçerli bir alt işveren ilişkisinin

varlığına bağlıdır. Bu bağlamda kararda incelenmesi gereken ilk husus, olaydaki alt işveren ilişkisinin geçerliliğidir.

İşK. mad. 2/6 uyarınca "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.....", hükmüyle kavrama ilişkin tanımı, ortaya koyarken aynı zamanda 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak kurum bakımından bir sınırlama ortaya koymuştur.

İşK. mad. 2/7'de ise; "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." düzenlemesi ile muvazaalı uygulamaların önlenmesi için yine birtakım örneklerle yer verilmiş ve hukuki sonucu belirtilmiştir. Bu bağlamda, her iki fıkra hükmü de esas itibarıyla kurumu sınırlayıcı içeriğe sahiptir.

Karara konu olay bakımından dikkati çeken husus: üretim bölümünün alt işverene verilmiş olması ve aynı zamanda asıl işverene ait 25 işçinin bu bölümde çalışmaya devam etmesidir. Dolayısıyla üretim bölümünün alt işverene verilebilmesinin koşullarının olayda mevcut olup olmadığı ve yine aynı bölümde asıl işverene ait işçilerin çalışması olgusunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi; İşK. mad. 2/6'da kavram tanımlanırken koşullara da yer verilmiş ve alt işverene verilecek iş bakımından belirli unsurlar aranmıştır. Bu bağlamda yardımcı işler bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmezken, asıl işin bir bölümünde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş" olması koşuluyla bağlanmıştır.

Yasanın yürürlüğünden bu yana hükmün yorumu konusunda uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki; "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ölçütünün bölünmezliği yolundadır. İşin ve işletmenin gereği teknolojik yönden uzmanlık gerektiren işleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. İşveren sadece işletmenin ve işin gereği olarak ekonomik gerekçelerle asıl işi bölüp alt işverene veremez<sup>1</sup>. İkinci görüş ise; ölçütün bölünebilirliğini kabul etmektedir<sup>2</sup>. Bu görüşe göre; işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren birbirinden farklı kavramlar ifade ederler. Dolayısıyla, işletme ve işin gereği bulunduğu takdirde işin alt işverene verilebilmesi bakımından teknolojik uzmanlık aranmayacaktır. Doktrindeki ağırlıklı görüş olarak nitelenebilecek bu görüş çerçevesinde ise; bu kez "işletme ve işin gereği" kavramı konusunda farklı yorumlar ortaya çıkmıştır. Soyut bir kavram olarak işletme ve işin gereği neyi ifade etmektedir?

İşletme ve işin gereği kavramının içeriğinin belirlenmesindeki görüş ayrılığı; salt işçilik maliyetlerinin düşürülmesi gerekçesinin asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Diğer bir ifadeyle salt işgücü maliyetlerinin düşürülmesini de içine alan ekonomik gerekçeler bir işletme veya işin gereği olarak değerlendirilebilecek midir?

Doktrindeki bir görüş; maliyetlerin düşürülmesi amacıyla işin alt işverene verilebileceği ve bunun bir işletme gereği oluşturacağı yönündedir. Bu görüşe göre; amaç kötüye kullanmaların ve muvazaalı uygulamaların önlenmesidir. Maliyetin düşürülmesi ve ekonomik gerekçeler alt işveren ilişkisi bakımından 2/6 çerçevesinde meşru bir amaç oluşturur. Yasanın doğrudan bu amacı engelleme yönünde bir amacından söz edilemez<sup>3</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bu düşünce olması gereken hukuk bakımından tartışılabilir niteliktedir. Ancak somut düzenlemenin TBMM'de verilen önerge ile yürüdüğü içerik ve bunun amacı dikkate alındığında salt maliyetin düşürülmesi amacının bir işletme gereği olarak değerlendirilemeyecektir<sup>4</sup>. Zira, alt işveren uygulamasının başlıca gerekçesi maliyet ucuzlatılması, işgücü maliyetlerinin düşürülmesidir. Sendikalaşmanın önlenmesi, ücretlerin geldiği yüksek seviyeden kurtularak maliyet

itibariyle giderlerin asgari ücret seviyesinde tutulması, kıdemli işçilik giderlerinden kaçınılması, iş güvencesinin kapsamı dışında kalma ve diğer gerekçeler hemen her ilişkide mevcuttur. Dolayısıyla, kıdemli işçilerin çalıştığı, zaman içerisinde toplu iş sözleşmesi ile ücretlerin yükseldiği bir işyerinde maliyeti düşürmek amacıyla işin bölünerek alt işverene verilebilmesi mümkün olabilecektir. Bu yönde bir yorum ise, alt işveren ilişkisine 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak hiçbir sınırlama getirilmediği sonucuna götürecektir ki, hükmün lafzı ve ruhu buna engeldir.

Yasadaki işletme ve işin gereği ibaresi kalite, verimlilik, çabukluk gibi unsurları ifade eder. Esasen bunlarda da maliyetin düşürülmesi söz konusudur. Ancak maliyet bir dolaylı sonuç olarak ortaya çıkar. Tek başına amacı oluşturmaz. Daha seri üretim, hammaddelerin daha ucuz temini nedeniyle maliyet azaltımı, daha kaliteli üretim bir işletme gereği oluşturur ve dolaylı olarak da maliyet bakımından kârlılığı beraberinde getirir. İşK. mad. 2/6'nın bugünkü içeriği ile salt muvazaalı uygulamayı önleme amacından söz etmek mümkün değildir. Muvazaalı uygulamalar 2/7'de düzenlenirken, muvazaa dışında bizzat ilişkinin sınırlayıcı nitelikteki unsurları 2/6'da yer almaktadır. Dolayısıyla hüküm oldukça katı şekilde kaleme alınmış olup, uygulamada yarattığı sıkıntılar yorum yolu ile aşmaya çalışılmaktadır. Yasakoyucunun kamu kesimi için getirdiği 12.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik de, bu sıkıntının aşılması için hukuken amacı, yeri ve içeriği bakımından yerindeliği tartışılabilir bir düzenleme niteliğindedir<sup>5</sup>.

Dava konusu olay değerlendirildiğinde; alt işverene verilen üretim bölümü asıl işi oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, asıl işin alt işverene verilebilmesi Yasada engellenmemiş, salt belirli koşulların varlığına bağlanmıştır. Ancak, Yargıtay'ın bir kısım kararlarında asıl işin alt işverene verilemeyeceği yolunda hüküm oluşturduğu görülmektedir. Özellikle eski Belediyeler Kanunu döneminde verilen kararlar bu yöndedir<sup>6</sup>.

Davacı tarafından alt işveren şirketin, davalı işveren tarafından kurdurulduğu iddia edilmiştir. Muvazaalı bir ilişkide feshin geçerli olmayacağı açıktır. Nitekim, Yüksek Mahkeme taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesi ile bu hususun açıklığa kavuşturulması gereğini belirtmiştir. Öte yan-

**Sosyal seçim; işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder.**

dan, 25 işçinin alt işveren işçileri ile aynı bölümde çalışması da muvazaalı uygulama olasılığı bakımından dikkate alınmalıdır. Kuşkusuz somut olayın, işyeri bakımından asıl işin ve asıl işi oluşturan bölümlerin, asıl işveren işçilerinin konumlarının ve işverenler arasındaki sözleşmenin içeriğinin bilinmesi alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde belirleyicidir.

Nihayet, muvazaa olmaması durumunda, işverenin feshin son çare olması ilkesine uyması feshin geçerliliğinin değerlendirilmesi bakımından belirleyicidir. Olayın yeterli açıklık içermemesi karşısında alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin Yüksek Mahkeme'nin de isabetli olarak belirttiği gibi, somut koşulların tespitini gerektirdiği söylenmelidir.

## II. FESİHTE SOSYAL SEÇİM

### 1. Kavram

Sosyal seçim; işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder. İş sözleşmesinin işçinin yeterliliğinden veya davranışından kaynaklanan nedenlerle feshinde, fesih nedeni işçinin alanında doğar. Bu hallerde esasen işten çıkarılacak işçinin seçimi söz konusu değildir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde ise; fesih nedeni işverenin alanından kaynaklanır. İşyerinin kapatılması gibi tüm işçileri etkileyen bir durum olmadığı sürece, işten çıkarılacak işçi sayısı birden fazla olabilir. Dolayısıyla, işten çıkarılacak işçinin seçimi, fesih nedeninin işçi bakımından somutlaştırılması söz konusu olur. Kadro azaltımına gidilecek hallerde aynı veya benzer işi gören on işçiden birinin veya üçünün seçiminde olduğu gibi.

Bu noktada, fesih nedeninin varlığının yeterli olup olmadığı, ayrıca işten çıkarılacak işçi veya işçilerin seçiminde bir seçim kriterinin dikkate alınması gerekli gerekmediği "sosyal seçim" kurumunun somut hukuk sisteminde uygulanabilirliği sorununu oluşturur. İşverene sosyal seçim yükümlülüğünün getirildiği hukuk sistemlerinde, işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihte sosyal seçime uyulmaması, feshin geçersizliği veya bir zararın giderimi sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla sosyal seçim, işverenin fesih hakkının kullanımında bir sınırlama ifade etmektedir.

Sosyal seçim yükümlülüğü anayasal eşit davranma ilkesinin somutlaştırılması olarak kabul edilir. Öte yandan ilke fesihte menfaatler dengesinin değerlendirilmesi olarak ortaya çıkar. Feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinde işçi ve işverenin (işletmenin) karşılıklı çıkarları değerlendirilirken, sosyal seçimde feshe konu olabilecek işçilerin bir-

tür. Bu bağlamda; işyeri kıdeminin bir sosyal seçim kriteri oluşturduğu, kıdemli işçilerin korunduğu, yaşlılık aylığı almaya hak kazanmanın kıdem kriterini kaldırdığı, yaşın ve engelliliğin de diğer seçim kriterleri olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu hukuk sisteminde toplu iş sözleşmeleri ile sosyal seçim kriterlerinin belirlenebilmesi de mümkündür. Sosyal seçime aykırılığın yaptırımı ise feshin geçersizliği olmayıp, işçinin bu nedenle uğradığı zararın tazminidir<sup>8</sup>.

Fransız hukukunda, işveren ekonomik nedeni feshlerde yasa gereği belirli sosyal seçim kriterlerine uymak zorundadır (Art.L.321-1-1 Abs.2,3 Cdt). Yasada örnek olarak; işçinin ailevi konumu, özellikle tek başına geçindirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, işletme veya teşebbüsdeki kıdemi, mesleki nitelikleri ve işten çıkarılan işçinin iş yaşamına dahil olmasını zorlaştıran engellilik veya yaş gibi diğer koşullar sayılmaktadır. Sosyal seçim

## Feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinde işçi ve işverenin (işletmenin) karşılıklı çıkarları değerlendirilirken, sosyal seçimde feshe konu olabilecek işçilerin birbirleri karşısındaki konumları değerlendirilir.

birleri karşısındaki konumları değerlendirilir<sup>9</sup>. Yine kurum fesihten göreceli olarak en az zarar göreceği olanın işten çıkarılması, bu yolla sosyal açıdan zayıf olanın korunması amacına hizmet ettiğinden seçimde kullanılan kriterler bizzat iş ile bağlantının ötesinde, sosyal unsurlar içerir.

### 2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri

#### a) Uygulamanın yasal bir dayanağının bulunması

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında; İsveç hukukunda yasa ile sosyal seçim kriterlerinin öngörüldüğü ve işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde öncelikle kıdem esasına uyması gerektiği görülmektedir (§ 22 III, S.4 LAS). Düzenlemeye göre; işveren fesihte kural olarak aynı niteliklere sahip işçilerden kıdemsiz olanları ve aynı kıdemde olanlar arasından da genç işçileri tercih etmek zorundadır. İşçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış olması durumunda ise, kıdem rol oynamaz. Yine işyerlerinde çalışabilmeleri ciddi bir zorluk arzeten engellilerin işyerinde korunması öngörülmüş-

kriterlerine aykırılık Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla kriterler maddi bir fesih sınırlaması ifade etmez. Sadece işçi aykırılık nedeni ile ortaya çıkan gerçek zararının tazminini talep edebilir<sup>10</sup>.

Alman hukuku sosyal seçim esasına yasada yer vermiş hukuk sistemleri arasında yer almaktadır.

İspanyol hukukunda, yasadaki kaynaklanan bir sosyal seçim kriteri bulunmadığı gibi, uygulamada da geliştirilmiş değildir<sup>11</sup>.

#### b) Alman Hukuku Örneği

Alman hukuku pozitif düzenlemelerinde sosyal seçim kriterine yer veren hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. Alman hukuku özellikle bu alanda yaşanan gelişmeler ve ayrıntılı düzenlemeleriyle, sosyal seçimin önemini ve ciddi bir yasal temel ile prosedür gerekliliğinin ortaya konulabilmesi bakımından önemlidir. Türk hukuku bakımından konuya ışık tutabilecektir.

§ 1 III 1 KSchG'ye göre; işveren acil işletme gereklerinden kaynaklanan fesihte sosyal seçim kriterlerini dikkate almak zorundadır. Fesih nedeni-

## Alman hukukundaki sekiz yıl içinde gerçekleşen dört yasal değişiklik bir yandan sosyal seçim kriterlerinin uygulanma zorluğunu, diğer yandan da daralan istihdam alanı karşısında, işletmenin gerçek gereksinimlerinin ortaya çıkardığı değişim gereğini ortaya koymaktadır.

nin mevcut olmasına rağmen işveren sosyal seçim kriterlerini hiç veya yeteri derecede dikkate almıyorsa, fesih geçersiz sayılır. Belirtmek gerekir ki, bu hukuk sisteminde sosyal seçim kriterlerine ilişkin düzenleme zaman içerisinde sürekli değişikliklere konu olmuştur. 25.05.1996 tarihli İstihdamı Teşvik Kanunu'nun kabulüne kadar sosyal seçim kriterleri bakımından bir sınırlama öngörülmemişken, bu tarihte kıdem, yaş ve bakım yükümlülükleri ile sınırlanmış, 19.12.1998 tarihli Yasa ile sınırlama yeniden kaldırılmış, 24.12.2003 tarihli Yasa ile yeniden sınırlayıcı seçim kriterleri kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Alman hukukundaki sekiz yıl içinde gerçekleşen dört yasal değişiklik bir yandan sosyal seçim kriterlerinin uygulanma zorluğunu, diğer yandan da daralan istihdam alanı karşısında, işletmenin gerçek gereksinimlerinin ortaya çıkardığı değişim gereğini ortaya koymaktadır.

Sosyal seçim kriterlerinin son düzenleme ile sınırlı sayıda kabul edilmesinin gerekçesi; hukuk güvenliği ve hukuki açıklığın sağlanmasıdır. Öte yandan yine son düzenleme ile işverenin uyması gereken kriterler belirlenirken, işletme bakımından gerekli ve verimli işçilerin işte tutulabilmeleri için bunların sosyal seçimden hariç bırakılabilmesi öngörülmüştür. Bu ise, daha esnek bir iş güvencesi fikrinin yansıması olarak belirmektedir. Bu bağlamda işveren üzerindeki sosyal seçim rizikosunun azaltılması, sosyal seçimin sadeleştirilmesi ve kolaylaştırılması hedeflenmiştir<sup>12</sup>.

Alman hukukunda 01.01.2004 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile seçim kriterleri sınırlı sayıya bağlanmıştır. Buna göre; işveren işçinin işletmedeki kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini

ve ağır engellilik durumunu dikkate almak zorundadır. Bilgileri, yeterlilikleri ve edimleri nedeniyle işyerinde çalışmaya devamında işletmenin haklı çıkarı bulunan işçiler veya işletmenin ağırlıklı personel yapısının korunması bakımından çalışmaya devamında işletmenin haklı çıkarı bulunan kişiler sosyal seçim dışı bırakılabilirler. Sayılan kriterlerin hiç veya yeteri derecede dikkate alınmamış olması feshin geçersizliğini gerektirir.

Sosyal seçim üç aşamada gerçekleştirilir. İlk aşamada hangi işçilerin sosyal seçimde dikkate alınacağı tespit olunur. Burada işletme içerisindeki hiyerarşik sistemde yatay bir alanda mukayese söz konusudur. Daha nitelikli veya daha yüksek ücretli işçi, daha az nitelikli ve daha az ücret seviyesi ile çalışan işçi ile mukayese edilemez. İşletme içinde mukayese edilebilirlik esası, salt belirli bir bölümde çalışan işçilerin sosyal seçime dahil edilmelerini önler. Dolayısıyla, belirli bir makinenin üretim sürecinden kaldırılması durumunda bu makinede çalışan kişinin nitelik ve konum itibarıyla işini yapabileceği bir başka işçiyle mukayese edilebilmesi mümkündür<sup>13</sup>. Bu noktada yer değiştirilebilir işçilerden söz edilir. İkinci aşamada kriterlerin münferit olayda dikkate alınması, uygulanması söz konusudur. Üçüncü aşamada ise, işletmenin haklı menfaatleri gereği sosyal seçim dışı bırakılacak işçiler tespit edilir.

### - Seçim kriteri olarak kıdem

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Alman hukukunda da kıdem başta gelen sosyal seçim kriterini oluşturmaktadır. Bunun gerekçesi bir yandan iş ilişkisinin kişisel niteliği ile bağlantılı olarak ortaya çıkan güvenin korunması düşüncesidir. Diğer yandan, ilişkinin sinallagmatik niteliği ile bağlantılı olarak işletmenin varlığına yapılan katkı sonucu, güçlendirilmiş koruma gereğidir. İşçi işletmenin varlığına ve devamına emeği ile ne kadar uzun süre katkıda bulunmuşsa, işverenin ortaya çıkan güçlükler karşısında mümkün olduğunca iş ilişkisini koruyacağına o kadar çok güvenir. İş ilişkisinin süresi ile birlikte işçinin teşebbüsün kazancına, değerine katkısı artar ve işçinin bu katkısı güçlendirilmiş bir fesih korumasını gerektirir<sup>14</sup>. Öte yandan kıdemle birlikte, işyeri çevresine bağlılığın da arttığı ve feshin sonuçlarının ağırlaşaacağı kabul edilir. İşyeri ile bağlantılı olarak oturlan mahallin seçiminde olduğu gibi<sup>15</sup>.

**- Yaş**

Sosyal seçim kriterlerinin ikincisi yaştır. Yaş kriteri farklı noktalarda etki etmektedir. Bir taraftan artan yaş ile birlikte sosyal koruma gereksinimi artar. Zira yaşlı işçilerin iş pazarındaki şansı azaldığı gibi, meslek değiştirme olasılığı da azalır<sup>16</sup>. Öte yandan genç işçiler meslek değiştirme ve yeni bir işyerinin taleplerine uyma noktasında daha esnek olmakla birlikte, bunlar için aile sorumlulukları noktasında gelir büyük önem taşır. Yine, işle bağlantılı olarak oturuş mahal bakımından da esneklik pek azdır. Dolayısıyla, yaşın etkisinin saptanması oldukça güçtür. Alman Federal İş Mahkemesi 25 ile 35 yaş arasındaki on senelik farkın temelde önemli olmadığı yönünde karar vermiştir. Özellikle kadınlarda 35 yaşındaki işçinin iş bulmasının 25 yaşındakine göre daha kolay olduğu tespit edilmiştir.

**- Bakım (nafaka) yükümlülükleri**

Kriterin iş ilişkisi ile doğrudan veya dolaylı bir bağlantısı olmamakla birlikte, seçimde dikkate alınması iş ilişkisinin amacı ve ailenin korunmasına ilişkin düşüncelere dayanmaktadır. Bu yolla yasa koyucunun ailenin korunmasına ilişkin anayasal yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmektedir. İşveren işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bakım yükümlülüklerini dikkate almak zorunda olup, sadece aile hukukuna ilişkin yasal bakım yükümlülükleri önemlidir. Dolayısıyla, evlilik dışı birliklik bakım yükümlülükleri kapsamında yer almaz<sup>17</sup>. Geçindirmekle yükümlü olunan kişi sayısının mı, yoksa nafaka miktarının mı dikkate alınması gerektiği ise tartışmalıdır. Bu noktada sorun: çifte kazanç, yani eşin kazancının dikkate alınmasının gerekli gerekmediğidir. İşçinin yükünün hafiflemesi ve sosyal açıdan korunma gereksiniminin azalması gerekçeleriyle, kural olarak eşin kazancının da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Ancak Federal İş Mahkemesi bu durumun tek başına işçinin aleyhine dikkate alınmayacağı, aksi halde ailevi bağlantıdan ötürü işçinin iş sözleşmesinin feshi gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği görüşündedir.

Bakım yükümlülükleri kapsamında işin korunması noktasında genç işçiler doğal olarak daha öncelikli konumdadırlar.

**- Ağır engellilik**

Alman hukukunda ağır engellilerin iş sözleşmesinin feshi yetkili makamın onayına bağlıdır. Bu

onay, iş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshinde işletme gereklerinin mevcut olup olmadığının ve işverenin yasal kota oranını doldurup doldurmadığının tespitini içermektedir. Diğer bir ifadeyle feshi onay verilebilmesi için, işletme gereklerinin mevcut olması ve işverenin de yasal kota oranını doldurmuş olması gerekir (§ 85 SGB IX). Onayın bulunması veya onayın verilmesini gerektiren durumların varlığı halinde ise, işveren sosyal seçim kriteri olarak engelliliği dikkate almak zorundadır. Bu noktada dikkate alınması gereken engellilik en az % 50 oranında ağır engelliliktir.

Sosyal seçim bakımından objektif veriler söz konusu olduğundan, işveren fesihten önce kapsam içinde değerlendirilebilecek işçilerden bu hususlarda bilgi talep edebilecektir.

Alman hukukunda yasal düzenleme ile kriterler belirlenmekle birlikte, öncelikleri ve birbirleri ile ilişkileri bakımından kesin bağlayıcı esaslar getirilmemiştir. Yasada kriterlerin "yeteri ölçüde" dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür. Bu noktada işverenin seçim esaslarını ortaya koyabilmesi ve gerekçelendirmesi beklenir. Ancak tamamen doğru ve ideal bir değerlendirmenin gerçekleştirilmesi aranmaz<sup>19</sup>. İşverenin bu noktada belirli bir takdir hakkı bulunduğu ve iş mahkemelerinin de buna saygı göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde de sosyal seçimin oldukça güç olduğu vurgulandıktan sonra, yasada kollektif düzenlemelerle getirilen seçim yönteminin ancak "ağır bir yanlışlık" ile sınırlı olarak denetlenebileceğinin öngörülmüş olmasının, bu güçlüğün yasakoyucu tarafından dikkate alınmasının sonucu olduğu belirtilmektedir<sup>20</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi seçim kriterlerinin ağırlığını son kırk yıl içinde farklı değerlendirmiştir. Önceleri yaş kriterine öncelik tanınırken, sonra kıdem kriterine yaş ve geçim yükümlülükleri karşısında öncelik tanınmıştır. Bu noktada, sosyal politika ve ekonomik gelişmelerin etkisi söz konusudur. Bugünkü uygulamada Yüksek Mahkeme hiçbir kriteri kesin öncelik tanımamaktadır<sup>21</sup>.

İşe iade davasında salt seçim sonucu denetlenmekte olup, işverenin sosyal seçim kriterlerini hiç veya yeteri derecede dikkate almamış olması, sonucun isabetli olması durumunda feshin geçerliliğini etkilemez. Diğer bir ifadeyle, işveren yükümlülüğü yerine getirmiş olsaydı dahi aynı işçinin işten çıkarılması gerekmekte ise, yükümlülüğe aykırı

rılık feshin geçerliliğini etkilemez<sup>22</sup>. Tesadüfi olan bu durum dışında, sosyal seçim kriterlerinin yeteri derecede dikkate alınmaması feshin geçersizliğini gerektirir.

- Sosyal seçimden istisna edilecek işçiler

Alman hukukunda 1.1.2004 tarihinde yasada yapılan değişiklikle bilgileri, yetenekleri ve edimleri nedeniyle veya işletmenin ağırlıklı personel yapısının korunması için işyerinde çalışmaya devamlarında işletmenin haklı çıkarının bulunduğu işçilerin sosyal seçimin dışında bırakılabilmesi kabul edilmiştir (§ 1 III 2 KSchG). Bilgi; mesleki eğitim, normal veya ileri eğitim ile kazanılan lisan, mesleki ruhsat gibi özellikler ifade eder. Yeterlilik kazanılan bilginin dışında işçinin sosyal yetenekleri, gayretliliği, satış, temsil veya yönetim yeteneği gibi hususları içerir.

nin haklı çıkarı bulunan haller arasında "ağırlıklı personel yapısı" da yer almıştır. Burada kastedilen edim niteliği ve yaş ortalaması bakımından mevcut yapının korunmasıdır. Salt diğer kriterlerin (yaş ve kıdem) uygulanması toplu işçi çıkarma durumunda işgücünün büyük çoğunlukla yaşlı bir yapıya bürünmesine imkân verebileceğinden, işveren yaş gurupları yapmak ve bunları dikkate almak suretiyle mevcut yapıyı koruyabilecektir<sup>23</sup>.

Sosyal seçim yükümlülükleri yasada belirlenirken, aynı zamanda toplu iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi veya işletme temsilciliği yasalarına göre hazırlanan yönerge ile yasal kriterlerin birbiri ile ilişkisini belirleyen düzenlemelerin getirilebilmesi mümkün kılınmıştır (§ 1 IV KSchG). Bu düzenlemeler işletme kurulunun katılımı ile yapılır ve fes-

## Sosyal seçim dışı bırakılma bakımından işletmenin haklı çıkarı bulunan haller arasında "ağırlıklı personel yapısı" da yer almıştır. Burada kastedilen edim niteliği ve yaş ortalaması bakımından mevcut yapının korunmasıdır.

Edimleri ise görülen iş ve işin sonucuna ilişkindir. Bu noktada hastalık nedeniyle fazla devamsızlık gösteren işçinin bu durumunun sosyal seçimde dikkate alınmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; söz konusu işçinin ediminin daha zayıf olması doğal olup, iş sözleşmesi hastalık nedeniyle feshedilmediği sürece bu durum sosyal seçimde dikkate alınmamalıdır. Federal İş Mahkemesi ise aksi görüştedir<sup>24</sup>.

Federal İş Mahkemesi, sosyal açıdan zayıf işçinin çıkarı ile işletmenin haklı çıkarının karşılıklı tartılması gerektiğini, sosyal açıdan zayıf işçinin çıkarı ne kadar ağır basıyorsa, edim veya yeterliliği nedeniyle sosyal seçim dışı bırakılacak işçiler bakımından da o derecede ağır basan nedenler bulunması gerektiğini kabul etmektedir<sup>25</sup>. Dolayısıyla doktrinde; anılan işçilerin yasanın lafzı uyarınca bir karşılaştırmaya konu olmadan sosyal seçim dışı bırakılması savunulmakta iken, Yüksek Mahkeme çıkarların değerlendirilmesini öngörmektedir ki, bu yorumun, işverenin işletme için önemli işçilere öncelik tanıma imkanını zorlaştırdığı belirtilmektedir<sup>25</sup>.

Sosyal seçim dışı bırakılma bakımından işletme-

hin geçerliliğinin denetiminde sadece ağır bir yanlışlık bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirilebilir. Puanlama sistemi ile yapılan bu iç düzenlemelerde, örneğin on yıla kadar her hizmet yılına bir puan, onbirinci yıldan itibaren iki puan, ellibeş yaşını doldurana kadar kıdeme en fazla yetmiş puan, her yaş için en fazla ellibeş olmak üzere bir puan, nafaka yükümlülüğü bulunan her çocuk için dört puan, işçinin evli olması durumunda sekiz puan, ağır engellilik durumunda ise 5 puan verilmektedir.

Sosyal seçimin isabetli olmadığı konusundaki vakıaların ortaya konulması ve ispatı yükümlülüğü öncelikle işçiye aittir. Ancak işçi sosyal seçim nedenlerini bildirmesini işverenden talep edebilir. İşveren bu durumda somut işçi ile ilgili olarak nedenleri bildirmek zorundadır. İşveren bu talebi yerine getirdikten sonra, işçi işveren tarafından sosyal seçimde dikkate alınan işçilerin daha az korunma gereksinimi olduğunu veya işveren tarafından dikkate alınmayan başka işçilerin de dikkate alınması gerektiğini ispatla yükümlü olacaktır. İşverenin, işçinin bilgi talebini yerine getirmemesi durumunda ise, işçinin bilgisi doğrultusunda seçim kri-

terlerinin yeteri derecede dikkate alınmadığı hususu tartışmasız olarak kabul edilir<sup>27</sup>. Öte yandan Alman hukukunda işletme değişikliği ifade eden hal-lerde işletme kurulunun katılımı ile işten çıkarılacak işçilerin ismen belirlenmesi ayrı bir prosedürle düzenlenmiştir ki, bu durumda da sosyal seçim salt ağır yanlışlık doğrultusunda denetlenebilir.

### 3. Türk Hukukunda Sosyal Seçimin Uygulanabilirliği

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, sosyal seçimin anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bununla bağlantılı olarak işçinin korunması noktasında isabetli bir uygulama olduğu kuşku dışıdır. Ancak Türk hukuku bakımından tartışılması gereken husus; yasal düzenlemenin bulunmadığı dikkate alındığında yargı kararları ile bu yönde bir yükümlülüğün öngörülmesinin mümkün olup olmadığıdır?

Öncelikle yasal bir dayanağı bulunmayan yükümlülüğün benimsenmesi hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmayacaktır. Nitekim, inceleyebildiğimiz tüm hukuk sistemlerinde yükümlülüğün yasa ile belirlendiği ve hatta kriterlerin yasada kazuistik olarak sayıldığı görülmektedir. Nitekim, Alman hukukunda yasada kriterlerin sınırlı olarak sayılmamasının hukuki güvensizliği de beraberinde getirdiği kabul edilerek, emredici düzenleme ile kriterlerin tespiti yolunda yasal düzenleme gerçekleştirilmiştir. Öte yandan, bu sistemlerde dahi kriterler arası öncelikler belirlenememekte, her olayın koşulları çerçevesinde öncelikler ve uygulama yöntemi değişiklik göstermektedir. Öyle ki, yaklaşık elli yıllık uygulamadan sonrası dahi Alman hukukunda güçlük yaşanmakta, kriterler arası ilişkinin belirsizliğinin sonucu olarak özellikle toplu işçi çıkarmalarda aynı seçim yönteminin Yüksek Mahkeme'nin farklı dairelerince, "yeterli" veya "yanlış" olarak nitelendirilebildiği belirtilmektedir<sup>28</sup>.

Dolayısıyla yeterli açıklığın bulunmaması, işverenler bakımından beraberinde belirli bir rizikoyu getirmektedir. Pozitif düzenlemenin bulunmadığı sistemde ise, işveren hangi işçiyi tercih edecektir? Tek başına yaşayan ve başka geliri bulunmayan bir işçi mi, yoksa iki çocuklu ancak eşi çalışan işçi mi? Emekliliğe hak kazanmamış 50 yaşındaki işçi mi daha çok korunma gereksinimi içindedir, yoksa 35 yaşında iki çocuklu eşi çalışmayan işçi mi? Çok ve-

**İşverenlere yasa ile öngörülme-  
yen, içeriği ve koşulları  
belirsiz bir yükümlülüğün  
getirilmesinin isabetli olmayacağı  
söylenmelidir.**

rimli ancak eşi çalışan, ev geçindirmekle yükümlü olmayan işçi karşısında, ortalama verime sahip, geçindirmekle yükümlü çocuğu ve eşi bulunan işçinin korunma gereksiniminden söz edilebilecek midir? Kuşkusuz bu sorular çoğaltılabilir ve bunların cevaplanması oldukça güçtür. Bu noktada işverenlere yasa ile öngörülme- yen, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetli olmayacağı söylenmelidir.

Pozitif düzenlemenin bulunmaması karşısında ortaya çıkan ikinci sorun, olası bir aykırılık durumunda hukuki sonuç ne olacaktır? Yukarıda da belirtildiği gibi, sosyal seçim kriterlerine uyulmamasının sonucu İsveç ve Fransız hukuk sistemlerinde feshin geçersizliği olmayıp, salt ortaya çıkan gerçek zararın tazminidir. Alman hukukunda feshin geçersizliği öngörülmüştür. Ancak, işverenin kriterler arasında öncelik konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu, bir sosyal seçim uygulamasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Büyük bir yanlışlık olmadığı sürece genelde feshin geçersizliğine hükmedilmemektedir. Türk hukuku bakımından sosyal seçime aykırılık halinde feshin geçersizliğine karar verilebilecek midir? Bu sorular açıktadır.

Tüm bu güçlük ve belirsizlikler karşısında, sosyal seçim yükümlülüğünün kabul edilmesi ciddi bir karmaşayı beraberinde getirecektir. Oysa, fesih hukukunda genel eğilim mümkün olduğunca sade, uygulanabilir ve işletme gerekleri ile bağdaşabilir bir sistemin oluşturulması yönündedir. Nitekim, özellikle toplu işçi çıkarmalarda sayı arttıkça dikkate alınması gereken kıdem süresi, geçindirmekle yükümlü olunan kişi sayısı, işçilerin yaşı vb. hususlar artarak ciddi bir karmaşa ortaya çıkacaktır. Bu noktada, yabancı hukuk sistemlerinde işçilerin yönetime katılma modeli çerçevesinde uygulamanın gerçekleştirilmesi kurumun uygulanabilirliğini sağlamaktadır. İşletme kurulları veya sendikalar ile işverenlerin birlikte hazırladığı seçim kriterlerine ilişkin düzenlemelerin doğruluğu konusunda bir varsayım kabul edilmekte-



dir. Dolayısıyla uygulama kolaylığı ile birlikte, Alman hukukunda olduğu gibi salt "ağır yanlışlık" yönünde denetlenebilme imkanı, işverenler için ciddi güvence ifade etmektedir.

Türk hukuku bakımından bu konuda yasal vasıta toplu iş sözleşmeleridir. Taraflar 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, bugün de toplu iş sözleşmeleriyle işletme gereklerine dayanan fesihlerde "ilk girenin son çıkacağı" gibi uygulamalarla kriterler belirleyebilirler. Öte yandan, toplu işçi çıkarma prosedürü çerçevesinde İşK. mad. 29 uyarınca işveren ile sendikanın yapacağı görüşmede sosyal seçim kriterlerinin oluşturularak, işten çıkarılacak işçilerin seçimi mümkündür. Hatta, bu husus görüşmenin öncelikli amaçlarından birini oluşturur. Taraflar fesihden işçilerin en az zarar görmesi noktasında bir seçim gerçekleştirmelidirler.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme'nin kararının alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin değerlendirilmesi noktasında isabetli olduğu, ancak işveren bakımından yasal dayanağı bulunmayan bir sosyal seçim yükümlülüğünün getirilmesinin ciddi sıkıntılar yaratacağı, isabetli olmadığı belirtilmelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 37; TAŞKENT, Legal İHSGHD, 2004/2, 364-365; A. GÜZEL, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum D., 2004/1, 48-49.
- 2 F. ŞAHLANAN, "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, 3 Temmuz 2003, TİSK, İzmir, s. 33; K. TUNÇOMAĞ/T. CENTEL, 57; S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 140-141; G. ALPAGUT, "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma", Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Semineri, İntes, Ankara 2004, 18-19; P. SOYER, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil D., Mart 2006, S.1, 19; Bu görüşler çerçevesinde şekillenen diğer görüşler için bkz. SOYER, 19 vd.
- 3 Bu yönde; SOYER, 19 vd.
- 4 ALPAGUT, 18-19; Benzer şekilde SÜZEK, 140-141. Yazar salt maliyetlerin düşürülmesi amacının işletme ve işin gereği kavramı içinde düşünülemediğini belirttikten sonra, kavram çerçevesinde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işverenin ekonomik bir gereksinim içinde bulunması veya örneğin bir acil siparişi fazla çalışma uygulamak suretiyle de yetiştirecek durumda olmaması gibi koşullar aranması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre; alt işverene iş verilmesi, işletme gereğinin süresi ile sınırlı bulunmalı, bu gerekler ortadan kalktığında da uygulamaya son verilmelidir.
- 5 Değişiklik tasarısının eleştirisi için bkz. G. ALPAGUT, Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren İlişkisinde Yeni Arayışlar, İNTES, Mayıs-Haziran 2006.
- 6 Y9HD., 30.05.2005, 14388/19766, Tekstil İşveren D., Kasım 2005, 41.
- 7 E. STAHLHACKE/U. PREIS/R. VOSSEN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, 8. Auflage, München 2002, 432.
- 8 M. GOTTHARDT, Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis im Königreich Schweden und in der BRD, Baden-Baden 1999, 276 vd.
- 9 M. AHRENDT, Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich, Baden-Baden 1995, 98 vd.
- 10 R. LOTZ, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz in Spanien, Berlin 1996, 172.
- 11 P. BADER, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2/2004, 73 vd.
- 12 J. WEYAND/F. J. DUEWELL, Das Neue Arbeitsrecht, Hartz-Gesetze und Agenda 2010 in der Arbeits- und Sozialrechtlichen Praxis, Baden-Baden 2005, 132.
- 13 G.v. HOYNINGEN-HUENE/R.LINCK, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 13. Aufl. München 2002, 335.
- 14 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 435.
- 15 G. SCHAUB/U. KOCH/R. LINCK, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. München 2005, 1422.
- 16 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 435; G. SCHAUB/U. KOCH/R. LINCK, 1423.
- 17 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1423.
- 18 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 437; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1423.
- 19 M. LOEWISCH, Arbeitsrecht 7. Aufl. Dusseldorf 2004, 367.
- 20 HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, München 2005, 279.
- 21 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1425.
- 22 BAG 24.02.2000 AP 47 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl=NZA 2000, 764. Seçim kriterleri arasında öncelik bulunmaması sonucu, özellikle toplu fesihlerde bir dairesinin sosyal seçimi yeterli görünürken, diğer dairesinin aynı kriteri yanlış olarak niteleyebildiği belirtilmektedir (WEYAND/DUEWELL, 134).
- 23 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1425.
- 24 WEYAND/DUEWELL, 157; HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, 278; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1426.
- 25 HANAU/ADOMEIT, 278, BAG 12.04.2002-2 AZR 706, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl=EZA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 48.
- 26 LOEWISCH, 368; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1428; WEYAND/DUEWELL, 161.
- 27 LOEWISCH, 371.
- 28 WEYAND/DUEWELL, 134.

Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/12876

**Karar No** : 2006/16262

**Tarihi** : 05.06.2006

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

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

### KARAR

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde işyeri hekimi olarak çalışmakta iken, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde

ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süreye ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının birer yıllık belirli süreli sözleşme ile kısmi süreli olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin belirli süreli olması nedeniyle işe iade davası açma hakkının bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece nitelikli işçi olan işyeri hekiminin iş sözleşmesinin birden fazla sayıda yenilenmesinin taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesini belirsiz süreli hale getiremeyeceği, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması nedeniyle İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işe iade davası açma hakkının olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmasını gerektiren belirli süreli bir iş, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların varlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile

çalıştığının kabulü ile işe iade isteğinin reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

Öte yandan, somut olayda davalı işverence yapılan fesih bildiriminde iş sözleşmesinin "Yönetim Kurulu'nun 21.10.2005 tarih ve 20/11 sayılı toplantısında almış olduğu karar gereğince, görev yapmakta olduğunuz .... Müdürlüğü işyerimizde dahil olmak üzere, Kulübümüzün tüm illerde bulunan sağlık birimlerinin, 31.12.2005 tarihinde kapatılması ve bu tarihten sonra iş yerlerimiz sağlık birimlerinde, hiçbir personel istihdam edilmeyecek olması sebebiyle, hak etmiş olduğunuz yasal tazminatlarınızın ödenmesi suretiyle, işyerimizdeki hizmet akdiniz 31.12.2005 tarihi itibari ile derhal yenilenmeyerek feshedilecektir" gerekçesi ile feshedildiği, fesihden sonra işyerinde işyeri hekimliği, acil sağlık hekimliği ve ambulans hizmeti için dava dışı bir firma ile sözleşme yapıldığı dosyadaki bilgi ve belgeden anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77/1. maddesinde "İşverenler işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler" düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 81. maddesinde devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran işverenlerin, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin denetlenmesi, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyeri hekimi istihdam etme zorunluluğu düzenlenmiş, ayrıca, işyeri hekimlerinin ücret ve diğer çalışma şartları kanunun emredici hükümleri çerçevesinde akit serbestisine uygun olarak işveren ve işyeri hekimi tarafından belirleneceği kurala bağlanmış bulunmaktadır. Yine aynı Kanun'un 105/2. maddesinde açıkça kanunun 77 ve 81. maddelerine aykırı hareket eden, bu kapsamda işyeri hekimi çalıştırma ve işyeri sağlık birimi oluşturma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenlere idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Tüm bu düzenlemeler emredici nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işveren işçiyi gözetme borcu

kapsamında her türlü tedbirleri almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak zorundadır. İşçiyi gözetme borcu, işverenin asli borçlarından olup, iş sözleşmesinin tarafları arasında şahsi ilişki kurması bağlamında asli borcun üçüncü bir kişiye devri de mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü yasal bir görev olup, işyerinin faaliyetleri kapsamında yer alan asıl veya yardımcı işlerinden değildir. Sonuç itibariyle işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu söz konusu olduğundan, İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca bu işin alt işverene devri mümkün değildir. Davalı işverenin işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü devam ettiğine göre feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Mahkemece davacı işçinin işe iade isteğinin kabulünü karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.

Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmektedir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1. Bakırköy 3. İş Mahkemesi'nin 27.3.2006 gün ve 267-156 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
2. Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,
3. Davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 8 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine,
4. Davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 400,-YTL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,
7. Davacı tarafından yapılan 39,40 YTL. yar-

gılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8. Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 5.6.2006 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

## KARŞI OY

Dava konusu işyerinde işyeri hekimi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin işyerinde sağlık birimlerinin kapatıldığı gerekçesi ile feshedildiği, fesihten sonra dava dışı bir şirketle işyeri hekimliği, acil sağlık hekimliği ve ambulans hizmetleri sözleşmesi yapıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davacı iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği iddiası ile işe iade talep etmiş, mahkemece isteğin reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesinde devamlı olarak en az elli sayıda işçi çalıştıran işverenlerin işyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü öngörülmüş bulunmaktadır. Somut olayda temel hukuki sorun, sözü edilen işin alt işverene verilip verilemeyeceğidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde alt işverenlik uygulaması yönünden işyerinde yapılan işler, yardımcı işler ve asıl işler olmak üzere ikiye ayrılmış olup; asıl işlerin alt işverene verilebilmesi, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi ön koşuluna bağlanmıştır. İşyeri hekimliği teknik anlamda asıl iş sayılmaz ise de, yasal düzenleme gereği dolaylı olarak asıl iş kapsamında olup, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu açıktır. Dava konusu olayda işverenin bu konuda gerekli teknoloji ve uzmanlığa sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, burada önemli olan işverenin herhangi bir şekilde İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca işyeri hekimi bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek olduğundan, işveren bu yükümlülüğü bizzat veya alt işveren aracılığı ile yerine getirmesi mümkündür. Bu nedenle, işyeri hekimliği ve sağlık birimi hizmetleri alt işverenlik uygulaması ile dışarıdan satın alınabilir. Böyle olunca, davalı işverenin alt işverenlik uygulaması sonucu işyerindeki sağlık birimi kapatması nedeniyle dava-

cının iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayandığından işe iade isteğinin reddi yönünde hüküm kuran yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ile çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

Başkan  
Osman Güven Çankaya

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/14473

**Karar No** : 2006/17149

**Tarihi** : 12.06.2006

## DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

## KARAR

Davalı ....., davacı ile aralarında bir iş sözleşmesi bulunmadığını, davacının iş güvenliği ve danışmanlığı alanında faaliyet gösteren ve bu alanda yüklenici firma olan diğer davalının işçisi olduğunu, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesini talep etmiştir.

... Ltd. Şti., davacının işe giriş bildirgesinin Ankara'da verildiğini, şirket merkezinin de aynı yer olduğunu, ayrıca davacının son görevi kabul ettiği yerin de Ankara olduğunu, davacının geçici olarak Bolu'da çalıştığını, davalı .... ile aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığını, zira adı geçen şirketin yol inşaatı yapan bir firma olduğunu, kendilerinin ise yalnızca iş güvenliği alanında yönetim sistemi planı oluşturup bu plana uygun çalışıp çalışılmadığı-

ni, sürekli denetleyen bir ürün üretmekte olduklarını, diğer davalının bu ürünü satın almakta olduğunu, bu anlamda diğer davalının yönlendiricisi ve denetleyici firması olduklarını, asıl iş ve üretimle ilgili yardımcı iş yapmadıklarını, işyerinde toplam 9 işçi çalıştığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalılar arasında iş güvenliği alanında sözleşme yapıldığı, iki şirketin birbirinden bağımsız olarak çalıştıkları, aralarındaki ilişkinin sözleşmeden kaynaklandığı, ... Ltd. Şti.'nin işçilerinin söz konusu şirketin emir ve talimatları doğrultusunda çalıştığı, davalılar arasında ast üst işveren ilişkisinin bulunmadığı, bu nedenle davalı ...'a husumet yöneltilmeyeceği gerekçesi ile anılan davalı hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine, diğer davalı hakkında açılan davanın ise davacının iş sözleşmesine rağmen Ankara'daki işyerine mazeretsiz olarak gitmediği, devamsızlık yaptığı için iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalılar arasında işçi sağlığı ve iş güvenliği müşavirlik hizmeti sözleşmesi yapıldığı ve davacının bu sözleşme kapsamında işi üstlenen davalı .... Ltd. Şti.'nin işçisi olarak çalışmakta iken, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 82. maddesinde sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı tüm işyerlerinde iş güvenliği ile ilgili mühendis ve teknik elemanın görevlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Somut olayda, davalı ...'nın, kendi işyeri bakımından bu yasal yükümlülüğü diğer davalı şirket ile yaptığı işçi sağlığı ve iş güvenliği müşavirlik sözleşmesi ile yerine getirdiği, maden mühendisi olan davacının bu sözleşme kapsamında yüklenici davalı şirket işçisi olarak iş güvenliği uzmanı görevi ile çalıştığı anlaşılmaktadır. İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği işinin teknolojik ve uzmanlık gerektirdiği açıktır. Bu nedenle, davalı .... tarafından bu işin alt işverene verilmesi mümkündür. Davalı

... Ltd. Şti., işçi sağlığı ve iş güvenliği sözleşmesi çevresinde davacı ile birlikte toplam 3 iş güvenliği uzmanını münhasıran dava konusu işyerinde çalıştırmış olup, buna göre davalılara arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olduğundan, davacı davalı .... Ltd. Şti.'nin işçisi olduğu için işyerinde 30 işçi çalışıp çalışmadığı anılan davalı yönünden belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, alt işverenin işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi bakımından gerekli olan 30 veya daha fazla işçi sayısının tespitinde asıl işveren işçileri dikkate alınamaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde 30 işçi sayısının işverenin birden fazla işyerinin bulunması halinde aynı iş kolundaki tüm işçiler de göz önünde bulundurulmak suretiyle belirleneceği öngörülmüştür. Somut olayda, sözü edilen davalı alt işveren, fesih tarihi itibarıyla işyerinde toplam 9 işçinin çalıştığını ileri sürmüştür. Mahkemece bu konuda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Öncelikle davacının İş Kanunu'nun 18. ve davamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediği yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda belirlenmelidir.

Öte yandan, dosya içeriğine göre davacının Bolu ili sınırlarında bulunan ... şantiyesinde çalışmasına rağmen işe giriş bildirgesinin Ankara'da verildiği, fazla mesai alacağına ödenmesi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne başvurmasından yaklaşık bir ay sonra görev yerinin değiştirildiği, davacının bunu şartlı olarak kabul ettiği, ancak şartın yerine getirilmemesi nedeniyle Ankara'daki işyerine gitmediği, bunun üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Mevcut delil durumuna göre çalışma koşullarında yapılan değişikliğin geçerli bir nedene dayanmadığı, dolayısıyla fesih için geçerli bir neden bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davacının iş güvencesi hükümleri kapsamına girdiğinin tespiti durumunda feshin geçersizliği ile davacının işe iadesine karar verilmelidir. Aksi halde, şimdiki gibi davanın reddine karar verilmelidir. Eksik

inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması hatalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda ya-

zılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.6.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

## KARARLARIN İNCELENMESİ

### 1) İş sağlığı ve güvenliği alanında uzmanlaşma

Avrupa Birliği'nin önde gelen sosyal politika konularından birisi de iş sağlığı ve güvenliği alanı olmuştur. Uyum süreci içerisinde hukukumuzda da 4857 sayılı İş Kanunu'nu izleyen dönemde bu konuda önemli çalışmalar yapılmak istenilmiş ise de, "sürekli iyileştirme" gibi ne olduğu anlaşılmayan bir yaklaşımla çıkarılan dayanaksız ve anlamsız yönetmelikler üzerine Danıştay'ın verdiği yürütmeyi durdurma ve iptal kararları, iş sağlığı ve güvenliği alanının büyük bir karmaşaya sürüklenmesine yol açmıştır<sup>1</sup>.

Kuşkusuz yapılan bu hatalar, iş sağlığı ve güvenliği alanının teknik ve dinamik niteliği gereği, önem verilen bir alan olması gerektiği olgusunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira bu alan, doğrudan yaşam hakkıyla ilgilidir. Öte yandan, her işte ve meslekte görülen uzmanlaşma gereksiniminin iş sağlığı ve güvenliği alanı için geçerli olmayacağını söylemek mümkün değildir. Nitekim; günümüzde uzmanlaşma olgusu, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, işverenlerin dışarıdaki kaynaklardan çok daha fazla yararlanmasını zorunlu hale getirmiştir.

### 2) İş güvenliği uzmanının alt işveren yoluyla temin edilmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verilen 12.6.2006 - 14473/17149 sayılı kararı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 82. maddesinde öngörülen iş güvenliği uzmanlığı faaliyeti konusunda alt işveren ilişkisi veya başkaca bir hukuki yapı içerisinde dışarıdan hizmet alınıp alınamayacağına ilişkindir.

Karara konu olaydan anlaşıldığına göre, davalılardan yol ve tünel inşaatı alanında faaliyet gösteren Astaldi SPA Turkish Branch ünvanlı şirket ile diğer davalı ISG Sağlık Güvenlik Çevre Endüstri İlişkiler Yönetim Danışmanlık Ltd. Şti; bir plan dahilinde işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülük-

lerin yerine getirilmesi ve denetlenmesi konusunda danışmanlık hizmeti alınması ve bu arada iş güvenliği uzmanı temin edilmesi konularında anlaşmışlardır. Bu sözleşme çerçevesinde ISG işçisi olan davacı, iş güvenliği uzmanı olarak Astaldi'nin Bolu'da bulunan şantiyesinde çalışmaya başlamıştır. Daha sonra ISG'nin Ankara'da bulunan merkezine çağrılmış, ancak gitmeyince iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 18. maddesine göre feshedilmiştir.

Somut olayda feshin geçerli olup olmadığı, davalının Ankara'ya dönmek zorunda olup olmadığı gibi hususlar bu incelemenin konusu dışındadır. Burada inceleme konusu yapılmak istenilen husus, işverenin iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümü konusunda dışarıdan hizmet alıp alamayacağıdır.

Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.6.2006 - 14473/17149 sayılı kararında, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği işinin teknolojik ve uzmanlık gerektiren işlerden olduğu, bu işlerin hukuka uygun bir alt işveren ilişkisine konu olabileceği ve bu çerçevede iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümünün alt işveren yoluyla yerine getirilebileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın bu görüşü son derece isabetlidir ve çok önemli bir adım niteliğindedir. Gerçekten; iş sağlığı ve güvenliğinin giderek artan önemi ve karmaşık niteliği bu konuda uzman kuruluşların ve kişilerin desteğinin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay kararında iş sağlığı ve güvenliğinin "uzmanlık gerektiren iş" niteliğinin vurgulanması son derece isabetli olmuştur. Nitekim iş sağlığı ve güvenliğinin uzmanlık gerektiren bir alan olması itibarıyla bu konuda işyeri dışından hizmet alınabileceği daha önce tarafımızca da ileri sürülmüştü<sup>2</sup>.

**Her işte ve meslekte görülen uzmanlaşma gereksiniminin iş sağlığı ve güvenliği alanı için geçerli olmayacağını söylemek mümkün değildir.**

Belirtelim ki; iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri dışından hizmet alınması birkaç şekilde ortaya çıkabilir.

Burada öncelikle, İş Kanunu'na tabi olmayan bir hizmet alımı söz konusu olabilir. Örneğin; işveren işçilerin eğitimi yükümünün yerine getirilmesinde, yangın eğitimi veya ilkyardımcı yetiştirilmesi gibi eğitimlerde, bu hizmeti veren kişi veya kuruluşlardan hizmet alabilir ve bu takdirde aralarında asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz<sup>5</sup>. Nitekim, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinde; iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde; uzmanlık konularına göre, bu hizmeti veren veya vermeye yetkili kurum, kuruluş ya da firmalardan, eğitim amaçlı merkezlerden, işçi ve işveren kuruluşlarınca kurulan eğitim vakıflarından, işveren ve işçi kuruluşları veya bunlar tarafından birlikte oluşturulan ortak eğitim merkez ve birimlerinden yararlanılabileceği düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 7. maddesinde, işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredebileceği düzenlenmiştir. Kuşkusuz bu hüküm, uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, bir işverenin kadrosunda salt kaydı olarak bulunan bir işçinin, bir başka işverenin işyerinde çalıştırılması olanağı sağlamaz. Bu gibi hukuki ilişkiler İşK.m.7 hükmüne aykırıdır. Nitekim anılan maddede, "...holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması ..." öngörülmüş, başka bir anlatımla, bir işveren nezdinde gerçek bir çalışması bulunan bir işçinin geçici olarak bir başka işyerinde çalıştırılmasından söz edilmiştir. Buna göre, bir işyerinde görev yapan bir iş güvenliği uzmanının, rızasının

## İş güvenliği uzmanının geçici iş ilişkisiyle bulundurulmasına veya bu hizmetlerin alt işveren yoluyla sağlanmasına hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde dışardan hizmet temininde geçici iş ilişkisi veya alt işveren ilişkisi oluşması da bir ölçüde mümkündür. Bu durum öncelikle iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümünün yerine getirilmesinde söz konusu olabilir.

Esasen büyük çoğunluğu Danıştay Onuncu Dairesi'nce iptal edilen<sup>6</sup> "İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"te, iş güvenliği uzmanının kişi olarak görevlendirilmesi öngörülmüştür. Nitekim Yönetmelik ekinde örneği verilen sözleşme de, işveren ile tek bir iş güvenliği uzmanı arasında kurulacak bir hukuki ilişki düşünülerek hazırlanmıştır. Bununla birlikte, iş güvenliği uzmanının mutlak iş görme edimini yerine getirdiği işverenin kadrosunda bulunması zorunlu değildir. Bu çerçevede, iş güvenliği uzmanının geçici iş ilişkisiyle bulundurulmasına veya bu hizmetlerin alt işveren yoluyla sağlanmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Şöyle ki;

alınması koşuluyla, bir başka işverenin işyerinde geçici olarak iş güvenliği uzmanlığı görevini yerine getirmesi mümkündür.

Bu uygulama pek çok nedene dayanabilir. Özellikle, grup şirketler içerisinde, bir şirkette görev yapan bir iş güvenliği uzmanının, farklı risk gruplarına giren diğer işyerlerinde de tecrübe kazanması veya henüz sertifikalı iş güvenliği uzmanı bulunmayan bir diğer şirketin bu gereksiniminin karşılanması amacıyla bu yola başvurulabilir.

Öte yandan, Yargıtay tarafından da yukarıda yer verilen ikinci kararda belirtildiği üzere, iş güvenliği uzmanının alt işveren ilişkisi çerçevesinde bulundurulmasına da bir engel yoktur. Nitekim; İş Kanunu'nun 2. maddesinde, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işverenler yoluyla hizmet alınabileceği düzenlenmiştir.

İşyerindeki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükle-

## Alt işveren olarak faaliyette bulunacak kuruluşun iş sağlığı ve güvenliği alanında faaliyet gösteren ve bu konularda uzman bir kuruluş olmasına dikkat edilmesi gerekir.

ri kapsamına giren işlerin, uzmanlık gerektiren işlerden olduğu açıktır. Bu bakımdan, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyerinde yerine getirilmesi gereken belli başlı yükümlülükler yanında, iş güvenliği uzmanının görevi kapsamına giren konuların da bir alt işverene devri mümkündür. Ancak burada alt işveren olarak faaliyette bulunacak kuruluşun da iş sağlığı ve güvenliği alanında faaliyet gösteren ve bu konularda uzman bir kuruluş olmasına dikkat edilmesi gerekir. Yoksa, uygulamada görüldüğü gibi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işlerin, her türlü işte alt işverenlik faaliyetinde bulunan bir şirkete yaptırılması herhalde mümkün değildir.

### 3) İşyeri hekimliğinin alt işveren yoluyla görülmesi

Yukarıda yer verilen 12.6.2006 - 14473/17149 sayılı kararında, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konuların uzmanlık gerektirdiği ve bu nedenle alt işverene verilebileceği sonucuna varan Yüksek Mahkeme, işyeri hekimliği konusunda dışarıdan hizmet alınmasını konu alan 5.6.2006 - 12876/16262 sayılı kararında aksi sonuca varmıştır.

Karara konu olayda; Türkiye Jokey Kulübü tüm illerde bulunan sağlık birimlerinin kapatılmasına karar vermiş ve işyeri hekiminin iş sözleşmesini kıdem ve ihbar tazminatını ödemek suretiyle feshetmiştir. Davacı işyeri hekiminin işe iadesi talebiyle açtığı davada Yüksek Mahkeme; işyeri sağlık birimi ve işyeri hekimine ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olduğu, işçiyi gözetme borcunun işverenin asli borçlarından olup iş sözleşmesinin taraflar arasında şahsi ilişki kurması nedeniyle asli borcun üçüncü bir kişiye devredilmesinin mümkün olmadığı, işyeri hekimini çalıştırma yükümünün yasal bir ödev olup işyerinin faaliyetleri kapsamında yer alan asil veya yardımcı işlerden olmadığı, işyeri hekimini ile sözleşme yapma zorunluluğu söz

konusu olduğundan bu işin alt işverene devrinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Karara ekli karşı oy yazısında ise; işyeri hekimliği teknik anlamda asıl iş sayılmaz ise de, yasal düzenleme gereği dolaylı olarak asıl iş kapsamında olup teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu, burada önemli olanın işverenin herhangi bir şekilde İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek olduğu, bu nedenle işverenin bu yükümlülüğünü bizzat veya alt işveren aracılığı ile yerine getirmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>5</sup>.

Kanımca karşı oy yazısı son derece isabetlidir. Herşeyden önce belirtelim ki; konunun, işyeri sağlık birimi ve işyeri hekimine ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olup olmamasıyla veya işçiyi gözetme borcunun işverenin asli borçlarından olup olmamasıyla bir ilgisi yoktur. İşveren, işyeri hekimini hizmetini alt işverene devrettiğinde işçiyi gözetme borcundan kurtulmamakta, sadece bu borcunu alt işveren vasıtasıyla yerine getirmektedir. Kaldı ki; sadece işyeri hekimine ilişkin hükümler değil, iş güvenliği uzmanlığına ilişkin hükümler de emredicidir ve işverenin asli yükümlülüğü kapsamındadır. İş güvenliği uzmanlığı faaliyetlerini uzmanlık gerektiren iş olarak nitelendiren Yargıtay'ın, esasen işyeri sağlık birimi faaliyetleri için de aynı sonuca varması gerekirdi. Bununla birlikte, Yargıtay'ın iş güvenliği uzmanına ilişkin kararının daha yeni tarihli olması belki bir görüş değişikliği olarak nitelendirilebilir.

Öte yandan; iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin asıl iş veya yardımcı iş olarak nitelendirilmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu yükümlülükler işverenin asli yükümlülükleridir ve uzmanlık gerektiren işlerden olduğu açıktır.

Esasen gerek Kanunun 81. maddesinde ve gerekse Yönetmelikte hep "işyeri hekimini çalıştırmak" ifadesi kullanılmaktadır. Keza Yönetmelik ekinde örneği verilen sözleşme de, işveren ile işyeri hekimisi arasında kurulacak bir hukuki ilişkiye göre hazırlanmıştır. Bununla birlikte kanımca burada sözü

**Yargıtay'ın iş güvenliği uzmanına ilişkin kararının daha yeni tarihli olması belki bir görüş değişikliği olarak nitelendirilebilir.**



## Alman hukukunda da işverenin işyeri hekimi ve iş güvenliğinde uzman işgücü bulundurma yükümünde işyeri dışından, işletmeler arası hizmet veren yerlerden hizmet alabileceği kabul edilmektedir.

edilen çalıştırma, işyeri hekimi ve sağlık memurunun mutlaka işverenin işçisi olarak çalıştırılması anlamında değil, bulundurulması anlamındadır. İşyeri hekiminin mutlaka işverenin kadrosunda bulunmasının aranması için bir neden de bulunmamaktadır. Nitekim, örneğin, özür, eski hükümlü ve terör mağdurunun mutlaka işverenin kadrosunda bulundurulmasında öngörülen, bu kişilere iş sağlanması yolundaki sosyal amaç burada söz konusu değildir. Zira iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi bulundurma yükümüne ilişkin düzenlemelerin amacı, bu kişilere iş bulunması değil, tam tersine iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıdır. Karşı oy yazısında da isabetle vurgulandığı gibi, burada önemli olan; işverenin herhangi bir şekilde İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca bulundurma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve bu hizmetleri işçilere sunup sunmadığıdır. İşveren bu hizmetleri alt işveren veya geçici iş ilişkisi çerçevesinde daha iyi sağlayacağı görüşünde ise, bunu kabul etmemek için hiçbir neden bulunmamaktadır. Nitekim Alman Hukukunda da (§ 19 ASiG) işverenin işyeri hekimi ve iş güvenliğinde uzman işgücü bulundurma yükümünde işyeri dışından, işletmeler arası hizmet veren yerlerden hizmet alabileceği kabul edilmektedir.

### 4) Mevzuattaki eğilim

Esasen mevzuatta da iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde uzman kuruluşlardan yardım alınması eğilimi gözlemlenmektedir. Gerçekten; iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde ve bunun yerine hazırlanan ve fakat geri çekilen İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağında olduğu gibi, hazırlık aşamasında bulunan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında da bu konuda önemli hükümlere yer verilmiştir.

Nitekim Taslağın 11. maddesinde; işverenin işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere, işyerinden bir veya birden fazla kişiyi görevlendireceği belirtildikten sonra, işyerinde bu görevleri yürütebilecek nitelikte personel bulunmaması halinde bu hizmetin dışarıdan yeterlilik belgesi bulunan işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru ve ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarındaki uzman kişi veya kuruluşlardan alınabileceği düzenlenmiştir. Kuşkusuz; bu hizmetlerin dışarıdan alınması sadece işin görülmesiyle ilgili olup, işverenin iş sağlığı ve güvenliği ilişkin hükümlerden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Taslakta ayrıca (m.11/6), iş sağlığı ve güvenliği gibi uzmanlık gerektiren işlerin alelade kişi ve kuruluşlara verilmesi de engellenmiş ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kişilerin eğitimleri ve bunların belgelendirilmesi ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda hizmet verecek kişi ve/veya kuruluşlarda aranacak nitelikler, bunların görev ve sorumlulukları, kuruluşlarda bulunacak personel, araç ve gereçler ile kişi ve/veya kuruluşların belgelendirilmeleri ve işverenin bu kişi ve/veya kuruluşlardan hangi hallerde hizmet alacağı ve sorumluluğu hangi hallerde kendisinin üstlenebileceği ile ilgili usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz bu yönetmelikler çıkarılırken, çoğunluk hükümleri iptal edilen iş güvenliği uzmanlığı ve sağlık birimi ve işyeri hekimleriyle ilgili yönetmeliklerin yenileri yapılırken gerekli değişikliklere yer verilmesi gerekecektir.

### DİPNOTLAR

1. Bak. M. EKONOMİ, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği", SICIL İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 5 vd.; T. CENTEL, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler", SICIL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 5 vd.; Ö. EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 25 vd.
2. Bak. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 151 vd.
3. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 152.
4. Bak. EKMEKÇİ, "İş Güvenliği Uzmanı Bulundurma Yükümüne İlişkin Yönetmeliğin Kısmen İptali ve Ortaya Çıkan Hukuki Durum", MERCEK, Ekim 2006, 86 vd.
5. Karşı oy yazısı Daire Başkanı O.G. CANKAYA tarafından kaleme alınmıştır.

Av. Saadet CEYLAN

KİPLAS Genel Sekreter Yardımcısı

# İşletme Kapsamına Giren Bir İşyerinde, Ayrı Bir “İşyeri” Toplu İş Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/19490**Karar No**: 2006/20465**Tarihi** : 11.7.2006

### KARAR ÖZETİ

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 3/2 maddesinde yer alan düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle ve salt işletme kavramından hareketle, işverenin sonradan edindiği işyerlerindeki sözleşmelerinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği, daha sonra işletme düzeyinde çoğunluk tespiti için başvuruda bulunabileceğini kabul etmek, tespiti konu işyerini toplu iş sözleşmesiz bırakmak olur ki bu doğru değildir. Sonradan oluşan fiili bir durum nedeni ile dava konusu işyerinde çalışan işçilerin Anayasal toplu iş sözleşmesi hakkında mahrum bırakılması yasanın amacına aykırıdır. Mahkemece davacının başvuru tarihinde çoğunluk tespitine

konu işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun üyeliğine sahip olup olmadığı tespit edilmelidir.

(Sonradan oluşan fiili bir durum nedeni ile işçiler anayasal toplu iş sözleşmesi hakkında mahrum edilemez. Bu nedenle işletme sözleşmesine konu olabilecek bir işyerinde “işyeri” için yapılmış olan çoğunluk tespiti talebinin incelenerek sendikanın gerekli çoğunluğa sahip olup olmadığının araştırılması gerekir.)

### KARŞI OY

Bir işletme kapsamına giren iş yerinde “ayrı” bir toplu iş sözleşmesi yapılamaması yasanın emredici hükmü gereğidir. Usul ve yasaya uygun mahkeme kararının onanması gerekir.

İlgili mevzuat: Anayasa Madde 53 (Toplu iş sözleşmesi hakkı), 2822 s.lı Yasa Madde 3/2 (Toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi), MK. Madde 1,

### KARAR

Olumsuz yetki tespitine itiraz eden sendika,

davalı işveren sendikası üyesi.....A.Ş.'ne ait Adana'da bulunan işyerinde çoğunluk tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurduklarını, bunun üzerine Bakanlık tarafından tespite konu işyerinin işletme kapsamında bir işyeri olduğunu, 2822 sayılı TSGL Kanununun 3/2 fıkrası gereğince işletme kapsamında bulunan işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceği ve uygulanabileceğinden söz edilerek yetki tespit isteklerinin ret edildiğini, oysa bu işlemin işyerinde çalışan işçileri yaklaşık 16 ay toplu iş sözleşmesiz bırakmak olduğunu, salt işletme kavramından ve kamu düzenine ilişkin olduğundan hareket ile işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesi yapma haklarından yoksun bırakılmayacağını belirterek Bakanlığın 3.3.2005 tarih ve 10863 sayılı yazısının iptali ile adı geçen şirketin Adana'da bulunan işyerinde davacı sendikanın üye çoğunluğuna sahip olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar ise, şirketin aynı işkolunda bulunan Mersin ve Samsun'da iki işyerinin daha olduğu, bu işyerlerinde de davacı sendikanın taraf olduğu işyeri toplu iş sözleşmelerinin devam etmekte olduğunu, 2822 sayılı Yasa'nın 3/2 fıkrasında getirilen hükmün emredici nitelikte olduğundan diğer işyerlerindeki toplu iş sözleşmelerinin sona ermesinin beklenerek daha sonra işletme düzeyinde çoğunluk tespiti istenebileceğini, işletme düzeyinde yapılması gereken toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde olamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece işletme oluşturan işyerlerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağı gerekçesi ile itirazın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden .....'nin tespite konu Adana'daki işyerinden başka Mersin'de kurulu .....ile birleşmesi sonucunda bu şirketin Mersin'deki işyerinin tüm işçileri de dahil olmak üzere davalı işverene devredildiği, bu işyerinde 1.9.2004-31.8.2006 süreli toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu, yi-

ne.....A.Ş.'nin özelleştirilmesi sonucu varlık satışı ile işyerinin davalı şirket tarafından satın alındığı ve bu işyerinde de 1.5.2005-30.4.2007 tarihleri arasında geçerli toplu iş sözleşmesinin bulunduğu, her iki sözleşmenin tarafı işçi sendikasının da davacı sendika olduğu, davalı şirkete ait üç işyerinin de aynı işkolunda kurulu olup bir işletme oluşturduğu anlaşılmaktadır. Ancak sonradan birleşme ve satış yolu ile devir alınan bu iki işyerinde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmeleri halen yürürlükte bulunmaktadır. Bu durumda 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 3/2 maddesinde yer alan düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle ve salt işletme kavramından hareketle, işverenin sonradan edindiği işyerlerindeki sözleşmelerinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği, daha sonra işletme düzeyinde çoğunluk tespiti için başvuruda bulunabileceğini kabul etmek, tespite konu işyerini toplu iş sözleşmesiz bırakmak olur ki bu doğru değildir. Sonradan oluşan fiili bir durum nedeni ile dava konusu işyerinde çalışan işçilerin Anayasal toplu iş sözleşmesi hakkından mahrum bırakılması yasanın amacına aykırıdır. Mahkemece davacının başvuru tarihinde çoğunluk tespitine konu işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun üyeliğine sahip olup olmadığının tespiti gerekir iken farklı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı bulunduğundan kararın bozulması gerekmektedir.

## SONUÇ;

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.7.2006 gününde OYÇOKLUĞU ile karar verildi.

## KARŞI OY;

Bir işletme kapsamına giren iş yerinde "ayrı" bir toplu iş sözleşmesi yapılamaması yasanın emredici hükmü gereği olup usul ve yasaya uygun mahkeme kararının onanması düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına katılamıyorum.

## KARARIN İNCELENMESİ

Görüleceği üzere yukarıda aktarılan ve karşı oy içeren Yüksek Mahkeme kararında, sonradan oluşan fiili durumun anayasal toplu iş sözleşmesi hakkına mani olamayacağı ileri sürülerek, kamu düzenine ilişkin olduğu kararda da kabul edilen 2822 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesi hakkında hukuk yaratılmakta ve işletme toplu iş sözleşmesine konu olabilecek olan bir işyerinde işletmeden bağımsız olarak işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anılan karar, Yüksek Mahkeme'nin yine aynı şekilde çoğunluk ile verdiği 9.3.2000 tarih - 2000/2910 E., 2000/2863 K. sayılı ve doktrin tarafından eleştiriye tabi tutulan kararının, 6 yıl sonra biraz farklı içerikle de olsa tekrarı niteliğinde olduğundan incelememize konu oluşturmıştır.

Yapılan çalışmada; Yüksek Mahkeme'de 2822 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinin kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğu konusunda herhangi bir aksi görüş olmaması nedeniyle, madde metninin emredici niteliği üzerinde durulmıyacak, ama çoğunluk tarafından emredici bir hükme rağmen anayasal toplu sözleşme hakkı ileri sürülerek işyeri sözleşmesine ulaşıldığından; öncelikle anayasal toplu sözleşme hakkı nedir, işletme toplu iş sözleşmesi ne demektir ve hukuk yaratmanın koşulları nelerdir konularına kısaca değinilecek, bu hukuksal alt yapıda Yüksek Mahkeme'yi çoğunluk olarak bu sonuca ulaştıran düşünce irdelenmeye çalışılacak, sonuç olarak da konu karar hakkındaki görüşümüze yer verilecektir.

Bu bağlamda "anayasal toplu sözleşme hakkı"nın hukuki zemini olan T.C. Anayasası'nın 53. maddesine baktığımızda;

"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler." şeklindeki 1. fıkrada toplu sözleşme özerkliğine değinilerek "hak" tanımının yapıldığını,

"Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir." şeklindeki 2. fıkrada bu anayasal hakkın ne şekilde kullanılabilceği konusunda "yasa koyucuya" görev verildiğini,

"Aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz." şeklindeki son fıkrada da "düzen" ilkesinin anayasal güvenceye kavuşturulduğunu görmekteyiz.

## İşletme toplu iş sözleşmesi konusunda yasakoyucunun net bir bakış açısı ve amacı vardır.

Kısacası en üst hukuk normu olan Anayasamız; "tarafalara", ekonomik-sosyal durumları ile çalışma koşullarını belirlemek üzere toplu sözleşme hakkını ve özerkliğini tanıırken bu hakkın ne şekilde kullanılacağı yolunda herhangi bir düzenlemeye girmemekte, örneğin "toplular iş sözleşmesinin düzeyini belirlememekte"<sup>1</sup>, hakkın kullanılış usul ve esaslarını belirleme yetkisini yasakoyucuya vermekte ama son fıkrası ile toplu sözleşme açısından "düzen" ilkesine önem verdiğini belirterek yasakoyucuya yol göstermektedir.

Tarafların bağitlayacakları toplu sözleşmenin "nasıl yapılacağı" konusunda yetkili olan yasa koyucu ise; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası'nda usulü ve esasları düzenlerken, toplu iş sözleşmesinin düzeyi konusunda "işyeri" düzeyini tercih etmekte, inceleme konumuz olan 3/2. maddesinde ise 275 sayılı Yasa'da bulunmayan bir kavramı Yasa'ya getirerek "işyeri-işyerleri TİS yanında işletme toplu iş sözleşmesi türünü"<sup>2</sup> de mevzuata kazandırmaktadır.

Yasa koyucunun işletme toplu iş sözleşmesini kabul ediş gerekçesi ise; "275 sayılı Yasa döneminde özellikle bankalar, denizyolları işletmeleri gibi bazı işletmelere bağlı aynı işkolundaki işyerlerinde işçilerin ayrı sendikalarda örgütlenebilmeleri sonucu bu işyerleri için yeknesak toplu iş sözleşmelerinin gerçekleştirilememesidir"<sup>3</sup>.

İşte bu kaygı ile de yasa koyucu, işletme toplu iş sözleşmesi türünü mevzuatımıza kazandırırken, "aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceği" ilkesini benimsemekte, işletme toplu iş sözleşmesi ile amaçladığı, bir işletmenin tüm işyerlerinde tekdüze çalışma koşullarına ulaşma hedefini garantiye alırken Anayasa'nın "düzen" ilkesine de uyum sağlamaktadır.

Kısaca, işletme toplu iş sözleşmesi konusunda yasakoyucunun net bir bakış açısı ve amacı vardır. Bu bağlamda da 2822 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinde bir işletmeye dahil işyerlerinden herhangi birinde işyeri toplu iş sözleşmesine izin vermeyecek "emredici" bir düzenleme yaparak kanunda herhangi bir boşluk bırakmamıştır.

## “Yargıcın hukuk yaratması” kavramı, yasal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde bulmaktadır.

Hal böyle iken Yüksek Mahkeme çoğunluğu, eleştirdiğimiz kararında, 2822 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinin kamu düzenine ilişkin ve emredici niteliğini de kabul eder iken, anayasal toplu sözleşme hakkını engellediği gerekçesi ile 2822 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinin emredici düzenlemesine rağmen bir işletmede işyeri yetkisi verilebileceği sonucuna gitmektedir.

Bu durumda emredici hükme aykırı olarak yapılmış olan düzenlemelerin “hükümsüzlük” yaptırımı ile karşı karşıya olduğu, butlan ile batıl olan bir sözleşmenin yargıç önüne geldiğinde bu geçersizliğin bizzat yargıç tarafından resen göz önüne alınması gerektiği' gerçeği ve karşı oyu göz önüne aldığımızda, Yüksek Mahkeme'nin çoğunluğunu böyle bir karara götüren düşüncenin “fili duruma uygun hukuk yaratma” düşüncesi olduğu yaklaşımı ile “hukuk yaratma” kavramına da girmek gerekmiştir.

Bilindiği üzere “Yargıcın hukuk yaratması” kavramı, yasal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde bulmaktadır.

“Hukukun uygulanması ve kaynakları” başlıklı 4721 sayılı Yasa'nın 1. maddesi;

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

düzenlemesi ile “hukuk yaratma” olgusunun koşullarını belirlemektedir.

Görüleceği üzere yargıç, önce yasayı “sözü ve özüyle” değindiği bütün konularda uygulayacak, ancak yasa da uygulanabilir bir hüküm yoksa “hukuk yaratma” yoluna başvuracak, bunu yaparken de önce örf ve adete bakacak, bu da yoksa “kendisi yasa koyucu olsa idi nasıl bir kural koyardı” diye düşünecek ve ona göre karar verecektir.

İnceleme konumuz olan Yüksek Mahkeme çoğunluk kararının ilgili olduğu maddeye baktığımızda ise; yukarıda da belirtildiği üzere konu hakkında uygulanabilir bir hüküm bulunduğu, dolayısıyla da herhangi bir hukuki boşluk olmadığı düşünülmektedir.

Gerçekten de maddenin vazediliş gerekçesi, kalemeye alınış açıklığı ve kamu düzenine ilişkin olduğu yolundaki doktrin ve yargı görüşü bize göstermektedir ki; bir gerçek ya da tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilecek, bu toplu sözleşme de ancak işletme toplu iş sözleşmesi olabilecektir.

Bu durumda da konu hakkında açık ve net bir hüküm bulunduğundan yargıç artık hukuk yaratma yoluna gidemeyecektir. “Yani yargıç kanunda açık ve net hüküm varken sübjektif değerlendirmelere gidemeyecek, örneğin yeterlilik derecesi konusunda yasa da açık ve net bir hüküm varken, artık bu madde ihtiyaca cevap vermiyor deyip yeni ve mevcut hükmü değiştirir nitelikte kural ihdas edemeyecektir. Yargıcın buna yetkisi yoktur”.<sup>3</sup>

Görüşümüzün, maddede hukuk yaratmayı gerektirecek bir boşluk bulunmadığı ve dolayısıyla da yargıcın hukuk yaratmak yerine kuralı uygulamakla yükümlü olduğu yolunda olmasına karşın, incelememizde Yüksek Mahkeme'nin çoğunluk görüşü açısından da konuya bakılmış ancak hukuk yaratılmaya çalışılarak karar verilse dahi sonucun yine değişmeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Çünkü yukarıda aktarılan maddede açıkça yazıldığı üzere, uygulanacak hüküm yoksa hukuk yaratılabilmek için önce örf ve adete bakılacaktır. Toplu sözleşmenin yapılması konusunda anayasa gereği yasa koyucunun düzenlemesine uymak gerekeceğine göre de bu konuda örf ve adet olmayacak, bu durumda da yargıç hukuk yaratmak istiyorsa kendisini yasa koyucunun yerine koyup kural yaratacaktır.

Yasa koyucunun işletme toplu iş sözleşmesini vazederkenki amacı ise yukarıda belirtilmiştir. Amaç; Anayasanın da talimat verdiği üzere “düzen” ilkesini göz önüne almak ve işletme için tekdüze çalışma koşullarına ulaşmayı sağlamaktır. Bu da ancak bir şekilde olabilecektir: İşletmede tek bir sözleşme yaparak.

Oysa eleştirilen kararda, işletme sözleşmesinin

## Eleştirilen kararda, işletme sözleşmesinin yasaya getiriliş amacı ortadan kaldırılmakta ve Yasa'nın 3/2. maddesinde çok açık bir hüküm varken, dava konusu işletmede işyeri sözleşmesine geçit verecek şekilde hukuk yaratılmaktadır.

Yasaya getiriliş amacı ortadan kaldırılmakta ve Yasa'nın 3/2. maddesinde çok açık bir hüküm varken, dava konusu işletmede işyeri sözleşmesine geçit verecek şekilde hukuk yaratılmaktadır. Yasada boşluk bulunmadığı gerçeği bir yana, -bir an için olduğu varsayılsa bile- yasakoyucunun amacına son derece ters düşen böylesi bir sonucun ise isabetli olduğu söylenemeyecektir.

Kaldı ki çoğunluk görüşünün isabetli olmadığı, yıllar sonra da verilmiş olsa, aynı konuda ve aynı gerekçelerle üretilen çözümlerin farklılığı ile de ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de Yüksek Mahkeme çoğunluğu, işletmenin varlığı halinde işyeri sözleşmesinin bağtlanamaması kuralına karşı 2000 yılında verdiği kararında, anayasal toplu sözleşme hakkını kullanarak "yargıcın yürürlükteki sözleşmenin süresiyle sınırlı olarak toplu iş sözleşmesi yetkisini verebileceği" gibi toplu sözleşme özerkliğine ve toplu sözleşmenin ne şekilde yapılacağına yasa koyucunun karar vereceği şeklindeki anayasal düzenlemeye rağmen yasa kurallarına ters bir karar vermiş, anılan karar da doktrinin çoğunluğunca eleştirilmiştir.

Bu kez verilen kararda ise Yüksek Mahkeme çoğunluğu; işletmenin tek bir işyeri için çoğunluk tespiti yapılamaz kararını veren yargıca, sendikanın o işyerinde yeterli çoğunluğa sahip olup olmadığını saptaması gerektiğini içtihat ederek kararı bozmuş ve 2822 sayılı Yasa'nın 3/2 kuralına karşın, işletmeye dahil bir işyerinde "işyeri" sözleşmesinin yolunu açmıştır.

Görüleceği üzere hukuk yaratılarak karar verilmektedir ama hukuk yaratılma olgusu görüşümüze göre isabetsiz olduğundan, her bir olayda işletme sözleşmesi açısından farklı ve olaya özgü kararlar

ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzeni ise sürprizlerin ve yasanın amacına ters çözümlerin olmadığı bir düzen olmak durumundadır.

Bu noktada varılan sonucun isabetsizliğini ortaya koyabilmek açısından bir senaryo geliştirelim; madem ki eleştirilere karşın tekrarlanan bu kararlar işletme toplu iş sözleşmesine konu işyerlerinden herhangi birinde "işyeri TİS" için yetki verilebilmektedir, o halde işletmenin herhangi bir işyerinde sonradan örgütlenen "o işkolundaki diğer sendikanın" çoğunluğu sağlaması ve sadece çoğunluğu sağladığı bu işyeri için çoğunluk başvurusunda bulunması senaryosunda yargıç nasıl bir karar verecektir? Anayasal toplu sözleşme hakkına dayanarak bir işletmede iki ayrı sendikanın toplu sözleşme bağtlanmasına izin verilecek midir? Verilmeyecek ise gerekçe ne olacaktır?

Senaryoları bir yana bırakıp karara konu işyerlerini ele alalım. Bu durumda da kararda değinilen 3 işyerinden bir tanesine bu konuda yetki verilir ise, 31.8.2006 tarihi itibarıyla yürürlüğünün biteceği kararda belirtilen, dolayısıyla da eleştirinin yazıldığı tarih itibarıyla süresi sona ermiş olan diğer işyeri için nasıl davranılacaktır? Bu işyeri için de "işyeri yetkisi" talep edilir ve eleştirdiğimiz çoğunluk görüşü doğrultusunda bu işyerine de "işyeri yetkisi" verilir ise Yasanın "işletme sözleşmesi" kavramının içi boşaltılmış olmayacak mıdır?

Bizce bu sorulara verilecek olan yanıt da, çoğunluk görüşünün "örtülü" işçi lehine yorum düşüncesi ile hem yasal açıdan hem de pratik olarak isabetsiz bir sonuca ulaştığıdır.

Gerçekten de karardan anlaşılmaktadır ki; çoğunluk tarafından, dava konusu işyeri işçilerini işletme sözleşmesine ulaşana kadar bekletmemek gerektiği düşünülmüş ve bu inançla da kamu düzenine ilişkin bir yapılanmaya müdahale edilmiştir.

Ama yukarıda senaryolaştırdığımız ve gerçeği ile de örneklediğimiz olgular, bizce bulunan çözümlün hem hukuken hem de pratik olarak isabetsizliğini ortaya koymuştur.

## Hukuk düzeni, sürprizlerin ve yasanın amacına ters çözümlerin olmadığı bir düzen olmak durumundadır.

## Yasa'nın emredici düzenlemeleri yasakoyucunun tasarruf alanındadır ve bu konularda da yargıç, emredici hüküm ile bağlı olduğundan, bizce çözüm üretmek gibi bir görevi ve misyonu da bulunmamaktadır.

Ayrıca, Yüksek Mahkeme'yi bu sonuca götüren kaygı, özellikle de bu vaka açısından, 2822 sayılı Yasa'nın 6. maddesi hükmü karşısında pek anlamlı da kalmamaktadır. Çünkü anılan madde hükmü gereğince söz konusu işçiler, toplu iş sözleşmeleri sona erse de, o toplu sözleşmenin hizmet akdine ilişkin hükümlerinden hizmet akdi olarak yararlanmaya devam etmektedirler ve böylece de sendikal semsiye korumasına hâlâ sahiptirler. Ayrıca toplu sözleşme hakları da ellerinden komple alınmamakta, sadece yasal düzenleme gereğince uyulması gereken kurala bağlı olarak işletmenin diğer işyerinde yürürlüğü devam eden sözleşmenin süresinin bitmesi beklenmektedir. Bu "yasal gereklilik" tamamlandığında da bütün işletmenin işçileri olarak yeni bir toplu sözleşmeye oturacaklardır.

Ama eleştirdiğimiz karar sonucunda görülmektedir ki, karara konu işletmede "işyeri" sözleşmeleri nedeni ile işletme sözleşmesine hiç ulaşılamayacak ya da "toplular sözleşmenin süresi" konusundaki hüküm nedeni ile taraflar gereksiz zaman kayıpları yaşayacak, bir işyeri işçilerinin toplu sözleşme hakkı düşünülürken bu kaosa diğer işyerinin işçileri de katılacak ve belki de taraflar arasında uyumsuzluklar yaşanacaktır.

Görüleceği üzere eleştirilen karar ile varılan sonuçlar, yasakoyucunun amacına uymadığı gibi iş barışını etkileyebilecek komplikasyonları da beraberinde getirmektedir.

Sonuç olarak; işletme toplu iş sözleşmesi hakkındaki mevcut düzenlemenin bazı sorunlarının olduğu ve zaman zaman bu sorunlara yargı kararları ile çözüm üretilmeye çalışıldığı doğrudur. An-

cak Yasanın emredici düzenlemeleri yasa koyucunun tasarruf alanındadır ve bu konularda da yargıç, emredici hüküm ile bağlı olduğundan, bizce çözüm üretmek gibi bir görevi ve misyonu da bulunmamaktadır.

Ayrıca değinilen hususlar da göstermektedir ki; iyi niyetli amaçlarla da olsa bizce zorlama ile bulunacak çözümler, Yasa'nın emredici hükümleri ile uyumlu değilse hem hukuk zedelenmekte hem de pratikte sorunlar katlanarak yaşanmaya devam etmekte yani pratikte çözüm de gelmemektedir.

İşte tüm bu nedenlerle ve ayrıca 2822 s.lı Yasa'nın "Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler" başlıklı 5. maddesinde toplu sözleşme özerkliğine sahip taraflara, yapacakları toplu iş sözleşmelerine kamu düzenine ilişkin emredici hükümlere aykırı hükümler konulamayacağı dikte edilerek kamu düzeni korunurken, "yargı" olarak ulaşılan çoğunluk görüşüne katılamıyor ve karşı oyun isabetli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

### DİPNOTLAR

- 1 Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, Çimento İşveren, Mayıs 2001, shf. 37.
- 2 Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, age., shf. 38.
- 3 Bkz. dipnot 2
- 4 Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, age., shf. 42; Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, shf. 136.
- 5 Askeri Yüksek İdari Mahkemesi kararı.

**Vahap ÜNLÜ**

MESS Müşavir Avukatı

## İşe İade Davası Sonuçlarının Toplu İş Sözleşmesi Sürecinde Yetki Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin Bir Karar İncelemesi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2004/2822**Karar No** : 2004/3219**Tarihi** : 24.02.2004

### DAVA

... Tekstil San.Tic.Ltd.Şti. adına Avukat V.A. ile 1- ... Sendikası adına Avukat N.T., 2- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat A.D. arasındaki dava hakkında İzmir 2. İş Mahkemesinden verilen 25.12.2003 günlü ve 973-1423 sayılı hüküm, davalılar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Yetki için, başvuru tarihinden kısa bir süre önce 16 sendika üyesi işçinin hizmet akdinin işveren tarafından feshedildiği ve bu işçilerin feshin geçersizliğine ve işe iadelerine dair iş mahkemesinde dava açtıkları dosya içeriğinden anlaşılmakta-

dır. Onaltı sendika üyesi işçinin açtığı bu davanın sonucu yetki tespit isteğine etkili olacaktır. Bu davaların sonucunu, verilecek kararların kesinleşmesi beklenmeden eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

### SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 24.02.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

### İZMİR 2. İŞ MAHKEMESİ KARARI

**Esas No** : 2003/073**Karar No** : 2003/1423**Tarihi** : 25.12.2003

Davacı vekili tarafından davalılar aleyhine mahkememizde açılan davanın yapılan açık yargılaması sonunda,

### GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Ba-



kanlıktan 30.07.2003 tarihinde çalışanlara ilişkin bilgi istenildiğini, ancak gelen Bakanlık tespit yazısından incelemenin 19.09.2003 tarihi itibarıyla yapıldığının anlaşıldığını, çoğunluğa esas işçi sayısının tespitinde hata yapıldığını, müvekkil şirketin organize sanayi bölgesi dışında ... adresindeki işyerinde bir işçisinin daha bulunduğunu, bunun da çoğunlukta nazara alınması gerektiğini, bir kısım sendika üyelerinin sendikadan istifa ettiğini, bunların da nazara alınması gerektiğini, iddia ederek Bakanlık tespit kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Bakanlık vekili cevaplarında, davacı işverenin işyerinde çalışmakta olan üyeleri adına toplu iş sözleşmesi bağlatmak amacıyla ...Sendikasının 30.07.2003 tarihinde yetki tespit başvurusunda bulunduğunu, işverenden istenen bilgi ve belgelere göre inceleme yapıldığını, olumsuz yetki tespitinin ...Sendikasına bildirildiğini, ...Sendikasının 19.09.2003 tarihinde yeniden başvurduğunu, bu ikinci başvurusu için inceleme yapıldığını, tespitinin delillere ve yasaya uygun yapıldığını, itirazın yerinde olmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Taraf delilleri meyanında, davalı ...Sendikası vekili, işyeri şahsi dosyası, maaş bordrolarını ibraz etmiş, işçi sendikası üye kayıt fişleri ibraz

olunmuş, dosya bilirkişiye verilerek bilirkişiden 22.12.2003 tarihli bilirkişi raporu alınmıştır.

Toplanan delil durumuna göre;

.....

..... davacının ...Sanayi Bölgesindeki asıl faaliyet yeri ile ...adresinde çalışan 1 işçisi (.....)nin de nazara alınması suretiyle yetki tespitine esas olabilecek çalışanlar listesi tanzim olunduğu, istifa bildiriminden sonra 1 ay daha üyelik devam ettiğinden bu 1 aylık süreye tekaül eden başvuru tarihinde istifa eden işçiler sendika üyesi olarak kabul edildiği, keza başvuru tarihi 19.09.2003 tarihinden sonra sendikaya üye olanlar başvuru tarihinde üye olarak kabul olunmadığı, Bakanlık tespitine konu davacıya ait işyerinde 19.09.2003 başvuru tarihinde 197 işçinin çalıştığı, bunlardan 88 inin (%45 nin) ...Sendikası üyesi olduğu ve yarıdan fazla çoğunluğu sağlamamış olduğu anlaşılmakla aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

## HÜKÜM

Davanın kabulüyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünün ...tarih ... sayılı (Bölge Müdürlüğü dosya No:...) yetki tespit kararının iptaline,

.....

.....dair 25.12.2003 tarihinde verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

## KARARA KONU MADDİ OLAYA İLİŞKİN TESPİTLER

İncelememiz sadece Yüksek Mahkeme'nin bozma kararına dayanak yaptığı gerekçe üzerine, diğer bir deyişle; yetki tespiti başvurusundan önce iş sözleşmesi feshedilen işçilerin açtıkları işe iade davalarının sonuçlarının, yetki tespitine etkisi konusuna ilişkin olacaktır. Bu nedenle, maddi olaya ilişkin tespit yapılırken, inceleme konumuzla ilgili olanlar üzerinde durulacaktır.

Yerel mahkeme kararından anlaşıldığı üzere, ...Sendikası 30.07.2003 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurarak, davacı işverenin işyeri için yetki tespit talebinde bulunmuş, ancak Bakanlıkça sendikaya olumsuz yetki tespit ya-

zısı verilmiştir. Sendika 19.09.2003 tarihinde yeniden yetki tespiti başvurusunda bulunmuş ve bu başvuru olumlu yetki tespiti ile sonuçlanmıştır.

Bunun üzerine işveren, çoğunluğa esas işçi sayısında hata yapıldığı, söz konusu sendikanın çoğunluğu sağlamadığı iddiası ile, olumlu yetki tespitine karşı ilgili mahkemede itirazda bulunarak, iptalini istemiştir.

Yerel mahkeme, yapmış olduğu inceleme neticesinde; olumlu yetki tespiti ile sonuçlanan başvuru tarihinde (19.09.2003) yetki tespitinde esas alınacak işçi sayısının 197 olduğunu, bunlardan 88'inin başvuruyu yapan sendika üyesi olduğunu, sendikanın çoğunluğu sağlayamadığını ifade ederek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilen olumlu yetki tespit kararının iptaline karar vermiştir.

Söz konusu yerel mahkeme kararı, davalı sendika ve Bakanlık vekillerince temyiz edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede; yetki tespiti için Sendikanın başvurusundan kısa bir süre önce 16 sendikalı işçinin iş sözleşmelerinin işverence feshedildiğini, bu işçilerin işe iade davası açtıklarını ve halen bu davaların sürmekte olduğunu dosya içeriğinden tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu işe iade davalarının sonucunun yetki tespit isteğine etkili olacağını, bu nedenle bu davaların sonucunda verilecek kararın kesinleşmesi beklenmeden, yetki itirazı davasının sonuçlandırılmasını hatalı bularak, eksik inceleme nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Bu veriler ışığında yapacağımız incelememizde, kısaca yetki koşulları ve yetki tespiti başvurusu, işyerindeki çoğunluğun hesabında yetki tespiti için yapılan başvuru tarihinin esas alınması ve başvuru tarihinde çalışan işçilerin sayısının belirlenmesi konularına değinildikten sonra, iş sözleşmesinin feshinin geçerli veya geçersiz sayılmasına ilişkin işe iade davasının sonuçları ve bu sonuçların yetki tespiti başvurusunda dikkate alınacak işçi sayısı üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır.

## 1. Yetki Koşulları, Yetki Tespiti Başvurusu ve Çalışan İşçi Sayısının Belirlenmesi

### 1. Yetki Koşullarına Genel Bir Bakış

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, yapılacak olan sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin içinde bulunduğu işkolunda kurulu işçi sendikaları ile işveren sendikalarına ve sendika üyesi olmayan işverene tanınmıştır. Ehliyete sahip olmak toplu iş sözleşmesi yapmak için yeterli olmayıp, bir işçi sendikasının işyeri, işyerleri veya işletme sözleşmesi yapabilmesi yetkisine sahip olabilmesi için iki koşulun bulunması gerekmektedir. Öncelikle işçi sendikası kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üyeliğe kaydetmiş olmalıdır. İkinci koşul ise sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak istediği işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının kendi

üyesi olmasıdır. İşletme sözleşmesi için işverenin aynı işkolundaki işyerleri bütün olarak göz önüne alınıp yarıdan fazla çoğunluk buna göre hesaplanacaktır.<sup>1</sup>

## 2. Yetki Tespiti Başvurusu Açısından 2822 sayılı Kanun'da Öngörülen Düzenleme

2822 sayılı Kanun'un 13. ve 14. maddelerinde belirtildiği üzere, işçi veya işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren yetki tespiti başvurusunda bulunabilir. Yetki tespiti için başvurulacak işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmadığı takdirde, her zaman yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurulabilir. Yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde ise, sözleşme süresinin bitmesinden önceki 120 günden daha geriye rastlayan bir tarihte yetki için başvuru yapılamaz. Diğer bir deyişle, yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde, başvuru en erken toplu iş sözleşmesinin bitiminden 120 gün önce yapılabilir.

2822 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yazı ile başvurarak kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı<sup>2</sup> itibarıyla yüzde on (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) oranını sağladığının belirlenmesini ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerinin sayısının tespitini ister. İşçi sendikası kendisinde bulunan üyelik fişlerini Bakanlığa yetki için başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde işverene vermek zorundadır. Bakanlık kayıtlarına göre sendikanın yüzde onluk barajı ve başvuruda bulunduğu işyeri veya işyerlerinde yarıdan fazla çoğunluğu sağlamış olması halinde, toplu iş sözleşmesi yapma başvurusunu, işyerindeki işçi ve üye sayısını, o iş kolunda kurulu işçi sendikalarıyla taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene başvurunun alındığı tarihten itibaren altı işgünü içinde başvuru tarihindeki kayıtlara göre bildirir. Sendikanın çoğunluğu haiz olmadığına tespiti halinde ise bu bilgiler sadece başvuran sendikaya aynı süre içinde bildirilir (2822 sayılı Kanun m.13/II).

2822 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yazı ile başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren tarafından yetkili sendikanın tespitinin istenmesi halinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı; tespit edilen yetkili işçi sendikasının isim ve adresini, işkolundaki ve o işyerindeki işçi sayısı ile, bu sendikanın işkolunda ve o işyerindeki üye sayısını, işkolunda kurulu işçi sendikalarına ve talepte bulunan işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan ilgili işverene başvurusunun alındığı tarihten itibaren altı işgünü içinde bildirir. Yetkili sendika bulunmaması halinde durum altı işgünü içine sadece başvuruda bulunan işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirilir (2822 sayılı Kanun m.14/II).

### 3. Yetki Tespitinde Çalışan İşçi Sayısının Belirlenmesi

Yetki koşulları ve yetki tespiti başvurusu ve bu başvuru üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bildirisine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, inceleme konumuz açısından üzerinde duracağımız bir konuya değinmek gerekmektedir.

Bir işçi sendikası kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri, işyerleri veya işletmede yetki tespiti başvurusu tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasını üye yapmış olması durumunda toplu iş sözleşmesine taraf olabilecektir. Yetki tespiti için yapılan başvuru tarihinde çalışan işçiler çoğunluğunun hesabında esas alınacaktır. 2822 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kazanılması açısından işkolu ve işyeri çoğunluğunun tespitinde esas alınacak çalışan işçilerin hesabında iş sözleşmesi türüne göre herhangi bir ayırım yapılmamış olup, hangi tür iş sözleşmesiyle çalışırsa çalışsın, 'yetki için yapılan başvuru tarihinde iş sözleşmesi devam eden' bütün işçiler yetki tespitine esas olacak işçilerin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Kanundaki 'çalışan işçiler sözü' sadece fiilen çalışan işçileri değil, hastalık veya iş kazası nedeniyle çalışamayıp tedavi gören ve iş sözleşmesi askıda kalan veya izinli olan yahut işi dolayısıyla

## Yetki tespiti için yapılan başvuru tarihinde çalışan işçiler çoğunluğunun hesabında esas alınacaktır.

işyeri dışında bulunan, kısacası iş sözleşmesi ile işverene bağlı bulunan bütün işçileri kapsamaktadır.' Ancak belirtelim ki, 'çalışan işçiler' sözünün kapsamına kimlerin gireceği ve hangi kişilerin çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmayacağı konusunda bir ayırım mevcut olup, incelememizde çalışan işçi sayısına dahil edilecek ve edilmeyecek kişiler üzerinde tek tek durulmayacak, bu konuda sadece yetki tespiti başvurusundan önce iş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı işe iade davasının sonuçlarına göre söz konusu işçinin, çoğunluk hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusu ele alınacaktır.

## II. Geçersiz Fesih ve İşe İade Davasının Sonuçları Üzerine

4857 sayılı Kanun'un 18. ve 19. maddeleri uyarınca, otuz ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanarak feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak ve bu geçerli sebebi yazılı olarak yapacağı fesih bildiriminde göstermek zorundadır. Kanun'un 20. maddesine göre; iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir neden olmadığı iddiası ile fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilecek, toplu iş sözleşmesinde hüküm olması veya tarafların anlaşması halinde uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülebilecektir. Mahkemece veya özel hakem tarafından, söz konusu fesihle geçerli bir sebep gösterilmediği veya feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varıldığı takdirde, feshin geçersizliğine karar verilecek ve Kanun'un 'Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları' başlıklı 21. maddesinde belirtilen hükümler devreye girecektir.

Mahkemece veya özel hakem tarafından iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilmesi

ve söz konusu kararın kesinleşmesinden sonra, kesinleşen kararın işçiye tebliğinden itibaren işçi on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde işverene başvurmaz ise, işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından yani, koşulları oluşmuş ve ödenmemişse kıdem tazminatı ve ihbar tazminatından sorumlu olacaktır.

İşçinin süresi içinde işe başlatılmak için işverene başvurması halinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatması gerekmektedir. İşçi, bu süre içinde işe başlatılmaz ise işveren işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca, işçinin süresi içinde işe başlamak için işverene başvurması üzerine, işçi işe başlatılsın ya da başlatılmasın, işe iade kararının kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını işveren ödeyecektir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararından<sup>6</sup>; işverenin, başvurusu üzerine işçiyi işe başlatmak istemesi durumunda, işçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını elde edebilmesi için işverene başvurmuş olmasının yeterli olmayacağı, ayrıca işverenin çağrısına uyarak işe başlaması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira, Yargıtay söz konusu kararında, işverenin işe başlatmak istemesine rağmen işçinin işbaşı yapmaması durumunu, geçerli fesih olarak yorumlamakta ve işverenin yalnızca geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olacağını belirtmektedir. Feshin geçerli sayılması durumunda ise işçinin, en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını elde edemeyeceği açıktır.

Feshin geçersizliği ve bu geçersizliğin sonuçlarına ilişkin yapılan, oldukça genel bu açıklamalardan sonra, inceleme konumuzla ilgili bazı hususların üzerinde durmak gerekmektedir.

### 1. Kararın Kesinleşmesinin Beklenilmesi Konusu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilen bir işçinin açtığı işe iade davasının sonucunun, yetki tespitini etkileyebileceğine yönelik Yargıtay kararında ifade edilen görüşe katılmaktayız. Ancak, Yargıtay'ın; 'bu davaların sonucunda verilecek ka-

**İş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilmiş bir işçinin açtığı işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verildiğinde, bu işe iade davasının yetki tespiti üzerinde etkili olup olmayacağının anlaşılması için sadece kararın kesinleşmesinin beklenmesi yeterli olmayıp, işçinin süresi içinde işverene başvurusu da aranmalıdır.**

rarların kesinleşmesinin beklenilmesi' görüşü, kanımızca bazı durumlar için yeterli olmayacaktır. İş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilmiş bir işçinin açtığı işe iade davasında feshin geçerli bulunması halinde, kararın kesinleşmesinin beklenilmesi yeterlidir. Zira kararın kesinleşmesiyle, fesih yapıldığı tarihte hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve taraflar arasındaki iş sözleşmesi, yetki tespiti başvurusundan önce son bulmuş olacağından, işe iade davası açmış olan işçi çoğunluk hesabında dikkate alınmayacak ve bu işe iade davasının yetki tespiti üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

Ancak, iş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilmiş bir işçinin açtığı işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verildiğinde, bu işe iade davasının yetki tespiti üzerinde etkili olup olmayacağının anlaşılması için sadece kararın kesinleşmesinin beklenmesi yeterli olmayıp, işçinin süresi içinde işverene başvurusu da aranmalıdır. Zira, İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasında; kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde, işçinin işe başlatılmak için işverene başvurmak zorunda olduğu, aksi takdirde feshin geçerli olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Buna göre, verilen karar sonucunda feshin hükümsüz hale gelebilmesi için, işçinin süresi içinde işverene başvurması gerekmektedir. Süresi içinde işverene yapılan bir başvuru ile birlikte geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Süresi

inde işe başlatılmak için işverene başvuru olmazsa, fesih geçerli hale gelecek ve taraflar arasındaki iş sözleşmesi, yetki tespiti başvurusundan önce son bulmuş olacağından, işçi çoğunluk hesabında dikkate alınmayacak ve bu işe iade davasının yetki tespiti üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Gerçi Yargıtay'ın anılan kararı<sup>8</sup> karşısında, iş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilmiş bir işçinin açtığı işe iade davasının yetki tespiti üzerinde etkili olup olmayacağına anlaşılması için, işçinin işverene başvurusunun da yeterli olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Zira, söz konusu Yargıtay kararında; işverenin çağrısına rağmen işçi işe başlanamaz ise yapılan feshin geçerli olacağı belirtilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, feshin geçerli olması durumunda, taraflar arasındaki iş sözleşme-

edilecektir." Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin başlangıçtan beri, kesilme olmaksızın devam etmesi nedeniyle, iş sözleşmesi yetki tespitinden önce feshedilen ve açtığı işe iade davası sonucunda yeniden işe başlatılan işçi, yetki başvurusu tarihinde çoğunluk hesabında dikkate alınabilecek, dolayısıyla bu işe iade davası yetki tespitinde etkili olabilecektir.

Süresi içinde işverene başvuran işçinin, işverence işe başlatılmaması durumunda da, taraflar arasındaki sözleşme feshedilmemiş gibi devam ettiğinden, iş sözleşmesi, işverenin bir aylık işe başlatma süresinin dolması tarihinde veya bu süre içinde işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla, feshedilmiş olacaktır. Başka bir deyişle, iş sözleşmesi baştaki geçersiz fesih tarihinde

**Yargıtay kararı doğrultusunda; geçersiz olarak yapıldığı kabul edilen ilk fesih tarihi ile işçinin işe başlatılmadığı tarihte yapıldığı kabul edilen fesih tarihi arasındaki sürenin, en çok dört aya kadar olan kısmı işçinin kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izin alacağına dikkate alınacak olsa bile, yetki tespiti açısından bu dört aylık sürenin değil, son fesih tarihinin, yani işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşen fesih tarihinin dikkate alınması daha isabetli olacaktır.**

si yetki tespiti başvurusundan önce son bulmuş olacağından, işçi çoğunluk hesabında dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, açıkladığımız gerekçeler ve söz konusu Yargıtay kararı karşısında; iş sözleşmesi yetki tespit başvurusundan önce feshedilmiş işçinin açtığı işe iade davasının yetki tespiti üzerinde etkili olup olmayacağına anlaşılması için; geçersiz feshine ilişkin kararın kesinleşmesi beklenecek, işçinin süresi içinde işe başlatılmak üzere işverene başvurusu aranacak, başvuru üzerine işverenin çalıştırmak istemesi halinde işçinin çalışıp çalışmadığının tespiti gerekecektir.

## 2. İşçinin İşe Başlatılması veya Başlatılmaması Durumu

Feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvuran işçinin, işverence işe başlatılması durumunda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin feshedilmemiş gibi devam ettiği kabul

değil, işçinin işe başlatılmadığı tarihte sona erecektir.<sup>9</sup> Bu durumda da, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin başlangıçtan beri kesilme olmaksızın (işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar) devam etmesi nedeniyle, iş sözleşmesi yetki tespitinden önce feshedilen ve açtığı işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verilmesine rağmen işe başlatılmayan işçi, yetki başvurusu tarihinde çoğunluk hesabında dikkate alınabilecek, dolayısıyla bu işe iade davası yetki tespitinde etkili olabilecektir.

Ancak burada yetki tespiti açısından; işçinin işe başlatılmaması halinde işçinin yetki tespitinde çoğunluk hesabına dahil edilebilmesi için, geçersiz sayılan fesihten sonraki dört aylık sürenin mi, yoksa işçinin çalıştırılmadığı tarihte yapıldığı kabul edilen fesih tarihinin mi dikkate alınacağı konusu önem arz etmektedir.<sup>10</sup>

İşçinin gerek başvurusu üzerine işe başlatılması, gerekse işe başlatılmaması durumunda, taraflar arasındaki iş sözleşmesi kesinti olmaksızın devam

edecek, işçinin işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesi, geçersiz yapılan ilk fesih tarihinde değil, işçinin işe başlatılmadığı tarihte sona erecektir. Yargıtay bir kararında; 'iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmekle sözleşmenin kesintisiz devam ettiğini, işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiğinin kabul edildiğini, ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin en çok dört aylık kısmının; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı hesabında nazara alınacağını' belirtmektedir.<sup>12</sup> Yargıtay kararı doğrultusunda; geçersiz olarak yapıldığı kabul edilen ilk fesih tarihi ile işçinin işe başlatılmadığı tarihte yapıldığı kabul edilen fesih tarihi arasındaki sürenin, en çok dört aya kadar olan kısmı işçinin kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izin alacağına dikkate alınacak olsa bile, kanımızca, yetki tespiti açısından bu dört aylık sürenin değil, son fesih tarihinin, yani işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşen fesih tarihinin dikkate alınması daha isabetli olacaktır.<sup>14</sup> Zira, taraflar arasındaki iş sözleşmesi, işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar devam etmekte olup, bu sürenin Yargıtay kararında belirtildiği üzere, en çok dört aylık kısmının kararda değinilen haklar için dikkate alınacak olması, taraflar arasındaki hizmet ilişkisinin, işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar devam etmesi üzerinde olumsuz bir etki yaratmamaktadır. Yetki tespitinde, işçinin işe alınmamasıyla oluşan fesih ve bu fesih tarihi dikkate alındığında; bu tarihe kadar yapılacak yetki tespiti başvurularında işçi çoğunluk hesabında dikkate alınabilecek, dolayısıyla işe iade davası yetki tespiti üzerinde etkili olabilecektir. Söz konusu en çok dört aya kadar olan sürenin, yetki tespiti açısından dikkate alınmamasına ilişkin açıklamalarımız, kuşkusuz feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen karar üzerine süresi içinde işverene başvuran işçinin işe başlatıldığı durumlar için de geçerli olacak; zaten fesih hiç yapılmamış olarak kabul edildiği için taraflar arasındaki iş sözleşmesi kesinti olmaksızın devam ettiğinden, işçinin çalışmaya başlamasıyla birlikte işe iade davası yetki tespiti üzerinde etkili olacak, işçi çoğunluk hesabında göz önüne alınabilecektir.

### 3. İşe İade Davasının Yetki Tespiti Üzerinde Etkili Olmaması

İş sözleşmesi yetki tespiti başvurusundan önce

## Yetki tespitine etkisi olmayacak işe iade davası ya da davalarının, yetki tespiti bakımından bekletici mesele yapılmasına gerek bulunmamalıdır.

feshedilen işçinin açtığı işe iade davası, yetki tespitinde etkili olabilmekte ve işe iade davasına konu işçi, yetki tespitinde çoğunluk hesabına dahil edilebilmektedir. Ancak bu durumdaki her işe iade davasının da, peşinen yetki tespiti üzerinde etkili olacağı kabulü, kanımızca doğru olmayacaktır.

Yetki tespiti başvurusu sırasında işçi sendikasının işyerindeki çoğunluğu sayısal olarak sağlaması için, işe iade davası ya da davalarına konu işçi sayısının (bu işçilerin tümünün yetki tespitinde dikkate alındığı kabul edilse dahi) önemli olmadığı durumlarda, işe iade davası ya da davalarının yetki tespiti üzerinde etkisi olmamalıdır. Diğer bir deyişle; bir işçi sendikasının işyerindeki çoğunluğu fazlasıyla sağladığı, bu nedenle işe iade dava veya davalarına konu işçiler yetki tespitinde dikkate alınmış olsalardı bile, sendikanın sağlamış olduğu çoğunluk üzerinde etkili olmayacakları, dolayısıyla sendikanın sağladığı çoğunluğun değişmeyeceği durumlarda, işe iade davası ya da davalarının yetki tespiti üzerinde etkisi olmamalıdır. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak; yetki tespitinden önce iş sözleşmeleri feshedilen ve işe iade davası açan işçi sayısının 10, yetki tespiti başvurusu tarihinde dikkate alınacak işçi sayısının 200, yetki tespiti başvurusu tarihinde sendika üyesi olduğu ihtilafsız bir şekilde tespit edilen işçi sayısının 150 olduğu bir durumda, işe iade davası açmış olan 10 işçi yetki tespitine esas olacak toplam işçi sayısı olan 200'e dahil edilseler bile, sendika yeterli çoğunluğu halihazırda sağlamış olduğundan, bu 10 işçinin işe iade davalarının sonuçları yetki tespitinde etkili olmayacaktır (Bu durumda, 210 işçi için yeterli çoğunluk sayısı 106 olacak, ancak sendika halihazırda mevcut 150 üyesi ile, zaten çoğunluğu sağlamış olacaktır.)

Aynı şekilde, işe iade davası ya da davalarına konu işçilerin hepsi yetki tespitinde dikkate alınsa ve bu işçilerin hepsi başvuran sendikanın üyesi olsa bile sendika yeterli çoğunluğu sağlayamıyorsa,

bu işe iade davası veya davalarının da yetki tespitine etkisi olmamalıdır. Bu anlamda, yetki tespitine etkisi olmayacak işe iade davası ya da davalarının, yetki tespiti bakımından bekletici mesele yapılmasına gerek bulunmamalıdır. Aksi takdirde, yetki tespitinin gereksiz yere uzaması söz konusu olacaktır.

İncelememize konu Yargıtay kararını, açıkladığımız son durum karşısında ele alacak olursak, yerel mahkemece, Bakanlık tespitine konu davacıya ait işyerinde 19.09.2003 başvuru tarihinde 197 işçinin çalıştığı, bunlardan 88'inin sendika üyesi olduğu hüküm altına alınmıştır. Yargıtay kararında ise, işe iade davası açan sendikalı işçi sayısının 16 olduğu belirtilmektedir. Bu 16 sendikalı işçi, yetki tespitinde dikkate alınsa dahi toplam işçi sayısı 213, sendika üyesi işçi sayısı ise 104 olmakta, sendika yine yeterli çoğunluğu sağlayamamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay kararında ifade edilen: "Onaltı sendika üyesi işçinin açtığı bu davaların sonucu yetki tespit isteğine etkili olacaktır. Bu davaların sonucunu verilecek kararların kesinleşmesi beklenmeden eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" şeklindeki hükme katılmıyoruz. Kanımızca somut olayda, işe iade davalarının yetki tespiti üzerinde bir etkisi olmaması nedeniyle, sonuçlarının da beklenilmesine gerek bulunmamaktadır.

## SONUÇ

İş sözleşmesi yetki tespiti başvurusundan önce feshedilen bir işçinin açtığı işe iade davasının sonucunun, yetki tespiti üzerinde etkili olabileceğine ve bu nedenle yetki tespitine itiraz davasında, işe iade davasının sonucunun beklenmesine gerek duyulacağı noktasında, Yargıtay görüşüne katılmaktayız.

Ancak yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesinin yetki tespiti başvurusundan önce feshedilmesi üzerine açılan her işe iade davası, kanımızca yetki tespitinde etkili olamayacağından, bu tür işe iade davası ya da davalarının sonucunun beklenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle, somut uyuşmazlıktaki yerel mahkeme kararı göz önüne alındığında, 16 sendika üyesi işçinin açtığı işe iade davaları yetki tespitinde etkili olmayacağı için, bu davaların sonuçlarının beklenilmesine de gerek bulunmadığından,

aksi yöndeki Yargıtay kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

## DİPNOTLAR

- 1 Yetki ehliyet ve şartları için bkz. Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri (18.Baskı), İstanbul 2005, s.483-487.
- 2 Kanununun 12. maddesinde "çalışan işçiler" ifadesine yer verilmişken, 15. maddede sadece "işkolunda üye sayısı" ifadesine yer verilmiş olup, yüzde onun tespitinde 12. madde hükmünün esas alınmasına ilişkin bkz. Çelik, Nuri; Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde İşçi ve Sendika Üyesi Sayısının Belirlenmesine ve Tespit Usulüne İlişkin Sorunlar, Kamu İş. C.4, Ocak 1995, s.33 (Sözleşme Yetkisinin Tespiti), yüzde onun tespitinde sadece sendikalı işçi sayısının esas alınması gerektiği görüşü Özbek, Oğuz; Açıklamalı İhtilafli Sendikacılık ve Toplu Sözleşme Mevzuatı, 2.Baskı, İstanbul 1986, s.309; Günay, Cevdet İlhan; Toplu İş Sözleşmesi Grey ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s.469-470.
- 3 Duman, Barış; Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara 2005, s.109. Çelik, Nuri; Sözleşme Yetkisinin Tespiti, s.11.
- 4 Çoğunluğun tespitinde kimlerin "çalışan işçi" kapsamına girdiği ve kimlerin girmediği konusunda bkz. Duman; a.g.e. s. 109-127, Çelik; Sözleşme Yetkisinin Tespiti, s. 11-20.
- 5 Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 tarih ve 2005/66 E., 2005/72 K. sayılı kararı ile, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde ifade edilen; "toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa" tümcesini ve "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir" hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur. Bkz. Kar. Bektas; İş Yargısının Kaynakları, MESS Sicil Dergisi, 2. sayı, 12 nolu dipnot, s.42.
- 6 Yargıtay 9.H.D., 11.07.2005 tarih ve 2005/20810 E., 2005/24800 K. sayılı karar. Söz konusu kararın eleştirisi için bkz. Aktay, Nizamettin; MESS Sicil Dergisi, 3. sayı, s. 103-110.
- 7 Mollanahmutoglu, Hamdi; İş Hukuku, (2.Baskı), Ankara 2005, s.592.
- 8 Bkz. dipnot 6
- 9 Çankaya-Günay-Göktaş; İşe İade Davaları, Ankara 2006 (2.Baskı), s.297. Süzek, Sarper; İş Hukuku (2.Baskı), İstanbul 2005, s.482.
- 10 Süzek, Sarper; a.g.e. s.484-485, Ekonomi, Münir; Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşv. Dergisi, Mart 2003, Özel Ek, s.16, Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri s.220, Yargıtay 9.H.D. 6.12.2004 tarih ve 2004/28355 E., 2004/26161 K. sayılı kararı.
- 11 Avcı, Mustafa; 2004 yılına ilişkin Yargıtay Kararları Değerlendirmesi, Kamu-İş, Ankara 2006, s.154.
- 12 Yargıtay 9.H.D., 6.12.2004 tarih ve 2004/28355 E., 2004/26161 K. sayılı kararı.
- 13 Aynı görüş için bkz. Duman, Barış; a.g.e., s.119.

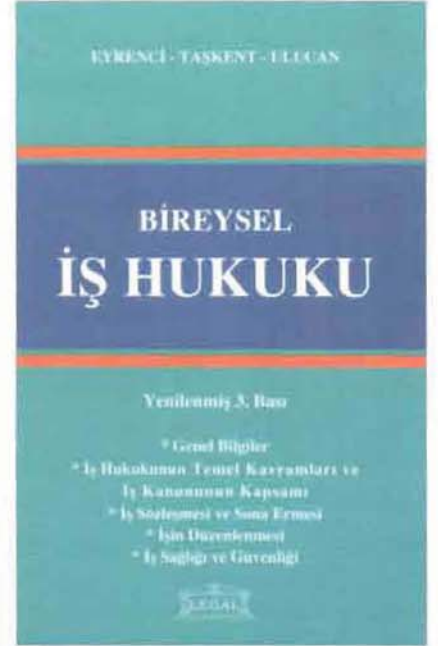
# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Öner Eyrenci, Prof. Dr. Savaş Taşkent ve Prof. Dr. Devrim Ulucan tarafından hazırlanan **"Bireysel İş Hukuku"** adlı kitabın yenilenmiş 3. Basısı Ekim 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Yazarlar, yeni bir iş yasası hazırlamakla görevlendirilen ve dokuz öğretim üyesinden oluşan "Bilim Kurulu"nun üç üyesidir. Asıl olarak hukuk fakültesi öğrencileri dışında iş hukuku eğitimi gören öğrenciler için hazırlanan eserde, konu ve kapsam olarak belli bir sınırdan kalmaya gayret edilmiştir. Kitapta, Kurul'da kabul edilen maddeler amaçlarına uygun bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmış, ancak İş Kanunu Tasarısı'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında yapılan ve çoğunlukla yasanın sistematikliğini bozan, maddeler içinde ve arasında çelişkiler yaratan düzenlemeler de eleştiri konusu yapılmıştır.

Üçüncü basıda sistematik ve içerik bakımından bir takım değişiklikler yapılmış, geçen zaman içerisinde verilen Yargıtay kararları ile yayımlanan bilimsel görüşler "ders kitabı" özelliğini aşmayacak bir şekilde değerlendirilmiştir. Kitapta, 1-5. ve 9-10. paragraflar S. Taşkent, 6-8. paragraflar D. Ulucan ve 11-17. paragraflar ise Ö. Eyrenci tarafından kaleme alınmıştır. Her paragrafın başında, o konuya ilişkin yazılmış makaleler belirtilmiş, genel nitelikteki kaynaklar ise kitabın arkasına alınmıştır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Dr. Mustafa Kılıçoğlu tarafından hazırlanan ve 2005 yılında 1. basısı yapılan **"Tazminat Hukuku"** adlı kitap, Sorumluluk-Tazminat-Hesaplama ekseninde metodolojik açıdan yeni bir uygulama getirmeyi amaçlamıştır. Bunun yanı sıra eserde, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi uygulamalarına, İsviçre ve Alman Federal Mahkeme kararlarına yer verilmiş, AB ülkelerinin cismani zarara ilişkin somut uygulamalarından söz edilmiştir. Bir başka anlatımla Sorumluluk-Tazminat-Hesaplama çemberi, Türk ve yabancı öğretisi ışığında tamamlanmıştır.

Eserin Haziran 2006 tarihinde yapılan 2. basısında ise, tazminat hukukuna ceza hukuku yönünden de yaklaşmıştır. Ayrıca Hukuk Genel Kurulu kararlarının tamamı elden geçirilerek konu ile ilgili kararlar seçilmiştir. Özel daire kararlarından açılım sağlayanlar ve kısmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'yla, Ceza Genel Kurulu Kararları'na yer verilmiştir.

Söz konusu eser, "İnsana Verilen Zarardan Doğan Maddi Tazminat Hukuku" ve "İnsana Verilen Zarardan Doğan Manevi Tazminat Hukuku" başlıklı iki ana bölümde tazminat hukukunu tüm yönleriyle incelemektedir.



Prof. Dr. Berin ERGİN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuyla Nasıl Bakıyor?

### 1) KANUN HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

Rücu konusundaki görüşlerimizi açıklamadan önce 5510 sayılı Yasa bağlamında kanun koyucuya sormak gerekir; bu kadar eleştirinin yapıldığı ve olumsuzluklarının açıklandığı tasarrufların kanunlaşmasını şiddetle gerçekleştirmesinin nedenleri ulusal bütünlük ve ülke yararı için vazgeçilemez miydi? Bu yasa bu hali ile kanunlaşmasa idi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sonu mu gelecekti? Bu Yasa kanunlaşsın Avrupa Birliği dönem raporu Türkiye'yi sorunsuz mu ilan edecek ve buyurun AB entegrasyonu için tamamen hazırız artık son noktayı koydunuz mu diyecekti? Bunları birilerinin sorduğundan şüphemiz yok ama yanıt verilmemiştir. Gittikçe her bakımdan çözülme noktasına varmak için acele ile olumsuz bir sonun hazırlandığı görmezden gelinemez, buna bir dur demek gerekmektedir. Toplumun çok büyük bir kısmını ilgilendirecek yasa yapılırken toplumun beklentilerine, eşitlik ilkelerine, temel haklara ve kazanılmış haklara uygun ve demokrasinin yaşamasının nedeni olan istikrarlı hükümleri içeren nitelikte olması zorunludur. Bu nedenle doğruların tekrarlanmasında hukuk devleti adına ve ülke ekonomisinin selameti için yarar olduğundan eleştiriler bitmeyecektir.

5510 sayılı Yasa, Sosyal Güvenlik Reformu adı

altındaki uygulamanın nasıl olacağı bile ortaya konulmadan zorluklar ve hâttâ imkânsızlıklar sarmalında alt yapısı olmadan ve birbiri içinde kaynaştırılması imkânsız yapıların koordinasyonu için ne gibi bir yapı düşünüldüğü nasıl bir proje yapıldığı açıklığa kavuşmadan, bir kaos içinde uygulanmaya geçilmek istenmektedir. Birçok hakların hukuk devleti ve demokrasiye aykırı bir biçimde ortadan kaldırdığı veya kısmen değiştirildiği bir yapılanmadan, çağdaş bir uygulama diye bahsetmek mümkün değildir. Özellikle kanun yapma tekniği açısından da alışılmışın dışında ve gerek Anayasa hükümlerine ve gerekse demokratik devlet yönetim ve denetim modeline aykırı bir yapılanma içinde oluşturulan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası ve Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun uygulanması ya hep birlikte seyredilecek ve boyun eğilecek, veya devlet adamları bu yapılanmanın Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, adil olmadığı, anlatımında ifade noksanlıkları ve Türkçe bozuklukları olduğu için, daha ciddi ve bilimsel bir çalışma sağlanmasına yönelik olarak önemli bir yasanın gerçekten çağdaş nitelikte yapılması için start verecektir.

Henüz alt yapının da hiçbir şekilde oluşturulmadığı ve teknolojinin gerektirdiği biçimde Sosyal Güvenlik Kurumunun işleyişi ve hizmet vermesi

için gerekli donanımın olmadığı yönetmeliklerin çıkarılmadığı gerçeği karşısında 01.01.2007 tarihinde yasanın nasıl yürürlük kazanacağı konusu da merakla beklenmektedir.

Yasa hazırlanırken çeşitli platformlarda bilimsel ve toplumun beklentilerine ve Devletin yapısına uygun uzun vadeli bir uygulamaya örnek teşkil edecek nitelikte olan açıklamalar yapılmış ve uygulamada ortaya çıkacak sorunlar gösterilmiş anlatılmıştır. Türk toplumunun yapısına uygun ve çağdaş eşitlikçi sosyal nitelikli ve finansmanı açısından gerçekçi, emekçinin emeğinin farkında olarak, ve emek vermeyenle eşit haklara sahip kılmanın eşitlik olmadığı bilinci ile bir yapılanma gerekli ve zorunlu iken, yasa yapılırken ve ülkenin çıkarları ve sürekliliği açısından üzerinde titizlikle durulması gerektiği halde bu yapılmamıştır. Üçüncü dünya ülkelerine verilen tavsiyelerin etkisinde kalınarak, ekonomik açıdan iflas ettirilen ve siyasi açıdan çö-

sebebiyet vereceği muhakkaktır. Acaba istenen de bu mudur? Yasanın bu haline, Sosyal Devlet ilkesi sonuçları bağlayarak açıklama yapmak gerçekçi değildir. Yıllardır üzerinde durulmaktan eskimiş gibi görünse de yeni yasada bugüne kadar yapılmış eleştiriler ve uygulamadaki olumsuzluklar, kanun koyucuyu hiç etkilememiştir. Yargıtay kararları ile oluşturulmuş uygulamadaki yanlışlıkların düzeltilmesine açık bir şekilde de gayret edilmemiş ve sorunlar dikkate dahi alınmadan yasa çağa ve sigortacılık prensiplerine aykırı olarak çıkarılmıştır. Bu hali ile yasa toplumu rahatsız eden bir yapı içinde olup, kayıt dışı ekonomiyi cazip hale getiren başka bir olumsuz düzenleme olmuştur.

Rücu konusundaki sorgulamaya ise, yasa bu muğlak ifadelerle uygulamaya girerse bitmeyecektir. Çünkü; Türkiye bugün ne yazık ki, Avrupa Birliği ülkelerinin ürettiği insana değer vermeyen politikayı benimsemiştir. Aslında Avrupa ülkeleri, ekonomide

## 5510 sayılı Yasa'nın işverenler için ağır yük getirerek caydırıcılıktan uzak, kayıt dışılığa özendirdiği, üzerinde ittifak edilen bir husustur.

kertilen ulusların akibeti görmezden gelinerek, Avrupa Birliği'ne şirin görünmek adına yasa yapmanın akılcı olmadığı da ayrı bir gerçektir.

Bu kanun nasıl yapılmıştır? Neden gerek Emekli Sandığı Kanunu ve gerekse 506 Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bağ Kur Kanunu uygulamaları ile oluşmuş birikimden yararlanılarak aksayan tarafları ve değiştirilmesi gereken hükümleri dikkate alınmamıştır? Prim ödeyen ve vergi veren ile vergi vermeyen ve prim ödemeyen aynı sistem içinde aynı haklar imkân ve sorumluluklara muhatap kılınmakla karmaşa yaratılmıştır.

5510 sayılı Yasa'nın işverenler için ağır yük getirerek caydırıcılıktan uzak kayıt dışılığa özendirdiği üzerinde ittifak edilen bir husustur.

Henüz 506 sayılı Yasa kapsamında primli rejim sistemi uygulamasında gerekli hizmeti vermekte imkânsızlıklar içinde olan Devletin, sosyal güvenlik sistemini tek çatı altında toplayarak özellikle de genel sağlık sigortasından yararlanacaklardan bir kısmının primsiz sistem içinde hak sahibi kılınmasının nasıl bir uygulamaya sahne olacağını hep beraber göreceğiz. Böylesi hükümleri içeren bir uygulamanın hayatiyete geçirilmesinin anarşik ortamın yaratılmasına

daha da büyüyerek, Amerika Birleşik Devletleri ve dünya pazarında önemli bir yer işgal eden ve etmeye devam edecek olan Asya ülkeleri ile rekabet yarışındadır ve Türkiye Avrupa Devletlerinin bu görüntüsüne heveslenmiştir. Bu heves ile bir takım özelleştirmeler ve sözde yeni yapılanma modeli ve sosyal devlet ilkesi görüntüsü ile aslında ondan uzaklaşan nitelikte olarak sosyal güvenlik sistemi politikalarını hemen uygulamaya koyarak, IMF ve Dünya Bankası ve AB politikalarını alt yapı oluşturmadan derhal kabul etmiş ve yasa çıkarmayı meziyet saymıştır. Bizce sosyal güvenlik açısından IMF ve Dünya Bankası dayatmaları ile oluşturulan reform yıkıcı bir reform olarak gelecek nesilleri bunaltacaktır.

Ancak bu arada belirtelim ki, 506 sayılı Yasa'nın ömrünü tamamlamış olduğu da bir gerçektir. Yıllardır karışık bir o kadar da anlamını yitirmiş, uygulamacılara kök söktüren, anlamaya çalışan halkın aklını karıştıran, değişiklikleri ek ve geçici maddeler ile yapılmış ve eklemelerin çeşitli kanunlar içinde gösterilerek, maddelerden bahsederken farklı farklı tarih ve numara ile anılması gereken bir model içinde, neredeyse bütünlüğünü kaybetmiş bir nitelikte olarak sürüp giden yasanın yerine

çağdaş, akılcı, demokratik ilkelerle uyumlu bir yasanın çıkarılması beklenmekteydi. Fakat 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yerini alan 5510 sayılı Yasa'nın ne şekil açısından ve ne de muhteva açısından kabul olunabilir bir yasa olduğunu gönül rahatlığı ile söylemek mümkün değildir.

## II) İŞVERENE RÜCU VE SS. KURUMUNA SAĞLADIĞI YARAR

Türk Sosyal Güvenlik sistemi sosyal sigortaları primli rejim sistemi ile oluşturmuştur. Bunun anlamı sosyal sigortalardan yararlanabilmek için ilgilinin parasal katkıda bulunmasıdır. Bu sistemin işlemesi için teknik yapı işçi ve işveren katkısı üzerine kurulmuştur. Bu katkı ve katkının kullanılması ile elde edilecek meblağ yine katkıda bulunanlara sistemin kuralları dahilinde riskleri karşılamak üzere sunulmaktadır. Genel kural bu olmakla beraber Devlet sosyal devlet ilkesi adı altında bu katkılarla oluşan primli rejimin hizmet etmekle yükümlü olduğu alanın dışına kayarak, sosyal nitelikte olmak üzere ve sigorta tekniğine tamamen aykırı olarak karşılıksız yardımlarda bulunmayı yasallaştırmıştır. Böylece gerek Emekli Sandığı, gerek Bağ-Kur ve gerekse Sosyal Sigortalar primli sistem çatısı altında olarak hizmet vermekte oldukları halde yapılarına aykırı olarak özel şartlar sağlanarak birçok grup kapsama alınmış ve yeterli katkı payı, gerek kurumları ve gerekse sistemin içine dahil edilenlerden alınmaksızın ödemeler yapılmış ve yapılmaktadır. Bu yetmiyormuş gibi kuruluş ve hizmet amacı aktüeryal esaslara göre olması gerektiği halde katkı payı aktüeryal esaslara uymadığı halde bir de bunların hak sahiplerine de ödeme yapılması, SS.Kurumunu sistemsizliğe iterek görevlerini yerine getiremeyecek duruma sokulmasına neden olunmuştur. Devlet sosyal devlet niteliğine uygun olarak başka bir yapılanmayı gerçekleştirebilir ve açık verilmesinin önüne geçebilirdi. Zira karşılık ödeyerek belirli risklerin sigorta tekniği içinde güvenceye alınması işleminde biriken fonların üçüncü kişilere veya gruplara kaydırılması eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi sistemin işlemesini de olumsuz etkilemiştir. Kurum karşılıksız yardım yapmak için oluşturulmamıştır. Nitekim 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 15. maddesi ile Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü kurulmasına dair hüküm kabul edilmiştir. Karşılıksız

Aynı çatı altında özel şartlar sağlanarak ve aktüeryal hesapların hiç düşünülmediği, yok farz edildiği bir uygulama içinde emeklilik hakkının sağlanması adil değildir.

yardım için aynı kurum içinde ayrı bir yapılanma ile sosyal yardımların gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır ama bu kısım ile ilgili kaynak oluşumu hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Bunun için ayrı bir bütçenin oluşturulması ve fon teşkili ile bu fonların işletilmesinden elde edilecek meblağlar sosyal yardım niteliğinde nerelere, kimlere, hangi şartlarla dağıtılacağı yasa hükmü ile belirlenmelidir. Ancak primli rejim içinden pay ayrılarak menfaat sağlanacak gruplar belirlenmesi yöntemine devam olunacaksa burada topluma hizmette eşitsizlik ve haksızlık yapılır. Ancak sunu belirtelim ki, Anayasa'nın 61. maddesinde hükme bağlanmış sosyal güvenlik açısından özel olarak korunması gereken kişilere yapılacak ödemeler ve sağlanacak haklar ayrı olarak Kurumun karşılıksız hak ve menfaat sağlamanın eşitlik ilkesine aykırılığını ve adil olmadığını belirtmek istemekteyiz. Yoksa elbette Devletin anayasal görevleri arasında sayılmış ve özellikle sosyal güvenlik bağlamındaki genel toplumsal yarar ilkesi çerçevesinde yükümlülüklerini yerine getirmek için her türlü araçların kullanılması gereklidir. Ancak 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesi ayrı bir fon tesisini öngörmemiş bulunması yanlış olmuştur. İki sistemin birbiri içinde ve aynı çanaktan beslenmesi hakkaniyete aykırıdır. Sistemin baştan itibaren iflasına ışık yakılmıştır. Bu nedenle birçok sorunlar çıkacaktır. Katkıda bulunanların talebe hakları olan hizmetin, gereği gibi yerine getirilmemesi sorunların en başında yer alacaktır. Saniyen eşitlik ve demokratik haklar gündeme gelecektir. Ayrıca 5510 sayılı Yasa'ya baktığımızda, sistemde çalışmaya başladığı tarihten itibaren katkı payı veren ve aynı zamanda belirtilmiş süre boyunca çalışan ve yaş şartını da yerine getirenlerin yanında, bu şartları hiç yerine getirmemiş ancak belirli görevlerde bulunduğu için kapsama dahil edilmiş kişilerin de aynı hak ve imkânlardan yararlanması söz konusu edilmiştir. Aynı çatı altında özel şartlar sağlanarak ve aktüeryal he-

sapların hiç düşünülmediği, yok farz edildiği bir uygulama içinde emeklilik hakkının sağlanması adil değildir. Bu bağlamda sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması amacının güdüldüğünün ileri sürülmesinin sosyal devlet ilkesi ile açıklanmasının inandırıcılığı yoktur. Gerçi bu durum 506 sayılı Yasa'nın uygulanmasında da ek maddeler ek geçici maddeler ile sisteme sokulmuş ve kurumun kuruluş amacındaki görevini ifa etmesini engelleyen nedenlerdi, ancak yeni yasa ile hiç de adil olmayan bu uygulamaya son vermek gerekirken yine anlaşılamayan bir teknik ile ve böylesi bir karmaşa içinde kapsam belirlenmiştir. Kanun koyucunun en azından gerekçede bunu açıklaması gerekirdi. Yasanın bu karmaşık hali RÜCU konusunun Kurum bakımından önemini bir kere daha vurgulamaktadır. Çünkü şimdiye kadar Kurumun iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık sebebiyle ortaya çıkan ve aktifinde azalmaya neden olan sigorta olayı nedeniyle işverenden yasaya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına<sup>1</sup> aykırı olan rücu davaları ile maalesef elde ettiği meblağlara ihtiyacı vardı. Bugün de Yargıtay kararları ile aynı sonuca ulaşabileceği endişesini taşımaktayız. Devlet kurumlarının sürekli korunduğu bir zihniyet ile hakkın tesliminden ziyade kamu kurumlarının yararına hareket etmenin adaletin tecellisi olarak görüldüğü bir uygulama yoktur denebilir mi? Zira 506 sayılı Yasa hükmüne aykırı olarak Yargıtay kararları ile gelişen uygulama sonucu, kurum lehine yasa hükmünü aşan subjektif kararlar olduğu bir gerçektir. Senelerdir bu bağlamda adil yargılama ilkesi ihlal edilmiştir<sup>2</sup>. SS. Kurumunun süreklilik arz eden bir nitelikte olmak üzere rücu yoluyla elde edeceği meblağlara ihtiyacı vardı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26. maddenin lafzından artan sermaye değerinin artış olduğu dönem itibarıyla işverene rücu edilmesini gerektirecek bir anlatım çıkmadığı bu nedenle maddenin iptaline gerek olmadığı görüşüne rağmen maalesef Yargıtay Devleti koruma bilinci ile işverene, yasaya aykırı olduğu halde tekrar tekrar rücu edilmesine imkân veren kararlar vererek, işverenler aleyhine haksız sonuç doğmasına sebep olunmuş ve adil yargılama prensiplerine aykırı hareket edilmiştir<sup>3</sup>.

Aslında SS. Kurumu açısından işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmış olması Kurumun işini son derece kolaylaştırır ve fevkalade memnun ederdi ama maalesef, işverenin sorumluluğu yasada kusur esasına göre belirlenmiştir.

Kurum ancak işverenin kastı, kusuru, hukuka aykırı fiili, ihmali sonucu meydana gelen zarar verici olayda işvereni sorumlu tutabilmektedir. 5510 sayılı Yasa'da da kusur esasına dayalı sorumluluk ilkesine aykırı bir düzenleme getirilmemiştir. SS. Kurumu rücu konusunda kusur ihdası için her olayda işvereni kusurlu bulmaya yönelik değişik yöntemler getirebilecektir. Bunu yasanın uygulanması ile göreceğiz.

Sonuç olarak yıllardır SS. Kurumuna rücu önemli girdi sağlamış bulunduğundan böylesi bir girdiden mahrum kalınmasına SS. Kurumu müsaade etmeyecek ve çeşitli kusur biçimleri icat edilecek, bilirkişilik kurumu da bunun aleti olacaktır.

### III) RÜCU KONUSU İŞLETMELERİN EKONOMİSİ AÇISINDAN TEHLİKELİ BOYUTLARA VARACAK NİTELİKTE DÜZENLENEMEZ

Gerek yasanın içerdiği hükümler ve gerekse uygulamada ortaya çıkacak sorunlar ve yargı kararları ile bir takım muğlak ifadelerin yorumundan kaynaklanacak adaletsizlikler, rücu konusunu gündemden düşürmeyecektir. Mevcut durum ve yeni yasa ile uygulamada nasıl bir yorum yapılacağı konusunu belirleyebilmek için aşağıdaki bazı açıklamalara kısaca değinmek gerekmektedir.

#### A- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Rücu<sup>4</sup>

Genel anlamda rücu bir kimsenin bir ödemede bulunması halinde bundan yararlananlara başvurabilmesi halidir. Başka deyişle geri ödemeyi talep edebilmedir. Tediye bulunan kişinin ödediğini, gerçekte ödemesi gerekenlerden geri alabilmesi imkân olan rücu hakkı ve imkânı ancak yasa metinleri ile kurallara bağlanır. Her ödeme halinde geri alın hakkı yasal bir düzenlemenin varlığı halinde mümkündür. Yasal düzenlemenin olmadığı geri alıma cevaz verilmediği hallerde rücu mümkün değildir.

Gerek 506 ve gerekse 5510 sayılı Yasalarda işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde sigortalı ve SS. Kuruma karşı sorumluluğu kusur esasına göre düzenlenmiştir. İşverenin hiçbir kusuru bulunmadığı hallerde sorumlu tutulamayacağı yasa hükmüdür. 5510 sayılı Yasa bağlamında madde metninin gerek lafzi ve gerekse ruhi yorumunda işvere-

nin sorumlu olması için, kesin olarak, sigortalıya zarar veren veya ölümüne sebep olan fiilin işlenmesinde kastının bulunması aranmıştır veya işveren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı davranmış olması halinde sorumlu tutulmuştur. Başka deyişle işverenin kusursuz sorumluluğu söz konusu değildir<sup>3</sup>.

Nitekim, gerek 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ve gerekse 5510 sayılı Yasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş, işverenin süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluğu konusunda da, işverenin sorumluluğu kusur esasına dayandırılmıştır. Bu maddelerdeki kusur zarar verici fiilin meydana gelmesinde işverenin kastı veya ihmali veya iş sağlığı ve güvenliği açısından mevzuata aykırı fiilleri bakımından değil ve fakat, işverenin, mevzuat gereği, sistemin koymuş olduğu bürokratik işlemleri yapmaması, ihmal etmesi ve bu nedenle yasa hükümlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle, o arada meydana gelen sigorta olayın-

nin iş kazası meslek hastalığı veya hastalığa maruz kalması hallerinde, işverenin sorumlu tutulması, yasa gereği yapmakla görevli olduğu işlemleri yapmadığı, yasa hükümlerine uymadığı, aykırı hareket ettiği için kusurludur ve burada kusursuz sorumluluk hali söz konusu değildir. İşverenin kastı bulunmaktadır. Kayıt dışı işçi çalıştırmak ve sigorta primi ödememek az vergi vermek için kasten yasaya aykırı hareket ettiği için sorumluluğu kusur sorumluluğudur. İşçiyi sigortalı olarak çalıştırmak yükümlülüğünde olan işverenin işyerinde istihdam ettiği halde sırf sigorta primi ödememek için ve kayıt dışı istihdam yaratmış bulunması nedeniyle, kusurlu hareketini bilerek ve isteyerek yasaya aykırı fiil ve eylemi gerçekleştirmiştir. Bu nedenle kast ve kusur unsurları tam olarak gerçekleşmiştir. Bu maddedeki sorumluluk sınırlarını 21. maddede bağlamında değerlendirmek maddeler ile getirilmek istenen düzene aykırılık oluşturur. 23. maddeye

## 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde, SS. Kurumunun sigortalıya ödediği meblağı işverenden tahsil etmek gibi bir hakkı bulunduğunun temel nedeni gerekçede belirtilmemiştir.

dan sorumlu tutulması olup, bu sorumluluk yine kusur esasına dayalı bir sorumluluktur. İşveren mevzuata aykırı olarak sigortalıyı kayıt etmemiş ve yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, işçiyi mevzuat gereği yararlanacağı hak ve imkânlardan mahrum bırakmıştır. İşveren yasaya aykırı fiili nedeniyle kusurludur. Çünkü mevzuata aykırı hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir, bu nedenle kusurludur. Bu maddeler açısından sorumluluk, zararı meydana getiren olayda kusurunun olmaması ile karıştırılmamalıdır. Başka deyişle SS. Kurumuna bildirme işleminin yapılmamasına rağmen, işçinin iş sağlığı ve güvenliği açısından her türlü koruma yapıldığı, önlemler alındığı ve dikkat ve ihtimamda bir noksanlık bulunmadığı iddiaları ve savunmaları işvereni sorumlu olmaktan kurtarmamaktadır. Bu maddenin uygulanmasında bir takım hafifletici kuralların kabulüne ve kıyas yolu ile 21. madde hükümlerinden yararlanmaya çalışmak gibi uygulamalar kanun koyucunun iradesine aykırı düşer. Yasanın ifadesinden burada kusursuz sorumluluk esasını kabul ettiğini ileri sürmek doğru olmayacaktır. Çünkü, işverenin işyerinde sigortalı çalıştırmaya başladığını Kuruma hiç bildirmemesi veya geç bildirmesi ve bu bildirimlerin yapılmadığı dönemde işçi-

aykırılığın herhangi bir indirimine konu olmasını ve 21. maddeye benzer bir yapılanmanın uygun olacağını belirtmek maddenin amacına aykırı düşer. Bu nedenle bu haldе işveren tam ve mutlak bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılarak caydırıcılık esası uygulanmıştır. Maddede yükletilen görev sadece bürokratik bir takım işlemlerin yapılmasıdır. Bu bağlamda bu madde açısından bir takım indirimlerin uygulanmasını hakkaniyet esası dairesinde yorumlamak yanlış ve maddenin amacına, sosyal güvenliğin ve mevzuatın amacına aykırı düşer. 23. madde ile düzenlenmiş hüküm yerinde olup, işverenin bu madde hükümlerine uymamasının sonuçlarının hafifletilmeye çalışılması caydırıcılık ile bağdaşmaz.

### B- 5510 Sayılı Yasa'nın Gereğesi, Amacı Açıklamaktan Uzaktır

Diğer üzerinde durulması gereken konu da; 5510 sayılı Yasa'nın 21. md. de, SS. Kurumunun sigortalıya ödediği meblağı işverenden tahsil etmek gibi bir hakkı bulunduğunun temel nedeninin gerekçede belirtilmemiş olmasıdır. Yasa gerekçesine baktığımızda ki bu gerekçe sırf yasaya gerekçe yazmak için konmuş olup, gerekçe adı altında

maddeye benzer cümlelere yer verilmiştir. En vahimi de, yasa madde numaraları ile gerekçe madde numaraların birbirini tutmamasıdır. Konumuzla ilgili madde gerekçesi 26. madde olarak geçmiştir. Yasanın 21. maddesine gelinceye kadar olmayan maddelere gerekçe yazılıp numara verildiğinden 21. madde gerekçesi madde 26 olarak belirlenmiştir. Bu gerekçenin ifadesi de aynen şöyledir:

*"Bu madde ile işverenin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kastı veya suç sayılabir bir hareketi olması ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine aykırı davranışı halinde yapılan veya ileride yapılacak ödemelerde bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının esas alınarak, sigortalı veya hak sahibinin işvereniden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene rücu edilmesi, işverenin ve sigortalının sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de dikkate alınması."* öngörülmüştür.

Yukarıya aldığımız numarası yanlış bu gerekçenin, felsefesinin 506 sayılı Yasa'nın kanunlaşmasından itibaren gelişimini ve doktrindeki görüşleri esas alarak cevaplamak gerekirse; Sosyal güvenliğin oluşumundaki tarihi temel felsefe olan "ekonomik yönden güçsüzler karşısında güçlü olanlar olarak kabul edilen zenginlerden vergi ve sigorta primi adı altında alınan değerlerin fakir sınıfların gelirlerine yansıtılması ulusal gelirin yeniden dağıtılması" fikrinin gerekçe olduğu varsayılabilir. İnsana verilen değer bağlamında korumaya yönelik olarak Devletin insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek ve sağlığına yönelik düzenleme yapmak yükümlülüğü nedeniyle işverenin işçilere daha dikkatli, özenli davranması ve yasal yükümlülüklerini ciddi bir şekilde yerine getirmesi için sorumluluğa ilişkin hükümlerin gerekli olduğu kaçınılmazdır. Bu sebeple Devletin yaptığı giderlerin geri alınmasının da hukuksal eşitlik gereği zorunlu olduğu söylenmektedir İşverenlerden belirli zararların istenmesinin, kusurlu ve kusursuz işveren açısından eşitliğin sağlanması açısından da gerekli olduğu kaçınılmazdır, şeklinde gerekçesi olduğu kabul edilebilir.

Sosyal Devlet ilkesini benimsemiş olan, T.C. Anayasası 2. md. Sosyal Devlet ilkesini temel bir ilke olarak kabul ettiğinden, Sosyal Devletin görevi, toplumu oluşturan bireylerin huzur içinde ve insan haysiyet ve onuruna yaraysır bir nitelikte olmak üzere yaşamlarını ve çalışmalarını sürdürmek için kişi ile top-

lum arasındaki güveni, dengeyi, toplumun huzurunu sağlamaktır. Devlet, emek sermaye ilişkisinde çalışanların ve işverenlerin haklarında temel hak ve özgürlükler ile bağdaşmayan şartları ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Ancak Devlet, sadece zayıf güçlü diye değil, vatandaşlar arasında ayırım yapmaksızın tüm ulusu oluşturan bireyleri, eşit normlar içinde korumak, gözetmek yaşam şart ve imkânlarını kalkındırmakla görevlidir. Bu bağlamda 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde düzenlenmiş rücu konusu düzenlenirken, işverenlerin ekonomik çıkmazlarla karşılaşmalarının önlenmesi de asıldır. İşte bu nedenle SS. Kurumunun işverene rücu edebilmesi için kusur esası benimsenmiş ve hakkaniyet veya tehlike sorumluluğundan yasada bahsedilmemiştir. Yasada yer almayan tanım veya kavramların yorumlar ile uygulamaya geçirilmesi hukuki olarak nitelenemez.

Temel insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkından çeşitli uluslararası belgelerden alıntılar yaparak eşitliğin sağlanacağını ve finansman dengesinin kurulacağını, sigortalı memnuniyetinin sağlanacağı beyanları ile yasa metninde olmayan bir uygulamaya cevaz vermek yasaya aykırılık teşkil eder. İnsan hakkı, adalet ve eşitlik söylemlerinde sürekli değişen ekonomik sistem ve devlet yapısı gözetilerek ve emek sermaye ilişkisinin yeni boyutları çerçevesinde yeni bir ruh, felsefe ve sistem anlayışı ile ve ancak yasal düzenleme ile sorumluluklar ve yükümlülükler getirilebilir. Bu nedenle de 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde yer alan işverenin sorumluluğu ve sınırları bakımından getirilmiş düzenlemenin yasa metninden farklı bir biçimde ve özellikle 506 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, hukuka aykırı uygulama gibi bir uygulamaya sahne olmaması önemli olup, yasaların lafzi ve ruhi yorumu dışına çıkılmaması gerektiği bilincinde olunması asıldır. Özellikle rücu konusunda 506 sayılı Yasa döneminde verilmiş rücu kararlarından emsal oldukları gerekçesi ile yararlanılarak hüküm oluşturma yanlış olacağını da vurgulamak gerekmiştir.

### C- Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Rücu Kusur Esasına Dayandırılmıştır

Pozitif hukuk bağlamında sigorta olayında 21. madde işverenin sorumluluğunu kusur esasına dayandırarak sınırlamıştır. Kanun koyucu başkaca hiçbir amaç gütmemiştir.

Kanun koyucu, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu gibi bir kuralın rücu kurumu açısından geçerli olacağına dair hiçbir hükme yer vermemiştir. Devletin sosyal güvenliği yaygınlaştırma ve sigortalıların refahını sağlama ve uluslararası belgelerle belirtilmiş yaşam düzeyinin kalkındırılması gibi söylemleri ifa için işverenlerin de ülke ekonomisinin kalkındırılmasındaki rolleri dikkate alınarak daha fazla sermaye sahibi olarak daha fazla istihdam sağlamaları için Devletin imkân ve şart hazırlamasının gerekli olduğu anlaşılabilir. İşverenleri kusursuz sorumluluk ile karşı karşıya bırakmanın yarardan ziyade zarar getireceği görülmüştür. Ayrıca işverene işçi ve hak sahiplerinin BK da düzenlenmiş objektif sorumluluk esaslarına göre dava açma hakkı bulunduğundan, Sosyal Sigortalar açısından kusur esasına göre sorumluluk düzenlenmiş, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu gibi sorumluluk biçiminin<sup>5</sup>, çalışma hayatında zorunlu sigorta ile risklerin sigorta ettirilmesi karşısında uygulanmayacağı anlaşıldığından işverenin sorumluluğu geniş tutulmamıştır. Kanun koyucunun rücu için amacı, 506 sayılı Kanun'un 26. maddesi bağlamında doktrinde belirtildiği gibi<sup>6</sup>, kurumun iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık nedeniyle sigortalıya, sigorta olayı vuku bulduğunda, ödemek durumunda kaldığı ve kalacağı giderler ve bağlanan gelirler nedeniyle, pasifinin artmasından dolayı rücu etmesi mümkün kılınmıştır. Kanunda böyle bir hak düzenlenmesi idi SS. Kurumunun sigorta olayı nedeniyle vuku bulan harcamaları ve bağlanan gelirleri kusurlu olan işverenden talebi mümkün olamazdı.

Kanun koyucunun rücu ile güttüğü diğer amaç ise; sosyal güvenlik mantığında zarar verici olayların önlenmesi ve gerekli önlemin alınması için sigorta ilişkisinde işverenin gerekli özeni, dikkati göstermesi tüm önlemleri alması ve yasa ile yükletilmiş tüm görevlerini eksiksiz yapması gerektiği bilincine erişmesini, etkin olarak sağlamaktır. Risklerin sigorta ile karşılanmasına rağmen, işverenin sorumlu tutulması, özensiz davranmasının ve yasalara aykırı hareketinin engellenmesi içindir. İşverenin kasıtlı davranmaması veya suç sayılan fiillerde bulunmaması için sorumlu tutularak, zarar verici fiillerin oluşmasında caydırıcılık yerleştirilmek istenmiştir.

Sorumluluk kusur esasına dayandırıldığına göre, işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde SS. Kurumunun rücu etmesine muhatap olmasında kusurlu olup olmaması esas teşkil ede-

**5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi lafzından, rücu sadece kusur halinde mümkün olup başka hiçbir gerekçe ile işverene müracaat edilmesi mümkün değildir.**

cektir.

Uygulamada kusur sorumluluğu 506 sayılı Yasa döneminden beri uygulanmakta olup tehlike sorumluluğu veya hakkaniyet sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk esaslı pozitif hukuk açısından söz konusu olmamıştır. 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi lafzından rücu sadece kusur halinde mümkün olup başka hiçbir gerekçe ile işverene müracaat edilmesi mümkün değildir.

Yargıtay 506 sayılı Yasa'ya dayanarak verdiği kararlarda<sup>11</sup>, işvereni kastı, suç sayılır hareketi, yasa hükümlerine uymaması, gerekli iş sağlığı ve güvenliği normlarını yerine getirmemesi nedenlerine bağlı olarak sorumlu tutmuş ve Kurumun rücu etmeye hakkı bulunduğuna hükmederek, hatalı bilirkişi raporlarına dayalı veya kusur oranlarının yanlış değerlendirilmiş bulunduğu gördüğünde yerel mahkeme kararlarını bozarak ve fakat Anayasa Mahkemesi'nin 26. madde ile ilgili son derece isabetli kararlarına aykırı olarak verdiği<sup>12</sup> kararları ile oluşturduğu bir sorumluluk uygulaması yapmaya çalışmıştır<sup>13</sup>.

Uygulamada ve doktrinde tartışılan, primli sigorta sisteminde işverenin riski zorunlu sigorta ile sigorta ettirdiği bir sistemde SS. Kurumunun işverene rücu etmesinin hukuka uygun olup olmadığı noktasındadır. Risklerin zorunlu sigorta kapsamında olması nedeniyle, kusurlu sorumluluğun dahi söz konusu olmamasına yönelik görüşler bulunduğu açıktır. Bu görüşler sigorta ilişkisinden hareketle riskin sigorta edilmiş olmasından dolayı artık işverene rücu edilmemesi yönündedir. Bu görüşe katılmadığımızı ve adil olmadığını burada belirtmek isteriz. Genel sigorta anlayışında riskin doğumuna neden olanlara sigortanın rücu etmesi kuraldır. Ancak bu rücu edilebilir bir takım şartlara bağlanmıştır. O halde Sosyal Sigortalar açısından da kusur, ihmal savaçlama ve yasa hükümlerine aykırı hareket etmenin bir yaptırımının olması adalet gereğidir. Nasıl olsa sigorta ettirdiğini düşünerek tehlikelerin bertaraf edilmesine gayret sarf etmemek, görevleri yapmaktan kaçınmak

veya eksik yapmak sureti ile zarar meydana gelmesine sebebiyet vermenin bir bedelinin olması gerektiği açıktır. Bu nedenle yasada kabul edilmiş ve hukuki niteliği itibarıyla kusura dayandırılmış sorumluluğun varlığı toplumun yararı ve iş ilişkilerinin selameti açısından gereklidir.

## D- Yasa Metni Sorumluluğu Nasıl Düzenlemiştir?

### a. Pozitif Sistem: Yasa Metinleri Açısından

506 sayılı Yasa II. Bölüm İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları başlığı altında düzenlediği 26. maddesi ile sigortalının iş kazası ve meslek hastalığına uğraması halinde işverenin sorumluluğunu; işverenin KASTI veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine AYKIRI HAREKETİ veyahut SUÇ SAYILIR bir hareketi sonucu olmuşsa, SS. Kurumunca sigortalıya veya hak sahibi kimsele- re yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamının işverenden sigortalı veya hak sahiplerinin isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere, işverene ödetirileceği şeklinde hükme bağlamıştır ve arkasından işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde KAÇINILMAZLIK İLKESİ- NİN DİKKATE alınacağını belirtmiştir.

5510 sayılı Yasa'nın Üçüncü Bölümü de Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri başlığını taşımakta olup 13 ve 14. maddelerde iş kazası ve meslek hastalığı ile ilgili hak ve şartları düzenledikten sonra kenar başlığı, İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu olan 21. madde ile rücu aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

İşverenin sorumluluğu; iş kazası ve meslek hastalığı işverenin KASTI veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği MEVZUATINA AYKIRI 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 ödetirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır, şeklindeki hükümle işverenin sorumluluğu belirlenmiştir.

Madde devamla uzun zamandır ihtilaf konusu olmuş kamu görevlileri hakkında rücu talebinin mümkün olamayacağı Anayasa 129/5. madde gereği buna imkân bulunmadığı tartışmaları sonunda yasal dayanağına kavuşmuştur! Daha önceki uygulamalar bağlamında yasada hüküm olmadığı halde Anayasa hükmü doğrudan doğruya uygulanarak kamu görevlilerinin sorumluluğu yeni bir boyutta çözümlenmişti. Belirtmek gerekir ki yasal dayanağı olmayan bir kuralın yargı kararlarını oluşturması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. 5510 sayılı Yasa Anayasa'daki 129/5. maddeyi genişleterek sosyal sigortalardaki sorumluluk için de uygulamayı gerekli görmüş ancak buna dair hiçbir gerekçe yazmamıştır. 21/5. fıkrası aynen şöyledir:

*"İş kazası meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı baklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez..."*

Anayasa 129. madde ile memurlar ve kamu görevlilerine görevlerinin ifa edilmesinde güvence getirilmiştir. Buna göre, 129/5 fıkrası, memurların veya kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu olunamayacağını, ancak bağlı buldukları idare aleyhine açılacağına dair hüküm getirmiştir. Ancak idare tarafından memurlara veya kamu görevlilerine rücu edilmesi ayrı bir durumdur. İşte bu madde sebebiyle uygulamada kamu görevlileri aleyhine açılmış rücu davaları ve tazminat davaları sebebiyle oluşan tereddütler sonunda 5510 sayılı Yasa'ya konulan bu hükümle kamu görevlilerinin sosyal sigortalar karşısında sorumlu olmayacakları ve bunların kurumlarına da rücu edilemeyeceği yasa hükmü haline gelmiş ve böylece uygulamada kamunun başını ağrıtan bir sorun halledilmiştir. Zaten özel kesim işverenlere rücu ile yeterli derecede SS. Kurumu giderlerine karşılık peşin peşin gelir sağlanmaktadır. Bu madde ile hiç beklenmedik kurallar getirilerek hukuk sistemi alt üst edilmiştir. Kamu kurumlarına SS. Kurumunun iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde rücu edemeyeceğine dair yasa maddesi getirilmiştir.



Açıklamak gerekir ki kanun koyucunun işverenin kamu veya özel olması arasında bir farklılık yaratmaması asıldır. Bu kadar geniş yetkiyi nereden almıştır. Herhalde kanun koyucu zuhulen böyle bir maddeye yer vermiş olsa gerek. Yasanın uygulanmasında farklılık eşitlik ilkesine ve demokratik anlayışa tamamen terstir. Bu nedenle Anayasa'nın 129/5 maddesindeki hükmün Sosyal Sigortalar Kanunu açısından uygulanmasını da kapsayacak şekilde kaleme alınmış bulunduğunu kabul etmek Anayasa ile getirilmiş temel hakları inkâr etmek demektir. Bu nedenle 21.5. fıkranın tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kaçınılmazdır<sup>13</sup>.

5510 sayılı Yasa 21. madde ile 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi arasındaki farklar da aşağıdaki gibidir.

● İşverenin suç sayılır bir hareketi sonucu iş kazası ve meslek hastalığının oluşmasına ilişkin fıkra 5510 sayılı Yasa'da yer almamış ve

● Bağlanacak gelirlerin Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıkları'nca birlikte tespit olunacak tarifeye göre belirleneceğini belirten 506 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde belirtilmiş yöntem benzer bir yöntem için 21. maddede bir hüküm yer almamıştır.

● İş kazasının md. 13/2-a'da belirtilen sürede işveren tarafından bildirilmemesi halinde bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, kurumca işverenden tahsil olunur, şeklindeki hüküm eski yasada ayrı madde iken şimdi 21. maddede yer almıştır.

● 506 sayılı Yasa'da, ileride yapılması gerekli her türlü giderlerin tutarları ile, yerine, 21. maddede, ileride yapılması gereken ödemeler, denilmiştir.

● 506 sayılı Yasa'da, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı, yerine, 21. maddede, bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının tahsil edileceği belirtilmiştir.

#### **b. 21. Madde Hükmü Bağlamında Sorumluluğun Sınırları**

Gerek 506 ve gerekse 5510 sayılı Yasalar işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde kusurlu bulunduğu takdirde, hangi esaslar dahilinde sorumlu olacağını belirtmiştir.

Şimdiye kadar uygulamada Yargıtay kararları ile gerek Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olarak ve gerekse 26. maddede vaki değişiklikler sebebiyle

eski içtihatların etkisinde kalınarak ve içtihatların zaman içinde ağır değişimleri sonucu adil olmayan kararlar verilebilmiştir. Uygulamadaki rahatsızlıklar göz önüne alınarak olması gereken bir düzen yerine yine birtakım tereddütlere ve hoşnutsuzluklara neden olacak kararların varlığı yasada önemli değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmaktaydı.

İşverenin sorumluluğunun sınırlarını belirtmeden önce tekrar edelim ki; 21. madde, işverenin kastı ve yasalara aykırı bir eylemi olmadığı takdirde hiçbir şekilde işvereni sorumlu kabul etmemiştir. Kusurlu kabul edilmeyen işveren artık SS. Kurumunun sigortalı veya hak sahiplerine ödemediği ve ileride yapılması gereken ödemelerden sorumlu değildir ve gelir bağlaması halinde de bunun ilk peşin sermaye değerini ödemekle yükümlü olmayacaktır.

İşveren kusurlu kabul edildiği takdirde ve kusur oranına göre;

i- Kurumun sigortalı veya hak sahibine yaptığı ödemeler,

ii- İleride yapılması gerekli ödemeler,

iii- Bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamını, ödemekle yükümlü tutulduğu yine yasa hükmüdür.

iv-Bu meblağların tavan sınırı da sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutar olarak keza yasada belirtilmiştir.

Bu madde hükmüne göre, Yargı kararları ile işvereni yıllarca rücu davaları sebebiyle muhatap tutmak ve işverenin sorumluluğunu tükenmez bir biçimde devam ettirmek gibi bir uygulama 5510 sayılı Yasa bakımından söz konusu olamayacaktır. Başka türlü bir yorum yapılması mümkün değildir. Zira 26. maddeye yönelik iptal istemlerinde Anayasa Mahkemesi kararında, madde metninde ilk defa bağlanmış olan gelirin peşin değerinin istenmesinin dışında her seferinde, sosyal hukuk devleti gereği olarak, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak maksadı ile yasa ile sonradan yapılan arttırmaların, 26. maddenin "ileride yapılması gerekli bulunan giderler" kapsamında olmadığı<sup>14</sup>, dört kez belirtilmiş bulunduğundan, bu kez 5510 sayılı Yasa 21. maddesinde açıkça ilk peşin sermaye ibaresi yer aldığından ve hangi sermaye olduğu daha açık olarak belirtilmiş bulunduğundan 21. madde hükmü gereğince, işverene ilk peşin sermayenin değeri toplamı dışında rücu imkanı yoktur.

İleride yapılması gereken ödemelerden maksat

ise, sağlık açısından araç gereç gibi değişmesi veya sağlanması gereken masraflar olarak yine kusur esasına göre ve işverenin sorumluluğunun devam ettiği ve illiyet bağının kesilmediği durumlarda ancak söz konusu olabilecektir. Kazaya uğramış işçinin işbu sebeple hakkı olan sağlık yardımları bağlamında bu kazaya veya meslek hastalığına ilişkin olarak ve sigortalının yasa da belirtilmiş ilerde yapılması gereken giderler bağlamındaki giderin yapılmasında sigortalının bir kusuru olmadığı takdirde ancak kurumun işverene bunu rücu etmesi mümkündür. Tüm bu rücu hallerinde işverenin sorumluluğunun, tavan olarak belirlenmiş tutarın aşılması koşuluyla bağlı olduğu genel kuralı her zaman uygulanacaktır.

O halde, 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi hükümünün eski yasa hükmüne kıyasla, sınırları daha kesin ve yorum yapmaya müsait olmayan bir uygulama

hangi hallerde indirim yapmayı gerektirir? Kaçınılmazlık işverenin hiç sorumlu olmayacağı sonucunu taşır mı taşımaz mı? Kaçınılmazlık işverenin kusurunu ortadan kaldıran bir neden ise işvereni sorumlu tutmak niye mümkün olsun? Kaçınılmazlığa bir oran uygulamak doğru mudur? Yoksa 5510 sayılı Yasa işverenin sorumluluğunu saptarken kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü ile, kaçınılmazlık olsa da işveren sorumlu olacaktır, sonucuna varılacak bir hüküm mü kastetmiştir? Uygulamada bu nasıl anlaşacaktır?

21. madde hükmündeki kaçınılmazlık ilkesi, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine 4958 sayılı Yasa ile eklenmiş olan kaçınılmazlık ilkesi gibi hâkimin tazminat miktarından indirim yapması halinin devamı olarak düşünülmüş bir hüküm mü olacaktır? Yoksa işveren her şartta sorumlu olmalıdır, olay kaçınılmazlık halinde vuku bulmuş olsa bile işve-

## Kaçınılmazlık önüne geçmenin imkânsız olduğu veya hangi önlem alınırsa alınsın, hangi boyutta dikkat sarf edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olaylardır.

ma getirmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bu madde ile işverene her artış yapıldığında kurumun rücu etme imkânı ortadan kaldırılmıştır.

### c. Kaçınılmazlık İlkesi ile Ne Kastedilmektedir?

Yasada yer alan iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık hallerinde işverenin sorumluluğunun tespiti kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü işverenin sorumluluğunu nasıl ve ne derece etkileyecektir? Kaçınılmazlık ile ilgili hüküm 4958 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine eklenmiş bir hüküm olarak kavramın tanımına aykırı bir uygulama ile işverenin sorumluluğunu artırmış ve kusur sorumluluğuna darbe indirmiş bulunduğundan, yeni yasa bağlamında nasıl bir uygulamaya sahne olacağı, bilirkişilerin elinde ne gibi yapıya ulaşacağı ve yargı kararlarına nasıl yansıtacağı ve nasıl bir yorum yapılacağını kestirmek mümkün olamamıştır.

506 sayılı Yasa bağlamında uygulamada, kaçınılmazlık ilkesinin uygulandığı hallerde BK. 43. maddeye göre hâkim, bilirkişi raporunda belirtildiği nispette bir indirim yapmaktadır. Kaçınılmazlık sadece indirim yapmayı mı gerektirmelidir veya

renin sorumlu olması asıldır, düşüncesi ile mi madde kaleme alınmıştır? Bunu madde metninin lafzından anlamak mümkün değildir. Çünkü kusuru tespit ederken, kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır cümlesinden, işveren kusursuz olsa da kaçınılmazlık ilkesinden hareket ile işveren her şeye rağmen kusurlu bulunacak şekilde bir yorum yapılmasını engelleyen bir ibare madde metninde yer almamıştır ve şayet bu yorum esas alınır, 506 sayılı Yasa dönemindeki Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen nasıl Yargıtay yanlış uygulamalarına devam ettiyse, bu maddenin bu muğlak ifadesinden dolayı, kanun koyucunun gerçek iradesi dışında ve yasa da olmayan kurallara göre uygulamalar yapılabilecek ve karar düzeltme imkânı da olmayan iş mahkemesi kararları ile adil yargılamaya tamamen aykırı sonuçlar, konferansların ve seminerlerin tartışma konusu olmaya devam edecektir.

Kaçınılmazlık nedir? Kaçınılmazlık önüne geçmenin imkânsız olduğu, veya hangi önlem alınırsa alınsın, hangi boyutta dikkat sarf edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olaylardır. Bunların en belirgin örneği tabiat olayları olarak ortaya çıkar. Ancak teknolojik nedenlerle teknoloji kullanımından

dolayı, alınan önlemlerin ve kullanmadaki özenin ve gösterilen itina ve dikkatin hiçbir şekilde etkili olmadığı ve zarar verici olayın oluşumunun hiçbir vasıta ile engellenemediği ve engellenmesinin de mümkün olmadığı, durumlardır kaçınılmazlık.

Kaçınılmazlık nedeniyle bir iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmişse bu takdirde işverenin mevzuat gereği almakla yükümlü olduğu tüm önlemleri almış olması durumunda artık sorumlu olmayacaktır, çünkü tüm önlemlere rağmen önlenmesi mümkün olmayan bir durum söz konusu olduğundan işveren sorumlu tutulmayacaktır<sup>10</sup>.

Genel olarak nitelemek gerekirse, kaçınılmazlık demek, vuku bulan olaya karşı koyulmazlık hali ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun<sup>11</sup>, söz konusu olmasıdır. Umulmadık bir hâl kaçınılmazlık olarak nitelenmeyecektir. Ummamak ummayı düşünmemek ve zarar verici olay ile karşılaşmak kaçınılmazlık olarak değerlendirilemez.

Olayın sosyal sigortalar açısından değerlendirilmesinde, yasanın gerekçesinde başka bir görüş olmadığına göre, kaçınılmazlık ilkesi ile güdülmüş amaç, kusurun saptanmasında, meydana gelen olayın mutlak ve objektif bir nitelikte önüne geçilmez olması ve mutlak olarak imkânsız bulunması halinin<sup>12</sup> kaçınılmazlık olarak kabulü ve sorumluluğun buna göre belirlenmesidir.

Kaçınılmazlık ilkesinin mutlak ve nisbi olarak uygulanacağına ilişkin yasa ile hüküm konabilir<sup>13</sup>. Sosyal Güvenlik Kanununda, kanun koyucu aksini belirtmediğinden kaçınılmazlık ilkesini "mutlak" olarak yasada ele almıştır. Aksi halde madde metnine kaçınılmazlık ilkesi bağlamında indirim de yapılması mümkündür denmesi gerekirdi. Bu hali ile madde metni çerçevesinde olayda kaçınılmazlık olduğunda işverenin kusursuz olduğu sonucuna varılarak SS. Kurumunun rücu imkanı ortadan kalkacaktır. Çünkü mutlak kaçınılmazlık kusuru ortadan kaldırır. Nisbi kaçınılmazlık halinde ise sübjektif bir niteleme olarak işverenin ekonomik durumu ile işçinin ekonomik durumu arasında bir dengenin sağlanması görüşünden hareketle güçlü ile güçsüz olan arasında denge sağlanması ve hakkaniyete dayandırılarak sorumluluğun saptanması yoluna gidilecektir ki, maddenin lafzından bu amaç ortaya çıkmamaktadır. Esasen ekonomik durumların temel alındığı bir uygulama objektif bir ölçüt olmaktan artık çok uzaktır. Zi-

ra her işveren veya her işletmenin ekonomik durumunun ekonomik dengeler açısından aynı esaslara bağlanması mümkün olmadığı gibi eşitlik ilkesine de aykırı bir durum yaratması bakımından kaçınılmazlık mutlak ve kaçınılmazlık halinde kusur yoktur, bu takdirde de kusura dayalı bir sorumluluktan artık bahsedilemez ve işverene rücu etmek imkânı ortadan kalkar.

506 sayılı Yasa uygulamasında 26. maddeye eklenmiş kaçınılmazlık ilkesi ile işverenin kasdının olmaması halinde de kaçınılmazlık ilkesinden dolayı indirimli bir sorumluluk uygulaması yapılması son derece yanlış bir uygulama olmuştur. Kavramların içeriğinin boşaltılarak başka anlamlar ile uygulanması yerine kanun koyucu açıkça işverenin kastı yoksa bile sorumlu olsun demek yerine, kaçınılmazlık ilkesi nazara alınacaktır demekle esasen muğlak bir hüküm getirmiştir.

Kaçınılmazlığın mutlak ve objektif olması asıl olduğuna göre yasada yer almış bulunan kaçınılmazlık ilkesinin uygulanmasını öngören kanun koyucu kusurun ortadan kalktığını ve işverene rücu edilemeyeceğini kabul etmiş demektir. Kanun koyucu yasanın gerekçesinde nisbi bir kaçınılmazlık hali benimsediğini belirtmediğine göre 21. madde metnindeki kaçınılmazlık mutlak kaçınılmazlıktır. Bunun aksine olarak kaçınılmazlık oranı belirleyen bilirkişi raporları ile oluşan yargı kararlarında indirim yapılmakla adaletli uygulama yapıldığı zan edilmemelidir. Yargı kararları yasa hükmü gereği mutlak kaçınılmazlık ilkesi doğrultusunda kusur olmayacağını gözeterek oluşturulmak durumundadır. Aksi halde kaçınılmazlık ilkesinin işverenlerin sorumluluklarının tayin ve tespitinde adil bir sonuç elde edilmesini sağlayabileceğini söylemek çok güçtür. Kusursuz sorumluluk ilkesinin kaçınılmazlık ile bertaraf edilmesi gibi bir sonuç herhalde kanun koyucunun amacı değildir.

O halde 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi gereği işverenin sorumluluğundan bahsedebilmek ve SS. Kurumunun rücu talebinde bulunabilmesi için işverenin kastının başka ifade ile kastın içinde yer alan kusurunun, ihmalinin veya mevzuata aykırı fiilinin olması gerekmektedir. İşveren yasada sorumluluk için konmuş bulunan unsurlardan hiç birinin kapsamında değilse bu takdirde, yasa metni gereği sorumlu olmayacak ve SS. Kurumu işverene rücu edeme-

yecektir. Bunun aksine bir düşünce ve uygulama yasaya aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, 5510 sayılı Yasa hükmü gereği, işverenin sorumlu tutulması için ne hakkaniyet sorumluluğu ne tehlike sorumluluğu ve ne de kusursuz sorumluluk esas kabul edilmiş değildir. Yasada olmayan bir kuralın uygulamada yer alması ve yargı kararlarına gerekçe yapılması yanlıştır, adil değildir. Adil olmayan kararların verildiği bir sistemin adı demokrasi değildir. Özellikle 19. yy. felsefesi bağlamında emek ve sermaye ilişkisinde güçlü karşısında güçsüzün korunması ilkesine dayanarak işverenin sorumlu olması gerektiği yargısına varmak adil ve objektif olmayacağı gibi, hukuk devleti mantığı ile de bağdaşmaz.

## SONUÇ

Sosyal Güvenlik Sistemi bir ülkenin Devlet yönetim modeli ile çok yakından ilgili olan bir kurum olarak ulusu meydana getiren bireylerin sosyal refahı ile orantılı düzenlenmiştir. Bu sistem sigortalıların risklere karşı koruma ve korunma yöntemlerini düzenleyen sistemdir.

T.C. Anayasası temel ilkeler babında Cumhuriyet ilkeleri olarak sosyal hukuk devletinden bahsettiğine göre, bu kavramın açıklamak istediği, ulusu meydana getiren bireylerin insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşam düzeylerinin öncelikle asgari düzeyde sağlanması ve ondan sonra da devletin kaynaklarının ulus için gerekli seviyeye çıkarılmasını mümkün kılmak olacaktır.

Bunu yaparken de emek-sermaye ilişkisinde sadece emeğin korunmasına yönelik önlemler alınmamalıdır. Sosyal güvenlik açısından Devletin kamu kurumları marifeti ile yüklendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde işverenlerin yasada düzenlenmemiş boyutlara varan ve sorumluluk adı altında yaptırımlara muhatap kılmak ülke ekonomisini olumsuz etkileyen en önemli unsur olacaktır. Bu bakımdan hakların ve borçların düzenlenmesinde, adil, eşitlikçi, yasalara uygun kuralların geçerli olmasını sağlamak birçok sorunun çözümlenmesinde en etkin yoldur. Yasanın 01.01.2007'de bu hal ile yürürlüğe girmemesinin en doğru yol olduğunu ve Türk halkının ihtiyaçlarına cevap verecek bir yasanın sadece IMF ve Dünya Bankası ve AB raporları doğrultusunda değil Türk bilim adam-

larının görüşlerinin alınması suretiyle elbirliği içinde yapılmasının doğru olduğunu söylemek gerekmiştir. Aksi halde gelecek nesillere layık oldukları düzeyde bir yasa bırakmak mümkün olmayacak ve tarih sayfaları acımasız eleştirilerle dolacaktır.

## DİPNOTLAR

- 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararları hakkındaki açıklamalar için bkz. Aslanköylü Resul, Kurumun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10 ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi cilt 6, 2002 sayı 4, s.203 vd.
- Aslanköylü R. a.g.m. s. 266 vd., kararlar hakkındaki eleştirileri.
- Bu konudaki görüşler için bkz. Araslı Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Ank. 2002, s. 495 vd.
- Güzel Ali-Okur Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 9. bası 2003, s. 242 vd.; Eren Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ank. 1974, s. 77 vd.; Sarper-Süzek: İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 312 vd.
- İşverene rücu için kusur sorumluluğunun arandığı ve kusur konusundaki doktrindeki tartışmalar ve görüşler için bkz. Güzel-Okur: a.g.e., s. 243 vd.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, İst. 1988, s. 670 vd.; Süzek S: a.g.e., s. 317 vd.; Şakar Müjdat: İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebepiyle Sosyal Sigortalının İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu, Sicil, MESS İş Hukuku Dergisi, Haziran 06, sayı 2 s. 132 vd.
- Araslı Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C I,2002, s. 8, 496 vd.
- ibid., s. 496.
- Bu konudaki incelemeler için ayrıca bakınız: Süzek Sarper: İş Hukuku, 2. bası İst. 2005, s. 314-341.; Şakar M: a.g.m., s. 132.
- Bu sorumluluklar bakımından bkz. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: a.g.e., s.670 vd.
- Güzel Ali-Okur Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 2003 İst., s. 242 vd.
- Yarg. 10. HD.'nin kararları için bkz. Tüba Mevzuat Bank 506 sayılı Yasa 26 ve 10. madde ile ilgili kararlar: Araslı U: a.g.e., s. 530 vd.; Ertürk Erhan: Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, C 1 Ank. 2001, s. 161 vd kararlar için bkz.
- Aslanköylü: a.g.m. s.254 vd.
- Yarg.10 HD.'nin kararları için bkz. Tüba Mevzuat Bank 506 sayılı Yasa 26. madde ile ilgili kararları.
- Bu konuda 506 sayılı yasa bağlamında verilmiş kararlar ve görüşler için ayrıca bkz. Araslı U: a.g.e. s. 512 vd.
- Aslanköylü R. a.g.m., s. 253 vd.
- Güzel-Okur: a.g.e., s. 247. Araslı U: a.g.e., s. 511.
- Eren Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, 1974, Ankara, s. 100 vd.
- ibid.
- ibid.: Keser Hakan: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısı ile Kurumun Yaptığı Harcamalarından Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık, Sicil, MESS İş Hukuku Dergisi, Haziran 06, sayı 2 s. 141 vd.
- ibid., s. 142 vd'daki açıklamalar ve atıf yapılan Yargıtay kararları.

Prof. Dr. H. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Sosyal Güvenlik Uygulamalarında Ölüm Sigortasından Bağlanan Aylıklar Açısından SSK, Bağ-Kur ve T.C. Emekli Sandığı Arasındaki Farklı Yaklaşım

31.5.2006 tarihinde kabul edilen 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu", uzun zamandır devam eden sosyal güvenlik reformu tartışmalarının sonucunda ortaya çıkmıştır.

Kanuna ilişkin genel gerekçede, sosyal güvenlik hizmetlerinin T.C. Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur tarafından yürütüldüğü, ayrıca bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, sanayi odaları, ticaret odaları, borsalar ve bunların teşkil ettikleri birliklerde çalışan personelin kendi kurdukları sandıkları yoluyla sosyal güvenlik haklarını sağladıkları ifade edilmektedir. Sosyal güvenlik alanında faaliyet gösteren çok sayıda kurum nedeniyle bu kurumlar kapsamında bulunan kişilerin hak ve yükümlülüklerinin farklılaştığı bir sosyal güvenlik sistemi olduğu ifade edilmektedir.

Bu dağınık yapının eşgüdüm sağlanmasını önlemesi, mevzuatın karmaşıklığı ve aşırı bürokratik işlemlerin, sosyal güvenlik kurumlarının etkin bir şekilde çalışmasını engellemesi gibi hususlar da genel gerekçede üzerinde durulan hususlardır<sup>1</sup>.

Hiç kuşkusuz, sosyal güvenlik sistemlerinde yer

alan uzun vadeli sigorta kolları arasında ölüm sigortasının çok önemli bir rolü vardır. Çünkü ölüm, her insan için kaçınılmaz bir son olmakla beraber, ne zaman, nerede ve hangi koşullarda gerçekleşeceği önceden tam olarak bilinmeyen bir risktir. Ölen sigortalıların geride kalan hak sahiplerine, belirli koşulların sağlanmış olması durumunda, sürekli bir gelir bağlanması, hem sigortalılar, hem hak sahipleri, hem de bütün toplum açısından çok önemli bir garantidir. Bu sayede ölen sigortalının geride kalan hak sahipleri, perişan olmadan, başkalarına muhtaç kalmadan yaşamlarını sürdürebileceklerdir. Elbette ölen sigortalının boşluğu doldurulamaz. Yaşarken ailesine sağladığı maddi olanaklar da aynen sürdürülemez. Ancak gene de geride kalanlara sürekli bir gelir bağlanması son derece önemli bir güvencedir. Zaten sosyal devletin en önemli unsurlarından birisi olan sosyal güvenlik sistemlerinin amacı, herhangi bir nedenle geliri veya kazancı kesilenlerin yaşam standartlarını aynen devam ettirmek değil, ancak onlara belirli ve sürekli bir geliri garanti etmektir<sup>2</sup>.

Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanun ortaya çıkınca-ya kadar, ülkemizde devlet memurlarının sosyal güvenliği T.C. Emekli Sandığı, işçilerin sosyal güvenliği SSK ve bağımsız çalışanların sosyal güvenliği de Bağ-Kur tarafından sağlanagelmıştır. Yani sosyal güvenlik sistemimizin yapılandırılmasında sosyal riskler esas alınmamış, çalışanların statüsüne göre bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu yapılanma içerisinde her üç sosyal sigorta kuruluşuna, kapsamda bulunanların yapmak zorunda oldukları katkılar arasında farklar olduğu gibi, sağlanan hizmetler ve haklar açısından da farklar oluşmuştur. Bu farklılıklardan bazıları sağlık hizmetleri bir tarafa bırakılacak olursa, aylık bağlama oranlarında, sigortalılık sürelerinde ve prim miktarlarındadır.

Ancak bu çalışmanın konusunu oluşturan farklılık, kanunlarda yer almayan, öngörülme-yen, sosyal güvenlik amacına uymayan ve eşitlik anlayışına ters düşen bir farklılıktır. Bu farklılık, bazı dul bayanlar hem ölen eşlerinden hem de ölen babalarından kendilerine aylık bağlatabilirken, bazı bayanların sadece ölen eşlerinden veya sadece ölen babalarından aylık bağlatabilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sorunun açıklanabilmesi açısından önce 506 sayılı Kanun'daki, daha sonra 1479 sayılı Kanun'daki ve en son 5434 sayılı Kanun'daki düzenlemeler açıklanmaya çalışılacak ve farklı uygulamaların kaynağı ortaya konmaya çalışılacaktır.

## 1- 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU'NA GÖRE ÖLÜM SİGORTASINDAN BAĞLANAN AYLIKLAR

506 sayılı Kanun'un 65. maddesine göre, ölen sigortalının eşine, çocuklarına, ana ve babasına aylık bağlanabilmektedir<sup>1</sup>.

Ölen sigortalının ana ve babasına aylık bağlanabilmesi, ancak sigortalının ölüm tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı olursa söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, sigortalıya ait aylıktan artan miktar, eşit hisseler halinde, sosyal güvenlik kuruluşlarına tâbi olarak çalışmayan veya 2022 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan yani sosyal güvenlik kuruluşlarından her ne ad altında olursa olsun gelir ve

aylık almayan ana ve babasına aylık olarak verilir<sup>2</sup>. Ancak bunların her birinin hissesi, sigortalıya ait aylığın % 25'ini geçemez (Md. 69).

### 1. Eş ve Çocuklara Aylık Bağlanması

506 sayılı Kanun'un 68. maddesine göre, 67. madde esasları uyarınca ölen sigortalının aylığı tespit edilecek, tespit edilen aylığın % 50'si oranında dul eşe aylık bağlanacak. Aylık alan çocuk bulunmaması halinde ise dul eşe % 75 oranında aylık bağlanacaktır.

Çocuklara aylık bağlanabilmesi için ise, çocukların 18 yaşını, ortaöğrenim yapmaları halinde 20 yaşını, yükseköğrenim yapmaları halinde 25 yaşını doldurmamış olmaları veya çalışmayacak durumda malûl bulunmaları, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak veya diğer Emekli Sandıklarına tabi olarak çalışmaları nedeniyle buralardan gelir veya aylık almıyor olmaları gerekmektedir.

Kız ve erkek çocukların hepsi için geçerli olan bu düzenlemeden sonra, 68-I C/a maddesinin devamında, kız çocukların durumu ayrıca da düzenlenmiştir. Buna göre yaşları ne olursa olsun evlenmeyen, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışmayan, buralardan gelir veya aylık almayan kız çocuklara ölen sigortalıdan aylık bağlanabilecektir. Kendisine aylık bağlanabilecek çocukların her birine % 25 oranında aylık bağlanabilecektir.

Bazı özel durumlarda, daha fazla korunmaya muhtaç çocukların durumu dikkate alınarak bu çocuklar için aylık bağlama oranları % 25 değil, % 50 olarak öngörülmüştür. 68-I C/b maddesine göre, sigortalının ölümü ile anasız ve babasız kalan veya sonradan bu duruma düşenlerle ana ve babaları arasında evlilik bağlantısı bulunmayan yahut sigortalı babanın ölümü tarihinde, evlilik bağlantısı bulunmakla beraber anaları sonradan evlenen çocukların her birine % 50 oranında aylık bağlanacaktır.

Aylık bağlanabilecek durumda ikiden fazla çocuk ve bir dul eş bulunması durumunda hak sahiplerinin aylık bağlama oranları toplandığında % 100 oranının aşılacağı kuşkusuzdur. Oysa 68. madde-deki düzenleme, hak sahibi eş ve çocuklara bağlanacak aylıkların toplamının sigortalıya ait aylık tutarını geçemeyeceğini öngörmektedir. Bu durumda

% 100 oranının aşılmasını için, gerekirse hak sahibi kimselerin aylıklarından orantılı olarak indirim yapılacaktır.

506 sayılı Kanun'daki düzenlemelere göre dul eşe aylık bağlanmasında geride sağ kalan eşin erkek veya kadın olması bir farklılık yaratmamaktadır. Ayrıca herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşu kapsamında yani SSK, Bağ-Kur veya T.C. Emekli Sandığı'na tâbi olarak çalışıyor olması veya burarlardan kendisine, kendi çalışması sonucunda emeklilik aylığı bağlanmış olması da ölen eşinden kendisine aylık bağlanmasına engel değildir. Sadece ölen sigortalının aylığa müstahak çocukları bulunup bulunmaması, geride kalan dul eşin aylık bağlanma oranını etkileyecektir. Aylığa müstahak çocuk yoksa, geride kalan dul eşin aylık bağlanma oranı % 75 olacak, aksi halde % 50 veya çocuk sayısına göre daha da düşük bir oran olacaktır<sup>7</sup>.

Kız çocuklara aylık bağlanmasında ise, 18 yaşını doldurmamış olmak, ortaöğrenim yapıyorsa 20 yaşını, yükseköğrenim yapıyorlarsa 25 yaşını doldurmamış olmak gerekmektedir. Bu yaşları doldurmuş olan kız çocukların çalışmayacak derecede malû olmaları halinde ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almamaları halinde yani çalışmalarını nedeniyle bir ücret gelirleri olmaması veya emekli aylığı almamaları durumunda ölen sigortalı ana veya babalarından kendilerine aylık bağlanabilecektir.

Erkek çocuklardan farklı olarak kız çocuklara, çalışmayacak derecede malû bulunmasalar bile, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışıyorlarsa, burarlardan gelir ve aylık almıyorlarsa, evli olmamaları, evli olmakla beraber sonradan boşanmaları veya dul kalmaları halinde, ölen sigortalı ana veya babalarından gene aylık bağlanacaktır. Elbette evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kimseye sadece bu aylıklardan fazla olanı ödenecektir. Hem ölen sigortalı ana-babadan, hem de ölen sigortalı kocadan iki yerden birden aylık bağlanması söz konusu olmayacaktır<sup>8</sup>.

Sigortalı olan ana ve babalarının ölümünde her ikisinden de gelir veya aylık bağlanmasına hak kazanan çocuklara, ana ve babadan bağlanan gelir ve aylıklardan, önce 506 sayılı Kanun'un 92. maddesi dikkate alınarak yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır.

## 2. Dul Eşe ve Kız Çocuklara Bağlanan Aylıkların Kesilmesi

Ölen sigortalının dul eşi evlenirse ölen eşinden bağlanmış olan aylığı kesilecektir. Aylığın kesilmesine yol açan evlenme herhangi bir nedenle son bulursa, bu evlenme nedeniyle kesilmiş olan, ölen önceki eşinden bağlanan aylık, yeniden bağlanacaktır. Dul eş sonraki eşinden de aylık bağlanmasına hak kazanabiliyorsa, kendisine bu aylıklardan fazla olanı ödenecektir.

Ölen sigortalının kız çocuklarına bağlanmış olan aylıklar, kız çocukların Sosyal Sigortaya (506 sayılı Kanun hükümleri kapsamında), Emekli Sandıklarına tabi işlerde çalışmaya başlamaları halinde veya evlenmeleri halinde kesilir.

Kız çocuklar Sosyal Sigortaya veya Emekli Sandıklarına tabi olarak çalışmaya başladıkları işten ayrılırlarsa ve kendilerine emeklilik aylığı bağlanması mümkün olamıyorsa, ölen sigortalıdan bağlanmış olan aylıkları yeniden bağlanır. Ancak kendi çalışmalarından ötürü emeklilik aylığına hak kazanabiliyorlarsa sadece onu alırlar ve ölen sigortalıdan bağlanmış olan aylıkları yeniden bağlanmaz. Kendi çalışmalarından ötürü değil de evlenmelerinden ötürü aylıkları kesilmişse, evliliğin son bulması halinde ölen sigortalı ana veya babalarından hak kazandıkları aylık yeniden bağlanır. Ancak evliliğinin son bulması ile kız çocuk kocasından da aylık almaya hak kazanabiliyorsa kendisine bu aylıklardan yüksek olanı bağlanır. Yani kız çocuğa hem kocasından hem de ana veya babasından ayrı ayrı aylık bağlanamayacaktır<sup>9</sup>.

## II- 1479 SAYILI BAĞ-KUR KANUNU'NA GÖRE ÖLÜM SİGORTASINDAN BAĞLANAN AYLIKLAR

1479 sayılı Kanun'un ölüm sigortası ile ilgili hükümleri gözden geçirildiğinde, 506 sayılı Kanun hükümleriyle büyük bir paralellik söz konusu olduğu görülmektedir. 1479 sayılı Bağ-Kur Kanun'unda da ölüm sigortasından sağlanan en temel yardım, eşe, çocuklara, ana ve babaya aylık bağlanmasıdır.

Bağ-Kur sigorta uygulamalarında da ana ve babaya aylık bağlanabilmesi aynen 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi eş ve çocuklara yapılması gereken tah-

sisler toplamının, sigortalıya ait tahsisten daha düşük olması halinde mümkündür<sup>6</sup>. Aksi halde ana-babaya aylık bağlanması söz konusu olmayacaktır.

### 1. Eş ve Çocuklara Aylık Bağlanması

1479 sayılı Kanun'un 45. maddesi hükümlerine göre, 42. madde uyarınca saptanacak aylığın, dul eş için % 50'si, aylık alan çocuğu bulunmayanların dul eşine % 75'i aylık şeklinde verilecektir.

Görüldüğü gibi Bağ-Kur sigortalılarının dul eşlerine aylık bağlanabilmesi için çalışmıyor olmaları veya kendilerine ait gelirleri olmaması gibi herhangi bir koşul öngörülmemektedir. Geride kalan eş, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan birisi olabileceği gibi, Bağ-Kur, SSK veya T.C. Emekli Sandığı kapsamında sigortalı olarak çalışan veya emekliye ayrılarak burarlardan emekli aylığı alan birisi olabilir. Her durumda kendisine dul aylığı bağlanacak, ancak ölen sigortalıdan aylık bağlanabilecek çocuk bulunup bulunmamasına göre dul eşin aylık bağlama oranı değişecektir<sup>7</sup>.

Kız çocuklara aylık bağlanması ile ilgili koşullar ise gene 506 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin hemen hemen aynıdır. Bağ-Kur Kanunu hükümleri uyarınca da, eğitimlerini sürdürmekte olan çocuklara eğitim düzeylerine göre belli yaşları dolduruncaya kadar aylık bağlanacak ve ödenecektir. Kız ve erkek çocuklar 18 yaşlarını, ortaöğrenim yapıyorlarsa 20 yaşlarını, yükseköğrenim yapıyorlarsa 25 yaşlarını dolduruncaya kadar ölen sigortalı ana veya babalarından aylık alabileceklerdir. Bu yaşların doldurulması halinde, Bağ-Kur, SSK ve T.C. Emekli Sandığı kapsamında çalışmayan, bu kanunlar kapsamında çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan ve çalışmayacak derecede malül olan çocuklara gene aylık bağlanacak veya daha önce bağlanmış aylıkların ödenmesine devam edilecektir. Kız ve erkek çocukların hepsi için geçerli olan bu düzenlemelerden sonra kız çocukların evlilik durumları dikkate alınarak 506 sayılı Kanun hükümlerine paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

Buna göre yaşları ne olursa olsun, evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuklarına Bağ-Kur, SSK veya T. C. Emekli Sandığı kapsamında (sosyal güvenlik kanunları kapsamında sigortalı olarak çalışmama) çalışmıyorlarsa veya sosyal güvenlik kanunları kapsamındaki çalışmalarından ötürü gelir veya aylık

almıyorlarsa (emeklilik aylığı), sigortalıya ait aylığın % 25'i oranında aylık bağlanır.

Bu durumda, kız çocuklar belli eğitim düzeyleri itibarıyla belli yaşları doldurdularında evlenmişler ve evlilikleri devam etmekteyse ölen sigortalı ana veya babalarından kendilerine aylık bağlanamayacaktır.

Evli olmayan, evlenip de boşanan veya dul kalan kız çocuklara aylık bağlanıp bağlanmamasından ise bunların sigortalı olarak gelir getiren bir işte çalışıp çalışmadıklarına veya sigortalı çalışmalarını sonunda kendilerine bir emeklilik aylığı bağlanıp bağlanmadığına bakılacaktır. Çalışmaları nedeniyle kendilerine ait gelirleri olan veya emekli oldukları için kendilerine emekli aylığı bağlanan kız çocuklara ölen Bağ-Kur sigortalısı ana veya babadan aylık bağlanamayacaktır.

Yukarıda değinilen esastın uygulanmasında, kız çocukların SSK-Bağ-Kur sigortalısı olarak veya T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olarak çalışmalarını hiçbir fark yaratmayacağı gibi zorunlu veya isteğe bağlı sigortalı olmaları sonucu emekli aylığı bağlanması da fark yaratmayacaktır.

### 2. Dul Eşe ve Kız Çocuklara Bağlanan Aylıkların Kesilmesi

Sigortalının dul eşi evlendiği takdirde ölen eşinden bağlanmış olan aylık kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan evlenme son bulunca aylık yeniden bağlanır. Sonraki eşinden de aylık almaya hak kazanan dul eşe bu aylıklardan fazla olanı ödenir (Md. 46/D).

Dul eşin aylığının kesilmesine neden olan evlilik ölüm veya boşanma gibi bir nedenle sonra ercek olursa kesilen eski aylık yeniden bağlanabilir. Ancak dul eşe sonraki eşinden de aylık bağlanabiliyorsa yüksek olan aylık bağlanacaktır. Amaç geride kalanın lehine olan uygulamayı yapmaktır.

Kısaca belirtmek gerekirse, dul eşin almakta olduğu aylığın kesilmesi yeniden evlenmesi halinde söz konusu olur. Bunun dışında çalışıyor olması veya emekli aylığı alıyor olması ölen eşinden bağlanan aylığı etkilemez.

Sigortalının kız çocuklarına bağlanan aylıklar ise kız çocuklar evlendikleri takdirde veya Bağ-Kur-SSK veya T.C. Emekli Sandığı kapsamında çalışmaya başladıkları zaman kesilir<sup>8</sup>. Aylığın kesilmesine yol açan nedenler ortadan kalkarsa kesilmiş olan aylıklar yeniden bağlanır. Örnek vermek gerekirse, kız çocuk



boşanır veya eşini kaybederse evlendiği zaman kesilmiş olan aylığı yeniden bağlanır. Böyle bir durumda kız çocuğa eşinden aylık bağlanmıyor olması veya eşinden bağlanabilecek aylığın ana veya babasından bağlanan aylıktan düşük olması gerekir. Bazen de kız çocukların aylıkları evlilik yapmasalar bile sosyal güvenlik kanunları kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları nedeniyle kesilmiş olabilir. Kısa bir çalışma süresi sonunda, yani emekli aylığı bağlanmasına yetecek bir süre geçmeden kız çocuklar işten ayrılacak olurlarsa kesilmiş olan aylıklar yeniden bağlanacaktır. Kendi sigortalı çalışmalarından ötürü emeklilik aylığı bağlananlara ana-babadan ölüm aylığı bağlanamaz<sup>11</sup>.

Evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklara bu aylıklardan fazla olanı ödenecektir.

Kısaacısı Bağ-Kur uygulamasında da SSK uygulamasında olduğu gibi kız çocuklara hem ana veya babasından hem de ölen eşten olmak üzere iki ayrı aylık bağlanması söz konusu değildir.

### III- 5434 SAYILI T.C. EMEKLİ SANDIĞI KANUNU'NA GÖRE ÖLÜM SİGORTASINDAN BAĞLANAN AYLIKLAR

Bilindiği gibi 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, ülkemizdeki sosyal güvenlik daha doğrusu sosyal sigorta kuruluşlarının en eski olanını düzenlemektedir. 5434 sayılı Kanun çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu nedenle ölüm aylıklarının hak sahiplerine bağlanmasında ve kesilmesinde daha ayrıntılı düzenlemeler söz konusudur.

5434 sayılı Kanun'un 67. maddesinde dul ve yetim aylığı bağlanacakların karı, koca, çocuklar ile anne ve baba olduğu belirlenmiştir. 506 sayılı Kanun uygulamasında ve 1479 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, ana ve babaya, ölen istirakçilerden (sigortalılardan) aylık bağlanabilmesi, T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre de ancak dul eşe ve çocuklara bağlanacak aylıklar toplamı, ölen istirakçinin kendisine bağlanan veya bağlanabilecek aylığından düşükse mümkün olabilmektedir.

#### 1. Eş ve Çocuklara Aylık Bağlanması

5434 sayılı Kanun'un 67. maddesine göre karı

veya koca "dul", çocuklar ise "yetim" olarak tanımlanmaktadır.

SSK ve Bağ-Kur uygulamalarından farklı olarak, ölen T.C. Emekli Sandığı istirakçisinin fiili hizmet süresinin (sigortalılık süresi) uzunluğu, eş ve çocuklara aylık bağlanabilmesi açısından bazı farklılıklar yaratmaktadır.

Emekli iken yani emekli aylığı almaktayken vefat eden istirakçilerin geride kalan dul ve yetimleriyle görevde iken vefat eden ve hizmet süresi 10 yıl ve daha fazla olan istirakçilerin eşine, Kanunda belirtilen hallerde çocuklarına, anne ve babalarına aylık bağlanmaktadır.

Fiili hizmet süresi 5 yılı doldurduktan sonra ancak 10 yılı doldurmadan vefat eden istirakçilerin 18 yaşını, ortaöğretimde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapmakta ise 25 yaşını doldurmamış çocuklarına 15 yıl hizmet süresi üzerinden (ölen istirakçilerin 15 yıl fiili hizmet süreleri var kabul edilerek), bu yaşları gecmemek üzere yetim aylığı bağlanmaktadır.

Ayrıca fiili hizmet süresi 5 yılı doldurduktan sonra vefat eden istirakçinin vefat tarihinde malül ve muhtaç olan eşlerine de dul aylığı bağlanmaktadır.

Görüldüğü gibi ölen istirakçinin fiili hizmet süresi 5 yılı doldurmuş ancak 10 yılı doldurmamışsa, dul eşe ancak malül ve muhtaç ise aylık bağlanmakta aksi takdirde bağlanamamaktadır.

Dul eşe aylık bağlanabilen hallerde, SSK ve Bağ-Kur uygulamalarından farklı olarak, dul eşin T.C. Emekli Sandığı istirakçisi olup olmaması yani devlet memuru olarak çalışıp çalışmaması veya sandıktan emekli, adı malüllük, vazife malüllüğü aylığı alıyor olup olmaması önem taşımaktadır.

Dul eş Sandığa tabi olarak çalışıyor veya emekli aylığı-malüllük aylığı alıyorsa, aylığa müstehak çocuk olmasa bile dul eşin hissesi % 50'den fazla olamayacaktır<sup>12</sup>. Oysa dul eşin T.C. Emekli Sandığı istirakçisi olmak yerine SSK veya Bağ-Kur sigortalısı olarak çalışması veya bu kurumlardan emekli aylığı alması durumunda, bu hususlar dikkate alınmamakta, aylık bağlama oranının tespitinde sadece aylığa müstehak çocuk bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Bu durum elbette eşitliğe aykırıdır.

Kız çocuklara aylık bağlanması, erkek çocuklarla beraber eğitim durumlarına göre aylık bağlanması halleri dışında, 75. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre;

- Kendisinden aylık bağlanacakların ölümü halinde bu tarihte evli bulunmayan kız çocuklarına aylık bağlanır.

- Aylık bağlanan kız çocuklardan evlenme nedeniyle aylığı kesilmiş olanlardan, sonradan boşanan veya dul kalanların da eski aylıkları bağlanarak ödenir.

- Kendisinden aylık bağlanacakların ölüm tarihinde evli olmaları nedeniyle aylık bağlanmamış kız çocuklarından bilahare yani ölüm tarihinden sonra boşanan veya dul kalanlara ise bu tarihleri izleyen ay başından itibaren aylık bağlanır. Bu takdirde evvelce 68. madde hükümleri uyarınca, ölüm tarihinde, aylığa müstehak dul ve yetimlere bağlanmış olan aylıklarda eğer gerekiyorsa yeni aylık bağlanan kız çocuk da dikkate alınarak düzeltme yapılır. Yani aylık bağlanma oranlarında % 100 oranının aşılamaması için indirimde gidilir.

Kız çocuklarına aylık bağlanabilmesi için ölüm tarihinde evli bulunmamanın yeterli değildir. Bunun dışında emeklilikle ilgili bir görevde çalışıyor olmamaları (T.C. Emekli Sandığı'na tâbi olarak çalışıyor olmamaları), 5434 sayılı Kanun'la tanınan hakların düşmemiş olması ve 77. maddede sayılan durumların meydana gelmemiş olması gerekmektedir<sup>17</sup>.

Dikkat edilecek olursa kız çocukların Bağ-Kur sigortalısı veya SSK sigortalısı olarak çalışmaları veya bu kurumlardan emekli aylığı alıyor olmaları, kendilerine T.C. Emekli Sandığı iştirakçisiyken vefat eden ana veya babalarından aylık bağlanmasına engel olmamaktadır. Oysa kız çocuk T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olarak çalışıyorsa kendisine aylık bağlanmayacak, aylık bağlandıktan sonra Sandığa tabi olarak çalışmaya başlarsa aylığı kesilecektir. Elbette bu da eşitliğe aykırı bir durumdur.

5434 sayılı Kanun'un 68. maddesine göre, ölen T.C. Emekli Sandığı iştirakçisinin bağlanmış veya hesaplanacak emekli, adi malüllük veya vazife malüllüğü aylıklarının dul eş için % 50'si, çocuklarla ana veya babanın her biri için % 25'i oranında bağlanır<sup>18</sup>.

Ölen iştirakçinin aylığa müstehak bir dul karı veya kocası ile bir yetimi olması halinde, dul karı veya kocaya % 60, yetime % 30 oranında aylık bağlanacaktır.

Ölen iştirakçinin önceki eşinden olan çocukları ile hem anadan hem babadan yetim olan veya af kanunlarına göre tescil edilmiş bulunan çocuklarına % 30 oranında aylık bağlanır. Sonradan hem anadan

hem babadan yetim duruma giren çocukların aylıkları da % 30 oranı uygulanmak suretiyle yükseltilir.

Görüldüğü gibi 506 sayılı Kanun'dakine benzer düzenlemeyle hem ana, hem de babalarını kaybeden yetimlere daha fazla korunmaları gereği düşünülerek normalde % 25 olan aylık bağlama oranı % 30 olarak uygulanmaktadır. Hatırlanacak olursa, 506 sayılı Kanun uygulamasında benzer durumdaki çocukların aylık bağlanma oranları % 50'ye yükseltilmekteydi.

Daha önce de değinildiği gibi, dul eş T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olarak çalışmaktaysa veya emekli aylığı, adi malüllük aylığı, vazife malüllüğü aylığı almaktaysa, yani kendi çalışması nedeniyle geliri varsa, aylığa müstehak çocuk olmasa bile dul eşin aylık bağlama oranı % 50 olacaktır.

Değinilen esaslara göre, bağlanacak dul ve yetim aylıkları toplamı, bunlara esas tutulan, emekli, adi malüllük veya vazife malüllüğü aylıklarından fazla olursa, fazlalık, dul ve yetim aylıklarından orantılı olarak indirilecektir.

Ölen iştirakçi geride dul karı veya koca bırakmazsa veya bıraktığı koca aylığa müstehak değilse, bunların payı çocuklarla, ana babanın aylıklarına eşitlikle eklenir. Ancak, bu aylıkların toplamı, yapılan eklemelerden sonra, bağlamaya esas tutulan aylığın yetim bir kişi ise % 50'sini, iki kişi ise % 80'ini, üç kişi ise % 100'ünü geçemez.

Dul ve yetimlerin aylık oranlarının yükseltilmesini gerektiren durumların doğması, sonradan veya yeniden aylık ödenmesine hak kazanılması veya hut ödenmekte olan aylıkların kesilmesi hallerinde, ödenecek aylıklar yeniden hesaplanır<sup>19</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında dul ve yetimlere ait aylık bağlama oranları şu şekilde örnekle açıklanabilir:

Dul eşin aylık bağlama oranı % 75

Çalışan ya da emekli aylığı alan eşin aylık bağlama oranı % 50

Dul eş ve bir yetim varsa eşe % 60, yetime % 30

Dul eş ve iki yetim varsa eşe % 50, yetimlere % 25, % 25

Tek yetim varsa aylık bağlama oranı % 50

İki yetim varsa aylık bağlama oranları % 50, % 50

## 2. Dul Eşe ve Kız Çocuklara Bağlanan Aylıkların Kesilmesi

Kendilerine bağlanmış olan dul ve yetim aylık-

larını almakta olan eş ve kız çocukların aylıkları 5434 sayılı Kanun'un 93. maddesi uyarınca, evlenmeleri halinde kesilecektir<sup>17</sup>.

Kanun'un 92. maddesi uyarınca vatandaşlıktan çıkartılma durumunda dul kadına ve kız çocuklarına bağlanmış olan aylıkları, bunun doğal bir sonucu olarak kesilecektir.

Dul ve yetim aylığı almaktayken emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye giren dul kadın ve çocuklar, vazifelerinden dolayı vazife malûllüğü aylığına hak kazanırlarsa dul ve yetim aylıkları kesilir. Vazife malûllüğü aylığı bağlanır. Ancak vazife malûllükleri durumu ortadan kalkarsa, sözgelimi sağlık durumları düzelirse, vazife malûllüğü aylığı kesilir. Eski dul ve yetim aylıkları yeniden bağlanır (Md. 95).

Yetim aylığı almaktayken, emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin olarak iştirakçi durumuna giren kız çocuklara kendi çalışmalardan ötürü emekli aylığı bağlanma hakkı doğarsa doğal olarak bu emekli aylığının bağlanması gerekir. Ancak miktar olarak eskiden kendilerine bağlanmış olan yetim aylıkları daha yüksek olabilir. Bu durumda ilgililere tercih hakkı tanınmıştır. İsterlerse bir ay içinde Sandığa müracaat ederek kendi üzerlerinden bağlanabilecek emekli aylığı yerine kız çocuklara ana-babalarından bağlanacak yetim aylığını, dul kadın da dul aylığını tercih edebilir. İki cihetten birden aylık alamazlar<sup>18</sup> (Md. 96). Dul aylığı almaktayken T.C. Emekli Sandığı kapsamında çalışmaya başlaması halinde, kız çocuğun durumundan farklı olarak dul kadının dul aylığı kesilmeyecektir. Hem görev aylığını hem de dul aylığını alabilecektir<sup>19</sup>.

#### IV- 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NA GÖRE ÖLÜM SİGORTASINDAN BAĞLANACAK AYLIKLAR

16.6.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanun'un "Ölüm Aylığının Hak Sahiplerine Paylaştırılması" başlıklı 34. maddesi, "Aylık ve Gelirlerin Birleşmesi" başlıklı 54. maddesi, "Gelir ve Aylık Bağlanamayacak Haller" başlıklı 56. maddesi yeni düzenlemeler öngörmektedir<sup>20</sup>. Bu yeni düzenlemeler incelendiğinde, iki yönden,

haksızlıkların giderilmesine çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki ölüm aylığına hak kazanmada farklı olan prim sürelerinin eşitlenmesidir. İkinci önemli gelişme ise, SSK ve Bağ-Kur uygulamalarında, hem ana-babadan hem de eşten iki cihetten ayrı ayrı aylık bağlanmasının önüne geçilebilmesi için diğer sosyal güvenlik kurumları kapsamında çalışıp çalışılmadığı ve buralardan emekli aylığı veya geliri bağlanıp bağlanmadığı araştırılırken, T.C. Emekli Sandığı uygulamalarında, ilgililerin SSK veya Bağ-Kur kapsamında çalışıp çalışmamasının, buralardan emekli aylığı-geliri alıp almamalarının dikkate alınmaması nedeniyle hem eşten hem de ana-babadan aylık bağlanması uygulamalarına son verme çabasıdır.

### 1. Ölüm Aylığına Hak Kazanmada Gerekli Olan Sigorta Prim Ödeme Sürelerinin Eşitlenmesi

Bugün için her üç sosyal güvenlik kurumunda ölüm aylığına hak kazanma açısından farklı olan koşullar kısaca şöyle özetlenebilir.

#### SSK Uygulamalarında

SSK sigortalısı çalışırken vefat ederse, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için en az beş yıldan beri sigortalı olması ve sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak en az 180 gün veya toplam olarak en az 1800 gün prim ödenmesi gerekmektedir.

#### Bağ-Kur Uygulamalarında

Beş tam yıl prim ödeme süresi gerçekleşmişse hak sahiplerine dul ve yetim aylığı bağlanabilmektedir.

#### T.C. Emekli Sandığı Uygulamalarında

İştirakçinin vefatında hak sahiplerine aylık bağlanması için 10 yıl ve daha fazla süre prim ödenmiş olması gerekmektedir. 10 yıldan az ancak 5 yıldan fazla prim ödenmişse, geride kalan eşin bakıma muhtaç olması halinde eşe aylık bağlanmakta, çocuklara da eğitim sürelerinin devamınca aylık bağlanmaktadır. Bu durumda T.C. Emekli Sandığı kapsamında daha uzun prim ödeme süresi arandığından, çok sayıda dul ve yetime aylık bağlanmakta ve bunlar mağdur olmaktadır. Ancak yeni Kanun beş yıldan beri sigortalı olup toplam 900 gün malûllük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi bildirilmiş sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmasını öngörmektedir<sup>21</sup>.

## 2. Hem Ana-Babadan Hem Eşten Aylık Bağlanmasının Önlenmesi

5510 sayılı Kanun 34. maddesi hak sahiplerinin aylık bağlanma oranlarını düzenlemektedir. Dul eşe % 50 oranında aylık bağlanacak, aylığa müstehak çocuk yoksa, 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışma durumu veya bundan ötürü emeklilik aylığı bağlanmış olması durumu yoksa, bu oran % 75'e yükseltilecektir.

Kız çocuklara aylık bağlanması için ise, 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmamak veya kendi çalışmalarını nedeniyle buralardan gelir veya aylık bağlanmamış olmak gereklidir. Kız çocuğun kendine ait geliri varsa aylık bağlanamayacaktır. Bu durumdaki kendine ait geliri olmayan kız çocuklara evli değilse, boşanmış veya dul kalmışlarsa aylık bağlanacaktır (Md. 34/b).

5510 sayılı Kanun'un 54/a-5. maddesinde ise kız çocuklara hem eşinden, hem de ana-babasından ölüm aylığına hak kazanması halinde bunlardan sadece tercih ettiği aylığın ödeneceği ve iki ayrı aylık ödenmeyeceği hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkla ifade edilmektedir.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde, dul ve yetim aylığı bağlanmasında haksız sayılabilecek uygulamalardan en başta geleni, "bazı kız çocuklar hem ölen eşlerinden hem ölen ana-babalarından kendilerine aylık bağlanabilirlerken, bazı kız çocuklara sadece eşlerinden aylık bağlanabilmesi ana-babalarından aylık bağlanamaması" şeklinde görülmektedir.

Çalışmada ayrıntılı olarak değinildiği şekilde, ne SSK, ne Bağ-Kur, ne de T.C. Emekli Sandığı uygulamalarında, sadece kendi kapsamlarındaki sigortalılar söz konusu olduğunda hem ana-babadan hem de eşten iyi ayrı aylık bağlanması söz konusu değildir. Tam tersine bunun mümkün olamayacağı ilgili maddelerde her üç sosyal güvenlik kurumu için de ifade edilmiştir. Ayrıca kız çocukların çalışıyor veya çalışmalarından ötürü emekli aylığı alıyor olmaları durumunda, ölen ana-babaları da aynı sosyal güvenlik kurumu kapsamındaysa, kız çocuklara onlardan aylık bağlanması mümkün değildir. Bu da çok doğaldır. Çünkü sosyal güvenliğin amacı, korumasız kalan kız çocuklara sabit bir sü-

rekli gelir güvencesi sağlamaktır. Yoksa onları refah içinde yaşatmak değildir.

Kız çocukların hem eşleri hem de ana-babaları aynı sosyal güvenlik kurumu kapsamında iseler, yani her ikisi de Bağ-Kur, her ikisi de SSK veya her ikisi de T.C. Emekli Sandığı kapsamında iseler, kız çocuklara hem ana-babadan hem de eşten aylık bağlanmamaktadır. Bu durumda hiçbir sosyal güvenlik kuruluşunun amacının, kız çocuklara çift aylık bağlamak olmadığı açıktır. 5510 sayılı Kanun'daki düzenlemeler de bu yöndedir. Öyleyse uygulamadaki haksızlık nereden kaynaklanmaktadır?

Haksız uygulamaların kaynağı Bağ-Kur, SSK ve T.C. Emekli Sandığı arasında yeterli iletişimin olmayışıdır. Daha doğrusu kız çocuklara yetim aylığı bağlanmasında, Bağ-Kur ve SSK yetim aylığı bağlanması talebinde bulunan kız çocuğun durumunu değerlendirirken, bu kişinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir veya aylık alıp almadığını incelemektedirler. Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir veya aylık alan kız çocuklara yetim aylığı bağlanmamaktadır. Esasen bu durum 4956 ve 4958 sayılı Kanunlar ile 1479 ve 506 sayılı Kanunlarda yapılan değişiklikler sonucunda açıkça hükme bağlanmıştır.

T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda ise, yetim aylığı talebinde bulunan kız çocukların Bağ-Kur veya SSK ile ilişkileri olup olmadığının, buralardan gelir veya aylık alıp almadıklarının incelenmesini ve alıyorsa Emekli Sandığından yetim aylığı bağlanamayacağını öngören bir düzenleme yoktur. Ancak Bağ-Kur ve SSK'dan farklı olarak çift aylık ödenmesi durumunu yaratabileceklerine ilişkin bir düzenleme de yoktur. Sadece kanundaki boşluktan söz edilebilir.

T.C. Emekli Sandığı en eski ve tecrübeli sosyal güvenlik-sosyal sigorta kuruluşudur. Personelinin tecrübe ve liyakati tartışılmaz. Eski bir kanun olması nedeniyle kadınların çalışma hayatına bugünkü kadar yoğun girmediği bir dönemin anlayışıyla hazırlanmıştır. Ancak kanundaki boşluk, aşağıdaki değineceğimiz düşündürücü ve çarpıcı haksızlık örneklerini ortaya çıkarmaktadır.

*Dul Kadının Hem Eşi Hem Ana-Babası Aynı Sosyal Güvenlik Kuruluşu Kapsamındayken Vefat Etmişlerse:*

Dul kadına hem dul, hem de yetim aylığının ödenmesi söz konusu olmayacaktır. İlgili kişi bunlardan sadece tercih ettiği aylığı bağlanabilecektir.

*Dul Kadının Kocasını T.C. Emekli Sandığı İştirak-*

*çisi İken Vefat Etmiş, Baba Bağ-Kur veya SSK Sigortalısı İken Vefat Etmişse:*

Dul kadına eşinden dolayı T.C. Emekli Sandığı dul aylığı bağlamışsa, babasından yetim aylığı almak için başvuran kadının durumu Bağ-Kur veya SSK tarafından incelenmekte ve T.C. Emekli Sandığından dul aylığı aldığı için yetim aylığı bağlanmamaktadır<sup>25</sup>.

*Dul Kadının Babası T.C. Emekli Sandığı İştirakçisi İken Vefat Etmiş, Kocasını Bağ-Kur veya SSK Sigortalısı İken Vefat Etmişse:*

Dul kadına eşinden dolayı Bağ-Kur veya SSK'dan dul aylığı bağlanmış olacaktır. Babasından yetim aylığı bağlanması talebiyle T.C. Emekli Sandığı'na başvurduğunda, 5434 sayılı Kanun'daki boşluk nedeniyle, kadının dul olması, babasından aylık bağlanması için yeterli görünmekte, kadının Bağ-Kur veya SSK'dan herhangi bir gelir veya aylık alıp almadığı araştırılmadan babadan da yetim aylığı bağlanmaktadır. Ancak dul kadın kendisi de T.C. Emekli Sandığı kapsamında çalışıyor veya T.C. Emekli Sandığından emekli aylığı alıyorsa, babasından yetim aylığı bağlanamayacaktır.

Görüldüğü gibi çok çeşitli haksızlıklar olabilmektedir. İki kız kardeşten birisinin eşinin SSK, diğeri'nin eşinin ise T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olduğu düşünülürse, babalarının da T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olduğu varsayılacak olursa, eşi ve babası T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olan kız kardeşe sadece tek bir aylık bağlanacak oysa kız kardeşine hem SSK sigortalısı eşinden dul aylığı, hem de T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi babadan yetim aylığı bağlanacaktır.

Bu haksız ve eşitlikten uzak sosyal güvenlik uygulamasının açıklaması olamaz. Çünkü insanlar eşlerinin-babalarının ve hatta çocuklarının hangi sosyal güvenlik kapsamına gireceğini kararlaştırabilecek, bu konuda tercihte bulunabilecek bir durumda değildir-

ler. Haksız uygulamalar sonunda sosyal güvenliğin yönetimde birlik ilkesi gerçekleşmemekte, gelirin yeniden dağılımı adaletsiz yapılmakta ve finansman açıkları büyümektedir. Anayasanın eşitlik ilkesi zedelenmektedir. Kısacası bu örneklerin savunulacak yönü yoktur.

Bağ-Kur ve SSK'nın uyguladığı kontrol sisteminin T.C. Emekli Sandığı tarafından uygulanamayacağı ileri sürülemez. Personel ve teknik donanım açısından onlardan geri değildir. Sorunun şimdiye kadar bir Kanun değişikliği hatta bir genelge ile bile çözülmesi mümkünken bunun yapılamaması olmasa üzücü ve düşündürücüdür.

Ek 1

**T.C.  
ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK BAKANLIĞI  
SOSYAL SİGORTALAR KURUMU BAŞKANLIĞI  
SİGORTA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ  
(Tahsisler Dairesi Başkanlığı)**

Sayı : 8.151/SSK.0.07.00/00-V-III-(IX-AFD) 22.5520  
Konu : Dileğiniz.

307991

Sayın \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
ESKİŞEHİR

İLGİ : ... tarihli dilekçeniz.

18.05.1978 tarihinde vefat eden 29282 sicil numaralı Bakanızın annenizin Y2.5520 numaralı dosyasından aylık tahsis talebinde bulunmakta iseniz de, aşağıda (X) ile işaretlenen nedenleri dolayı dileğinizi verme getirilememiştir.

Bilgi edinilmesini rica ederiz:

Tahsisler Dairesi Başkanlığı  
Memuru

Sube Müdürü

**ERKEK ÇOCUKLAR İÇİN :**

- 18 yaşını doldurmanızla orta öğrenim, dengi veya yüksek okulda okumamanız,  
 Orta öğrenim veya dengi okul öğrencisi olmanızla birlikte, 20 yaşını doldurmanız,  
 Yüksek okulda okumanızla birlikte, 25 yaşını doldurmanız,

Göndermiş olduğumuz rapor Genel Müdürlüğümüzde incelenmiş olup, onsekiz yaşını doldurduğunuz tarihte hayatınızı kazanamayacak derecede malul olmadığınızna karar verilmiş olması,

Göndermiş olduğumuz rapor Genel Müdürlüğümüzde incelenmiş olup, Sigortalının ölüm tarihinde hayatınızı kazanamayacak derecede malul olmadığınızna karar verilmiş olması,

Göndermiş olduğumuz rapor, Genel Müdürlüğümüzde incelenmiş olup, rapor tarihinde hayatınızı kazanamayacak derecede malul olmadığınızna karar verilmiş olması,

...

**KIZ ÇOCUKLARI İÇİN :**

Kurumumuza tabi olarak ... sigorta sicil numarasıyla çalıştığınız Kendi çalışmanızdan dolayı ... numaralı dosyadan gelir aylık aldığınız tespit edilmiştir.

T.C. Emekli Sandığına tabi olarak emzizden dolayı aylık aldığınız anlaşılmıştır.

Bağ-Kur'a tabi sigortalı olduğunuzun kendi hizmetinizden dolayı aylık aldığınız anlaşılmıştır.

506 sayılı Yasa'nın 4958 sayılı Yasa ile değiştirilen 68. maddesi gereğince tarafınıza yetim aylığı tahsis edilememektedir.

TE3.006 VR

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bu tür haksızlıkların devam etmeyecek olması kuşkusuz memnuniyet vericidir.

Bugüne kadar bağlanmış olan ve iki cihetten ödenen aylıkların ödenmesine devam edilecek olması ise, yeni mağduriyetlerin yaratılmaması gerekçesine dayandırılrsa da tartışılması gereken bir konudur.

Hem ana-babadan hem de eşten bağlanan aylıkların sabitlenerek dondurulması ve zaman içinde tek yerden bağlanan aylıklarla eşit hale gelmesi, üzerinde düşünülmesi gereken bir çözüm alternatifini olarak değerlendirilebilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Önerisi, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Ankara, 2004; Ali Nazım SÖZER, "Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına?" MERCEK, Ocak 2005, s. 21-31; Yusuf ALPER, "Türk Emeklilik Sisteminde Reform", MERCEK, Ocak 2005, s. 110-111.
- 2 Bkz.: Ali GÜZEL - Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Ya., 9. B., İstanbul, 2003, s. 5.
- 3 Bkz.: Ali GÜZEL - Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik..., s. 373 vd.
- 4 69. maddede yer alan "sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık haric olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan" ibaresi 4958 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce "geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen" şeklinde idi.
- 5 Yusuf ALPER, Sosyal Sigortalar, EKİN Ya., 4. B., İstanbul, 2003, s. 332.
- 6 Bkz.: 506 sayılı Kanun, Md. 68 V.
- 7 Bkz.: 506 sayılı Kanun, Md. 68, Ek Md. 17, Gç., Md. 91.
- 8 Bkz.: 1479 sayılı Kanun, Md. 15 d.
- 9 Alper, Sosyal Sigortalar, s. 434.
- 10 Bkz.: 1479 sayılı Kanun, Md. 16 B.
- 11 Nitekim bu husus "45. maddenin 2. fıkrasının (c) bendi hükmü saklı kalmak şartıyla" şeklinde 10. maddenin ikinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir.
- 12 Bkz.: 5434 sayılı Kanun, Md. 68 b-III (14.3.1985 tarihli ve 5166 sayılı Kanun'la değişik).
- 13 Ayrıntılı bilgi için bkz.: 5434 sayılı Kanun, Md. 93, 99.
- 14 Aylıkların en alt miktarı için bkz.: 5434 sayılı Kanun Ek Md. 19.
- 15 Yetimlerden emeklilikle ilgili görevlere girenlerin aylıkları diğer dul ve yetimlerin aylıklarına oranlı olarak eklenecektir. Bkz.: 5434 sayılı Kanun Ek Md. 23.
- 16 Ancak dul kadının harp malülü ile evlenmesi durumunda almakta olduğu dul aylığı kesilmeyecektir. Bkz.: 5434 sayılı Kanun, Md. 93-b.
- 17 Ayrıntılı bilgi için bkz.: 5434 sayılı Kanun Md. 94 ve bu madde ile ilgili açıklamalar.
- 18 Bkz.: Md. 99 ile ilgili 8 No.lu açıklama.
- 19 5510 Sayılı Kanun 1.1.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir. Bkz.: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Md 108, R.G. 16.06.2006 T., No.26200.
- 20 1.1.2007 tarihinden önce ölen sigortalıların hak sahiplerinden gerekli koşulları sağlayamadığı için aylık bağlanmayanların yeni düzenlemeye göre hak etmeleri halinde 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere dul-yetim aylıkları ödenebilecektir.
- 21 Bkz.: Ek 1. Örnekte görülebileceği gibi ölen esmiden ötürü T.C. Emekli Sandığından dul aylığı alan kadın, yetim aylığı bağlanması için SSK'ya başvuruda bulunmuş ama kendisine yetim aylığı bağlanamayacağı bildirilmiştir.

Mesut BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

## İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu

### A-İŞ KAZASI TANIMI

İş kazası, öğretide, 506 sayılı yasada (5510 Sayılı Yasa'da) ve Yargıtay kararlarında tanımlanmıştır. Öğretideki tanımlamaya göre iş kazası: "İşçinin işverenin hakimiyeti (otoritesi) altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu kazadır."<sup>1</sup>

Kaza, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre "Can veya mal kaybına, zararına neden olan kötü olay" olarak tanımlanmıştır. Kaza, niteliği itibarıyla doktrinin tanımladığı gibi ani olarak meydana gelen bir olaydır. Örneğin, işyerinde yenilen yemekten zehirlenen işçiler için kaza, yemek yedikleri sırada gerçekleşmiştir. Ancak, kazanın sonucu olan netice zehirlenme belirtilerinin ortaya çıkması ile anlaşılmıştır. Burada, tam anlamıyla ani bir olay söz konusu değil ise de, olay iş kazasıdır. Doktrindeki tanımlamanın bir yönü ile önemi, iş kazası ile meslek hastalığının ayırt edici unsuru olarak, kazayı ani bir olay olarak nitelendirmesidir. İş kazasını belirleyen diğer unsurlar gerçekleşmiş ise, işverenin otoritesi altında, onun ifa ettiği işten, dış bir sebeple meydana gelmişse) kaza çok ani olmayabilir. Kavram olarak "ani", bir kısa bir zaman dilimini ifade eder. Zaman, işçideki bedeni veya ruhi arızayı arttıran bir nitelik arz ediyor ise, meslek hastalığı

şöz konusudur. Meslek hastalığı da, bir içinin ifa ettiği iş dolayısıyla meydana gelmektedir. Aradaki fark, iş kazasının ani olarak meslek hastalığının ise zaman içerisinde meydana gelmiş olmasıdır. Aniden meydana gelen olay kavramı da öğretideki kimi görüşlere göre dar yorumlanmamalıdır. "başlangıç ve sonu sabit olan tek ve bir defalık oluş"<sup>2</sup> ani bir olaydır.

Borçlar hukuku anlamında kaza, önceden kestirilemeyen, dış etki ile aniden meydana gelen, istenilmeyen bir olaydır. Kaza kavramı, iş kazası kavramına göre daha geniş bir anlam ifade eder. Her kaza mutlaka iş kazası değildir. Genel hukuk ilkelerine göre, bir olayın iş kazası sayılabilmesi için kaza ile işçinin yaptığı iş arasında illiyet bağı (nedensellik bağı) bulunması koşuldur. Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerine göre, "olay, hayat deneyimlerine ve olayın akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli ise" illiyet bağı gerçekleşmiştir. Burada ilk olay kaza ve ikinci olay ise gerçekleşen bedeni veya ruhi zarardır.

Sosyal Sigortalar Kanunu açısından iş kazası ile bireysel iş hukuku ve borçlar hukuku açısından iş kazası kavramları birbirinden farklıdır.<sup>3</sup> Bu yaklaşım, bu tanımlamalara göre iş kazasının tabi olacağı farklı yasa hükümlerinin uygulanması açısından önem arz eder.

## 1- 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu açısından iş kazası

506 sayılı Yasa'nın 11. maddesindeki tanıma göre: "iş kazası,yasada açıklanan hâl ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır." 506 sayılı Yasa'ya göre iş kazasının söz konusu olabilmesi için öncelikli koşul, işyerinin 506 sayılı Yasa kapsamına alınabilecek nitelikte olmasıdır. İşyerinin fiilen tescil edilip edilmediğinin önemi yoktur. Koşul bu nitelikteki bir işyerinin varlığıdır.

506 Sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre bir olayın iş kazası sayılabilmesi için, olayın;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,

c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelmesi gerekir.

506 sayılı Yasa'ya göre iş kazası, sadece 506 sayılı Yasa kapsamında hizmet akdi ile çalışan sigortalılar bakımından söz konusudur. Bir işyeri, 506 sayılı Yasa kapsamına alınacak nitelikte değil ise, bu işyerinde işçinin çalıştığı sırada meydana gelen kaza 506 sayılı Yasa anlamında iş kazası sayılmaz. İş kazası, 506 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında ise sigortalıya aynı yasanın 16. maddesine göre geçici işgöremez durumda kaldığı her gün için geçici işgöremezlik ödeneği ödenir. Sigortalının işgöremezlik oranı %10 ve üzerinde ise 506 sayılı Yasa'nın 19. maddesine göre sigortalıya gelir bağlanır. Sigortalının iş kazası sonucu ölümü halinde ise yasanın 23. ve 24. maddelerine göre hak sahiplerine kurumca iş kazası sigortasından ölüm aylığı bağlanır. İş kazasının saptanması durumunda, işveren sigortalının hizmetlerini Kuruma bildirsün veya bildirmesin, primlerini ödesin veya ödemesin hizmet akdi 506 sayılı Yasa kapsamına giriyor ise, sigortalıya veya hak sahiplerine bu yardımlar sağlanır. Kurum, 506 sayılı Yasa'nın 10. ve 26. maddeleri gereğince işverene ve üçüncü kişilere rücu edebilir.

İş kazası nedeniyle, işverenin ve 3. kişilerin SSK'na karşı sorumluluğu 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir. " Madde 26 - (Değişik birinci fıkrası: 20/6/1987 - 3395/2 md.) İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kası veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuştaki Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 inci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimsele- rin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödetilir. (Ek cümle: 29/7/2003-4958/28 md.) İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazası veya meslek hastalığı, 3. bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuştaki Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve sayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir."

Sigortalı veya hak sahipleri de zararlarının giderilmesini kendi kişisel haklarına dayalı olarak isteyebilirler. Sigortalının, sürekli işgöremezlik nedeniyle maddi tazminat davası ile hak sahiplerinin sigortalının ölümü sonucu destekten yoksun kalmaları nedeniyle açacakları maddi tazminat davalarında Kurumun yaptığı geçici işgöremezlik ödeneği veya bağladığı gelirlerin en son peşin sermaye değeri mükerrer ödemeye yol açmaması için hesaplanan zarardan düşülür.

## 2- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre iş kazası (01.01.2007 tarihinde 506 sayılı Yasa yerine yürürlüğe girecek)

01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesine göre; iş kazası, "Yasada açıklanan hâl ve durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır."



İş kazası kavramının tanımında, 01.01.2007 öncesinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa'nın tanımlaması ile 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Yasa'nın tanımlaması arasında "arıza" yerine aynı anlama gelen "özür" kelimesinin kullanılması dışında anlam bakımından bir fark yoktur. Yasada açıklanan hâl ve durumlar ise, 5510 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde yer almaktadır.

5510 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre ise;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıta işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelmesi gerekir.

Her iki yasada, benzer şekilde yer aldığı gibi, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen ve sigortalıyı bedence veya ruha özüre uğratan her olay iş kazasıdır. Olayın, iş kazası sayılması için sadece işyeri koşulları veya işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle meydana gelmesi gerekmez. Başka bir anlatımla, kazanın iş yerinde dolayısıyla, işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada meydana gelmesi yeterlidir. İşyeri ile ilgisi bulunmayan 3. kişilerin kasti veya taksirli eylemi, yıldırım düşmesi, deprem gibi doğa olaylarının neden olduğu kaza da iş kazasıdır.

İşyerinin kapsamı, 5510 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. 5510 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre: "İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler,

dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır."

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslek eğitimi ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür."

Zararlandırıcı olay işyerinin dışında ise, 506 sa-

## İşyeri ile ilgisi bulunmayan 3. kişilerin kasti veya taksirli eylemi, yıldırım düşmesi, deprem gibi doğa olaylarının neden olduğu kaza da iş kazasıdır.

yılı Yasa'ya göre işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısı ile meydana gelen olay iş kazası sayılırken, 5510 sayılı Yasa'ya göre ise, bundan farklı olarak işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle meydana gelen olay iş kazasıdır. 5510 sayılı Yasa'da yer alan maddedeki farklı anlatımın nedeni, sosyal güvenlik kurumları tek çatı altında toplandığından, eski Bağ-Kur ve Emekli Sandığı sigortalılarının da aynı maddeye tabi olmasından kaynaklanmaktadır. Madde'nin (a) bendi işyerinde meydana gelen kazayı kapsama aldığına göre (b) bendindeki "yürütülmekte olan iş nedeniyle" meydana gelen olayın işyeri dışında olabileceğinin kabulü gerekir. Madde, işyeri dışında gerçekleşen olayı işveren tarafından yapılan iş nedeniyle meydana gelmesi halinde iş kazası saymıştır. İşçi, işyeri dışında bulunmakta ise de, işverenin hakimiyeti altındadır. İş akdinin bağımlılık unsuru işyeri dışında da devam ettiği sırada olay gerçekleşmelidir. Yargıtay içtihatları da, işçinin işverenin emir ve kumandası (hakimiyeti) altında bulunduğu sırada işyeri dışında meydana gelen kaza olayını iş kazası kabul etmektedir. Sigortalı, işyeri dışında da işveren ile hizmet akdinin

"bağımlılık" unsuru dolayısı ile bulunuyor ise bu sırada meydana gelen olay iş kazasıdır. İşveren ile iş ilişkisi dolayısı ile işçi işyeri dışında meydana gelen bir olayda bedenen veya ruhen öze (zarara) uğramış ise o anda işçinin bir görevi olsun olmasın olay iş kazasıdır. Sigortalı, işverenin verdiği işte çalışmakta değildir. Ancak, işveren tarafından yürütülen iş nedeniyle olay meydana gelmiştir. Bir işverene hizmet akdi ile bağlı olarak çalışan ve işverenin alacakları için gittiği icra takibinde görevli olduğu sırada, borçlu tarafından saldırıya uğrayan avukat için olay iş kazasıdır. Aynı avukat, görevi bittikten sonra markette alışveriş yaparken yaptığı takip nedeniyle işverenin borçlusunun saldırısına uğrar ve bedence veya ruha arıza oluşur ise olay yine iş kazasıdır. Güncel olaylara uyarlanır ise Afganistan'da iş yapan bir firmanın orada çalışmasını engellemek için firma mühendisi sigortalıyı evinden alıp götürürken teröristlerin sigortalıyı yaralaması veya öldürmesi hali de iş kazasıdır (Bu örnekte, 5510 sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre, yurtdışına geçici görevle gönderilen kişiler sigortalıdır ve sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce çalıştırılmak üzere bu ülkelere götürülen Türk işçileri de bu Kanunun uygulanmasında geçici görevle yurt dışına gönderilmiş sayılır hükmü dikkate alınmıştır). Bazı görüşlere göre, 5510 sayılı Yasa'da yer alan "görevi nedeniyle kavramı" daha önce Emekli Sandığı'na tabi iken, 5510 sayılı Yasa kapsamına alınan kamu görevlilerine yönelik iş kazası tanımlaması ile ilgilidir. Ancak, 5510 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (c) bendine göre sigortalı sayılan kamu görevlilerini çalıştıran kamu idareleri de işveren olarak nitelendirildiğinden, iş kazası ile ilgili olarak yasanın 13. maddesinin hizmet akdi için uygulanabilecek olan hükümlerinin tamamı kamu görevlileri açısından da geçerlidir. Yasanın 13. maddesinin (a) bendi, yasa kapsamına giren tüm sigortalılar için geçerlidir. Ancak, (b) fıkrasının 2. cümlesinde yer alan "sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında," bölümü kendi adına bağımsız çalışanlar ile ilgilidir.

5510 sayılı Yasa'nın, 506 sayılı Yasa'dan farklı olarak iş kazası uygulamasını genişlettiği bir hal ise işçilerin işe gidip geldikleri sırada kaza geçirmeleri halidir. 506 sayılı Yasa'ya göre "işçilerin işveren-

ce sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında" meydana gelen kaza iş kazası sayılmaktaydı. 5510 sayılı Yasa ise, 13. maddenin son bendinde "sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında" meydana gelen kazayı iş kazası saymaktadır. Sigortalı, işverenin sağladığı araç ile tek başına işin yapıldığı yere giderken meydana gelen kaza iş kazasıdır. Örneğin, işveren sigortalıya bir otomobili kendisi kullanarak işyerine gidip gelmesi için tahsis etmiş ise trafik kazası halinde olay artık iş kazasıdır. Otomobilin, işverene ait olması gerekmez. İşveren başkasına ait aracı da kiralayıp tahsis edebilir. Bu tür bir iş kazasında, doğal olarak kazalı SSK yardımlarından yararlanacaktır.

5510 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre, işyerine ait araçlar işyeri sayıldığından, (örneğin iş makinesi) işçinin işverene ait araç içerisinde bulunduğu sırada meydana gelen zararlandırıcı olaylar da iş kazasıdır. İşverenin temin ettiği araç ile izinli olduğu sırada pikniğe veya eğlenmeye giden sigortalıların trafik kazası sonucu yaralanmaları hali. Yargıtay içtihatlarına göre sigortalı işverenin hakimiyeti altında veya işyerinde bulunmadığından iş kazası sayılmamaktadır. Olayın iş kazası sayılması, işverenin tehlikeden doğan kusursuz sorumluluğunu gerektirir. Ancak, olay sigortalının tamamen kendi kusuru ile veya tamamen 3. bir kişinin kusuru ile veya sigortalının ve 3. kişinin kusurlarının birleşmesi nedeniyle meydana gelmiş ise, olay iş kazası olduğu halde illiyet bağı kesileceğinden işveren zarardan sorumlu olmayacaktır.

### 3-Bireysel hukuk anlamında iş kazası

Bireysel anlamda iş kazasının tanımlanması, sigortalının malûliyeti nedeniyle kazanç kaybından veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin desteklerini kaybetmelerinden doğan zararlarının hangi esaslara göre tazmin edileceği yönünden gereklidir. 506 sayılı Yasa veya yerine yürürlüğe konulacak olan 5510 sayılı Yasa Sosyal Güvenlik Kurumu'nun iş kazası nedeniyle yaptığı ödemelerden doğan zararını karşılamaya yönelik hükümler içermektedir. Bu nedenle, hizmet akdinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girip girmediği ortaya konmalı, kanun kapsamına giriyor ise İş Kanunu hükümleri dikkate alınmalı, girmiyor ise Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınmalıdır.

## Olayın salt iş kazası sayılması, işverenin iş kazasından dolayı sorumlu olduğu anlamına gelmez.

Borçlar hukuku açısından hizmet akdi daha geniş bir kavramdır. Sorumluluk halleri doğrudan Borçlar Kanunu açısından ele alınır. Dolayısıyla, borçlar hukuku açısından iş kazası kavramı da daha geniş bir kavramdır. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren işyerleri bakımından iş kazası sayılan olayda ise, Borçlar Kanunu yanında öncelikle İş Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu, kapsamına aldığı işyerleri için işverenin işçiye karşı ve işçinin de işverene karşı yükümlülüklerini düzenlemiştir.

Kaza, 506 sayılı Yasa kapsamına girmeyen bir işyerinde meydana gelmiş ise, 506 sayılı Yasa anlamında iş kazası değildir. Ancak, bireysel hukuk anlamında iş kazası sayılabilir. Olayın, 506 sayılı Yasa (veya 5510 sayılı Yasa) anlamında iş kazası sayılması ile işverenin iş kazasından sorumlu olması da ayrı ayrı düşünülmelidir. Olayın salt iş kazası sayılması, işverenin iş kazasından dolayı sorumlu olduğu anlamına gelmez. 506 veya 5510 sayılı Yasa'ya göre olayın iş kazası sayılması, sigortalının yasal olarak geçici veya sürekli işgöremezlik ödeneği alabilmesini ve dolayısıyla Kurumun rücu hakkını doğurur.

İş kazasının, 506 sayılı Yasa anlamında belirlenmesinde, genel hukuk ilkelerinden farklı olarak bazı hallerde yasa gereği illiyet bağının oluşup oluşmadığı incelenmez, illiyet bağı karine olarak varsayılır. 506 sayılı Yasa'nın 11. ve 5510 sayılı Yasa'nın 13. maddesi hükümlerine göre; iş kazası sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmiş ise olay iş kazasıdır. Olay tamamen işyerinden kaynaklanmayan bir nedenle meydana gelebilir. Örneğin yıldırım düşmesi olayı işyerinde meydana gelmiş ise, olay iş kazasıdır. İşyerine soygun amacı ile gelen 3. kişilerin işçiyi yaralaması veya öldürmesi olayı da iş kazasıdır.

## B- MESLEK HASTALIĞI KAVRAMI

### 1- Meslek hastalığının tanımı

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre; hastalık, "Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkma-

ıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet, maraz, maraza, esenlik karşıtı" anlamına gelmektedir. Sözlükte meslek hastalığının tanımına yer verilmemiştir. Tanımlanan hastalık halinin "mesleki nedenlerle", "iş ve çalışma koşulları nedeniyle" meydana gelmesi halinde ise meslek hastalığından sözedilebilir.

506 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde yapılan tanımlamaya göre, "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir."

5510 sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre iş kazası; "MADDE 14- Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürülük halleridir."

506 sayılı Yasa ile 5510 sayılı Yasa'nın meslek hastalığı tanımlamaları tıpatıp aynıdır.

Meslek hastalığı ile iş kazası arasında dikkat çekiçi olan ayırt edici unsur, meslek hastalığının "tekrarlanan bir sebeple" iş kazasının ise "ani" olarak meydana gelmesidir. Bunu meslek hastalığının işyeri koşullarından dolayı zaman içinde meydana geldiği biçiminde anlayabiliriz.

Genel hastalık kavramı ile meslek hastalığı kavramı arasında da farklılık vardır. Her hastalık meslek hastalığı değildir. İşyeri koşulları ile meydana gelen hastalık arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Örneğin, uzun yıllar sigara kullanılması nedeniyle nefes darlığı oluşması bir hastalık halidir ancak meslek hastalığı değildir. Nefes darlığının meslek hastalığı sayılması için işyeri koşullarından dolayı meydana gelmesi gerekir. Örneğin, İşitme kaybı kendiliğinden zaman içinde meydana gelebileceği gibi işyeri koşullarından da meydana gelebilir.

506 sayılı Yasa'ya göre, hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı kurumca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir. Kurumun belirlediği hastalıklar dışında bir hastalığın meslek hastalığı olduğu ileri sürülmüş ise 506 sayılı Yasa'nın 109. ve 5510 sayılı Yasa'nın 14. maddesi öncelikle Yüksek Sağlık Kurulu'ndan rapor alınması gerekir. Yüksek Sağlık Kurulu da meslek hastalığı saymaz ise, ilgili iş mahkemesine dava açabilir. Dava sırasında mahkeme, Adli Tıp Kurulu'ndan, itiraz halinde Tıp Fa-

külteleri Konseyi'nden veya Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor olarak sonuca gitmelidir. Meslek hastalığı sonucu oluşan işgöremezlik oranına ilişkin olarak tesbit davası açılması veya tazminat davasında bu konuda itirazlar üzerine ön mesele ortaya çıkması durumunda, mahkeme, 506 sayılı Yasa'nın 109. maddesindeki prosedüre göre (aynı prosedür 5510 sayılı yasanın 14. maddesinde yer almıştır) önce Yüksek Sağlık Kurulu'ndan sonra, Adli Tıp Kurulu'ndan itiraz hakkında Tıp Fakülte-leri Konseyi'nden veya Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor olarak sonuca gitmelidir. Yasal prosedürde sadece Yüksek Sağlık Kurulu'ndan bahsedilmekte ise de, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 28.06.1976 gün ve 1976/6 E-4 K. sayılı kararına göre, mahkemeler bu kurul kararı ile bağlı değildir.<sup>1</sup>

5510 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin diğer bentlerine göre de;

"Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun;

a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi,

b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi,

sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur.

Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının bu Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır. Bu durumdaki kişiler, gerekli belgelerle Kuruma müracaat edebilirler. Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.

Meslek hastalığının 4. maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) ve (c) bentleri ile 5. madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından,

b) (b) bendi kapsamındaki sigortalı bakımından ise kendisi tarafından,

bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene veya 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıya, Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rucû edilir.

Meslek hastalığı ile ilgili bildirimler üzerine gerekli soruşturmalar, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla yaptırılabilir.

Hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usûlü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenir. Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karara bağlanır."

## 2- Meslek hastalığında Yargıtay uygulaması

Yargıtay uygulamasına göre, özellikle yer altı madenlerinde çalışan işçiler için meslek hastalığında işveren, hangi önlemleri alır ise alsın belirli bir oranda kaçınılmaz bir işgöremezlik oranının meydana gelebileceği kabul edilmektedir. İşveren, birliği tarafından belirlenen bu kaçınılmazlık oranından %50 den aşağı olmamak üzere sorumlu tutulmaktadır. Meslek hastalığı nedeniyle malûl olan işçiler, bazen birden fazla işyerinde çalışmalarını nedeniyle malûl kaldıklarından bilirkişinin dava dışı işyerlerinde geçen hizmet süresine ilişkin olarak o hizmet süresine isabet eden işgöremezlik oranını da hesaplaması gerekir. Bu gerekliliğin hukuki nedeni ise farklı işverenler arasında bir müteselsil sorumluluk halinin bulunmamasıdır.

Yargıtay uygulamasında kabul edilen bilirkişi raporlarında, yer altı kömür madeni için yaptığı işe göre kaçınılmaz malûliyet 32 yıl üzerinden, lağım-cı için %12, domuzdamcı, tabancı için %11, kazma-cı, tamirci, taramacı için %10, nakliyat işleri, barut-çu için % 9, nezaretçi, kapıcı, ambarcı ve diğerleri için % 8 olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup>

## C- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI NEDENİYLE KURUMA KARŞI SORUMLULUK

### 1- İşveren ve 3. kişinin iş kazası ve meslek hastalığından 5510 sayılı Yasa'ya göre Kuruma karşı sorumluluğu

5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi, Kurumun iş kazası ve meslek hastalığı bakımından rücu hakkını düzenlemiştir. "MADDE 21- İş 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 ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazasının, 13. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir.

Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, si-

## 5510 sayılı Yasa ile getirilen en büyük değişiklik, Kurumun rücu hakkının bağlanan gelirler bakımından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlandırılmasıdır.

gortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücu edilmez."

5510 sayılı Yasa ile getirilen en büyük değişiklik, Kurumun rücu hakkının bağlanan gelirler bakımından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlandırılmasıdır. Bu değişiklik, son derece yerinde olmuştur. Kurumun bağlanan gelirlerdeki artışları işveren veya diğer sorumlulardan talep hakkının açık yasal düzenleme nedeniyle kabul edilmesi işverenler aleyhine haksız sonuçlar yaratan bir uygulama idi. Gelirlerdeki artışlar, reel kazanç artışı değil enflasyondan doğan gelir kaybının giderilmesi biçiminde yapıldığından, yasal faizi ile ilk açılan dava neticesi karşılanan bir zararın sanki gelirlerde reel artış varmış gibi mükerrer olarak yeniden tahsiline yol açmaktaydı.

Kurumun rücu hakkının üst sınırı, yine 506 sayılı Yasa'da olduğu gibi sigortalı veya hak sahiplerinin isteyebileceği tazminat miktarıdır.

Madde metninde, "kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" hükmü getirilmiş ise de, Yargıtay 10. Hukuk

Dairesi'nin yerleşmiş içtihadı 506 sayılı Yasa'da da yer alan bu düzenlemeye karşın işverenin, kaçınılmazlık nedeni ile Kuruma karşı sorumlu tutulmaması yönündedir. Bu durum, pratikte işveren lehine sigortalı aleyhine sonuç yaratmaktadır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi içtihatlarına göre, sigortalı veya hak sahiplerinin açtıkları tazminat davalarında, işverenin kusursuz sorumluluğu gereği kaçınılmazlık halinde işveren %60 oranında sorumlu tutulmaktadır. Bu oran dahilinde hesaplanan zarardan, SSK'nın bağladığı gelirlerin hüküm tarihine en yakın tarihteki peşin sermaye değeri düşülerek hakiye zarar hükmedilmektedir. SSK'nın açtığı rücu davasında ise işveren kaçınılmazlık nedeni ile sorumlu tutulmadığından sigortalı veya hak sahiplerinin zararından mahsup edilen peşin sermaye değeri nedeniyle işveren sebepsiz olarak zenginleşmektedir. 5510 sayılı Yasa'ya göre Kurum, bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerini isteyebilecektir. İşveren, yine kaçınılmazlık nedeni ile sorumlu tutulmadığından sigortalı veya hak sahiplerinin açtığı davada olayda kaçınılmazlık etkisi belirlenmiş ise, kaçınılmazlık oranında hesaplanacak peşin sermaye değerinin zarardan indirilmemesi gerekir. Olay tamamen kaçınılmazlık nedeni ile meydana gelmiş ise, Kurumun açtığı rücu davası da beklenerek olayın tamamen kaçınılmazlık nedeni ile gerçekleştiği ortaya çıkarsa bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin zarardan düşülmesi gerekir.

Yasanın getirdiği bir diğer değişiklik ise, 3. kişilerin ve bunları çalıştıranların sorumluluğunun bağlanan gelirlerin %50'si ile sınırlandırılması halidir. İşverenin, 3. kişi ile birlikte sorumlu olduğu hallerde, bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin düşülmesi yerinde olacaktır. Ancak, sadece 3. kişinin kusuru ile meydana gelen bir olayda ise sigortalı veya hak sahiplerinin tazminat davasında, sadece bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin %50'sinin düşülmesi gerekecektir. O halde, somut olayda işverenin sorumluluktan tamamen kurtulması ihtimali var ise, Kurumun açacağı rücu tazminat davasının sigortalı veya hak sahiplerinin maddi tazminat davasında bekletici mesele sayılması gerekecektir.

Derdest davalar bakımından ise, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan Kurumun açtığı rücu davalarında, bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin hükme esas alınması gere-

kir. Yasal düzenleme, sadece ilk peşin sermaye değerinin tahsil edilebileceğini öngördüğünden ve kamu hukuku ile ilgili bir düzenleme söz konusu olduğundan, derdest davalara da uygulanması gerekir. Sigortalı ve hak sahiplerinin maddi tazminat davalarında da, SSK'nın açtığı rücu davaları sonucunda kesinleşmiş bir hüküm var ise, bu hükümden yer alan peşin sermaye değeri zarardan düşülmelidir. Zira, Kurum 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra artık, bağlanan gelirlerdeki artışları talep edemeyecektir. Kurum, henüz rücu davası açmamış ise ilk peşin değer dikkate alınmalıdır. Kurum, dava açmış ise ve dava 01.01.2007 tarihi itibarı ile sonuçlanmamış ise, bağlanan gelirlerin sadece ilk peşin sermaye değeri dikkate alınmalıdır.

## 2- 5510 sayılı Yasa'ya göre işverenin sigortalının işe girişini yasal süresinde Kuruma bildirmemesi nedeniyle artan sorumluluğu

5510 Sayılı Yasa, 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde yer alan kuruma yasal süresinde bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili olarak, işverenin (26. maddeye göre) genişletilmiş sorumluluk halini 23. maddesinde aynen korumuştur. Madde hükmüne göre; "MADDE 23- Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, 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 ödenir.

Yukandaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetilir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez."

### 3- İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle, 506 (eski) sayılı Yasa'ya göre Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı sorumluluğu

İş kazası ve meslek hastalığı bakımından, işveren ve 3. kişilerin Kuruma karşı sorumluluğu 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin sorumluluğu üç ayrı nedenle olabilir. Birinci neden, işverenin kasti hareketi, ikinci neden, iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi ve üçüncüsü ise, suç sayılabilir hareketidir. 506 sayılı Yasa, iş güvenliği mevzuatından söz ederek açıkça, 4857 sayılı İş Kanunu ve bu kanun hükümlerine göre yürürlüğe konulan yönetmelik, tüzük vs. düzenlemelere atıf yapmıştır. İşverenin hareketi kasti ise, suç sayılsın veya sayılmastan neticesine katlanmak zorundadır. Suç sayılabilir bir hareket, kasti veya taksirli olsun işverenin sorumluluğunu gerektirir.

"Madde 26 - (Değişik birinci fıkra: 20/6/1987 - 3395/2 md.) İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 inci maddede belirtilen tarife göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir. (Ek cümle: 29/7/2003-4958/28 md.) İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3'üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir..."

Kurumun 26. maddeye dayalı rücu hakkının dayanağı bakımından öğretide farklı görüşler vardır.

506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine göre, işverenin sorumluluğu bakımından, Kurumun rücu hakkının halefiyete dayandığı görüşünde olanlar olduğu gibi, basit rücu hakkına dayalı olduğunu savu-

nanlar veya kendine özgü halefiyet prensibine dayandığı görüşünü ileri sürenler mevcuttur. Konuyu uygulamaya yönelik olarak ortaya koymaya çalıştığımızdan bu görüşlerin içeriği hakkında ayrıntılı açıklamaya yer verilmesine gerek görülmemiştir." Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, içtihatlarında genellikle kendine özgü haleflik prensibini uygulamakla birlikte, bazı kararlarında da karma bir görüş uygulamıştır. Yasal düzenlemede, Kurumun rücu hakkının hak sahibi veya kazalının işverenden isteyebileceği tazminat miktarı (Dış tavan) ile sınırlandırılması nedeniyle kurumun rücu hakkı hak sahiplerinin isteyebileceği tazminat miktarını geçemez. Bu noktada, yasal düzenleme halefiyet prensibini kabul etmiştir. Daire kararlarında, genellikle hak sahibinin işveren aleyhine açtığı tazminat davasında belirlenen kusur oranı ve zarar miktarı Kurumu bağlayıcı olarak kabul edilmiştir. Bazı kararlar ise kusura ilişkin bilirkişi raporu 26. maddeye uygun düzenlenmediğinden, rücu davasında yeniden kusur tespiti gerektiği yönündedir.

Uygulamada, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, rücu davalarında zamanaşımı, faiz başlangıcı gibi konularda halefiyet prensibinin dışına çıkmaktadır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce faiz başlangıcı için tahsisin onay tarihi, sarf tarihi ve zamanaşımı için de yine bu tarihlerin esas alınması, sigortalı veya hak sahiplerinin tazminat davalarında 21. Hukuk Dairesi tarafından uygulanan olay tarihinden itibaren faiz ve zamanaşımı uygulamasından farklı olduğundan zamanaşımı ve faiz bakımından 10. Hukuk Dairesi uygulaması halefiyet prensibine uygun düşmemektedir.

## D- İŞVERENİN İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI NEDENİYLE İŞÇİ VE HAK SAHİPLERİNE KARŞI SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

### 1- İşverenin kusura dayanan sorumluluğu ile diğer sorumluluk halleri

İşverenin sorumluluğunun hukuksal temelleri konusunda, uygulama ve öğretide farklı görüşler var-

dir. Yargıtay uygulamasına göre, işyerinde meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı yönünden işverenin hukuki sorumluluğu öncelikle kusur esasına dayandırılmıştır. İşveren, kendisinin veya çalıştırdığı diğer işçilerin (BK. 55. md.) kusurlarından dolayı sorumludur. Borçlar Kanununun 41. maddesi genel olarak kusura dayanan sorumluluk halini "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur." şeklinde tanımlamaktadır. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine dayalı olan sorumluluk için bir zarar var olmalıdır. Zarar, bir kimsenin icrai veya ihmali eylemi ile meydana gelmelidir. Eylem, hukuka aykırı olmalı ve kast veya kusura dayanmalıdır.

İşverenin sorumluluğu, Yargıtay içtihatlarına göre "tehlike" sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğu, risk nazariyesi ile kusursuz bir sorumluluk hali olarak uygulanmaktadır. İşverenin kusursuz sorumluluğu, kusurundan doğan sorumluluk halini ortadan kaldırmamaktadır. İşverenin öncelikle kusura dayalı sorumluluğunu, sonra akdi sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunu her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre, iş kazası veya meslek hastalığında öncelikle işverenin, işverenin diğer işçilerinin ve 3. kişilerin sorumluluğunun tesbiti açısından bilirkişi görüşüne başvurularak kusur oranı saptanmalıdır. Hâkim, BK. 43. ve 44. maddelerine göre, tazminat miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemek için bu kusur oranını da dikkate alacaktır. İşverenin kusurlu olmaması durumunda, bazen olay işyerinin meydana getirdiği tehlike ile de meydana gelmez tamamen dış etki ile meydana gelebilir. Dış etki ile meydana gelmiş ise, bu durumda illiyet bağı, 3. kişilerin eylemi veya depresyon gibi doğa olayları ile tamamen kesilmiş ise işveren zarardan sorumlu tutulamaz. Öte yandan, işçinin müterafık kusuru da işverenin sorumluluğunu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran, yani illiyet bağını ortadan kaldıran bir hal olabilir.

#### a- Kalp krizi, beyin kanaması

İşyerinde geçirilen kalp krizi veya beyin kanaması nedeniyle ölüm veya sakatlık hallerinde, olay işyerinde meydana geldiği için 506 sayılı Yasa anlamında iş kazasıdır. Ancak işverenin sorumlu olabilmesi için, her iki olayla ilgili olarak illiyet bağının or-

taya konması gerekir. İşçinin, çalışması sırasında aşırı yorgunluk veya stres nedeniyle beyin kanaması veya kalp krizi geçirmesi durumunda, işverenin sorumluluğu doğar. Yoksa, tamamen fizyolojik nedenlerle meydana gelebilecek olayda illiyet bağı kesileceğinden işverenin sorumluluğuna gidilemez. Ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin sağlık raporlarının alınmaması, yasal ve idari olarak düzenlenen periyotlarda sağlık kontrollerinin yapılmaması da, bu işler nedeniyle meydana gelebilecek olaylar ile ilgili olarak illiyet bağını ve dolayısıyla işverenin sorumluluğunu gerektirebilir. Bu sorumluluğun belirlenmesi ise mahkemenin olay ile ilgili tüm belgeleri toplayarak alacağı Sağlık Kurulu raporu ile illiyet bağını ortaya koyması ile mümkündür.

#### b- Teknik arıza

Teknik arıza durumunda, işveren tehlike sorumluluğu gereğince sorumlu tutulmaktadır. Bu durum işverenin tehlike sorumluluğunun en belirgin halidir. Ancak, hâkim bu durumda da yine koşulları var ise BK. 43, 44 maddelerini uygulayarak tazminat miktarını belirleyebilecektir.

#### c- Kaçınılmazlık (beklenmeyen hâl) ve işverenin sorumluluğu

Kaçınılmazlık, beklenmeyen hâl olarakta nitelendirilir. Başka bir adı da, aksi tesadüftür. Öngörülebilir bir olaydır. Ancak, engellenmesi mümkün değildir. Her türlü işgüvenliği önleminin alınmasında dahi meydana çıkabilir. Yargıtay uygulamasına göre, işyerinde her türlü önlem alınsa dahi meslek hastalığının belirli bir oranda oluşması kaçınılmazdır. Kaçınılmazlık durumunda, işçinin zararın tümüne katlanması hakkaniyete uygun olamaz. İşveren de işin yapılması sırasında meydana gelen bu zarara işçiden daha fazla bir oranda katlanmak zorundadır. Yargıtay uygulamasına göre, işverenin sorumluluğu %50'nin üzerinde olmalıdır. Örneğin, işyerlerinde her türlü tahkimatın yapılmış olmasına karşın, işçinin üzerine taş düşmesi de aksi tesadüf olarak nitelendirilmekte ve Yargıtay bu kusur raporlarını kabul etmektedir.

## 2- İşverenin akdi sorumluluğu ve risk nazariyesi

Borçlar Kanunu hükümlerine göre, hizmet akdi nedeni ile işverenin akdi sorumluluğu vardır. Borç-



lar Kanunu'nun 332. maddesine göre "İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

(Ek: 29/6/1956 - 6763/41 md.) İş sahibinin yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur."

İşveren İş Kanunu'nun 77. maddesine göre: işveren işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği için gerekli olanı yapmak, bu husustaki şartları sağlamak,

### İşveren tüm önlemleri almış olmasına karşın iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmiş ise işveren yine sorumluluktan kurtulamaz, bu halde işverenin "tehlike" sorumluluğu söz konusu olur.

araçları eksiksiz bulundurmamak zorundadır. İşveren, yasadaki gösterilen iş akdinden doğan bu görevlerini yapmaması durumunda akdi sorumluluğunu yerine getirmediğinden kusurlu sayılacaktır. Hizmet akdinin yüklediği edimleri yerine getirmeyen işveren, bu nedenle meydana gelecek olan iş kazası ve meslek hastalığından sorumludur. Uygulamada, işverenin hizmet akdinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda işveren kusurlu kabul edilerek sonuca gidilmektedir.

İşveren, kusurundan sorumlu olduğu gibi kusura veya akde dayanan sorumluluğunun dışında kusursuz sorumluluğun bir hali olan "Tehlike" sorumluluğu nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, risk (tehlike) sorumluluğu açıklanmıştır. Kararda tehlike sorumluluğu "Sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler, işyerlerinde tehlike boyutlarını artırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşveren kendi alanında, her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından kimi tehlikeli durumlar, zararlandırıncı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, toplum ihtiyaçlarına

cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarılmıştır. İşte bu nedenle; kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş, işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Zarar, işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmişse, bu durumda, işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) yoksa, işverenin sorumluluğu da yoktur. İlliyet bağının kesilmesi, genelde, üç durumda söz konusu olabilir: Mücbir

sebepler, üçüncü kişinin veya zarara uğrayanın ağır kusurları, illiyet bağını kesen nedenlerdir." şeklinde açıklanmıştır.

İşverenin tüm önlemleri almış olmasına karşın iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmiş ise işveren yine sorumluluktan kurtulamaz, bu halde işverenin "tehlike" sorumluluğu söz konusu olur.

Kaçınılmazlık halinde de işveren sorumluluktan kurtulamaz. Ancak hâkim tazminat miktarını belirlerken BK. 43. 44. maddelerini göz önüne alarak bir tazminat belirlemelidir. Yerleşik uygulamaya göre mahkemelerce işveren kaçınılmazlık halinde genelde %60 oranında sorumlu tutulmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi akdi sorumluluğunun yaptırımını içerir. Sözleşmeye aykırı davranan taraf davranışının neden olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür.

Borçlar Kanunu'nun 332. maddesine göre, iş sahibi çalışmak dolayısıyla gerekli önlemleri alması halinde kazalanan işçinin veya ölen işçinin hak sahiplerinin maddi zararlarını karşılamakla yükümlüdür.

Borçlar Kanunu'nun 46, 47 maddeleri iş kazasından veya meslek hastalığından dolayı zarar gö-

ren işçiyle maddi ve manevi tazminat davası açma hakkını vermektedir. Kişi ölmüş ise desteğinden yoksun kalanlar da Borçlar Kanunu'nun 45, 49 maddeleri dayanarak maddi veya manevi zararlarının tazminini isteyebilirler.

### 3- İşverenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan haller

#### a- Illiyet bağının kesilmesi

##### aa- 3. Kişinin eyleminin illiyet bağına kesmesi:

İşverenin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sorumluluğunun dayanakları 4857 sayılı İş Kanunu ile genel olarak Borçlar Kanunu hükümleri ile birlikte Yargıtay içtihatlarından kaynaklanmaktadır.

Bir olayın iş kazası sayılması, mutlaka işverenin sorumlu olduğu anlamına gelmez. İşverenin sorumluluğu için işçinin yaptığı iş ile zarar verici olay arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Bazen iş kazası işyeri çalışanı olmayan 3. kişinin %100 kusurlu eylemi ile meydana gelir. Bu durumda illiyet bağı kesildiğinden işverenin hukuki sorumluluğu ortadan kalkar. Örneğin 3. kişinin tamamen kusurlu olduğu trafik-iş kazasında illiyet bağı kesildiğinden işveren sorumlu değildir. Bu durumda işverenin kusursuz sorumluluğuna gidilmemektedir. Örneğin bir trafik-iş kazası olayında üçüncü kişiye ait aracın tam kusurlu olması halinde veya olayın tamamen kazalı işçi ile üçüncü kişi araç sürücüsünün birlikte kusurları ile gerçekleşmiş ise işveren sorumlu tutulmamaktadır. Ancak işverenin kullandığı aracın teknik bakımları yapılmamış, veya yapılsa bile olay bir teknik arıza sonucu meydana gelmiş ise işveren tehlike sorumluluğu gereği sorumludur. Bir trafik-iş kazasında işçi durumunda olan sürücü işverenin tüm eğitimleri yaptırmasına karşın tam kusuru ile olayı gerçekleştirmiş ise işveren sorumlu tutulmamaktadır. Aracın freninin patlaması, rotunun çıkması vs. nedeniyle kaza meydana gelmiş ise tehlike sorumluluğu nedeniyle işveren tam olarak sorumludur.

Olay üçüncü kişinin %100 kusuru ile oluşmamış ise, illiyet bağı tamamen kesilmez, bu durumda işverenin kendi kusuru veya diğer işçilerinin, alt işverenin kusurlu eylemi de olaya katılmış veya iş-

verenin doğrudan tehlike sorumluluğunu gerektiren bir hâl mevcut ise bu durumda işveren, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca müteselsil sorumlu olduğundan illiyet bağı kesilmeyecektir.

İşverenin, istihdam ettiği diğer işçilerin % 100 kusurlu eylemi ile iş kazası meydana gelmiş ise işveren, olaydan doğrudan kusuru ile sorumlu olmadığı halde Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre istihdam ettiği işçinin kusurundan sorumlu olduğundan illiyet bağının kesilmesinden söz edilemez.

##### bb- Kazalı işçinin kendi kusurunun illiyet bağına kesmesi:

İş kazası veya meslek hastalığı, kazalı işçinin bazen sadece kendi kusurlu eyleminin sonucu olarak veya işverenin sorumlu olduğu hallerle kendi kusurunun birleşmesi sonucu meydana gelebilir. İşçi, %100 kendi kusurlu eylemi ile zarar görmüşse, işveren illiyet bağı kesildiğinden tazminat ile sorumlu değildir. İşçinin tamamen kusurlu olmadığı hallerde ise tazminat belirlenirken işçinin müterafik kusuru oranında indirim yapmak gerekir. (Karar 7. 17)

##### cc- İşin ibale ile anahtar teslimi başka işverene verilmesi:

İşin ihale ile verilmesi veya anahtar teslimi olarak bir işin yaptırılması durumunda, işi veren durumda olan işverenin iş kazasından sorumluluğu yoktur. Yargıtay içtihatlarına göre, işi veren artık işveren sıfatı kalmamıştır. Sigortalı, işi alan işverenin işçisidir. Ancak, işin bir kesimi alt işverene verilmiş ise üst-alt işveren ilişkisi söz konusudur. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, üst işveren alt işveren ile birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarına göre "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”

#### **dd- Mücbir sebep**

Mücbir sebep, kanunlarda tanımlanmamış ise de, bazı mevzuatta bu kavrama yer verilmiştir. Önceden tahmin edilemeyen (öngörülemeyen), dıştan gelen, önlenmesi imkânsız olan bir hâldir. Uygulama ve öğreti, mücbir sebep teşkil eden olayın sorumlu tutulmak istenen kişinin işletme çevresi dışında oluşmasını aramaktadır. Mücbir sebep, borçlunun iradesi dışında ortaya çıkar. Mücbir sebep ile kaçınılmazlığı karıştırmamak gerekir. Kaçınılmazlık, (beklenmeyen hâl), hayatın normal akışı sırasında meydana gelebilecek tesadüfi olaydır. Mücbir sebep ise, hayatın olağan akışı dışındaki bir olaydır. Deprem olayı mücbir sebep ile ilgili en iyi örnektir. Yargıtay kararlarında, deprem nedeniyle işveren sorumlu tutulmamıştır. Sel baskını, fırtına ise somut olarak önlenemez önceden tahmin edilebilir bir olay niteliğinde ise mücbir sebep sayılmamalıdır. Yer altı maden işyerinde tüm önlemlerin alınmasına karşın taş düşmesi olayı kaçınılmazlık nedeniyle meydana gelen iş kazası kabul edilmektedir. Mücbir sebep ile kaçınılmazlığın sorumluluk açısından farkı, mücbir sebepte işveren sorumlu olmaması, kaçınılmazlıkta ise hakkaniyet gereğince işverenin sorumluluğunun söz konusu olmasıdır.

## **YARGITAY KARARLARI**

### **Karar 1**

**Devlet hastahanesinin röntgen odası ve acil servis yapım işi ile mutfak, çamaşırhane, kazan dairesi nakil işi ihale ile verilmiş ise Sağlık Bakanlığı iş kazasından sorumlu tutulamaz.**

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; K...

İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.11.2002 gün ve 1999-88-2002/591 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 20.3.2003 gün ve 2001-2335 sayılı ilamı ile, (...)1-Uyuşmazlık, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminatın davalılara ödetilmesine ilişkindir. Mahkemece, davacıların murisinin geçirdiği iş kazası nedeniyle kararda yazılı maddi ve manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiş ise de, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı hakkında kurulan hüküm doğru değildir.

Gerçekten, bir iş kazası sonucu zarara uğrayan hak sahiplerinin tazminat davası, işveren veya kusurlu 3. kişilere karşı yöneltilir. Bundan başka, aracı olarak nitelendirilen kişilerce işe alınan işçilerin veya hak sahiplerinin uğrayacakları zararlardan dolayı asıl işverenin aracı ile birlikte sorumlu olduğu 1475 sayılı Yasanın 1. maddesi gereğidir.

Somut olayda çözümlenmesi gerekli sorun, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile davalı K... İnş. Ltd. Şti. arasındaki hukuki ilişkinin işveren aracı veya üst-alt işveren biçiminde olup olmadığıdır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1- son ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 87/2. maddesindeki açıklamalar ışığında aracıdan (taşeron) söz edebilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden bir iş alt işverene devredilmelidir. Buna karşın, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda, artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.

Dava konusu olayda, 22.12.1997 tarihli sözleşme ile Karabük Devlet Hastanesi röntgen odası ve acil servis yapım işi ile mutfak, çamaşırhane, kazan dairesi nakil işinin davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca diğer davalı Kürkçüler İnş. Ltd. Şti.'ne ihale edildiği, böylece işin anahtar teslimi sureti ile devrinin söz konusu olduğu ortaya çıktığından, aralarındaki hukuki ilişki işveren aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devredildiği durumda, işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez. Öte yandan, inandırıcı güç ve nitelikte bulunmayan ve özellikle dosya içeriğine uygun olmayan gerekçelerle, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca da kusur izafe eden kusur raporu

hükme dayanak alınmak suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2- Kabule göre de; tarafların hâl ve mevkiine ve olay tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiz ile birlikte davacı eş için, hükmedilen maddi tazminat miktarına göre, olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması da usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

1- Yerel mahkemece bozma ilamının 2. bendinde açıklanan bozma kısmına uyularak Borçlar Yasası'nın 43. maddesi tartışılarak yeni bir hüküm kurulduğundan, bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının Özel Dairesi'nce incelenmesi gerekir.

2- Davanın esası yönünden; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: 1-Tazminat miktarı hükmedilirken BK'nun 43. maddesinin tartışılması sonucu yeni oluşturulan hükme yönelik Kürkçüler vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine oybirliğiyle,

2- Davanın esası yönünden, davalı Sağlık Bakanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, 2.6.2004 gününde bozmada oybirliği sebebiyle oyçokluğu ile karar verildi. HGK, 2004/21-326 E-328 K.

## Karar 2

### Hükme dayanak alınan kusura yönelik bilirkişi raporu İş Kanunu'nun

### 77. maddesindeki koşullar göz önünde tutularak düzenlenmelidir.

Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gemlik Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.7.2003 gün ve 2002/791-2003/465 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 4.12.2003 gün ve 2003-9791-9903 sayılı ilamı ile, (...Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi olay günü işyerinde buhar kazanı borulama işinde kaynakçı olarak çalışırken oluşan iş kazası sonucu ölmüştür.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 77. maddesinin açık buyruğudur.

5.6.2003 günlü bilirkişi raporunda; 3/8 işverenlerin, 5/8 ise işçinin kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Oysa, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olmadıkları gibi İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İşgüvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde olması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca, kusur raporunun, hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Mahkemece yapılacak iş; olayın oluşu ve niteliğine göre işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyetine konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor sonrasında, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan asgari ücrete göre yeniden hesap raporu düzenlemek alınan raporlar dosyadaki bilgi ve belgelerle

birlikte değerlendirilerek sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan kusur raporunu hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, iş kazası nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, iş kazasında vefat eden muris nedeniyle davalılardan maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemektedir.

Yerel Mahkeme, meydana gelen iş kazasının oluşumunda davalılardan İ. H. D.'i 3/8, davacılar murisi işçi K... B...'i 5/8 oranında kusurlu bulan raporu ve bu oranları dikkate alarak hesaplanan maddi tazminat tutarını gözeterek, istemin kısmen kabulüne karar vermiş, Yüksek Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçelerle hükmün bozulması üzerine, önceki kararında direnmiştir.

Somut olayda, davacılar murisi, davalılardan Ç. .... A.S.'ye ait boru atölyesinde iş alan diğer davalı müteahhit İ. H. D. işçisi (kaynak operatörü) olarak, buhar kazanı borulama sistemine ait "spool" adı verilen iki ucu dirsekli bir parçanın imalinde çalışmakta iken, kaynak kontrolü amacıyla girdiği borunun içerisinde, kaynaklama sırasında boruya basılan ve yoğunluğu havadan daha fazla olan argon gazının boğucu etkisine maruz kalması sonucunda oluşan "hematoz" nedeniyle vefat etmiştir.

Anayasanın 17. maddesinde "yaşama hakkı" güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağ-

lığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan; işvereni işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin tamamını almaya zorlamayarak, yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin vücut tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir.

Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının tespiti işidir.

Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak tedbirlerin neler olduğunun tespiti işidir. Mevzuat hükümlerince öngörülmemiş, fakat alınması gerekli başkaca bir tedbir varsa, bunların dahi tespiti zorunluluğu açıktır. Bunların işverence tam olarak alınıp alınmadığı (işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin tedbirlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı saptanacaktır.

Sorumluluğun saptanmasında kural, sorumluluğu gerektiren ve yasada belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini göz önünde bulundurmak ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir.

Kaynak işlemi sırasında, boruya argon gazı basıldığı tartışmasızdır. Belirtilen işlemin tamamlanmasından sonra boğucu etkisi bulunan bu gazın ölçümünün yapılarak, tehlikeli boyutta olduğu saptandığında ise ortamdan tahliyesinin basınçlı hava yardımıyla ya da gazın yoğunluğu nedeniyle borunun dikey konuma getirilip, akışkanlık sağlanarak yapılması gereklidir. Tüm bu önleyici tedbirlerin alınmadığı, iş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliğini sağlama konusunda inisiyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. Aksi bir düşünce, işçinin, öldürücü etkisi sabit bir ortama bilerek ve isteyerek girdiği sonucu doğurur ki, bu durum, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş

nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir.

İşverenlerce, iş güvenliği açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabilmesi ya da azaltılması bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getiremez.

Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanımına sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde ağırlıklı (baskın) kusurun davalı tarafa ait olduğunu göstermektedir.

Belirtilen nedenlerle, yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak, açıklanan maddi ve hukuki olgular doğrultusunda kusur raporu düzenlenilerek, belirtilen şekilde hüküm kurmak gerekirken, direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 16.06.2004 HGK. 2004/21-365 E-369 K.

### Karar 3

**Zararlandırıcı olay kaçınılmazlık sonucu meydana gelmiş ise risk nazariyesine göre B.K. 43. maddesi göz önünde tutularak işveren tazminattan sorumlu tutulur.**

Hükme dayanak alınan kusur raporuna göre işverenin ve davacıların miras bırakanının kusurlarının olmadığı zararlandırıcı sigorta olayının kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği açıktır. Hâl böyle olunca 27.3.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı uyarınca kusursuz sorumluluk esasları süresinde (risk) nazariyesine göre, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinde gözönünde tutularak davalının tazminattan sorumlu tutulması gerektiği tartışmasıdır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 20.4.2000 21. HD. 3043 E.-3122 K.

### Karar 4

**Olay murisin %100 kusuru ile gerçekleşmiş ise istihdam edenin sorumluluğu yoktur.**

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, iş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerinin manevi tazminat istemine ilişkindir. Olay günü, dava dışı T. Ö. yönetimindeki 35 ..... plaka sayılı otobüs ile Aydın'dan Söke'ye dönmekte olan ve hasta taşıyan davalı Belediye'ye ait davacılar murisi C sınıfı sürücü belgeli E. K. yönetimindeki 09 ..... plaka sayılı ambulans aracının çarpışması sonucu davacılar murisinin öldüğü kazada 3. şahsın kusursuz, davacılar murisinin 8/8 oranında kusurlu olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık olayın oluşunda %100 oranında sigortalının kusurlu bulunması durumunda istihdam eden sıfatı ile davalı Belediye'nin sigortalının uğradığı zarar nedeniyle tazminattan sorumlu tutulup, tutulmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Gerçekten, 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk "özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan "kusura" dayanmayan bir sorumluluktur. Zararın hizmet sırasında çalıştırılanın eylemi sonucunda meydana gelmesi yeterlidir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasındaki uygun neden-sonuç bağının işçinin ya da üçüncü kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması zorunludur.

Somut olayda, zararlandırıcı olayda %100 oranında davacılar murisi olan E. K.'ın kusurlu olduğu açık-seçiktir. Hâl böyle olunca, zararlandırıcı olay sigortalının tamamen kusurlu davranışı sonucu oluştuğuna göre, nedensellik bağının kesildiği, giderek yukarıda sözü geçen İçtihatı Birleştirme Kararına dayanılarak istihdam eden davalı idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle, anılan İçtihatı Birleştirme Kararına yanlış anlak verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 6.11.2001 21. HD. 2001/7132 E.-7449 K.

## Karar 5

### Depremde işverenin sorumluluğu yoktur

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükümün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalıların tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davalı temyizine gelince:

17.8.1999'da meydana gelen "Deprem" sonucunda oluşan iş kazası sonrasında, işverenin "tehlike sorumluluğu" kapsamında sorumlu tutulacağı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de bu sonuç temel hukuk sistemi prensiplerine ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına uygun değildir.

İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü, İsviçre ve Türk hukuk sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanayiinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorum-

luluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramını ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunanlar işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır.

Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamaların da istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir.

Tehlike sorumluluğu en ağır bir kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az önce de değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi, meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu "bir" sonuç sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusurudur. Öğretide illiyet bağı kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri ve bu arada tehlike sorumluluğu için de geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay uygulamasında illiyet bağının sadece kusura bağlı sorumluluktan değil, sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu olduğu kabul edilmektedir. İlliyet bağının kesilmesine neden olan bu çeşitli durumların öncelikle tehlike sorumluluğunda kabul edilmesi gerekir. Çünkü kusurlu olmadığı gibi, kendisinden beklenen özeni gereği şekilde yerine

getirmiş olan bir işvereni, işyeri ya da işletmesiyle uzaktan, yakından ilgili bulunmayan mücbir nedenden sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.3.1987 tarih ve 1986/9 - 722 Esas, 203 Karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, somut olaya gelince; davacılar murisinin, işveren tarafından temin edilen işyeri yatakhaneğinde uyurken oluşan "Deprem" sonrasında binanın yıkılarak enkaz haline gelmesi üzerine enkaz altında kalarak yaşamını yitirdiği, olayın 506 sayılı Yasa'nın II. maddesine göre iş kazası olarak nitelendirilmesinin doğru olduğu şüphesizdir. Ancak, olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Başka bir anlatımla, kazanın işyerinde gerçekleşmiş olması, işverenin sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay; doğal afet niteliğinde zorlayıcı neden olan deprem sonrasında gerçekleştiği için işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez. Başka bir deyişle, olay mücbir nedenden dolayı meydana geldiğine göre, illiyet bağı kesilmiştir ve işverenin sorumluluğuna gidilemez.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davanın reddi yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ :** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 3.10.2002 21. H.D. 2002/7848 E.-8013 K.

## Karar 6

**Sürücü olan işçinin direksiyon hâkimiyetini kaybederek kaza yapması durumunda günde kaç saat çalıştığı, yardımcı şoför verilip verilmediği incelenmeden %100 kusurlu bulunması yerinde değildir.**

1- Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi işverene ait..... plakalı araç ile Salihli istikametine doğru seyir halinde iken direksiyon hâkimiyetini kaybederek korkuluklara çarpmak suretiyle iş kazası sonucu % 60 oranında meslekte kazanıma gücünü yitirmiştir.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve işgüvenliğini sağla-

mak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurma ile yükümlü olduğu İş Kanununun 73. maddesinin açık buyruğudur.

17.1.2000 günlü bilirkişi raporunda; olayda işçinin % 100 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Oysa, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, İş Kanununun 73. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün öngördüğü koşulları gözönünde tutarak tarafların kusur oranlarını belirlemedikleri özellikle davacının günde kaç saat çalıştığı bu çalışma saatleri içerisinde birden ziyade yerlere kamyonu ile sefer yapıp yapmadığı, günde kaç saat çalıştığı çalışma süresinde kendisine yardımcı şoför verilip verilmediği ne kadar süre istirahat yapması gerektiği ve özellikle yapılan işin niteliğine göre, iş ile ilgili ve işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde olması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptandıkları anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanununun 73. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

2- Kabule göre de davacının %100 kusurlu olduğu kabul edilerek davalının 100.000.000 TL manevî tazminata hükmedilmesi de doğru değildir.

Mahkemece yapılacak iş özellikle işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişilere konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan, 73. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporunu hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 22.5.2001 21. HD. 2001/2807 E-4011 K.



## Karar 7

### Kazalının işverenin kusur oranı saptanmalıdır.

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi olay günü davalı Paksan Ltd. Şirketi'ne ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışmakta iken, davalı Taş Yapı Ltd. Şti'ne ait beton pompasının elektrik kaçağına neden olması sonunda akıma kapılarak iş kazası sonucu yaralanmıştır.

Mahkemece, 15.4.2002 günlü bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı Taş Yapı Ltd. Şirketi'nin %60, işçinin ise %40 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de, alınan bu raporun ve rapora dayalı hükmün yerinde olmadığı açıktır.

Gerçekten, insan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerindeki işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 73. maddesinin açık buyruğudur. Somut olayda; davacının, işçisi olduğu Paksan Limited Şirketi'ne ait işyeri sınırları içerisinde diğer davalı şirkete ait beton pompasının kurulu olduğu alanda iken kaza geçirdiği tutanaklar, yapılan keşif ve dinlenen tanık beyanları ile ortada iken, hükmeye dayanak alınan bilirkişi raporunda, Taş Yapı Ltd. Şirketi'nin işveren olarak değerlendirildiği ve bu değerlendirme ile alınan raporun İş Kanunu'nun emredici hükümleri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddeleri dahi incelenmediği, iş güvenliği uzmanı olmayan bilirkişinin kusurun oran ve aidiyetini olayın oluşuna göre hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde saptamadığı, dolayısıyla hükmeye dayanak alınacak nitelikte olmadığı ortadadır.

Mahkemece yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyetinden İş Kanununun 73. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle olayın oluşu ve her iki davalı şirketin niteliklerine göre, inceleme yapılarak işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddeleri de incelenmek suretiyle, işverenin işyerinde olması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelettirip rapor almak verilen rapor dosyadaki

bilgi ve belgelerle değerlendirilerek sonucuna göre karar vermektir.

Kabule göre de; hakkında açılan davada kusuru bulunmadığı için red kararı verilen Paksan Ltd. Şirketi yönünden, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri gereğince vekalet ücreti takdir edilmemesi de yerinde değildir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 17.4.2003 21. HD. 2003/3590 E.-3514 K.

## Karar 8

### Tehlike sorumluluğu (risk nazariyesi) kavramına göre kusursuz olan işveren iş kazasından sorumludur.

Üğradığı bir iş kazası sonucu, beden gücünden % 100 oranında yoksun olan davacının açmış olduğu maddi tazminat istemi zararlandırıcı olayın oluşumunda, tarafların kusursuz bulunmaları ve olaya, yolda bulunan bir çukurun etken olması nedeniyle, yerinde bulunmamışsa da, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere; dava konusu olay; mühendis olarak işveren nezdinde görev yapan davacının, kendisine tahsis edilen sevk ve idaresindeki araçla, iş sahasından, sosyal tesise geldiği sırada ve tali yolda seyrederken meydana gelmiş, aracın çukura girmesine bağlı olarak, araç yoldan çıkmış ve araçtan fırlayan davacı yaralanmıştır. Mahkemece kabul edilen son kusur bilirkişi raporunda; olayda taraflara kusur verilmemiş, zararlandırıcı olay, yol şartlarına bağlanmıştır. Mahkeme, bu gibi durumlarda; illiyet bağının kesilmesi nedeniyle; işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirlenmişse de, bu sonuç yerinde değildir.

Gerçekten; Yargıtay uygulamasında ve başlangıçta; iş kazalarıyla ilgili tazminat davaları, kusura dayalı olarak çözümlenmekteydi. İş Kanunu'nun 73. maddesinde bu alanda, gerekli ilkeleri kabul edilmiş ve işveren, çalıştırdığı işçilerinin sağlık ve iş güvenliklerini koruma yönünde, gereken tedbirleri alma ve araçları temin etmekle yükümlü tutul-

muştur. Ne var ki, sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler, işyerlerinde tehlike boyutlarını artırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşveren kendi alanında, her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından kimi tehlikeli durumlar, zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, toplum ihtiyaçlarını cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır. İşte bu nedenle; kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş, işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Zarar, işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmişse, bu durumda, işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) yoksa, işverenin sorumluluğu da yoktur. İlliyet bağının kesilmesi; genelde, üç durumda söz konusu olabilir: Mucbir sebep, üçüncü kişinin veya zarara uğrayanın ağır kusurları, illiyet bağını kesen nedenlerdir. Davaya konu olayda ise, illiyet bağını kesen durum söz konusu bulunmamaktadır. Mahkemece, aksinin kabulü ve tehlike (= risk) nazariyesinin kabul edilmemesi ve bu arada 27.03.1975 günlü 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararındaki görüşe yer verilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 1.2.2000 21. HD. 1999/9269 E, 2000/496 K.

## Karar 9

**Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ndeki hastalıklar listesinde yer almayan hastalığın meslek hastalığı olup olmadığının inceleme yöntemi.**

Davacı davalıya ait işyerinde çalıştığı sırada mes-

lek hastalığına yakalandığını cismani zarara uğradığını bu nedenle 10.000.000 TL maddi tazminatın hastalığın meydana çıktığı tarihten itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 11/B maddesidir. Anılan maddede meslek hastalığı "sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekarrüf eden bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık sakatlık veya ruhi arıza halleridir" şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise bu kanuna göre tesbit edilmiş olan hastalıklar listesi dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması üzerinde çıkabilecek uyuşmazlıkların Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karara bağlanması hükmü getirilmiştir. Hiç kuskusuz ki iddia edilen hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi maddede anlatımını bulan unsurların oluşmasına bağlıdır. Öte yandan ortaya çıkan hastalık ile iş yerinde çalışma olgusu arasında uygun neden-sonuç bağının gerçekleşmiş olması gerekir.

Olayda davacının iddiasının sübut bulabilmesi için anlatılan ilkeler doğrultusunda gerekli inceleme ve araştırma yapıp maddi olguların sağlıklı bir biçimde tesbit etme gereği söz götürmez.

Bu bakımdan davacının çalıştığı yıllar itibarıyla çalışmanın hangi ortamda ve ne şekilde yapıldığı, işin özellikleri ile iş koşullarının nelerden ibaret bulunduğu saptanması amacıyla işyerinde kesif yapılmalıdır. Öte yandan dosyadaki raporlardan başka daha önce tedavi kurumlarında tedavi gördüğü anlaşıldığı takdirde ve varsa müşahade kağıdı, rapor gibi belgeler getirilmelidir.

Bu eksiklikler giderildikten sonra meselenin bir kere de Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nda incelenmesi gerekir.

Söz konusu edilen kuraldan hastalığın Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde sayılan meslek hastalıklarından olup olmadığı değilse 11. maddenin son fıkrasında değinildiği gibi listede olmamakla beraber ortaya çıkan hastalığın meslek hastalığı sayılabiliş sayılamayacağı hususları sorulmalıdır. Şayet meslek hastalığı sonucuna varıldığı takdirde işyerinde çalışma ile meslek hastalığı arasında illiyet bağının var olup olmadığı da incelenmelidir.

Şayet Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu raporuna itibar edilmediği takdirde ve gerekli görülür-

se adli tıp meclisi ile Tıp Fakülteleri konseylerinin mütalaalarına başvurulmalıdır.

Mahkemece açıklanan bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik araştırma ve incelemeyle karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 16.11.2000 21. HD. 2000/8227 E-8071 K.

### Karar 10

**Kendi otosu ile işyerine gitmekte olan sigortalının trafik kazası olayı işkazaı değildir.**

Dava, zararlandırıcı sigorta olayının, iş kazası sayılması gerektiğinin tesbiti istemine ilişkindir. Bu yönü ile davanın yasal dayanağı belirgin olarak 506 sayılı Yasa'nın 11/A maddesidir. Anılan maddeye göre, iş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolaısıyla,

c) Sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Sigortalıların işverence sağlanan bir taşıla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında,

Sigortalıyı bedence veya ruhça arızaya uğratan olaylardır. Zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası sayılması için, 1) Sigorta olayına maruz kalan kişinin Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi anlamında sigortalı olması, 2) Sigorta olayının maddede sayılı ve sınırlı olarak belirtilen hâl ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, sigorta olayının iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur.

Somut olayda, davacının 22.8.1998 günü saat 6.45'de işyeri olan Yeniköy 2. no'lu Orman Toplu Koruma merkezine kendisine ait 33 FC 165 plaka nolu özel otosu ile gitmekte iken, Mersin Şehir çıkışından sonra, başka bir araç ile çarpışmak suretiyle trafik kazasına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Ancak, Trafik kazası tesbit tutanağı, davacı ve tanık beyanları ile de, davacının kendi özel otosu ile

işyerine gitmekte olduğu sabit iken, olayın; 506 sayılı yasanın 11/A bendinde sayılan durumlardan hiçbirine girmediği ve iş kazası sayılması mümkün olmadığı halde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 28.6.2001 21. HD 2001/4592 E-5149 K.

### Karar 11

**İşverene ait traktörün devrilmesi iş kazasıdır.**

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 11/A (c) maddesinde, sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olay iş kazası olarak tanımlanmıştır. Sigortalının olay günü işverene ait traktörle, yine işverene ait bahçedeki bağ-çubuklarını taşımak için traktörün arkasına trafik kurallarına uygun olmayarak 3 römorku arka arkaya takmak suretiyle yolda seyir sırasında trafik polislerince denetim sırasında yakalandığı, görevli polislerin römorkları birbirinden ayırdıkları, ayrı ayrı götürdüğü sırada traktörü devirmek suretiyle altında kalarak öldüğü dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

İşveren her ne kadar sigortalının kendisi tarafından bağ-çubuklarını taşımak için görevlendirilmediğini, olayın iş kazası olmadığını savunmakta ise de, dinlenen tanıklar sigortalının, işverenin emir ve talimatları dahilinde traktörün arkasına 3 adet römorku takmak suretiyle bağ-çubuklarını almaya gittiği sırada olayın meydana geldiğini anlattıkları gibi dinlenen polis memurları da, sigortalının kendilerine işverenin gönderdiğini denetim sırasında sigortalının anlattığını ifade etmişlerdir.

Bir işçinin işverene ait traktörü işverenden izinsiz, hem de trafik kurallarına aykırı olarak 3 adet römorku arka arkaya takmak suretiyle, kendi işinde kullanması hayatın olağan akışına da aykırıdır.

Dosya içeriğine uygun tüm kanıtlara göre, sigortalının işveren tarafından görevlendirildiği bu görevin yerine getirilmesi sırasında olayın meydana geldiği ve olayın iş kazası olduğu açık-seçik ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayanmak suretiyle davanın REDDİNE karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 18.10.2001 21. HD. 2001/7094 E.-6867 K.

### Karar 12

**Olayın iş kazası olup olmadığı SSK davaya dahil edilerek araştırılmalıdır.**

**Olayın işveren A... Sitesi'nin işi yapıldığı sırada meydana gelip gelmediği araştırılmalıdır.**

Uyuşmazlık davacının iş kazası sonucu iş göremezlik durumuna düşmesi nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davacının tazminata hak kazanıp kazanmadığının irdelenmesi için öncelikle davacının malüliyeti ile sonuçlanan olayın iş kazası olup olmadığının saptanması gerekir. Öte yandan olayın iş kazası olduğunun belirlenmesi durumunda davacıya Sosyal Sigortalar Kurumu'na gelir bağlanacağından öncelikle Kurumun davaya katılmasının sağlanması ve göstereceği delillerin de incelenmesi gerekirken bu yönün gözardı edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Kabule göre ise; davacının davalı A... Sitesi'nin kapıcısı olarak çalıştığı dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Olayın dava dışı kat malikine ait dairenin ücret karşılığında temizlendiği sırada meydana geldiği konusunda tanık anlatımları var ise de bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile gidilerek dava reddedilmiştir. Yapılacak iş, olayın meydana geldiği dairenin sahibinin bilgisine başvurmak, terasta bulunan ve indirilmek istenen kalasın kime ait olduğunu, sökülen antenin genel anten mi daire sahibine ait anten mi olduğunu saptamak bu konuda diğer kat maliklerinin bilgisine başvurmak, başka bir anlatımla davacının davalı A... Sitesi'nin görevlisi olarak mı, yoksa dava dışı daire malikinin temizlik işini yaptığı sırada zararlandırıcı olaya maruz kalıp kalmadığını ve

malüliyet oranını, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlemek ve sonuca gitmekten ibarettir.

Mahkemenin eksik araştırma ve inceleme ile husumeti Sosyal Sigortalar Kurumu'na yöneltmesinin sonuca gitmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 13.2004 21. HD. 2004/380 E-1706 K.

### Karar 13

**Davacı murisinin ölümüne neden olan pnömokonyoz meslek hastalığının davalı işyerlerindeki çalışmalar arasındaki tıbbi illiyet bağı uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanmalıdır.**

Davalı E. İnş. Tic. Ltd. Şti. ile davacılar murisinde ortaya çıkan pnömokonyoz meslek hastalığı arasında doğrudan yada dolaylı illiyet bağı olup olmadığı yöntemince araştırılmamıştır. Gerçekten davacılar murisinde oluşan pnömokonyoz meslek hastalığı kömür ocaklarında ve bu ocakların menfi etkisinde yapılan çalışmalara bağlıdır. Ancak bu hastalığın daha sonra değişik işyerlerinde çalışma nedeniyle ilerlemesine neden olunması durumunda son işverenin de meslek hastalığından sorumlu tutulması gerekir. Nitekim dosya içerisinde görüşüne başvurulmuş uzman kişiler bu yönde bir saptamada, yapmışlardır. Mahkemece nedenleri açıklanmadan HUMK'nun 275. vd. maddeleri gereği rey ve mütalasına başvurduğu bilirkişilerin raporları aksine hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi davalılardan E. İnş. Ltd. Şti. işyerlerinde geçen çalışmasının mahiyetine göre bu işyerlerindeki çalışma ile murisinde belirlenen meslek hastalığı arasında tıbbi anlamda illiyet olup olmadığı uzman bilirkişilerden görüş alınmak suretiyle belirlenmeden sonuca gidilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş, davacılar murisinde saptanan giderek ölümüne yol açan meslek hastalığı ile davalı işyerlerindeki çalışmalar arasında tıbbi anlamda uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığını uzman bilirkişiler aracılığıyla belirlemek bundan

sonra meslek hastalığı ve giderek ölüm nedeniyle tarafların kusur durumlarını uzman bilirkişiler aracılığıyla saptamaktan ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara ve uyulan bozma ilamına aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı TTK'nın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 24.2.2003 21. HD. 2003/510 E-1300 K.

### Karar 14

**Bel rahatsızlığının iş kazası sonucu oluşup oluşmadığı 506 sayılı Yasa'nın 109. maddesindeki prosedüre göre incelenmelidir.**

Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan işçinin 14.7.1994 günü işyerinde çalıştığı sırada ağır yük kaldırması sonucu belinden rahatsızlandığı, 14.7.1994 tarihinde hizmet akdinin feshedildiği, 24.2.1998 tarihinde SSK Zonguldak Hastanesi'ne müracaat ettiği, hastanece verilen 6.3.1998 gün ve K/414 sayılı raporda Sağ Lomber Disk Hernisi (Opere) + Sağ N.Paraneus Parazisi teşhisi konduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Sigortalıya iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanabilmesi için sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik oranının belirgin bir biçimde saptanması gerektiği açıktır. Oysa bu konuda yöntemince inceleme ve araştırma yapılmadığı ortadadır.

SSK Sağlık Dairesi Başkanlığı'nın bila tarih 477846 sayılı yazılarında olayın iş kazası olmadığı, kurumu bağlamamak kaydı ile iş göremezlik oranının % 34 olarak belirlendiği, müfettiş raporuna göre olay iş kazası olarak kabul edilmediğinden gelir bağlanmadığı yazılı bulunmaktadır. Belirlenen malüliyetin 506 sayılı Yasa'nın 109. maddesinin öngördüğü prosedür çevresinde belirlenmediği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş % 34 iş göremezlik oranının olayda ilgisi yönünden davacının, malüliyetinin zararlandırıcı sigorta olayı sonucu meydana gelip gelmediği, zarar ile eylem arasında uygun neden-sonuç bağının bulunup bulunmadığı, olaydan önce

davacıda bel arazlarının olup olmadığı, arazların olaydan sonra ortaya çıkıp çıkmadığının tespiti bakımından davacının rahatsızlığı ile ilgili bilgi ve belgeler SSK 109. maddesinin öngördüğü prosedür çevresinde Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu'na hasta ile birlikte göndermek ve bu kurulun belirleyeceği sürekli iş göremezlik oranına itiraz edilmesi halinde Tıp Fakülteleri Konseyine, giderek Adli Tıp Kurumu'ndan görüş almak, olayın iş kazasından ileri gelip gelmediğinin ve malüliyet oranını hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptamak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmesi ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 13.9.2001 21. HD. 2001/5454 E.-5809 K.

### Karar 15

**Usta işçi, 10 günlük işçiye tehlikeleri anlatmalıdır. Tecrübesiz işçiye odun kesme işinde çalıştıran işveren kusurludur.**

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre davalının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacının temyizine gelince;

Dava sigortalı işçinin % 36 oranında malül kalması nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, sigortalının maddi zararının kuruma bağlanan gelirlerle karşılandığından davalının reddine karar verilmiş ise de hükme dayanak yapılan kusur raporu usûl ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, olayda kusur dağılımı yönünden iş müfettişinin düzenlediği raporda sigortalı %70 işveren %30, D. A. tarafından düzenlenen 17.5.2002 tarihli raporda işverenin 4/8 usta işçi Mustafa Y.'ın 2/8, sigortalının 2/8, üç kişilik bilirkişi heyetince düzenlenen 8.8.2002 tarihli raporda ise işverenin %60 işçinin %40 oranlarında kusurlu oldukları belirtilmiştir.

İşçi işyerine olaydan 10 gün önce girmiştir. Her

ne kadar Endüstri Meslek Lisesi mezunu ise de, 10 gün gibi kısa bir sırada işyerini ve iş yerinde bulunan makinaları öğrenip çalışabilecek ve çalıştırabilecek bir tecrübeye sahip olduğu söylenemez. İşveren İş Güvenliği Tüzüğü'nün öngördüğü hükümlere uymamıştır. Usta işçi olan Mustafa Y. tecrübesiz olan işçiyi tehlikeleri anlatmak suretiyle odun kesme işine engel olabilir veya odunun hangi hal ve şartlarda kesebileceğini gösterip (kayar takoz koymak, destek parça kullanılmamak gibi) gerekli tedbirleri almayı sağlayabilirdi. Davacının Endüstri Meslek Lisesi mezunu olması olayda her türlü tehlikeleri görmek ve gereken tedbirleri alması anlamına gelmediği gibi 22 yaşında bu tip işleri yapacak olgunluk çağında olduğu da kabul edilemez. Kazalı işçiye iş yerinde odun kesmesi için işveren tarafından emir ve talimat verilmemiş ise de her türlü kesici alet ve makinaların kullanıldığı atölyede çalışanların risk altında olacağı ve bunun sonucu işverenin olayın meydana gelmesi için çalışanları eğitmesi ve uyarması gerekirdi. İşveren bu hususlara uymamıştır. Olayda daha fazla kusurlu olduğunu kabul etmek gerekir.

Yapılacak iş, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyetine konuyu incelemek suretiyle işverenin kusurunun daha fazla olduğu gözönünde tutularak verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermektir ibarettir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 27.2.2003 21. HD. 2003/1020-1372.

### Karar 16

Olayın oluş şekline, 1,5 metre yükseklikteki çalışmada işverenin alabileceği tedbirler gerçekçi bir şekilde belirlenmeli, kazalının başının dönmesinde işveren kusurunun ne olabileceği açık ve inandırıcı bir biçimde saptanıp olayın oluş şekline ve hakkaniyete uygun kusur oranları nazara alınarak sonuçta varılmalıdır.

Dava iş kazası sonucu malû kalan kazalının maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Bu tür davalarda öncelikle, tarafların kusur oranları olayın oluş şekli, iş güvenliği kuralları işveren ve işçinin alması gereken tedbir, özen ve dikkatin neler olabileceğinin İş Kanunu 73. maddesi ve iş ve işçi güvenliği tüzük hükümleri nazara alınarak açıkça uzman bilirkişilerce saptanması gerekir.

Somut olayda davacı gemide ambar kapağı üzerindeki pasta temizlenmesi sırasında 1,5 metre yükseklikten düşmesi sonucu yaralanmıştır. Mahkemece makine mühendisi olan tek kişi bilirkişiden kusur raporu alınmış ise de, anılan kusur raporunda kazalının başının dönmesi nedeniyle düştüğü belirtilerek, işverenin ağır kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır. Hükme dayanak yapılan bu kusur raporu, olayın oluş şekline davalı işverenin alması gereken tedbirlerin yeterliliği konularında inandırıcı olmaktan uzaktır.

Mahkemece yapılacak iş, gemi işlerinde uzman, gemi makine mühendisi ve iş güvenliği uzmanlarından oluşan 3 kişilik bir heyetten kusur bilirkişi raporu alınarak olayın oluş şekline, 1,5 metre yükseklikteki çalışmada işverenin alabileceği tedbirler gerçekçi bir şekilde belirlenmeli, kazalının başının dönmesinde işveren kusurunun ne olabileceği açık ve inandırıcı bir biçimde saptanıp olayın oluş şekline ve hakkaniyete uygun kusur oranları nazara alınarak sonuca varılmalıdır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yetersiz bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 5.11.2002 21. HD. 2002/8763 E-9233 K.

### Karar 17

Davacılar murisi yağışlı havada hızını düşürmemiş, araçta arıza saptanmamıştır, sadece aracın eski olması işverenin sorumluluğu için yeterli değildir.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hüküm dayandığı gerektirici sebeplere göre davacıların tüm temyiz itirazlarının reddine.

2- Mahkemece uyulmasına karar verilen bozma

ilamı gereğince alınan ve birbirini doğrulayan bilirkişi kurulu raporlarına göre servis aracı sürücüsü olan davacılar murisinin (Nağdeli Akkamış) olayda %100 kusurlu bulunduğu belirlenmiş olmasına karşın aynı araçta yolcu-işçi olarak bulunan ve aynı olayda ölen dava dışı sigortalı Yaşar Usta'nın hak sahiplerinin davacısı olduğu Ankara 7. İş mahkemesinin 30.12.2002 gün 2001-324 E, 2002-2964 K. sayılı kararına esas olan işverenin %30 ve araç sürücüsü Nağdeli Akkamış'ın ise %70 kusurlu bulunduğu dair bilirkişi raporunun olaya daha uygun düştüğü ve kesinleştiği gerekçesi ile hükme esas alınması ve tazminata hükmolunması yerinde olmamıştır.

Gerçekten; aynı olayda yolcu-işçi olarak bulunan diğer sigortalının haksahiplerinin tazminat istemine ilişkin dava dosyasında işverenin %30 ve araç sürücüsü N. A. ise %70 kusurlu bulunduğu dair bilirkişi raporu esas alınarak işveren %100 sorumlu tutularak hüküm kurulmuştur. Ancak sözü edilen kararlar ilgili Dairemizin 20.2.2003 gün ve 2003-1106 E, 2003-1137 K. sayılı onama ilamında "servis şoförü N. A.'ın mirasçıları tarafından açılan davada, şoför N.'nin %100 kusurlu bulunduğu belirlenmiş ise de, işveren Köy Hizmetleri ile işçisi sürücü N. arasındaki sorumluluk bu taraflar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden olayda yolcu işçi olan davacılar murisinin hiç kusurunun olamayacağı" açıklanmıştır. Onama ilamının gerekçesinde açıklandığı gibi söz konusu dosyada davalı işveren esasen servis şoförü olan N. A.'ın kusurundan da (BK. 55 Md.) sorumlu olduğundan bu hüküm kusur yönünden işvereni bağlayıcı nitelikte değildir.

Bozmaya uyularak mahkemece alınan bilirkişi kurulu raporlarında açıklandığı gibi davacılar murisi sürücü, tehlikeli viraj levhasını dikkate almaya-arak yağışlı havada aracın hızını düşürmemiş, olay sonrası düzenlenen belgelere göre araçta herhangi bir arıza saptanmamıştır. Araçta olayı meydana getirecek nitelikte teknik bir arıza saptanmamış olduğundan sadece aracın 1969 model ve 30 yaşında olması nedeniyle işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Mahkemenin davanın reddine karar vermesi gerekirken olayda hiçbir kusuru bulunmayan işveren aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmetmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalılar bu yönleri amaçlayan temyiz

itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 29.3.2004 21. HD. 2004/1727-2935.

### Karar 18

#### **İşletmeye özgü bir tehlike olmadığından işveren deprem nedeniyle sorumlu değildir.**

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hüküm dayandığı gerekçeleri nedenlere göre davacıların tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davalı temyizine gelince:

Bolu-Kaynaşlı'da meydana gelen "Deprem" sonucunda oluşan iş kazası sonrasında, işverenin kaçınılmazlık kapsamında sorumlu tutulacağı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de bu sonuç temel hukuk sistemi prensiplerine ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına uygun değildir.

İş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü, İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanayiinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramına ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunanlar işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır.

Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işvere-

nin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir.

Tehlike sorumluluğu, en ağır bir kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az önce de değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi, meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu "bir" sonuç sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri ve bu arada tehlike sorumluluğu içinde geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay uygulamasında illiyet bağına sadece kusura bağlı sorumluluktan değil, sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Illiyet bağına kesilmesine neden olan bu çeşitli durumların öncelikle tehlike sorumluluğu içerisinde kabul edilmesi gerekir. Çünkü kusurlu olmadığı gibi, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirmiş olan bir işvereni, işyeri ya da işletmeyle uzaktan, yakından ilgili bulundurmayan mücbir nedenlerden sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.3.1987 tarih ve 1986.9 - 722 Esas, 203 Karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, somut olaya gelince; davacıların murisinin sevk ve idaresindeki kamyon ile depremzedelere gönderilmesi istenen

gıda maddelerini götürmek üzere görevlendirildiği, 12.11.1999 günü Bolu-Kaynaşlı beldesinde dinlenme tesislerinde mola verdiği sırada meydana gelen depremde enkaz altında kalarak yaşamını yitirdiği, olayın 506 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre iş kazası olarak nitelendirilmesinin doğru olduğu kuşkusuzdur. Ancak, olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Başka bir anlatımla, kazanın görev nedeniyle gerçekleşmiş olması, işverenin sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay; doğal afet niteliğinde zorlayıcı neden olan deprem sonrasında gerçekleştiği için işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağına varlığından söz edilemez. Başka bir deyişle, olay mücbir nedenden dolayı meydana geldiğine göre, illiyet bağı kesilmiştir ve işverenin sorumluluğuna gidilemez.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davanın reddi yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden davalıya iadesine, 6.3.2003 21. HD. 2003/1465 E.-1721K.

## Karar 19

**Kazalı işçi ağır kusurlu ise de kast düzeyine ulaşmamaktadır. Tehlike sorumluluğu gereğince işverenin kısmi olarak sorumlu tutulması gerektiği ortadadır.**

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi, olay günü işyerinde, demir işçisi olarak çalışırken iş kazası sonucu % 4.3 oranında meslekte kazanma gücünü yitirmiştir.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve işgüvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksatsız bulundurma yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 73. maddesinin açık buyruğudur.

Bilirkişi raporunda; işverenin kusursuz işçinin ise %100 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir.



Oysa, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişi, İş Kanununun 73. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve işgüvenliği tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve orantı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Öte yandan davacı 28.6.2000 tarihinde işe girmiş 15.7.2000 tarihinde iş kazası meydana gelmiştir. Dava konusu olayda işçinin ağır kusurun olduğu açıkça görülmektedir. Ancak bu kusurun kast düzenine ulaşır nitelikte olmadığı da anlaşılmaktadır. İşçinin iş yerinde henüz 20 günlük işçi olduğu işin nitelik ve özelliğine göre her an işçi can ve güvenliği, bakımından tehlike yarattığı, her türlü tedbirin alınmış olması halinde dahi bu tür kazaların önlenmediği gözönünde tutularak, olayda, kısmi bir tehlike sorumluluğunun olduğu da ortadadır. Hâl böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanununun 73. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Mahkemece yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişilere konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan, 73. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporunu hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine 24.2.2003 21. HD. 2003/1114-1258

## Karar 20

**Römork'un kapağının iki işçi ile zincir ve kol yardımı ile açılması gerekir. İşveren işin yürütümü için gerekli önlemleri almadığından işçi %100 kusurlu sayılamaz.**

Olay günü, işçinin gübre yüklü traktör römorkunun kapağını açarken, kapağın römorkun içinde bulunan gübrenin ağırlığı ile koluna çarpması sonucu kolunun kırıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İş Kanunu'nun 73. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2-4 maddesine göre, işveren işçilerin sağlığını ve güvenliğini temin için gerekli olanı yapıp, güvenli çalışmayı tesis ve temin etmekle yükümlüdür. Başka bir anlatımla, işveren işçilerin güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli olanı yapmak, giderek uygun araç ve gereçleri hazır bulundurmak ve araçların amacına uygun şekilde kullanılmasını sağlamak ve işyerinde teknik ilerlemenin getirdiği daha güvenli şartları hazırlamakla yükümlüdür.

Somut olayda, işverenin yukarıda belirtilen önlemleri almadığı ve özellikle içerden dışarıya doğru açılan römork kapağının yüklenilmesi sonucu ağırlaşacağı, bir kişi tarafından tutulmasında zorluk çekileceği göz önünde tutularak, kapak açma işinin iki işçi tarafından yerine getirilmesi gerektiği gibi, kapağın zincirle ve kol yardımı ile açılıp kapanmasının sağlanması gerektiği ortadadır. Hâl böyle olunca, işveren işin yürütümü ile ilgili gerekli önlemleri almadığı gibi, işçiyi de bu konuda bilgilendirmediği ortadadır.

Şu duruma göre, işverenin İş Kanunu'nun 73 ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2-4. maddelerinde öngörülen önlemleri işyerinde eksiksiz olarak aldığı söylenemez. Bu bakımdan işçinin %100 kusurlu olduğunu öngören ve hükme dayanak alınan bilirkişi raporunun gerçeği yansıtmadığı tartışmasızdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle ve dosyadaki bilgi ve belgelere göre, 18.5.2000 tarihli uzman bilirkişiler tarafından düzenlenen raporun gerçeği yansıttığı ve anılan rapordaki kusur oranları gözönünde tutularak karar verilmesi gerektiği açık-seçiktir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 22.3.2001 21. HD. 2001/1857-2133 K.

### Karar 21

**Sigortalının, pamuk tozlarına maruz kaldığı mahkemenin yaptığı keşifle de saptanmıştır. Şu halde sigortalının tozlu ortamda çalışması sonucu meslek hastalığına maruz kaldığı meslek hastalığının oluşmasında ise bir miktar kaçınılmazlık bulunduğu yadsınamaz.**

Sosyal Sigortalar Kurumu davalı işverene ait tekstil fabrikasında çalışan Mükremin G.'nin 23.03.1998 tarihinde rahatsızlanıp Sosyal Sigortalar Kurumu Adana Hastanesinde tedavi görmesi sonucu sigortalıda ortaya çıkan meslek hastalığına bağlı olarak yapılan tedavi gideri ile ödenen geçici iş göremezlik giderinin %50 si 156.439.366 lirayı davalı işverenden rücu talep etmiştir.

Mahkeme, meslek hastalığının ortaya çıkmasında davalı işverenin %80 nispetinde kusurlu bulunduğunu kabul ederek, Kurumun açtığı rücu davasının kabulüne karar vermiştir. Ancak, mahkeme iki kusur raporu almıştır. İlk kusur raporunda; işverene %60, sigortalya %40 kusur verilmiş, ikinci kusur raporunda ise; işverene %80, sigortalya %20 kusur verilmiştir. Böylece iki kusur raporu arasında kusur oran ve aidiyeti yönünden açıkça çelişki ortaya çıkmıştır. Mahkemenin bu çelişkiyi gidermeden karar vermesi isabetsizdir.

Öte yandan, sigortalı bu işyerine 01.06.1983 tarihinde girmiş ve 1986 yılına kadar işyerinde ham pamuk taşıdığı, harman-hallaç işçisi olarak görev yaptığı,

Yine işyerinden ayrıldığı 20.06.1998 tarihine kadar da polyester ve viskon karışımı emtiyayı arabalarla balya açma makinesine götürüp, kucağı ile adı geçen makineye vermek suretiyle çalışmasını sürdürdüğü görülmektedir. Bütün bu faaliyetlerin sonucu olarak da sigortalının 04.05.1999 günlü Ankara Meslek Hastalıkları Hastanesi'nin raporu ile "Bussinosis" diye isimlendirilen meslek hastalığına

tutulduğu ancak, sigortalya herhangi bir maluliyet verilmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki işyerinde sigortalının pamuk tozlarına maruz kaldığı mahkemenin yaptığı keşifle de saptanmıştır. Şu halde sigortalının tozlu ortamda çalışması sonucu meslek hastalığına maruz kaldığı meslek hastalığının oluşmasında ise bir miktar kaçınılmazlık bulunduğu yadsınamaz.

Mahkemece yapılacak iş; olayda kaçınılmazlığın varlığı kabul edilmeli, kaçınılmazlık oranı saptanırken de, sigortalının işyerindeki çalışma koşulları, yaptığı işin mahiyeti ve süresi, sigortalının periyodik muayenelerinin yapılıp, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin yeterince ve gereğince yerine getirilip getirilmediği üzerinde durulmak suretiyle uzman bilirkişi heyetinden, bu çevrede yeniden telif edici kusur raporu alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemenin iş bu maddi ve hukuki olguları göz önüne almadan yetersiz tahkikatla yazılı şekilde hüküm vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz edilen hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.10.2003 10. HD. 2003/6926-7628.

### Karar 22

**Sigortalı, işyerinde çim biçerken palmye ağacının dalının gözüne çarpması sonucu malül kaldığını ileri sürmüştür. Tehlike sorumluluğuna göre işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerekir.**

Dava nitelikçe iş kazası sonucu malül kalan işçinin maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davacı, olay günü, davalı işyerinde bahçıvan olarak çalışan sigortalının, işyerinde çim biçerken palmye ağacının dalının gözüne çarpması sonucu malül kaldığını iddia etmiştir. Olayın iş kazası sayıldığına ve SSK'ca davacıya gelir bağlandığına ilişkin bilgi ve belge bulunmamaktadır. Davacının %100 kusurlu olduğuna ilişkin kusur raporları esas

alınarak davacının istemleri yerinde bulunmamıştır.

Mahkemece, varılan bu sonuç, isabetli değildir. Yargıtay uygulamasında ve başlangıçta, iş kazaları ile ilgili tazminat davaları kusura dayalı olarak çözümlenmekteydi. İş Kanunu'nun eski 73. yeni 77. maddesinde bu alanda gerekli ilkeler kabul edilmiş ve işveren çalıştırdığı işçilerin sağlık ve iş güvenliklerini koruma yönünde gereken tedbirleri almak ve araçları temin etmekle yükümlü tutulmuştur. Ne var ki, sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler işyerlerinde tehlike boyutlarını artırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. İşveren kendi alanında her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından kimi tehlikeli durumlar, zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır.

Gerçekten, kimi tehlikelerle dolu uğraşlardan doğan zararlı sonuçlar bazı kere insan eylem ve iradesi dışında meydana gelebilir. Dış çevrede belirli tehlikeler yaratan uğraşı ve davranışların sonuçlarından kaçınma ve bunların önleme olanağı olmasa bile, bu uğraşlardan yararlananlar bundan sorumlu olmalıdır. Zarar, sorumluluk kaynağı tehlikeye bağlı olarak ortaya çıkar. "Risk nazariyesi" olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde beden gücüyle topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada, işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak; sadece kasti veya işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya suç sayılır eylemi sonucu meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp "Tehlike (Risk)" nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira, işveren iş akdi ile işçisini, iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları karşılamayı da taahhüt etmiş sayılır. İşte bu nedenle kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş ve işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu anlamda, tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, tehlike sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu da değildir. Zarar işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmiş ise bu durumda işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğu da yoktur. İlliyet bağının kesilmesi genelde üç durumda söz konusu olabilir. Bunlar mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarara uğrayanın ağır kusurlarının bulunmasıdır. Dava konusu olayda ise, illiyet bağını kesen durum söz konusu değildir.

Mahkemece, tehlike nazariyesinin gözardı edilerek 27.3.1957 gün ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararına aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Yapılacak iş; davacıya öncelikle olayın iş kazası olduğunun ve malûliyet oranının tespiti için SSK'na başvurmak, gerektiğinde anılan kurum ile birlikte işverene de husumet yönelterek bu konuda dava açmak üzere önel vermek ve bu dava sonucuna göre olayın iş kazası sayılması durumunda yukarıda açıklanan risk nazariyesi dikkate alınarak olayda davacının kusurunu ve kaçınılmazlığın etkisinin bulunup bulunmadığı işgüvenliği uzmanı bilirkişi kurulu raporu ile belirlemek ve risk nazariyesi gereği kaçınılmazlığın saptanması durumunda işvereni kaçınılmazlığa isabet eden orandan hakkaniyete uygun oranda sorumlu tutmak, SSK'ca gelir bağlanması halinde bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerini hesaplanan zarardan indirmek ve elde edilecek sonuca göre hüküm kurmaktan ibarettir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUC: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6.5.2004 21. HD. 2004/3889 E-4614 K.

## Karar 23

Sigortalının, ağaç kestiği sırada budak kısmının denk gelmesi nedeniyle ağacın şerit testereden fırlaması sonucu sol el işaret parmağının kesildiği anlaşılmaktadır. Davacı sigortalı %85 oranında kusurlu bulunmuştur. Bu olayda bir miktar kaçınılmazlık bulunduğu yadsınamaz.

Dava nitelikçe, iş kazası nedeniyle oluşan işgöremezlik nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Olay tarihinde, davalı işyerinde kalfa olarak çalışan davacı sigortalının, ağaç kestiği sırada budak kısmının denk gelmesi nedeniyle ağacın şerit testereden fırlaması sonucu sol el işaret parmağının kesildiği anlaşılmaktadır. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda, olay davacı işçinin dikkatsizliğinin de etkisi ile meydana geldiğinden bahisle davacı sigortalı %85 oranında kusurlu bulunmuştur. Bu olayda bir miktar kaçınılmazlık bulunduğu yadsınamaz.

Mahkemece yapılacak iş; olayda kaçınılmazlığın da varlığı kabul edilmeli, kaçınılmazlık oranı saptanırken de, sigortalının işyerindeki çalışma koşulları, yaptığı işin mahiyeti ve süresi, sigortalının periyodik muayenelerinin yapılıp, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin yeterince ve gereğince yerine getirilip getirilmediği üzerinde durulmak suretiyle uzman bilirkişi heyetinden, bu çevrede yeniden telif edici kusur raporu alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemenin iş bu maddi ve hukuki olguları göz önüne almadan eksik inceleme ve araştırma ile yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde hüküm vermesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm sair yönleri inceleneksizin bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 02.10.2006 21. HD. 2006/8556 E-9267 K.

## Karar 24

Yeni alınmış, bir yaşını doldurmamış, genel bakımları yaptırılmış bir aracın tekerleğinin patlamaması için işverenin hangi önlemleri alabileceği hükme dayanak alınan kusur raporunda irdelenmemiş olup kusur raporu maddi olgu ile uyumlu ve doyurucu nitelikte olmadığı gibi 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine uygun değildir.

Davacı, trafik iş kazasında ölen sigortalı işçinin hak sahiplerine yapılan harcamalar üzerine uğrılan Kurum zararının rücu ödütülmesini istemiştir.

1- Dava 21.04.1999 tarihli trafik-iş kazasında vefat eden sigortalı M. S.'in hak sahiplerine davacı kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının davalı işveren miraçlarından rücu tahsili istemine ilişkin olup davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 26. maddesidir. Anılan maddeye göre işverenin rücu alacağından sorumluluğu kasdi yada işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi yahut suç sayılır bir eyleminin varlığı halinde mümkündür.

Somut olayda 28.12.2002 tarihli kusur raporuna dayanılarak işverenin % 50 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Davaya konu trafik kazasının vefat eden sigortalı tarafından kullanılan aracı sol arka tekerinin patlaması sonucu direksiyon hakimiyetinin kaybedilerek sağ tarafa doğru takla atması sonucu meydana gelmiştir. Henüz yeni alınmış, bir yaşını doldurmamış, genel bakımları yaptırılmış bir aracın tekerleğinin patlamaması için işverenin hangi önlemleri alabileceği hükme dayanak alınan kusur raporunda irdelenmemiş olup kusur raporu maddi olgu ile uyumlu ve doyurucu nitelikte olmadığı gibi 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine uygun değildir.

Mahkemece açıklanan esaslar doğrultusunda yeniden kusur incelemesi yaptırılıp, maddi olaya uygunluğunun denetlenmesinden sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken anılan maddeye uygun olmayan kusur raporuna dayanılarak hüküm kurulması, bozma nedenidir. 02.06.2003 10. HD. 2003/4086 E. 2003/4621 K.

**Karar 25**

**Zararlandırıcı ölüm olayı, hizmet akdi nedeniyle işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmiştir. Şu duruma göre, ölüm olayı ile yürütülen iş arasında illiyet bağı bulunduğundan olay iş kazasıdır.**

Dava, zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası sayılması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacılar murisi ile davalı işveren arasında hizmet akdi bulunmadığı, murisin kendi adına plastik toplayıcısı olarak çalıştığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de bu sonuç dosya içerisindeki bilgi ve belgelere uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 11/A maddesine göre, iş kazası a) sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, c) sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asil işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaylardır. Zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası sayılması için, 1) sigorta olayına maruz kalan kişinin, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi anlamında sigortalı olması, 2) Sigorta olayının, maddede sayılı sınırlı olarak belirtilen hal ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, sigorta olayının, iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur.

Somut olayın, davacıların miras bırakanı sigortalı Cengiz T.'nin davalı işyerinde hizmet akdi ile çalıştığı sırada işyerinde meydana geldiği olayla ilgili hazırlık tahkikatı sırasında alınan ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten, işveren Murat A., Cengiz T.'nin 3 yıldan beri işyerinde aralıklı olarak çalıştığını beyan etmiştir. Keza ustabaşı Turgay E.'de işyerinde 1 yıldan beri çalışan davacılar murisinin plastik imalathanesindeki sıcak su kazanına düştüğünü açıkça beyan etmiştir. Diğer işçiler Durmuş B. ve Tunay S.'de hizmet akdi ile çalışan davacılar murisinin sıcak su kazanına düşerek yandığını doğrulamışlardır. Tanıkların yargılama sırasında alınan ve olayla ilgili sıcak su kazanına

na verdikleri ifadeler ile çelişkili bulunan hizmet aktinin bulunmadığına dair beyanlarına değer verilemez. Kaldı ki ceza dosyasında davalı işveren ile ustabaşının yargılandıkları ve olayda kusurlu bulunarak mahkûmiyetlerine karar verildiği anlaşılmaktadır. Murisin maruz kaldığı zararlandırıcı ölüm olayı hizmet akdi nedeniyle işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmiştir. Şu duruma göre, ölüm olayı ile yürütülen iş arasında illiyet bağı bulunduğu gibi, muris işyerinde bulunduğu sırada olay meydana gelmiştir. Hâl böyle olunca, 506 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde belirtilen iş kazasının unsurları gerçekleştiğinden davanın kabulü gerekirken maddi olgulara ters düşen gerekçelerle bir kısım tanık beyanlarına dayalı olarak reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. 21. HD. 31.05.2004/2004/2180 E. 5226 K.

**Karar 26**

**İşveren sigortalıyı kayınpederinin tedavisi için refakatçi olarak gönderdiğine göre olay iş kazasıdır.**

Mahkemece işverenin murisi görevlendirdiğine dair delil bulunmadığından olayın trafik kazası niteliğinde değerlendirilip dava reddedilmiştir.

Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalı A. Ç.'in 8-10 aydır davalı doktor M. Ö. Ç.'na ait özel Ü. Polikliniği işyerinde elektrik işleri, alınan numunelerin laboratuvara götürülmesi, dışardan alınması gereken şeylerin alınması şeklinde çalıştığı, bordro tanığı M. P. komşu işyeri tanıkları ile vergi yoklama fişindeki beyanlar ayrıca işveren vergi yoklama fişinde murisin, elektrik işi olduğunda çağırıldığı kendilerinden ücret almadığını sadece malzeme parasını aldığı şeklindeki beyanlardan çalışmanın SSK'ya bildirilmediği süresi olduğu anlaşılmaktadır.

Olayda çözümlenmesi gereken konu davalı yanında çalışan davacı murisinin çalışma saatleri ve işyeri dışında gece geçirdiği kazasının trafik iş kazası olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dosyanın yasal dayanağı 506/11-A/C bendince sigortalının işveren tarafından görevli başka bir yere gönderilmesi yüzünden asil işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen ve sigortalıya

derhal veya sonradan bedence ya da ruhça arızaya yönelik olayı iş kazası olarak belirtmiştir.

18.11.1999 günü saat gece saat 10.45 sıralarında Susurluk Bursa Karayolu üzerinde davalı işverenin kayınpederi M. Ö.'e ait özel araçta M. Ö., muris ve arabayı kullanan N. K. olduğu halde karşı yönden gelen 3. kişiye ait kamyonetle çarpışma sonucu muris ölmüştür. Bu olaydan üç ay önce davalı kayınpederi M. Ö.'in kanser rahatsızlığı ile davalı yanına geldiği muris ile iyi anlaştığı, tedavi için zaman zaman muris refakatinde Bursa'ya götürüldüğü, ilçe içinde dolaştırıldığı, bazı tanıklarca ifade edildiği, olaydan önce davalının kayınpederi M. Ö. tedavi için İzmir'e götürmek için Bursa'daki M. Ö.'e ait kırtasiye dükkanından şoför çağrıldığı, murisin özel otomobille masraflı olacağı, otobüsle götürüldüğüne dair konuşmalara şahit olduğu, olay gecesi yola çıkan murisin davalı kayınpederini refakatte İzmir'e gittiklerini, telefonla haber verdiği babası tarafından beyan edilmiştir. Muris babasının dışında davalının murisi görevlendirdiği konusunda görgüye dayalı bilgi yoksa da olaydan sonra bazı tanıklar işverenin kayınpederini tedavi için muris refakatinde gönderdiği sırada kazanın olduğunu, işyerinden duyduklarını belirtmişlerdir. Dosyadaki delillerin tümü birlikte değerlendirildiğinde davalı yanında çalışan zaman zaman devamlı kayınpederini gezdirmek ve tedavi için gittiği yerlerde refakat eden murisin yanında çalıştığı davalı işverenin haberi olmadan davalı yanında kalan kayınpederi ile yola çıkması hayatın olağan akışına aykırı olup, davalının görevlendirilmesi sonucu davalı kayınpederine refakat ederken geçirdiği trafik kazasının 506/11-A/c kapsamında iş kazası olduğunun kabulü gerekirken yazılı düşüncelerle davanın reddi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. 21. HD. 01.07.2004 2004/5027 E. 6479 K.

## DİPNOTLAR

1. Uluşan, shf 72.
2. Akın, shf 6.
3. Canıklıoğlu, shf 6.
4. Kuru, Shf. 1429.
5. Prof. Dr. İhsan Toroğlu'nun Bilirkişi raporlarından alınmıştır.
6. Resul Arslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2004.

7. Selici, Özer, shf 67.
8. Selici, Özer, shf 65.

## KAYNAKÇA

- Mustafa Çenberci - Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977.
- Prof. Dr. İlhan Uluşan - Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, 1990.
- Resul Arslanköylü - Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara, 2004.
- Dr. Murat Canyürek - Mütteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Kasım 2003.
- Dr. Turgut Akıntürk - Mütteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- Yrd. Doç. Dr. Levent Akın - İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi.
- Doç. Dr. Nurgün Canıklıoğlu - Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri.
- Prof. Dr. İhsan Toroğlu - Bilirkişi raporu.
- Prof. Dr. Özer Selici - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü-1980.
- Şahin Çil - İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Kurumun İşverene Rücuu - Olayda Kaçınılmazlık Durumu

### T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/2442

**Karar No** : 2006/6006

**Tarihi** : 25.04.2006

### KARAR ÖZETİ

İş kazası nedeniyle sigortalıya veya kanuni hak sahiplerine gelir bağlayan SSK'ya karşı işverenin sorumlu olabilmesi için kusurun varlığı gereklidir. Başka bir deyişle kaçınılmazlık nedeniyle meydana gelen iş kazasında işverenin SSK'ya karşı sorumluluğu bulunmamaktadır.

### KARAR

İş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücuun ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilâmda yazılı nedenlerle davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma

için 25/04/2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davacı adına Av. EÇ ile karşı taraf adına Av. ÜB geldiler. Duruşmaya başlandı. Hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı günde Tetkik Hâkimi ET tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca kendine özgü halefiyet ilkesine dayalı eldeki dava yönünden kesin hüküm oluşturan hak sahibi maddi tazminat davasındaki işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları yönünden yapılan inceleme sonucu düzenlenen ve anılan davada hükme dayanak kılınan kusur raporuyla aynı sonuca varan bilirkişi raporuyla ulaşılan sonuca; ayrıca, davanın yasal dayanağını oluşturan ve iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, "...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..." ile etkide bulunan işveren yönünden sıralanan nedenlerle ve kusura dayalı sorumluluk ilkesi temelinde; sorumlu-

luk gereğini içeren 506 Sayılı Yasa'nın 26/1. maddesine eklenen, "İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." cümlesinin, maddede sayılan kusurlu davranışları nedeniyle tazminle sorumlulukları yoluna gidilen işverenlerin, iş kazasının oluşumunda etkili olan kaçınılmazlıktan da sorumlu tutulmaları gereğini öngörür şekilde yorumlan-

masının, kusursuz (objektif) sorumluluğa olanak tanımayan madde hükmü karşısında mümkün bulunmamasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usûl ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, davalı avukatı yararına takdir edilen 450,00 YTL. duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, 25/04/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

İnceleme konusu yapmayı düşündüğümüz Yargıtay 10. HD kararı Sosyal Sigortalar Hukukunun en çetrefilli konularından biri olan Kurumun işverene rücu hakkıyla ilgilidir.

**I.** Sosyal Sigortalar Kurumuna, sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı yardımlar ve ödemeler için sigortalının zarara uğramasına neden olanlardan geri isteyebilme hakkı tanınmıştır. Buna Sosyal Sigortalar Hukuku jargonunda "rücu" denmektedir. Böylece Kurum bir yandan sigortalıya yardım yapma ödevi dolayısıyla malvarlığında meydana gelen eksilmeyi kısmen veya tamamen giderme olanağına kavuşur, öte yandan zararı ödemek zorunda kalacak kişiler de (işveren veya üçüncü kişiler) sigortalının sağlığına ve can güvenliğine daha çok dikkat etmek yönünde çaba gösterirler. Bir başka ifade ile Kurumun rücu hakkının, işçinin sağlığını ve can güvenliğini koruma hususunda işverenler ve üçüncü kişiler üzerinde yaptırım ve caydırıcı etkisi vardır<sup>1</sup>. Bununla birlikte iş kazası ve meslek hastalığı primini Kuruma tek başına ödemekle yükümlü olan işverenin neden bir de meydana gelen zararı ödemek durumuyla karşı karşıya bırakıldığı doktrinde eleştirilmektedir<sup>2</sup>. Gerçekten pek çok ülkede, zarar gören sigortalıya ödemedeki bulunan sosyal güvenlik kuruluşunun zarara neden olan işveren veya üçüncü kişiye rücu hakkı sadece kasıtlı veya ağır ihmale dayanan fiiline bağlanmıştır<sup>3</sup>.

**II.** Hukukumuzda iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Kurumun sigortalıya veya hak sahibi kişilere yaptığı veya ileride yapması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanmışsa bu gelirlerin belirli bir tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı (sigortalı veya hak sahibi kişilerin işverenden isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere) işverenden geri isteyebilmesi için, iş kazası veya meslek hastalığının işverenin kası yanında iş sağlığı

ve güvenliği hükümlerine aykırı ya da Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanmış bir eylemine dayanması gerektiği öngörülmüştür<sup>4</sup>. Belirtelim ki yürürlükten kaldırılan 765 sayılı önceki Ceza Kanunu'nun tedbirsizlik, dikkatsizlik, acenilik, emir ve nizamla uymama suçunu düzenleyen 455 ve 459. maddelerinin yerini 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda md. 85 (taksirle öldürme) ve md. 89 (taksirle yaralama) almıştır. Emirlere, nizamla, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere aykırılık esasen kusur kavramına girdiğinden onun kasten veya ihmâl ile yapılmış olması bir fark yaratmaz. Madde 26'da sayılan tüm hallerde Kurumun işverene rücu hakkının işverenin kusurlu olması şartına bağlı olduğu anlaşılmaktadır<sup>5</sup>.

**III.** Bu vesileyle hatırlatalım ki, SSK md. 26/1'de işverenin Kuruma doğrudan doğruya sorumluluğu düzenlenmişken, md. 26/2'de işverenin dolaylı yani çalıştırdığı kişinin eyleminden dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak md. 26/2'de "şayet kusuru varsa" denmiş olmakla, işvereni çalıştırdığı kişinin eyleminden (sigortalıya zarara uğratan) sorumlu tutabilmek için onun da kusurlu olması şartı arandığı anlatılmak istenmiştir. Bilindiği gibi BK md. 55 veya 100 kapsamında işverenin yanında çalıştırdığı veya kendisine yardımcı olan kişinin eyleminden sorumlu tutulabilmesi için ne bu üçüncü

**İş kazası ve meslek hastalığı primini Kuruma tek başına ödemekle yükümlü olan işverenin neden bir de meydana gelen zararı ödemek durumuyla karşı karşıya bırakıldığı doktrinde eleştirilmektedir.**



kişilerin ne de kendisinin kusuru aranmamışken SSK md. 26/2'de kusura dayanan özel bir sorumluluk getirilmiştir<sup>2</sup>. Ekleyelim ki, işverenin buradaki sorumluluğu işçinin seçim ve denetimindeki kusura dayanan sorumluluktur. Kurumun zarara sebep olan işverene veya üçüncü kişilere rücu hakkının hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Bazıları bunu (örneklerine BK ve TK'da sıkça rastlanan) basit bir "rücu hakkı" biçiminde nitelendirirken, baskın görüş ve Yargıtay'ın da kabul ettiği fikir bunun "kanuni halefiyet" olduğu yolundadır<sup>3</sup>. Yargıtay 1.7.1994 tarih ve E. 1992/3, K. 1994/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, SSK md. 26/1'den doğan rücu davalarının temelinde geri alma hakkı bulunan "kendine özgü nitelikte bir haleflik" hukuki temeline dayandığı sonucuna varmakla bu konudaki tartışmayı önemli ölçüde soğutmuştur.

### BK md. 55 veya 100 kapsamında işverenin yanında çalıştırdığı veya kendisine yardımcı olan kişinin eyleminden sorumlu tutulabilmesi için ne bu üçüncü kişilerin ne de kendisinin kusuru aranmamışken SSK md. 26/2'de kusura dayanan özel bir sorumluluk getirilmiştir.

**IV.** Yukarıda görüldüğü gibi SSK md. 26/1'deki sözlerden, Kurumun işverene başvurma hakkının işverenin ağır kusuruna bağlanmış olduğu gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Oysa bu görüntü pek inandırıcı değildir. Çünkü iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı o denli ayrıntılı hükümlerle donatılmıştır ki, işverenin en küçük bir ihmali dahi kendisini sorumlu sandalyesine oturtmaya yetmektedir. Ayrıca uygulamada mahkemeler bu konuda o kadar katı davranmaktadırlar ki, uyumsuzlukların tamamına yakın bir kısmında işverenler bir iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla en küçük bir kusurdan dahi büyük oranlarda sorumlu tutulmaktadır. Gerçekten Yargıtay, çeşitli kararlarında (önceki İşK. md. 73'de, yeni İşK. md. 77'de belirtildiği gibi) işverenleri işyerlerinde "iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak..."la yükümlü tutmaktadır. Hatta Yargıtay 10. HD'nin eski bir kararında belirtildiği gibi, mevzuatta yer almamış olsa bile işveren, işçi sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorundadır<sup>4</sup>. Gerçekten in-

sanın sağlığı ve can güvenliği her türlü değerlerin üstünde kutsal bir değerdir. İş yaşamının her türlü tehlike ve olumsuzlukları içinde bile bu değerlerin korunması gerekir. Bu nedenle insan sağlığının ve can güvenliğinin korunmasının söz konusu olduğu durumlarda katı ve kesin çözümlerden kaçınmak gerekir. Bununla birlikte iş kazalarının ancak "tümüyle kaçınılmaz" olduğu durumlarda işverenin sorumluluğundan söz edilemez<sup>5</sup>. Diğer bir ifade ile kaçınılmaz bir nedenden kaynaklanan iş kazası veya meslek hastalığından ötürü işverenin sorumlu tutulması için ilgili mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olması gerekir. Kaçınılmazlık sosyal sigortalar uygulamasında, hukuksal ve teknik anlamda, olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği durumları

anlatan bir kavram olarak tanımlanır<sup>6</sup>. Teknik arıza, araç ve gereçteki imalat hatalarından dolayı meydana gelen kazada işverenin bu kazanın meydana gelmesindeki rolü saptanamadığı takdirde de onun Kuruma karşı sorumluluğundan söz edilmemelidir<sup>7</sup>. Bununla birlikte kazanın, işte deneyimsiz işçi çalıştırma, teknik hata, bakım hatası, fabrika çıkışlı da olsa makinede koruyucu bulunmaması yüzünden meydana gelmiş olması halinde ya da aynı işyerinde ya da daha önce aynı tür iş kazalarının meydana gelmiş olması durumunda olayın kaçınılmaz olarak nitelendirilmesine yetmez<sup>8</sup>.

**V.** Bir yandan SSK md. 26'nın kusurlu sorumluluğu öne çıkartan ifadesi, öte yandan bunun doğal sonucu olarak Yargıtay içtihatlarında işverenin kurtuluş delili getirmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı vurgulanmış olması karşısında 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'la md. 26/1'in sonuna "işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" biçiminde bir kural eklenmiştir. Ancak söz konusu maddeye eklenen cümlede "kaçınılmazlık ilkesi"nden söz edilmişse de bu ifade yanlıştır. Çünkü kaçınılmazlık

## İş kazalarının ancak "tümüyle kaçınılmaz" olduğu durumlarda işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

bir ilke olmayıp borçluyu borcundan kurtaran ya da borçlunun fiili ile buna bağlanan hukuki sonuç arasındaki uygun illiyet bağıını kesen mücbir sebep ya da umulmayan halin (kazanın) en önemli unsurudur. Bu konuya aşağıda tekrar değineceğiz. Ayrıca zararı ödeyen Kurumun zarara neden olan işverene başvuru şartlarıyla ilgili maddede işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık durumunun dikkate alınması ne kadar doğal ise de hükümde işçi sorumluluğundan da söz edilmesi doğru olmamıştır. Zira Kurumun başvurusu işverenin kusurundan dolayı sorumluluğuna dayanır. Kuruma karşı işçinin sorumluluğundan söz etmek yersiz olmuştur. Bu hususa da aşağıda tekrar değineceğiz.

Yargıtay 10. HD'nin inceleme konusu yaptığımız kararı da zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde kaçınılmazlık durumu varsa, işverenin, Kurumun açtığı rücu davasından sorumlu tutulamayacağını dile getirmektedir. Karardaki önemli vurgu, SSK md. 26/1'in kusursuz (objektif) sorumluluğa olanak tanımayan ifadesi karşısında işverenin kaçınılmazlıktan da sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ifadesidir. Gerçekten yukarıda da açıklandığı gibi md. 26/1 ve hatta 26/2 açıkça, Kurumun sigortalıya yaptığı gider ve yardımlar için işverene başvurusunu, bunun zararlandırıcı olaydaki kusur derecesine bağlamıştır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk rücu davalarında söz konusu edilemez<sup>11</sup>. Nitekim Yarg. 10. HD, 18.10.2004 tarih ve E. 6893, K. 9341 sayılı bozma kararında, tazminat davasında iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak düzenlenen kusur raporunda olayın % 100 kaçınılmaz olduğundan söz edilerek işverenin kusursuz bulunmasına rağmen risk teorisine dayanılarak sorumlu tutulan işverenin, rücu davasından sorumlu tutulmaması gerektiğine hükmetmiştir<sup>12</sup>. Aynı daire, 1.4.2003 tarih ve E. 1424, K. 2992 sayılı kararında ise, zararlandırıcı olayın meydana gelmesini % 40 oranında kaçınılmazlığa, % 20 oranında işçi kusuruna bağlayan bilirkişi raporu esas almak sure-

tiyle gerçek zarar tutarından bu oranlar düşüldükten sonra ortaya çıkan oran için rücu davasında Kurum alacağına hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır<sup>13</sup>. Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme burada rücu davasının müddeabihini kaçınılmazlığın oranına göre belirlemiştir. Bunun adil ve md. 26/1'in amacına uygun bir düşünce olduğu görülmüştür.

Aynı daire 5.7.2004 tarih ve E. 4798, K. 6394 sayılı kararında ise, rücu davasında hükme esas alınan ve olayın meydana gelmesini % 100 kaçınılmazlığa bağlayan bilirkişi raporuna rağmen, olayda alınması gerekli tüm önlemlerin alınmadığı sonucuna vararak, yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak rücu davasını reddeden iş mahkemesi kararını bozmuştur. Yüksek Mahkemeye göre kaçınılmazlıktan söz edebilmek için, işveren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile teknolojinin gerektirdiği bütün önlemleri almış olmasına rağmen beklenmedik ve önlenemez nedenlerle iş kazasının meydana gelmiş olması gerekir<sup>14</sup>.

Bu vesile ile şunu da belirtmek gerekir ki, SSK md. 26/1 ve 26/2'deki işverenin sorumluluğu kusur esasına dayandığı için işverenin Kuruma karşı sorumluluktan kurtulmak amacıyla kurtuluş beyinesi (delili) getirme hakkına sahipken, iş kazası ve meslek hastalığı dolayısıyla sigortalı ve hak sahiplerinin işverene karşı açacakları tazminat davasında işveren bu hakka sahip değildir. Diğer bir ifade ile işverenin zarara uğrayan sigortalıya karşı sorumluluğu doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen görüşe göre<sup>15</sup> "risk teorisine" dayalı kusursuz sorumluluğa dayandığından işverenin kusursuz da olsa iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi tamamen kaçınılmaz dahi olsa kendisi gene sorumlu tutulmaktadır. İn-

**Kaçınılmazlık bir ilke olmayıp borçluyu borcundan kurtaran ya da borçlunun fiili ile buna bağlanan hukuki sonuç arasındaki uygun illiyet bağıını kesen mücbir sebep ya da umulmayan halin (kazanın) en önemli unsurudur.**

celediğimiz kararda bu farklılığı işaret edilmiştir. Kuşkusuz hakim kusursuz sorumlu işverenin zarara uğrayan sigortalıya ödeyeceği tazminatın miktarını belirlerken Borçlar K. md. 43 ve 44 hükmünü göz önünde tutacak ve tazminattan uygun bir indirim yapacaktır. Uygulama da esasen bu yoldadır<sup>18</sup>.

Bu noktanın tartışmasına girişmek bu karar incelemesinin dar sınırlarını aşacağı için bu hatırlatmayı yaparak kaçınılmazlık ilkesine biraz da genel hukuk ilkeleri açısından yaklaşmak istiyoruz.

**VI.** Özel hukukta sözleşme ilişkilerinde veya haksız fiillerde borçlunun ya da failin sorumluluğunu belirlerken fiille (ya da sebeple) sonuç arasında bulunması gereken uygun illiyet bağı kurulamaz ya da kesilir ise borçlu ya da fail sonuçtan sorumlu tutulamaz. Uygun illiyet bağını kesen sebepler başlıca üç tanedir: Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru<sup>19</sup>. Kaçınılmazlık, uygun illiyet bağını kesen sebeplerden en önemli olanı olup mücbir sebebin bir unsurudur. Doktrinde mücbir sebep, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan öngörülemez, karşı konulamaz ve dışarıdan gelen olağanüstü bir olay olarak tanımlanır<sup>20</sup>. Mücbir sebep çoğunlukla yıldırım düşmesi, kasırga, deprem, sel gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir. Çoklukla uygulamada mücbir sebeple umulmayan hal (kaza, olağanüstü hal) birbiriyle karıştırılır, hatta bunlar eş anlamlı olarak da kullanılır. Gerçekten görünüş ve nitelik itibarıyla ikisi arasında önemli bir fark yoktur<sup>21</sup>. İki kavram arasındaki fark daha çok olayın meydana geliş şeklindeki yoğunluk ve şiddet derecesi ile ilgilidir. Mücbir sebep teşkil eden olay umulmayan hale göre daha şiddetli ve mutlak bir kaçınılmazlık arzederken, umulmayan

**Mücbir sebep teşkil eden olay umulmayan hale göre daha şiddetli ve mutlak bir kaçınılmazlık arzederken, umulmayan hal daha sınırlı bir etkiye sahiptir.**

**Bir yangın, yerine göre umulmayan hal, yerine göre mücbir sebep sayılabilir.**

hal daha sınırlı bir etkiye sahiptir. Mücbir sebep borçlu veya sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışardan gelen bir olay iken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir. Ayrıca mücbir sebep daima illiyet bağını kestiği halde, umulmayan hal bazen illiyet bağını tek başına kesmeyebilir<sup>22</sup>. Örneğin bir yangın, yerine göre umulmayan hal, yerine göre mücbir sebep sayılabilir. Bir başka ifade ile umulmayan halde öngörülemezlik, kaçınılmazlık, tamamen sübjektiftir, yani sorumlu veya borçlu bakımındadır. Oysa mücbir sebepte öngörülemezlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır<sup>23</sup>. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir<sup>24</sup>. İsviçre Federal Mahkemesine göre de mücbir sebep teşkil eden bir olayın zarar verici sonucu, herkes için kaçınılmaz ve mutlak anlamda önlenmesi imkânsız kısacası kaçınılmazlık objektif olmalıdır<sup>25</sup>.

**VII.** Yargıtayımızın SSK md. 26/1'deki kaçınılmazlık unsurunu mücbir sebepte olduğu gibi objektif ve mutlak anlamda mı ele aldığı, yoksa sorumlu kişi bakımından sübjektif olarak mı algıladığını rastlayabildiğimiz kararlardan kesin olarak tespit etmek pek mümkün olmamıştır. Bir olayda bir tekstil fabrikasında kumaşın mile sarılmaması üzerine müdahalede bulunan sigortalının uğradığı kaza bilirkişi tarafından % 100 kaçınılmaz olarak değerlendirilmişken, Yargıtay 10. HD bunu, "Şayet kumaş sarma işlemi uygun şekilde yapılmış olsaydı, sigortalı buna müdahale etmeyebilir ve böyle bir kaza da meydana gelmeyebilirdi" gerekçesiyle olayda kaçınılmazlık bulunduğunu kabul etmemiş ve iş mahkemesi kararını bozmuştur<sup>26</sup>. Bu kararda Yargıtay'ın kaçınılmazlığı mutlak ve objektif anlamda ele aldığı söylenebilirse de, tüm kararlarında böyle bir yaklaşım sergilediğini söylemek mümkün değildir. Kanımca sergilenmesi de doğru değildir. Çünkü Yargıtay'ın yıllardır bu konuda verdiği kararlarda zararlandırıcı olayın meydana gelme-

## Yeni yasada işverenin sorumluluğunun tespitinden söz edilmişse de, işçinin sorumluluğu sözleri çıkarılmıştır.

sinde rol oynayan kaçınılmazlık olgusuna, olayına göre bazen objektif ve mutlak, bazen de sübjektif ve nisbi olarak yaklaştığı söylenebilir.

Yasakoyucu da uygulamayı izledikten sonra 2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'la SSK md. 26/1'e "kaçınılmazlık ilkesi (unsuru olacak) dikkate alınır" hükmünü eklerken, kaçınılmazlığı sadece mücbir sebebin bir unsuru anlamında mutlak ve objektif olarak düşünmüş olamaz. Fikrimce, maddedeki kaçınılmazlık unsuru her olayın kendi özelliği çerçevesinde bazen bir mücbir sebep kapsamında mutlak ve objektif anlamda, bazen de umulmayan hal kapsamında ve sübjektif anlamda değerlendirilmelidir. Bu anlayış bir yandan kusur ilkesini benimseyen md. 26'nın amacına öte yandan da hukuk adaletine daha uygun düşer. İncelediğimiz karardan hangi yaklaşımın benimsendiğini anlamak mümkün değildir. Dileğimiz rücu konusunda verilen Yargıtay kararlarının bu tartışmaya değinecek şekilde biraz daha ayrıntılı kaleme alınmasıdır.

Bu vesile ile hatırlatalım ki "İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" sözleri 1.1.2007'de yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işverene ve üçüncü kişilere başvurusunu düzenleyen 21. maddeye de hemen hemen aynen alınmıştır. Sadece yeni yasada işverenin sorumluluğunun tespitinden söz edilmişse de, işçinin sorumluluğu sözleri çıkarılmıştır. Bu da doğaldır. Zira yukarıda değindiğimiz gibi Kurum rücu hakkını zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan işverene karşı kullanır. Sigortalı kusurlu dahi olsa ona başvuru olmaz. Kurum olsa olsa kusur durumuna göre sigortalıya ya sağlık yardımlarını yapar fakat gelir ve ödenek ödemez ya da kusur derecesine göre sigortalıya vereceği ödenek ve gelirlerde indirim giderir. Her şeye rağmen 5510 sayılı Kanun'da

da bu konuda fazla bir açıklık bulunmadığından kaçınılmazlığın ölçüsü ve niteliği gene tartışılabilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Güler-Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2001, 193-194; M. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Yeni Bası, Ankara 1986, 187.
- 2 N. Franko, S.S. Kanununun 20. Maddesi Hükümlerine Müteallik Bazı Mülahazalar, M. Ekonomi, 60. Yaş Günü Armaganı, Ankara 1993, 455 vd.
- 3 Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. bası, İstanbul 2005, 426.
- 4 SSK md. 26/1.
- 5 Tuncay-Ekmekçi, 428.
- 6 Çenberci, 194; Tuncay-Ekmekçi, 430.
- 7 Tuncay-Ekmekçi ve orada anılan yazarlar, Ayrıca Güzel Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. bası, İstanbul 2004, 271 ve orada anılan yazarlar.
- 8 10. HD., 1.11.1974, E. 4328, K. 6363; Cuhruk Çolakoğlu-Bükey, Sosyal Sigortalar, Ankara 1977, 326.
- 9 Güzel Okur, 274.
- 10 U. Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C. 1, Ankara 2002, 511; Yarg. 10. HD., 6.10.1992, E. 4228, K. 9100; Yarg. 21.1.1993, E. 5063, K. 219; Araslı, 547, 557. Ayrıca Yarg. HGK, 16.10.1958, E. 10-197, K. 826; A. Güzel, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, 208-209; 10. HD., 25.9.1989, E. 4448, K. 6458; A. R. Okur, Değerlendirme 1989, 211.
- 11 Araslı, 511; R. Arslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, 328.
- 12 Güzel, Değerlendirme 1985, 210-211; Arslanköylü, 328; Çenberci, 207'de anılan kararlar.
- 13 Araslı, 51; Yarg. 10. HD., 10.2.1992, E. 1983, K. 1230; 24.12.1991, E. 250, K. 11442; Araslı, 558.
- 14 Okur, Değerlendirme 2004, 224.
- 15 Legal İşH ve SĞHD, 2004/4, 1509
- 16 Okur, Değerlendirme 2004, 224.
- 17 Bu husustaki görüşler için bak. S. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 209 vd.
- 18 Tuncay-Ekmekçi, 433.
- 19 F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 6. bası, İstanbul 1998, 539; Oğuzman Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. bası, İstanbul 2000, 506.
- 20 Eren, 539 ve orada anılan yazarlar.
- 21 Tekinay Akman-Burcuoğlu Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, 1002-1003; Eren, 540.
- 22 Eren, 540.
- 23 Tekinay, 103; Oğuzman Öz, 546.
- 24 Eren, 542.
- 25 Eren, 543.
- 26 5.7.2004, E. 4798, K. 6394; İstanbul Barosu D., 2005/1, 233.
- 27 SSK md. 110, 111.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine

### I. GİRİŞ

Bilindiği üzere hukukun diğer alanları gibi iş ve sosyal güvenlik hukukunda da evvelden beri kimi yasaya (düzen kurallarına) aykırı tutumlar çeşitli yaptırımlarla karşılanmıştır. Bu yaptırımlar içinde idari para cezaları ve işyerinin kapatımı vs. gibi olgular da mevcuttu ve halen de mevcuttur. Üstelik idari para cezası vs. gibi idari yaptırımlara karşı çeşitli yargı yerleri görevlendirilmiştir<sup>1</sup>. Çeşitlilik içerisinde de sistem böyle devam ederken, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılarak 01.06.2005'den itibaren yürürlüğe konmuştur. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak, hem genel olarak kabahat ve idari yaptırımlara yer verilmiş, hem de bir idari işlem niteliğine rağmen idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezalarına karşı adli yargı (Sulh Ceza - Ağır Ceza Mahkemesi) görevli kılınmıştır (KK. 2 vd., 27-29). Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun diğer yasalardaki kabahatler bakımından da "genel kanun" niteliği taşıdığından söz edilmiştir (KK.3).

Kabahatler Kanunu'nun getirdiği sistemin isabeti ve bilhassa idari para cezası vs. öngören diğer yasalar karşısındaki konumu ve işlevi çeşitli tartışmalara yol açmıştır<sup>2</sup>. Tartışma sadece öğretisel olmayıp idare mahkemeleriyle ceza mahkemeleri arasında da yaşanıyordu ve Uyuşmazlık Mahkeme-

si de verdiği çeşitli kararlarla buna katılmaktaydı<sup>3</sup>. Tartışmalar böylece devam ederken bu kez Anayasa Mahkemesi de 01.03.2006'da verdiği bir karar ile Kabahatler Kanunu'nun kimi hükümlerini iptal ederek olaya yeni bir boyut kazandırmıştır (AYM. 01.03.2006-E.2005/108, K.2006/35). İşte aşağıda bu karara yönelik değerlendirmede<sup>4</sup> bulunulacaktır.

### II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA AİT ÖZET BİLGİLER

1. Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine vesile olan şey, birisi Ağır Ceza Mahkemesi (Giresun Ağır Ceza Mhk.) ve 11. Sulh Ceza Mahkemesi ve nihayetinde birisi de İdare Mahkemesi (Malatya Bölge İdare Mhk.) olmak üzere toplam 13 yerel mahkemenin 5326 sy. Kab.K'nun çeşitli (3, 23/1, 24/1, 27/1, 28, 29, Geç.2, Geç.3) maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'ne başvurmalarıydı. Anılan mahkemelerin KabK.'nin ilgili maddelerinin anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalini ve "yürürlüklerinin durdurulmasını" talep ettikleri anlaşılmaktadır (AYM kararı I. Olay kısmı ve AYM kararı. II).

2. Söz konusu başvuru dosyalarını değerlendiren AYM yaptığı ilk incelemede, KabK. 29, Geç. md.2 ve Geç. md.3 için yapılan başvuruların "başvuran mahkemelerin yetkisizliği" nedeniyle ve oybirliğiyle

## Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğinden ve diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağından söz eden maddesini Anayasaya aykırı bularak ve oyçokluğuyla iptal etmiştir.

"reddi"ne karar vermiştir (AYM kararı- IV). Sonra işin esasına geçen AYM; KabK.'nin ilgili kurallarının (iptal yürürlüğe girene dek) "yürütmesinin durdurulması" taleplerini de ilgili başvurularda bunun için aranan koşullar oluşmadığından dolayı oybirliğiyle reddetmiştir (AYM kararı -V).

3. Daha sonra anayasaya aykırılığı iddia edilen KabK. hükümlerini ele alan AYM sırasıyla,

KabK.'nin genel kanun niteliğinden ve diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağından söz eden maddesini (KabK. 3) Anayasaya aykırı bularak ve oyçokluğuyla iptal etmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse AYM., Anayasa'nın adli yargı - idari yargı ayırımı yaptığını ve bu çerçevede "idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargıya ait olduğu"nu, kanunkoyucunun da idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargıyı görevlendirme hususunda geniş takdir hakkının bulunmadığını dile getirmiştir. AYM; basit nitelikteki suçlar hakkında idari yargı görevlendirilmesini, ama daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarında adli yargının da görevlendirilebilir olmasını ve nihayet "idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak idari yargı alanından çıkarılıp adli yargıya bırakılmasını" Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

4. Cumhuriyet Savcısının idari yaptırım kararı verme yetkisi (KabK. 23/1) ile mahkemenin idari yaptırım kararı verme yetkisinin (KabK. 24/1) Anayasa'ya aykırı olmadığı da karara bağlanmıştır (AYM kararı -VI C,D).

5. İdari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararlarına karşı izlenecek bir kanun yolu olan "başvuru yeri ve süresi ile başvurunun incelenme yöntemi"ne ilişkin hükmün

(KabK. 27/1, 28) de Anayasa'ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir. Bu yapılırken de KabK.'nin "çeşitli kabahatler"den söz eden II. Kısım hükümlerinin (KabK. 32 vd.) aslında 765 sayılı TCK. tarafından hafif hapis veya hafif para cezası gibi gerçek birer ceza ile cezalandırılan eylemleri düzenleyip yaptırımını idari para cezasına dönüştürdüğü, oysa onların adli yargıdan dışlanması için yaptırımın adının "idari" olarak değiştirilmesinin yetmeyeceği dile getirilmiştir (AYM kararı-VI/E).

6. KabK. md.3 'e yönelik iptal kararınınsa AYM kararının RG'de yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesi oybirliğiyle karara bağlanmıştır (AYM Kararı - IX C). Karar 22.07.2006'da RG'de yayınlanmış olup 22.01.2007'de yürürlüğe girecektir.

7. Anayasa Mahkemesi KabK. ile ilgili olup aşağıda değerlendireceğimiz bu karardan sonra da yine KabK. 3, 27 ve 28. maddeleriyle ilgili bir karar vermiştir (AYM. 05.09.2006-E.2006/125, K.2006/84 - RG. 03.11.2006). Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesinin (5015 sy. Petrol Piyasası Kanunu md. 21'deki düzenleme bağlamında) yaptığı başvuru üzerine verilen bu Karardaysa;

a) KabK. 3 daha önce iptal edildiğinden buna ilişkin isteğin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddine,

b) KabK. 27/1 ile 28 hükümlerininse 01.03.2006 tarihli kararda Anayasa'ya aykırılık ve iptal iddiasının reddine karar verildiğinden, bu kararın RG'de yayımı (22.07.2006) tarihinden itibaren 10 yıl geçmedikçe yeniden başvuru yapılması mümkün olmadığı gerekçesiyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir (05.09.2006 tarihli AYM kararı -V,VI.).

### III. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda özet olarak içeriği hakkında bilgi verdiğimiz 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sy. Anayasa Mahkemesi kararının inceleme ve değerlendirimi noktasında şunları söyleyebiliriz.

1. KabK. md. 3 hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda her şeyden önce denebilir ki; Yasanın bu hükmü "genel kanun niteliği" kenar başlığını taşımakta ve içerik olaraksa "bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır" demektedir.

Yukarıda da söylendiği üzere genel olarak suçların "cürüm" ve "kabahat" biçiminde ikiye ayıran kla-

sik yaklaşımdan farklı olarak son yıllarda kabahatleri teknik-hukuki anlamda (ceza hukuku manasında) suç sayarak teknik anlamda "ceza"ya bağlayan eğilim terk edilmektedir. Bizde de kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ağır basınca hem bunu düzenleyerek kabahatleri "idari eylem" ya da "idari suç" saymak ve hem de çeşitli özel yasalara serpiştirilip dağınık durumda bulunan kabahatleri genel ve belli bir düzene/rejime bağlamak için 5326 sy. KabK. çıkarılmıştır. İşte bu KabK. md. 3 hükmü de KabK.'nin kabahat öngören diğer yasalar bakımından genel kanun niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu anlayışı KabK.'nin genel gerekçesi ile md. 3'e ait madde gerekçesinde de bulabiliriz<sup>5</sup>.

İşte KabK., bu niteliğiyle md.1-31 (dahil) arasında yer alan hükümlerinin (ki bunlar genel hükümlerdir) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını belirtirken (KabK.3): kaba-

kümlerden ve idari işlemlerin doğasından çıkarılabılır. Her ne kadar kabahatler (idari suçlar) için öngörülen idari yaptırımlar idare tarafından uygulanırsa ve bir yanıyla cezalandırma eğilimi taşısalar da, bu onların gerçek bir suç ve ceza oldukları anlamını vermez. Bu yüzden anılan idari yaptırımlara karşı itirazlarda idari yargının görevli olması daha anlaşılır gözükür.

Kaldı ki böyle bir çözüm, kabahatleri teknik-ceza hukuku anlamında suç olmaktan ve onlara denk gelen yaptırımları da gerçek bir ceza olmaktan çıkarma yönündeki temel espriye de uygun olurdu. Nitekim AYM kararına O. A. Paksüt'ün yazdığı karşı oy yazısı da bu yöndedir denilebilir. Oysa KabK., anılan eylemleri suç olmaktan çıkarıp idari eylem/idari suç ve karşılığını da idari yaptırım haline sokarak suç ve ceza hukukundan uzaklaşmayı amaçlamakta ve buna aykırı olarak

**Kabahatler (idari suçlar) için öngörülen idari yaptırımlar idare tarafından uygulanırsa ve bir yanıyla cezalandırma eğilimi taşısalar da, bu onların gerçek bir suç ve ceza oldukları anlamını vermez. Bu yüzden anılan idari yaptırımlara karşı itirazlarda idari yargının görevli olması daha anlaşılır gözükür.**

hatin anlamı, işlenişi vs. ile kabahatlere yönelik idari yaptırımları ve idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları vs. konularında düzenleme yapmıştır. Anılan hükümler incelendiğinde gerçekten de idarenin kamu gücünü kullanarak aldığı idari yaptırım kararlarından bazılarında yönelik itirazların doğası icabı tabi olması gereken idari yargıdan alınarak adli yargıya (ceza mahkemelerine) bırakıldığı görülmektedir. İdari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yollarının duruma göre sulh ceza ya da ağır ceza mahkemesine "başvuru" (KK. 27/1) ve ağır ceza mahkemesine "itiraz" (KK. 29) olduğu anlaşılmaktadır. Yani idari yargıya girmediği görülür. Halbuki Anayasa'da da ifadesini bulan adli yargı-idari yargı ayrımı (AY. 140, 155, 156-157, 158-159) bağlamında, idari bir işlemin (idari yaptırım kararları da bir idari işlemdir) idari yargıda uyuşmazlık konusu edilerek çözümlenmesi işin doğası gereğidir. Ancak bu husus Anayasa'da açıkça belirtilmiş değilse de serpiştirilen hü-

yargılamada adli yargıyı (suç ve ceza yargısını) görevli saymaktadır. Hal böyle olunca yasanın gerekçelerindeki amacı ile getirdiği kural çelişmekte ve deyim yerindeyse "bu ne perhiz bu ne lahana turşusu!" dedirtmektedir. Bizce asıl tuhaflık buradadır. Yoksa Anayasa'daki Danıştay'la ilgili hükmü (AY. 155) ve ilgili diğer hükümlere söz itibarıyla bir aykırılık yoktur (Krş. O. A. Paksüt'ün karşı oy yazısı).

Zira KabK. bütün idari işlem ve eylemleri adli yargıya tabi kılmadığı gibi yine tüm bunlardan Danıştay incelemesini de engellemiş değildir. Engellenen sadece idari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari kararların idare mahkemeleri ve sonuçta Danıştay süzgecinden geçmeleridir. Aslında Anayasa bu konuda kesin ölçütler getirmeyip tercihi kanunkoyucuya bırakmıştır. Fakat kanunkoyucu da bu tercih yetkisini oldukça cömert kullanıp çoğu idari işlemi şimdiye dek olmadığı ölçüde idari yargının görev alanından çıkarmıştır. Sanki yasakoyucu, uyuşmazlıkların gire-

ceği yargı yerini belirlerken şimdiye dek sergilediği kanunkoyma teamülüne aykırı davranmıştır, denebilir<sup>8</sup>. Ancak böyle bir teamül de Anayasa kuralları denebilirse, Anayasa'ya aykırılıktan söz edilebilir. Yoksa Anayasa hiçbir maddesinde bütün idari işlemlerin idari yargıya tâbi olacağına dair kural içermemektedir. Kanunkoyucu da bütün idari işlemleri idari yargıdan kaçırması değildir. Yine idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın görevli olduğu bir alan KabK.'ya rağmen mevcuttur.

● Anayasa Mahkemesi'nin basit nitelikteki suçlar (kabahatler) için uygulanan idari yaptırımları idari yargıya tâbi tutarken, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarında konu idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirdi-

salardaki hükümleri yürürlükten kaldırmadığı (onları değiştirmedeği) benimsenirse iptal kararının çok da önemsenmeyeceği söylenebilir.

Gerçekten önceden de söylediğimiz gibi bizce KabK. md. 3 hükmü diğer hükümleriyle de birlikte değerlendirildiğinde, aslında idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi biçiminde idari yaptırım öngören özel yasalarda açık veya örtülü bir değişikliğe açmamıştır. Zira o, diğer yasalara (örneğin İŞK., SSK. -şimdi SSGSSK.- vs. gibi) göre "genel kanun" iken, diğer yasalar da buna karşı "özel yasa" niteliğine sahiptir. Açıkça belirtilmediği takdirde, sonraki tarihli de olsa bir genel kanunun kendinden önce çıkarılmış bir özel kanunu örtülü biçimde yürürlükten kaldırması

### Anayasa Mahkemesi'nin basit nitelikteki suçlar için uygulanan idari yaptırımları idari yargıya tabi tutarken, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarında konu idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirdiği için, konunun adli yargıya bırakılabileceğini belirtmesi ilginçtir.

ği için, konunun adli yargıya bırakılabileceğini belirtmesi de ilginçtir. AYM, bu ağır idari yaptırımların idari değil cezai yanının ağır bastığını dile getirmektedir. Nitekim V-E başlığı altında bundan söz edilmektedir.

Gerçi AYM'nin "daha ağır suç oluşturan eylemler"den kastının KabK. 32 ve devamında düzenlenen fiiller olduğu ve bunların eski 765 sayılı TCK. 526 ve devamında düzenlenen olguları anlattığı, ayrıca 5252 sayılı Kanun ile çeşitli yasalardaki hafif hapis veya hafif para cezası gibi gerçek cezaların idari para cezasına dönüştürümüyle de bağlantılı olduğu söylenebilir. (AYM kararı-VI/E)<sup>9</sup>. Fakat kimileri daha ağır da olsa anılan eylemler suç olmaktan çıkarılıp idari suç konumuna ve yaptırımları da ceza değil, idari yaptırıma dönüştürüldükten sonra bunun en doğal yargılamasının uzman yargı yeri olan idari yargıda yapılması beklenirdi<sup>10</sup>.

Tüm bunlardan sonra Kabahatler Kanunu md. 3'ün kabahat öngören özel yasaları değiştirdiği anlayışı kabul edilirse, Anayasa'ya aykırılık olgusuna rağbet artabilecektir.

● Oysa KabK.'nın (bilhassa KK. 3'ün) özel ya-

mümkün değildir. Bu yüzden KabK., özel yasalar karşısında sadece boşluk doldurucu bir işleve sahip olup onlarda hüküm bulunmayan noktalarda uygulama imkânı bulacaktır. Yoksa onlardaki özel hükümleri yürürlükten kaldırmış değildir<sup>11</sup>. Bu yüzden ki, bizce KabK. 3 hükmünün iptal edilmiş olması pek bir şey ifade etmemektedir. Artık boşluk doldurucu işlevini de yitirdiği ve böylece özel yasalardaki (İŞK., SSGSSK. vs dahil) uygulama şansının da iptal kararının yürürlüğe girmesiyle kaybolduğu söylenebilir. Zira genel kanun niteliği ortadan kalkmaktadır. Ama iptal kararı uygulama ve bir kısım öğreti bakımından tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Böylece özel yasalardaki kurallar bakımından KabK.'nin genel kanun niteliğiyle uygulanma imkânı da ortadan kalkmaktadır.

Gerçekten de KabK.'nin diğer kanunlardaki kabahatlere ve onlardaki idari para cezalarıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesi biçimindeki idari yaptırımlara da yollama yapan ve genel kanun niteliği ile onlara da uygulanmayı öngören hükmü iptal edilip AYM kararının yürürlüğe girmesiyle ortadan



## **İptal kararı uygulama ve bir kısım öğreti bakımından tereddütleri ortadan kaldırmaktadır.**

kalkacaktır. Fakat iptal kararı, kararın RG.'de yayımlandığı günden (22.07.2006'dan) 6 ay sonra (22.01.2007'de) yürürlüğe gireceğinden, bu esnada KabK. 3'ün genel kanun niteliği ile diğer yasalar bağlamında uygulanması noktasındaki tartışmalar ve uygulama devam edecektir. KabK. 3'ün diğer yasaları değiştirdiği kabul edilirse bu değişiklik iptalin yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkacağından, bu vakte kadar sistem devam edecek ve hemen idari yargı yetkili/görevli hale gelmiştir denilemeyecektir<sup>12</sup>. Ancak ilgili diğer yasalardaki özel hükümlerin de KabK. 3 ile yürürlükten kaldırıldığı/değiştirildiği kabul edilince KabK. 3'ün iptalinin yürürlüğe girmesiyle birlikte onların da kendiliğinden yeniden canlanıp hukuk hayatına döndüğü söylenemez. İptal kararı yürürlüğe girene kadar kanun koyucunun yeni ve işin özüne uyan bir düzenlemeye gitmesi beklenir. Zaten 6 aylık sürenin de bu yüzden verildiği açıktır. Yasa koyucunun yeni düzenlemeye giderken izleyeceği rotayı iyi belirlemesi gerekir. Buna göre,

a) Eğer kabahatler ve idari para cezası vs. konusunda tek bir rejim benimseyecekse; öncelikle yeni yasada ilgili özel yasalardaki hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmelidir (böylece tartışmaların da önüne geçilmiş olur). Fakat bunu yaparken de yasanın hazırlık çalışmalarında yalnızca ceza ve ceza usul hukuku uzmanlarıyla yetinilmemeli, idare hukuku ve iş hukuku gibi idari eylem/işlem ve idari yaptırım içeren diğer hukuk alanlarından uzmanlara da komisyonlarda yer verilmelidir. Aksi halde, bir alanın uzmanı ilgili diğer alanlarda da uzmanlığa sahip olmadığından, yapılacak düzenlemelerde yine çeşitli aksaklıkların yaşanması ihtimali yabana atılmamalıdır.

b) Fakat kanun koyucunun tercihi, kabahatleri ve idari para cezası vs. gibi idari yaptırımları genel ve tek bir rejime bağlamak yönünde olmazsa, ilgili diğer yasalarda KabK. 3 ile oluşturduğu bir kısım öğreti ve uygulama tarafından benimsenen boşlukları dolduracak özel düzenlemelere yer vermek gerekecektir. Hatta bu bağlamda KabK.'nin tümüyle yürürlükten kaldırılması da düşünülebilir.

c) Bizce yeni yasal düzenleme yapılırken idari yaptırım işlemini yapanın ve işlemin niteliğinin bu noktadaki (hangi yargı alanına gireceği noktasındaki) tek ayırıcı ölçüt olmaması gerekir. Bunlar yanında, ilgili idari işlemin doğası icabı özel olarak düzenlenmiş bir hukuk ve dolayısıyla yargı alanına ilişkin olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Bu bağlamda örneğin iş hukukunun kökeni ve genel karakteri itibarıyla özel hukuka aidiyeti yanında yer yer kamu (ve idare) hukuku yanında bulunduğu bilinir. Deyim yerindeyse onun "karma bir hukuk dalı" yahut "kendine özgü bir hukuk dalı" olduğundan sözedilir<sup>13</sup>. Hatta bu yüzdendir ki yasa koyucu (anayasada yer almasa da) iş hukuku alanındaki bireysel/toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü için (ceza mahk. veya idare mahk. niteliği olmayan) özel bir mahkeme olarak iş mahkemesini ihdas etmiştir (İşMahK. 1 vd.). Aynı şey sosyal sigortalar (sosyal güvenlik) hukuku bakımından da geçerlidir (506 sayılı SSK. 134, BağKurK. 70 yerine 01.01.2007'den itibaren SSGSSK. 101). Bunun nedeni, anılan uyuşmazlıkların ait olduğu alanın (iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanının) özel bir uzmanlık bilgisini gerektirmesidir. Bu yüzdendir ki, iş hukukuna ait kimi işlemler aslında idare hukuku anlamında bir idari işlem olmasına rağmen idari yargıya değil iş yargısına tabi tutulmuştur.

Durum bu olunca, iş hukuku ve hatta sosyal sigortalar hukukuna ait idari para cezalarının da konuyla ilgili uzman yargı yeri olan iş yargısına (iş mahkemelerine) bırakılması daha doyurucu olur. KabK. ve İşK. ile SSGSSK. düzenlenirken kaçırılan bu fırsatın AYM'nin KabK. 3 hükmünü iptaliyle birlikte yeniden yakalandığı ve iyi değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Gerçi AYM'nin gerek bu kararı ve gerekse daha önce SSK. 140'daki sulh ceza mahkemesine gitmeyi öngören hükmü iptal eden

**Kabahatler ve idari para cezası vs. konusunda tek bir rejim benimsenecekse; öncelikle yeni yasada ilgili özel yasalardaki hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmelidir.**

## KabK. md. 3'ün iptali anılan yasanın kabahat ve idari yaptırım öngören diğer/özel yasalar çerçevesindeki boşluk doldurucu rolünü de ortadan kaldırmıştır.

kararın (AYM. 08.10.2002-E.2001/225, K.2002/88) hatırlanırsa<sup>14</sup>, idari yargı dışındaki bir yargı alanına yine hoş bakmayacağı söylenebilir. Fakat AYM'nin anayasaya aykırılık bağlamında dayandığı hükümlerin bu iddiayı pek de doğrulamadığı açıktır.

### III. SONUÇ

KabK. md. 3'ün iptali bize göre anılan yasanın kabahat ve idari yaptırım öngören diğer/özel yasalar çerçevesindeki boşluk doldurucu rolünü de ortadan kaldırmıştır. Zira benimsediğimiz düşüncede KabK.'nin bu hükmü ilgili özel yasalardaki hükümleri zaten yürürlükten kaldırmamıştı, tek işlevi onlardaki boşlukları doldurmaktır. İptal kararının yürürlüğe girişiyle birlikte bu işlevini de kaybedecektir. Bizce özel yasalardaki hükümler hiçbir şey olmamış gibi uygulanmaya devam edecektir. Örneğin 4857 sayılı İşK.'daki idari para cezaları hususunda idari yargı yeri görevini (İşK. 108) sürdürecektir. Asıl sorun, KabK. md. 3'ün ilgili özel yasalardaki hükümleri yürürlükten kaldırıp değiştireceği anlayışını benimseyen öğreti ve uygulama bakımından ortaya çıkacaktır. Bunları yukarıda dile getirmiştik. Hal böyle olunca, yeni yasal düzenlemelere gitmek kaçınılmazdır.

### DİPNOTLAR

- 1 Bkz. A. Gülan, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanunu'nun Düzenlediği Yargısal Yol, Mercek/Ocak 2004, 61-65.
- 2 Bkz. Akyiğit, 4857 sy. İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Baskı, Eylül 2005, Sakarya, 186 vd. ile orada anılanlar. F. Şahlanan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil/Mart 2006, 5-15, A. Gülan, Kabahatler Kanunu'ndan sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil/Mart 2006, 159-170, C. Danar, İdari Para Cezalarında Yargı Yeri Neresi? MESS İşveren Gzt., Ocak 2006, 12, Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil / Haziran 2006, 23-29.
- 3 Gerçekten de çeşitli mahkemeler arasında yaşanan görevli yargı yeri noktasındaki tartışmalara Uyuşmazlık Mahkemesi de katılmış ve KabK. sistemi yönünde görevli yargı yerini belirleyen

kararlar vermiştir. Bunlardan 7 tanesi 21.11.2005 tarihinde verilmiş kararlar olup bunların tamamı 28.11.2005 tarihli RG.'de yayımlanmıştır. (Bu kararlara yönelik farklı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Şahlanan, 5-15 ve Gülan, KabK. sonrası, 159-170, Krs. Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, 23-29.) Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi daha sonra verdiği çok sayıdaki kararında da aynı anlayışı sürdürmüştür. (Bkz. 07.10.2006 tarihli RG.)

- 4 Konu hakkında bkz. E. Çilga, Kabahatler Kanunu'na Anayasa Mahkemesi'nden İptal, MESS İşveren. Gzt., Eylül 2006, 6, M. Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, THD, Kasım 2006 (Sayı 3) 63-68.
- 5 Gerekliler için bkz. C. Ülgen, Kabahatler Kanunu, (İByy.) İstanbul 2005, 11-13 ve 16-17. Ancak KabK.'nin yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan kimi yasalarda KabK. sisteminden ayrılarak yargı yeri ve idari yaptırım kararı verecek makam noktalarında farklı hükümler getirilmiştir. Yani yasanın arzuladığı tek düzene bağlama fikrine itibar edilmemiştir. Örneğin 18.07.2005'de yürürlüğe giren 03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Kanun (md. 22) ile 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Kanun'la değişik Çevre Kanunu'nda (md. 24 ve 25) durum böyledir. Bunlarda idari yargı görevlendirilmiştir.
- 6 Karabulut, 64 vd.
- 7 Nitekim S. Adalı ile M. Erten'in karara yazdıkları karşı oy yazısı da bu anlamdadır.
- 8 Fakat öğretilerde upki AYM gibi anılan düzenlemenin anayasaya aykırılığından söz edilmektedir. (M. Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, THD, Kasım 2006, Sayı:3, 63-68, 65 vd. Aslında henüz AYM'nin bu kararın yayımlanmadan yayımlanan bir incelemede de KabK. ile ona paralel düzenleme içeren yasa hükümlerinin Anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ne götürüldüğünde ciddi bir iptal riski bulunduğu söyleniyordu (Bkz. Şahlanan, 12).
- 9 Öğretilerde "daha ağır suç oluşturan eylemler" deyimine ne anlatılmak istendiği sorulmaktadır (Bkz. Karabulut, 67).
- 10 Bu doğrultuda Karabulut, 67 vd.
- 11 Bkz. E. Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, (Sicil - Haziran 2006) 22-29, Akyiğit, 4857 sy. İşK. da İdari Para Cezaları, 2. Baskı, Sakarya 2005, 180-226, Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, (md. 32-120 vd.) 2. Baskı, Ankara 2006, md. 108, 2240 vd. Fakat öğretilerde KabK.'nin ilgili özel yasaların hükümlerini değiştirdiği de ileri sürülmektedir. (Ö. Ekmekçi, ÇİD, Eylül 2005, 49-54, F. Şahlanan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil, Mart 2006, 5-15, A. Gülan, Kabahatler Kanunu'ndan sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil, Mart 2006, 159-164, L. Çelik / H. Sivrikaya, Kabahatler Kanunu Sonrası İdari Para Cezalarının Uygulanmasına Genel Bakış, YYDD, Aralık 2005, 13-20).
- 12 Krs. Karabulut, 66 dn. 18.
- 13 Akyiğit, İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006, 45.
- 14 Bu karara yönelik değerlendirmeler için bkz. E. İren, Anayasa Mahk.'nin İptal Kararından Sonra Para Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri Hakkında Düşünceler, ÇİD, Mayıs 2003, 33-37, U. Arslan, İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi, Kamu-İş D., (R. Aslanköylü'ye Arın.), 2004/3, 395-408.

Mehmet MAÇ

Yeminli Mali Müşavir

## Harcırahların Gelir ve Damga Vergisi Stopajları İle SSK Primleri Karşısındaki Durumu

### 1. GENEL AÇIKLAMA:

Gerçek kişilerin ve kurumların ticari, zirai, mesleki kazanç elde etmek için gösterdikleri faaliyetler kapsamında, iş sahibinin, personelin veya görevlendirilen diğer kişilerin yurtiçi veya yurtdışı seyahate gitmeleri gerekebilmektedir.

Vergi kanunlarımız, yapılan seyahatin işle ilgili olması, seyahat maksadının gerektirdiği süre ile sınırlı tutulması şartıyla, işin önemi ve genişliği ile mütenasip meblağlardaki gerçek seyahat giderlerinin belgelendirilmek suretiyle hasılatından indirilmesine izin vermektedir.

Seyahat giderlerinin belgelendirilmesi prensip olarak gerekli bulunmakla birlikte bunun yerine, belge gerektirmeksizin ve iş seyahatindeki yeme ve yatma giderlerinin karşılığı olarak seyahate gidene harcırâh gündeliği verilmesi ve bunun hasılatından indirilmesinin tercih edilmesi de mümkündür (Burada gerekmediğini belirttiğimiz belgeden kastımız fatura ve benzeri belgelerdir. Harcırâhın belgesi olarak, seyahat yerini, süresini, sebebini gösteren form düzenlenmeli ve harcırâhın alındığına dair seyahate gidenin isim ve imzasını taşıyan makbuz hazırlanmalıdır.).

Şayet seyahate gidene, harcırâh gündeliği verilmişse, o seyahatteki yeme ve yatma giderleri için

belgeli gerçek gider usulünden vazgeçilmiş, bunun yerine seyahate gidene götürü esasta para vermek suretiyle seyahatteki yeme ve yatma giderlerinin karşılanması tercih edilmiş demektedir.

Dolayısıyla, belli bir seyahatte, seyahate gidene hem harcırâh verilmiş, hem de o seyahatteki, seyahate gidenin yeme ve yatma giderlerine ilişkin gerçek belgeli giderler de kayda alınmışsa, verilen harcırâhın tamamı, harcırâh değil net ücret sayılır ve brüte götürülerek gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerinin yapılması gerekir.

Özel sektörde faaliyet gösteren ticari, zirai ve mesleki işletmeler ile kurumlar vergisi mükelleflerinin işle ilgili olarak seyahate gönderdikleri personele, yönetim kurulu üyelerine, denetçilerine ve tasfiye memurlarına yeme ve yatma giderlerine karşılık olarak verilen harcırâhların devlet memurlarına verilen en yüksek harcırâh miktarına kadar olan kısmı gelir vergisinden (stopajdan) istisna edilmiştir. Bu haddi aşan harcırâh gündelik verilirse aşan kısım net ücret sayılır, brüte götürülerek stopaja tabi tutulması gerekir.

Aşağıdaki bölümlerde, özel sektörde stopajdan müstesna olarak verilebilecek yurtiçi ve yurtdışı harcırâhların miktarı ile harcırâhların damga vergisi ve SSK kesintileri karşısındaki durumu konusunda bilgi verilmiştir:

## 2. GELİR VERGİSİNDEN MÜSTESNA HARCIRAH TUTARINI BELİRLEYEN HÜKMÜN YORUMU VE UYGULANMASI:

G.V.K.'nın 24/2. maddesinde, Harcırâh Kanunu kapsamında kalan müesseseler yani ticarî, zirai ve meslekî işletmeler ile kurumlar tarafından, işle ilgili seyahat yapan görevlilere, yemek ve yatmak giderlerine karşılık verilen gündeliklerin vergiden müstesna olduğu belirtildikten sonra, parantez içinde aynen şu hükme yer verilmiştir:

*"Bu gündelikler, aynı aylık seviyesindeki Devlet memurlarına verilen gündeliklerden fazla ise VEYA DEVLETÇE VERİLEN GÜNDELİKLERİN EN YÜKSEK HÂDDİNİ AŞARSA, aradaki fark ücret olarak vergiye tâbi tutulur."*

Bu ifadeden bugüne kadar anlaşılan mâna ve yapılan genel uygulama, görevli personelin, aynı ücret seviyesindeki Devlet memurunun alabileceği harcırâh gündeliği tutarı ile kendisine ödenen gündelik tutarını mukayese etmek ve ödenen tutar fazla ise aradaki farkı vergiye tâbi tutmak şeklinde olmuştur.

Ücret seviyesi Devletçe ödenen en yüksek ücret tutarının üstünde olan görevlilere ödenen harcırâh gündeliklerinde ise, bu gündeliklerin, Devlet memurlarına ödenen en yüksek gündelik tutarını aşan kısmının vergilendirilmesi yoluna gidilmiştir.

Ne var ki, bu uygulamalar sırasında, Bütçe Kanunlarına ekli (H) cetvellerinde ve Kararnamelerde zikredilen memuriyet ünvan, kadro ve dereceleri ile aylık ve ek gösterge rakamlarına dayalı brüt aylık, brüt ücret tutarlarını hesaplamının ve dolayısıyla de bunları özel sektör tarafından ödenen ücretlerle kıyaslamının imkânsızlığı sebebiyle, her malî danışman ve her firma tarafından farklı tablolar düzenlenmekte ve farklı uygulamalar yapılmaktaydı.

Bu durumda doğru olan şey, her değişiklik sonrasında Bakanlığın gerekli hesapları yaparak veya yaptırarak düzenleteceği tabloları tebliğ veya sirkülerler yoluyla mükelleflere duyurması ve böylece yeknesak bir uygulama yapılmasına imkân sağlaması olduğu halde, hesaplama imkânsızlığı dolayısıyla bu da yapılamamaktaydı.

Bizim görüşümüz, G.V.K.'nın 24/2. maddesinde yer alan parantez içindeki ibarede, sadece Devlet memurlarına verilen gündeliklerden değil araya

"veya" ibaresi konularak, aynı zamanda Devletçe verilen gündeliklerin en yüksek haddinden söz edilmiş ve bunu aşan kısmın ücret sayılacağı belirtilmiş olması nedeniyle, mukayeseye DEVLETÇE VERİLEN EN YÜKSEK GÜNDELİK TUTARINI ESAS ALMAK GEREKTİĞİ istikametindedir.

Aynı aylık seviyesindeki Devlet memurunu ve ona ödenen gündelik seviyesinin ne olduğunu tesbit etmenin imkânsız olması, bunun tesbitine esas alınacak bir tablonun resmen oluşturulamaması ve bu yüzden tatbikatta yaşanan farklı uygulamaların yarattığı karmaşa da, böyle açık ve tek bir gündelik tutarına itibar edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Diğer taraftan, günümüzün şartlarında, özel sektördeki ücret seviyelerinin, genelde en yüksek Devlet memuruna ödenen aylıklardan fazla olması dolayısıyla, böyle bir uygulamanın sebebiyet verebileceği önemli bir vergi kaybı ve sakınca da söz konusu değildir.

Ayrıca, özel sektörde, fiilen yapılan ve belgelenen tutarları üzerinden kazançtan indirilen yemek ve yatmak giderlerinin genelde Devletçe verilen en yüksek gündelik tutarının çok daha üstünde tezahür etmesi sebebiyle, gündelik esası yerine gerçek gider esasının tercih edildiği ve bu sebeple gündelik uygulamasının çok istisnai hâllere inhisar ettiği de bilinen bir gerçek olup, yapılacak uygulama değişikliğinin bu sebeple de önemli bir vergi kaybına sebebiyet vermeyeceği aşikârdır.

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün de, uzun bir süreden beri, yukarıda açıklanan gerekçelerle, G.V.K.'nın 24/2. maddesinde yer alan parantez içindeki hükmü, özel sektör tarafından ödenen gündeliklerin Devletçe verilen en yüksek gündelik tutarları ile mukayese edilmesi ve aşan kısmın vergilenmesi gerektiği şeklinde tefsir ettiği ve verdiği çok sayıda mukteza ile uygulamaya bu şekilde yön vermek istediği, çok daha önemlisi bunun aksine hiçbir mukteza vermediği saptanmıştır. (Maliye Bakanlığı'nın 22.09.2003 tarih ve 38861 sayılı muktezası)

Öteden beri benimsenen anlayışa ve yapılan uygulamalara göre, en yüksek Devlet memuru Başbakanlık Müsteşarı olduğu ve memurlar içerisinde en yüksek harcırâh gündeliği ona ödendiği cihetle, "Devletçe verilen gündeliklerin en yüksek hâddi" olarak, uygulamada bu hâddi esas almak zorunluluğu vardır.

Her ne kadar mevcut cetvellere göre en yüksek gündelik TBMM Başkanı ile Başbakan'a ödenmekle ise de memur değil politikacı olan söz konusu kişilere ödenen gündeliklere itibar etmek mümkün değildir.

Buna göre, 2006 yılında Devlet memurlarına verilen gündeliklerin en yüksek hâddinin ne olduğu, dolayısıyla bu ölçüye bağlanmış bulunan gelir vergisinden müstesna olarak özel sektörde verilebilecek yurtiçi, yurtdışı ve KKTC için geçerli harcırâh gündeliği tutarları ve yasal dayanakları aşağıdaki bölümlerde belirtilmiştir:

### 3. YURTIÇİ SEYAHATLER NEDENİYLE 2006 YILINDA GELİR VERGİSİNDEN İSTİSNA EDİLEREK ÖDENEBİLECEK HARCIRAH GÜNDELİĞİ MİKTARI (30 YTL):

5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa (RG. 31.12.2005 - 26040 1. Mükerrer) ekli H Cetveli, Harcırâh Kanununa göre yurt içi seyahatler nedeniyle 2006 yılında ödenecek gündelik miktarlarını belirlemektedir. Bu cetvelin I /A-b fıkrasında Başbakanlık Müsteşarına 2006 yılında yurt içi seyahatler için seyahatte geçen gün başına 30 YTL ödenmesi öngörülmüştür.

Buna göre, özel sektör firmaları çalışanlarına ücret seviyesi ne olursa olsun yurt içi seyahatler nedeniyle bu tutarda vergiden müstesna harcırâh gündeliği ödeyebilecektir. Bu tutarı aşan ödemelerin GVK'nun 24/2. maddesi gereğince net ücret ödemesi kabul edilerek gelir vergisi stopajına tabi tutulması gerekir.

### 4. YURTDIŞI SEYAHATLER NEDENİYLE 2006 YILINDA VERGİSİZ OLARAK ÖDENEBİLECEK HARCIRAH GÜNDELİKLERİ:

Bilindiği gibi, Devlet memurlarına ödenmesi gereken harcırâh gündelikleri Harcırâh Kanunu'nun 34'üncü maddesine istinaden Bakanlar Kurulu Kararları ile belirlenmektedir. Bu konuda son olarak yayımlanmış olan 2004/8340 sayılı Bakanlar

Kurulu Kararı'nın (RG. 27.01.2005-25709) ekindeki cetvelin II numaralı sütununda Başbakanlık Müsteşarına yurt dışı seyahatler nedeniyle ödenmesi gereken harcırâh miktarları gösterilmiştir (2006 için şu ana kadar herhangi bir Bakanlar Kurulu Kararı yayımlanmamış olmakla birlikte genellikle yayımlanan kararlarda yurt dışı harcırâh miktarları değişmediği için 2004/8340 sayılı Karar ile belirlenen tutarlar geçerliliğini korumaktadır.).

Buna göre özel sektör firmaları çalışanlarına ücret seviyesi ne olursa olsun yurt dışı seyahatler nedeniyle bu yazımın ekindeki tabloda gösterilen miktarlarda vergiden müstesna harcırâh gündeliği ödeyebilir. Yurt dışı gündelikler ilk 10 günlük süre için % 50 zamlı olarak dikkate alınır. Bu şekilde hesaplanan tutarları aşan harcırâh ödemelerinin net ücret ödemesi kabul edilerek gelir vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

### 5. KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NE YAPILAN SEYAHATLER NEDENİYLE 2006 YILINDA VERGİSİZ OLARAK ÖDENEBİLECEK HARCIRAH GÜNDELİĞİ (72 YTL):

2006/10115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 14.03.2006 -26108) ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne yapılacak yolculuklarda verilecek gündelikler belirlenmiş olup, Karara ekli cetvelin 2. maddesinde, Başbakanlık Müsteşarına 2006 yılında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetine yapacağı seyahatler için 72 YTL gündelik ödenmesi öngörülmüştür.

Buna göre, özel sektör firmaları çalışanlarına ücret seviyesi ne olursa olsun Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne yapacağı seyahatler nedeniyle bu tutarda gelir vergisinden müstesna harcırâh gündeliği ödeyebilecektir. Bu tutarı aşan ödemelerin GVK'nun 24/2. maddesi gereğince net ücret ödemesi kabul edilerek vergiye tabi tutulması gerekir.

### 6. HARCIRAHLARIN DAMGA VERGİSİNDEKİ DURUMU:

Damga Vergisi Kanunu'na ekli (1) Sayılı Tablo'nun IV/1-h pozisyonunda

"Maaş, ücret, gündelik, buzur bakki, aidat, ih-

*tisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, HARCIRAH, tazminat vesaire gibi her ne ad ile olursa olsun HİZMET KARŞILIĞI alınan paralar için verilen makbuzlar ile bu paralar nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak cari hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediyeye bulunduğu takdirde nakli veya tediye temin eden kağıtlar”*

binde 6 nisbetinde damga vergisine tabi tutulmuştur.

Uygulamada öteden beri, bu pozisyondaki “harcirah” kelimesine istinaden, harcirah gündeliği ödemelerinin tümü üzerinden damga vergisi kesintileri yapılagelmektedir.

Burada büyük bir yanlışlık ve yorum hatası bulunduğu bize göre açıktır.

Dikkat edilirse kanun koyucunun damga vergisine tabi tutmak istediği kağıtlar, hizmet erbabına HİZMET KARŞILIĞI olarak yapılan ödemelere ilişkin kağıtlardır.

Halbuki YASAL SINIR İÇİNDEKİ HARCIRAH, HİZMET KARŞILIĞI DEĞİL, GİDER KARŞILIĞIDIR.

Nitekim GVK'nun 24. maddesinde harcirah GİDER KARŞILIĞI olarak tanımlanmış ve sınırlandırılmıştır. Bu sınır içindeki harcirah hizmet karşılığı değildir. Sınırı aşan harcirahtaki aşan kısım gider karşılığı olarak kabul edilmemiş yani HARCIRAHLARIN YASAL SINIRI AŞAN KISMI net ücret geliri yani HİZMET KARŞILIĞI elde edilen ücret sayılmıştır.

Aynı şekilde damga vergisinin konusuna giren harcirah da, HİZMET KARŞILIĞI ALINAN PARANIN İÇİNDEKİ HARCIRAH yani harcirahtan GVK'nın 24'üncü maddesindeki yasal sınırı aşan kısımdır. Uygulamada yapılan hata, yukarıdaki pozisyonda yer alan “hizmet karşılığı” ibaresi görmezlikten gelinerek, sadece “harcirah” ibaresinden hareketle harcirahtan gider karşılığı olan kısmını da içerecek şekilde, tüm harcirah üzerinden damga vergisi kesilmesidir.

Yukarıdaki nedenlerle yasal sınır içindeki harcirahtan ödemelerinin hem gelir vergisi hem de damga vergisi kesintisine tabi olmadığını, ancak yasal sınırı aşan harcirahtan, aşan kısmın brüte götürülerek her iki kesintiye de tabi tutulması gerektiği görüşündeyiz.

Konumuzun dışında olmakla beraber, damga vergisini çok sakıncalı bulduğumuzu, özellikle ücret

unsurları üzerinden gelir vergisi stopajı yanında ayrıca damga vergisi kesintisi yapılmasının anlamsız olduğunu belirtmek isteriz.

## 7. HARCIRAHLARIN SSK PRİMİ KARŞISINDAKİ DURUMU:

Gerek halen yürürlükte bulunan 506 sayılı SSK Kanunu'nun 77. maddesinde, gerekse 01.01.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek 5510 sayılı yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80'inci maddesinde harcirahtan, “YOLLUKLAR” ibaresi ile ve miktar sınırlaması olmaksızın SSK prim matrahının dışında tutulmuştur.

Bu hükümlere göre yolluk veya harcirahtan olarak personele yapılan ödemelerin tümü (Gelir Vergisi Kanunu'ndaki yasal sınırı aşıya dahi) SSK kesintisinin ve bildirimlerinin dışında olacaktır.

## 8. HARCIRAH UYGULAMASINA İLİŞKİN DETAYLI BİLGİLER:

İşle ilgili yurt içi ve yurt dışı seyahat ve ikamet harcamalarının gider yazılması ve vergilendirilmesine ilişkin esaslar ve özellikler yukarıda açıklananlardan ibaret değildir. Yazımızın sınırı ve kapsamı dışında kalan bu bilgiler için söz konusu kaynağı göstermekle yetiniyoruz (Sirküler ve duyurularımız ile e-kitaplarımız ve diğer faydalı bilgiler, [www.bdodenet.com.tr](http://www.bdodenet.com.tr) adresli web sitemizdedir.).

## 9. VERGİ VE SSK KESİNTİLERİ AÇISINDAN ÖZELLİK GÖSTEREN ÜCRET UNSURLARI:

Ücret türleri ve bunların tabi olduğu kesintiler son derece geniş bir konu olup, harcirahtan dışarıda kesintiler açısından özellik gösteren pek çok ücret unsuru vardır.

Sicil dergisinin Mart 2006 sayısında yayınlanan ve Sayın SSK Müfettişi Resul KURT ile birlikte kaleme aldığımız “Vergi ve/veya SSK Primi Hesaplanmaksızın Personele Sağlanabilecek Menfaatler” başlıklı yazımızda, kesintiler yönünde özellik gösteren ücret unsurları hakkında geniş bilgi sunulmuştur.

## YURTDIŞI HARCIRAH GÜNDELİĞİ TUTARLARI

GİDİLEN ÜLKE		Seyahatin ilk 10 günü için gün başına	Seyahatin 11. ve daha sonraki günleri için gün başına	DÖVİZ CİNSİ
A.B.D.		244,5	163	ABD Doları
Almanya		223,5	149	EURO
Avustralya		378	252	A. Doları
Avusturya		229,5	153	EURO
Belçika		211,5	141	EURO
Danimarka		1.693,5	1.129	D. Kronu
Finlandiya		208,5	139	EURO
Fransa		211,5	141	EURO
Hollanda		216	144	EURO
İngiltere		159	106	Sterlin
İrlanda		207	138	EURO
İspanya		207	138	EURO
İsveç		1.909,5	1.273	İ. Kronu
İsviçre		399	266	İ. Frangı
İtalya		207	138	EURO
Japonya		45.735	30.490	J. Yeni
Kanada		336	224	K. Doları
Kuveyt		67,5	45	K. Dinarı
Lüksemburg		211,5	141	EURO
Norveç		1.644	1.096	N. Kronu
Portekiz		207	138	EURO
S. Arabistan		834	556	S. A. Riyali
Yunanistan		207	138	EURO
Diğer Ülkeler (KKTC Hariç)	(*)	211,5	141	ABD Doları

\* Yukarıdaki cetvelin son satırında da belirtildiği üzere, cetvelde yer almayan Rusya, Azerbaycan, Pakistan, Somali, Libya, Şili ve Brezilya gibi ülkelere yapılacak seyahatlerde, ABD Doları olarak belirlenen gündelik tutarına (141 \$) itibar edilecektir. KKTC'ye yapılan seyahatler için bu miktarda değil Bakanlar Kurulunca ayrıca belirlenen miktarda gündelik ödenir.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönden Değerlendirilmesi

### I. Giriş

Avrupa Komisyonu, bilindiği üzere, Aralık 1997 tarihli AB Konseyi kararlarını izleyen dönemde, gerek Konsey'e ve gerekse Parlamento'ya düzenli olarak rapor sunmaktadır. Bu bağlamda, Komisyon, Türkiye hakkındaki son (2006) İlerleme Raporu'nu 8 Kasım 2006 tarihinde açıklamış bulunmaktadır. Söz konusu rapor, daha önceki raporlardaki yapıya bağlı kalarak, Türkiye'nin tam üyeliğe hazırlanma bakımından gösterdiği gelişmeleri ele almakta ve Birlik ile Türkiye arasındaki ilişkiler ile siyasi ve ekonomik kriterler açısından Türkiye'nin durumunu inceleyip, Türkiye'nin AB müktesebatını üstlenme gücünü gözden geçirmektedir.

Türkiye'nin katılım görüşmeleri, anımsanacağı üzere, Ekim 2005 tarihinde başlatılmış ve katılım sürecinin ilk aşamasını oluşturan tarama (müktesebatın analitik incelemesi), Ekim 2006 tarihinde tamamlanmıştır. Bu bağlamda, 2006 İlerleme Raporu, Türk kamuoyunda daha çok siyasi yönden değerlendirilmiş ve Raporun sosyal boyutu, gereken ilgiyi bulamamıştır. Aşağıda ise, anılan raporun, sadece Türk çalışma yaşamını değerlendirishi yönünden açıklamalarda bulunulacaktır. Böylece, söz konusu rapor, salt siyasi değil, aynı zamanda sosyal yönüyle de incelenmiş olacaktır. Bu bağlamda, Rapor metninin, Türk Dışişleri Bakanlı-

ğınca yapılmış resmi olmayan çevirisi<sup>1</sup> esas alınacaktır.

### II. Sosyal Haklar

2006 İlerleme Raporu, Türkiye'nin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onayladığını; önceki Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanması sırasında ileri sürülen (çocukların ve gençlerin korunma hakkı ve özürhükümlülerin hakları gibi) bazı çekinceleri Türkiye'nin kaldırdığını, ama örgütlenme hakkı (m. 5) ile toplu sözleşme hakkı (m. 6) ve yıllık asgari izin (m. 2/3), ücret ve yeterli yaşam düzeyi (m. 4.1) hakkındaki çekincelerin sürdüğünü kaydetmektedir<sup>2</sup>. Bu anlamda, Rapor, tespitine bulunmaya çalışmakta; ancak, olumlu gelişmelerin yanı sıra bazı gelişmeler de, dolaylı bir biçimde, olumsuzmuş gibi gösterilmek istenmektedir. Gerçekten, Türkiye'nin, çekince ileri sürmeksizin, Avrupa Sosyal Şartı'nın tümünü onaylaması gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu konuda, geçmişte Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamış sayılmaya yetecek sayıda hüküm kabul etmiş ve iç hukukuna aktarmıştır. Bundan sonra atılması gereken adım; olsa olsa, çekince koyularak kabul edilmiş bulunan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın uygulama kararnamesinin çıkartılması olabilir, ki Rapor'da buna hiç dikkat edilmemiştir.



### III. Çocuk İşçiliği

Raporda "çocuk yoksulluğu ve çocuk işçiliği önemini korumaktadır"<sup>1</sup> denilmek suretiyle, çocuk işçiliğinin Türk çalışma yaşamı için bir sorun oluşturduğu vurgulanmak istenmektedir. Oysa, Türkiye, Raporda da tespit edildiği üzere, 15 yaşından küçüklerin çalıştırılmasını yasaklamış bulunmaktadır. Hatta, Türkiye'nin bunu, 23 yıl gibi uzunca bir süre önce, yani 1983 yılından beri asgari çalışma yaşı olarak 15 yaş temel alan düzenlemeleri iç hukukunda kabul ettiği, övünülerek söylenmek gerekir. Ancak, Rapor, düzenlemeler üzerinde durmayıp, bunların "uygulanmasında eksiklikler mevcuttur" demektedir. Uygulama eksikliklerinin neler olduğu ise, tek tek gösterilmeyip; soyut bir dille, eksikliklerin varlığından söz edilmesiyle yetinilmektedir, ki bunun doğru ve yerinde bir tutum olmadığı açıktır.

Bunun gibi, "2005 yılı Temmuz ayında kabul edilen Çocukun Korunması Kanunu(nun)" ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerine uyumlu olarak daha etkin bir şekilde uygulanması gerekmektedir"<sup>2</sup> denilerek, ILO sözleşmeleriyle hangi konularda uyumsuzluk yaşandığı da belirtilmemekte, soyut anlatımlarla uygulama eksikliğinden söz edilmektedir.

### IV. Sendikal Yaşam

Rapordaki "Sendikal haklar bağlamında herhangi bir ilerleme kaydedilmemiştir .. Türkiye, özellikle 87 (kuruluşların özgürlüğü ve örgütlenme hakkının korunması) ve 98 (örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı) No'lu Sözleşmeler bağlamında ILO standartlarının hâlâ gerisindedir"<sup>3</sup> anlatımı, Türkiye'ye yöneltilen en ciddi eleştiriler arasında yer almaktadır. Söz konusu anlatımlar, aslında, 2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nda kaynağını bulmaktadır. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespiti sırasında aranan çifte baraj

**Çifte baraj ile noter şartı konuları, son 25 yıl içinde yapılan Uluslararası Çalışma Konferansları'nda Türkiye'nin kıyasıya eleştirildiği noktalardandır.**

**Geçmişte Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamış sayılmaya yetecek sayıda hükmü kabul etmiş ve iç hukukuna aktarmıştır.**

(TİSGLK. m. 12/D) ile sendika üyeliğinin kazanılması için gerekli noter şartı (Sendikalar K. m. 22/III) ve giderek, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'ndaki sınırlamalar, Rapor metninde açıklanmamış olmakla birlikte, söz konusu anlatımların temel gerekçelerini oluşturmaktadır.

Rapor, Hükümetin halen yürürlükte olan iki yasayı (Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nu) değiştirmeye yönelik iki mevzuat önerisini sosyal ortaklara sunduğunu; ancak, bu konuda başka ilerleme kaydedilmediğini ve Hükümet tarafından resmi bir yasama girişiminde bulunulmadığını, isabetle kaydetmektedir. Gerçekten, çifte baraj ile noter şartı konuları, son 25 yıl içinde yapılan Uluslararası Çalışma Konferanslarında Türkiye'nin kıyasıya eleştirildiği noktalardandır. Bunlardan çifte baraj konusunda, bırakın sosyal tarafları, sosyal taraflardan işçi tarafı kendi içinde dahi, uzlaşmadan yana olmamış ve içtenlikten uzak bir biçimde, çifte barajın kalkmasından yana görünmeye çalışmıştır.

Ancak, sosyal taraflara rağmen düzenleme getirebilecek bir siyasi irade de, bu süre zarfında varolamamıştır. Bunun gibi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2006 yılındaki Uluslararası Çalışma Konferansı'nda sözleşme ihlalleri bakımından Türkiye'nin gündeme alınması önerilen ülkeler içinde dahi yer almayışının yarattığı rahatlıkla, noter şartını aramayan Sendikalar Kanunu Taslağı'nı Bakanlar Kurulu'na dahi, halen sunabilmiş değildir. Bu anlamda, Türkiye'deki siyasi irade eksikliğini vurgulayan Rapordaki anlatımlar, doğru ve yerinde görünmektedir.

Diğer yandan, Raporda aynen, "... Nisan 2006'da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, bazı seçilmiş temsilcilerinin Sendikalar Kanununun gerektirdiği 10 yıllık tecrübeye sahip olmadıkları gerekçeyle Gıda-İş Sendikası'na dava açmıştır. İş Mahkemesi sendikayı kapatma kararı vermiş, ancak Temmuz Mahkemesi usule ait nedenlerden dolayı bu kararı bozmuştur"<sup>4</sup> denilmek suretiyle, söz konusu

## Türkiye'deki siyasi irade eksikliğini vurgulayan Rapordaki anlatımlar, doğru ve yerinde görünmektedir.

gelişme dolaylı olarak sanki Türkiye'nin aleyhineymiş gibi gösterilmek istenmiştir. Oysa, bu konuda önemli olan nokta, sonuç itibarıyla ilgili sendikaların kapatılmış olup olmadığıdır. Nitekim, alt mercide yapılan yanlışlık, bir üst merci olan Yargıtay tarafından düzeltilmiştir. Bunun, hukuk devletinin işlerliği bakımından Türkiye için olumlu bir gelişme olarak düşünülmesi gerekirken, aleyhe bir durum biçiminde gösterilmeye kalkışılmasını onaylamak mümkün değildir.

### V. İşçilerin Serbest Dolaşımı

Türkiye'nin üyeliği hakkında Avrupa Birliği ülkelerini düşündüren temel konulardan biri de, Türk işçilerine serbest dolaşım hakkının tanınmasıdır. Nitekim, serbest dolaşım hakkını tanınamamak üzere, Türkiye'ye tam üyelik yerine, ayrıcalıklı ortaklık önerilmektedir. Rapor ise, serbest dolaşımı Türkiye'deki AB ülkelerinin vatandaşı olan işçiler bakımından ele almakta ve Raporda aynen, "„ Birçok kanun ve mesleki kuruluşların rolü yabancı işçilerin serbest dolaşımına sınırlama içermektedir .. Belirli meslekler yabancı ülke vatandaşlarına kapalıdır. Bu alanda, müktesebat ile genel uyum sınırlıdır" denilmektedir. Oysa, yakın geçmişte kabul edilen 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'la Türkiye'de ileri bir adım atılmış ve Türk vatandaşlarına belirli meslekler için tekel hakkı tanıyan 2007 sayılı Yasa, yürürlükten kaldırılmıştır. Rapor ise, somut durumlara ineksizin, genel olarak serbest dolaşım sınırlamalarından söz etmektedir.

### VI. İstihdam ve Sosyal Politika

#### 1. İş hukuku

Rapor, iş hukuku alanında ilerleme kaydedilmediğini belirtmekte ve bazı direktiflerin Türk mevzuatına aktarımında eksikliklerin varlığından söz edip, bunlara İş Kanunu'nun uygulama alanının sınırlı oluşunu da katmaktadır<sup>10</sup>. Bu saptama, geçen yılki değerlendirmelerin sürüp gittiğini göstermektedir.

Gerçekten, direktif adı verilmemesine karşın;

burada kastedilenin, "toplu işten çıkarmalar, işletmelerin devri ve bireysel çalışma koşulları, işyerinin yönetimine katılma ve bilgilendirme ile danışma" konularını içerdiği, geçen yılki değerlendirmeden ortaya çıkmaktadır. Oysa, Türkiye, 2003 yılında kabul ettiği yeni (4857 sayılı) İş Kanunu'yla işyerinin devri, toplu işçi çıkarma ve bireysel çalışma koşullarına ilişkin önemli güvence hükümlerini kabul etmiştir.

Bunun gibi, İş Kanunu'nun uygulama alanına yöneltilen eleştiri de, geçen yıldan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, sanki küçük bir azınlığın İş Kanunu'ndan yararlandığı gibi, gerçek dışı bir izlenimin yaratılması, doğru ve yerinde olmamıştır.

#### 2. İş sağlığı ve güvenliği

İş sağlığı ve güvenliği konusunda Türkiye'nin, müktesebatla sağladığı uyum olumlu bulunmakla birlikte, önemli eksikliklerin sürdüğü belirtilmektedir. Bu alanda Rapor, en önemli eksiklik olarak, Çerçeve Direktif'in iç hukuka aktarılmamış olmasını kabul etmektedir<sup>11</sup>. Burada söz konusu olan Çerçeve Direktif'le kastedilen, Avrupa Birliği tarafından kabul edilmiş, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin "temel ilkeler"dir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Türk mevzuatı bakımından bu ilkelerin bir "yönetmelik"le iç hukuka aktarılabileceği yanıtına düşmüş ve 9.12.2003 tarihli "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği", Danıştay tarafından iptal edilmiştir<sup>12</sup>. Bunun gibi, Bakanlığın hazırlamış bulunduğu "İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü" taslağı da, yine Danıştay tarafından Başbakanlığa iade edilmiştir<sup>13</sup>. Halen yargı kararlarıyla kuşatılmış bulunan Bakanlık iş sağlığı ve güvenliği alanında Danıştay kararlarıyla ortaya çıkan ölçütlere uygun bir tüzük oluşturamadığı sürece ise, ilerleme raporlarıyla yapılan eleştirilerden kurtulmak mümkün bulunmayacak ve bu durum da, Türkiye aleyhinde kullanılmaya devam edecektir.

**Sanki küçük bir azınlığın İş Kanunu'ndan yararlandığı gibi, gerçek dışı bir izlenimin yaratılması, doğru ve yerinde olmamıştır.**

### 3. Sosyal diyalog

Ülkemizdeki sosyal diyalog düzeyini güçsüz bulan Rapor, toplu iş hukukuna ilişkin yasa değişikliği taslakları üzerinde ilerleme sağlanmadığını belirtmekte ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'in performansının iyileştirilmesini önermektedir<sup>13</sup>. Sosyal diyalog konusundaki Rapor'daki tespitler, doğru ve yerindedir. Gerçekten, sosyal diyalog konusunda, ne Ekonomik ve Sosyal Konsey'den ve ne de Üçlü Danışma Kurulu'ndan yeterince yararlanılmaktadır. Ancak, söz konusu kurullar içinde Ekonomik ve Sosyal Konsey'in bugünkü hükümet (devlet) ağırlıklı yapılanması sürdürüldüğü sürece, anılan kurulun performansını iyileştirilebilmesinden söz etme olanağı zayıflayacaktır.

Diğer yandan, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, toplu iş hukukuna ilişkin değişiklik taslaklarının Bakanlar Kurulu'na sevkini, toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti sırasında aranan çifte baraj konusuna odaklanmış görünmektedir. Oysa, belirtilen konunun dışındaki değişiklikler için, sosyal taraflar arasında bir uzlaşmanın sağlanabileceği görülmektedir. Bu durumda, Bakanlığın, en azından üzerinde sosyal tarafların uzlaştıkları konuları yasalara çalışmaya çalışması, yerinde olacaktır. Kaldı ki, Türk çalışma mevzuatının AB normlarına ve ILO standartlarına uygunluğu, salt çifte baraj sorununun çözümüyle sağlanacak da değildir.

### 4. İstihdam politikası

İstihdam politikasının gelişimi, Rapor tarafından olumlu bulunmamakta; özellikle, kadınların düşük işgücü katılımı ve istihdam oranları ile genç işsizlik oranının yüksekliği ve kayıt dışı ekonominin büyüklüğü, mevcut engeller arasında kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Belirtilen engellerin gerçekliği kabul edilmekle birlikte, geleneksel istihdam yapısı içinde bunların kısa sürede ortadan kalkabileceğinden

**Ekonomik ve Sosyal Konsey'in bugünkü hükümet (devlet) ağırlıklı yapılanması sürdürüldüğü sürece, anılan kurulun performansını iyileştirilebilmesinden söz etme olanağı zayıflayacaktır.**

### 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinin bir yıl ertelenmesi beklentileri içinde yaşanılmaktadır.

söz etmek gerçekçi olmayacaktır. Bu konuda, kısa dönemde Devletin, olsa olsa, gerçekçi özendirme politikalarını harekete geçirmesi düşünülebilir. Ancak, geleneksel istihdam yapısının çözülmesi, kısa vadede güç görünmektedir.

Gerçekten, ülkemizde kayıt dışı ekonominin yaygınlığı, aynı zamanda kayıt altındaki işveren aleyhine haksız rekabete neden olmaktadır. Bu konuda, kayıt dışı istihdam oranını azaltmak amacıyla çıkarılmış bulunan 5073, 5084 ve 5350 sayılı Yasalardaki özendirici önlemlerin, yeniden gözden geçirilmesi ve giderek, kayıt altındaki işverenin ek özendirmelerle güçlendirilmesi, yararlı olacaktır. Bunun gibi, istihdam vergilerinin yarattığı yükün azaltılması da, istihdamdaki kapasiteyi artırabilecektir.

### 5. Sosyal güvenlik

Sosyal güvenceler konusunda Rapor, olumlu yaklaşmakta ve yakın dönemde kabul edilip, 1/1/2007 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile sosyal güvenlik kuruluşlarının birleştirilmesini öngören 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun ortaya çıkardığı sosyal güvenlik reformu hareketleri üzerinde durmaktadır. Bununla birlikte, Rapor, sosyal güvenlik sisteminin denetim kapasitesinin güçlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>15</sup>. Bu anlamda, sosyal güvenlik denetim elemanı sayısının artırılması ve denetim ağıının etkinliğinin sağlanması, isteniyor olsa gerektir.

Ancak, alt yapısının uygulamada tamamlanmamış olması nedeniyle, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinin bir yıl ertelenmesi beklentileri içinde yaşanılmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu ertelenmenin, sorunları çözmeye yaramayacağı da açıktır.

### VII. Değerlendirme ve Sonuç

2006 İlerleme Raporu, esas olarak, iki temel noktada dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, bu yılki raporun, önemli ölçüde geçen yılki ilerleme raporunda belirtilen nokta ve eleştirileri tekrar edi-

Toplu iş hukukuna ilişkin temel iki yasanın değişiklik çalışmalarında sağlanan uzlaşma noktalarının bir an önce yasalaştırılması girişimleri, sendikal haklara ilişkin eleştirileri önemli ölçüde hafifletecektir.

yor olmasıdır. Gerçekten, özellikle sendikal haklar ile istihdamın ülkemizdeki yapısı konusundaki eleştiriler, geçmiş yıllardan gelmektedir. Ancak, dikkat çekici olan husus, bu yılki raporun eksiklikler üzerinde ayrıntılı bilgiler içermeyip, genel anlamlarla yetinmesidir. Bunun da temel nedeni, eksiklikleri gerekçelendirmek suretiyle somut anlamlara vermenin yarattığı güçlük olsa gerektir.

Raporun, sosyal güvenlik reformu girişimlerini olumlu yönde değerlendirmiş olması, son derece ilginçtir. Gerçekten, 5502 ve 5510 sayılı Yasalar, Türk kamuoyunda kıyasıya eleştirilmişken; Rapor, bu yasaları işleri basitleştirir, kırtasiyeciliği azaltır ve herkes için hak ve sorumlulukları eşit kılar nitelikte bulunmaktadır. Bu da, Türkiye'nin içeriden ve dışarıdan ne ölçüde farklı görüldüğü ve algılandığı gerçeğini kanıtlamaya yetmektedir.

Diğer yandan, Rapor tarafından sürekli, Türkiye'nin sosyal alanda, sosyal güvenlik reformu çalışmaları dışında, ilerleme sağlamamış olması vurgulanmak istenmektedir. Gerçekten, gerek sendikal haklar ve gerekse sosyal politika önlemleri bakımından, Türkiye'nin standartları tam olarak gerçekleştiremediği Raporda anlatılmak istenmektedir. Bu bağlamda, yapılan eleştirilerin ve değinilen eksikliklerin, son 25 yıl içinde uluslararası platformlarda (AB ve ILO içinde) Türkiye'ye yöneltilen iddialarla önemli ölçüde örtüştüğü, önemli bir gerçektir. Buna göre de, Türkiye'nin, yine gelecek İlerleme Raporu açıklanana kadar, sosyal alandaki eksikliklerini gidermek için gerekli çalışmaları ilerletme girişimlerini başlatmasında yarar görülmektedir. Nitekim, özellikle sosyal diyalog kurulması konusundaki girişimler, Türkiye'yi sosyal alanda ileriye götürecektir. Bunun gibi, toplu iş hukukuna ilişkin temel iki yasanın değişiklik çalışmalarında sağlanan uzlaşma noktalarının bir an önce yasalaş-

tırılması girişimleri de, sendikal haklara ilişkin eleştirileri önemli ölçüde hafifletecektir. Bu bağlamda, sosyal tarafların, Hükümet çalışmalarının odaklandığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının cesaretlendirmesi ve işbirliğine gitmesi zorunlu görünmektedir. Bunun gibi, Bakanlığın da sosyal taraflar olmaksızın gerçekleşecek girişimlerin buz üzerine çizilmiş çizgiden öteye gitmeyeceğinin bilincinde olması, İlerleme Raporlarında yapılan eleştirilerin ortadan kalkmasına büyük ölçüde yardımcı olabilecektir.

## DİPNOTLAR

1. Bak. [http://www.mfa.gov.tr/NR/rdonlyres/9033EEB0-E80C-46D0-AB4D-A5767882853A/O/İlerleme\\_Raporu\\_8Kasim2006\\_Tamaminin\\_Cevirisi1.pdf](http://www.mfa.gov.tr/NR/rdonlyres/9033EEB0-E80C-46D0-AB4D-A5767882853A/O/İlerleme_Raporu_8Kasim2006_Tamaminin_Cevirisi1.pdf)
2. Bak. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 9-10.
3. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 17.
4. Burada kastedilen, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu olsa gerektir.
5. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 17.
6. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 18.
7. Bak. T. Centel, "2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yöni Bağlamında Eleştirel Yaklaşım", Sicil I. 1 (Mart 2006), 200-201.
8. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 18.
9. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 52.
10. Bak. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 51.
11. Bak. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 51.
12. Bak. Danıştay 10. Daire'nin 16/5.2006 t. ve E.2004/1942 K.2006/3007 sayılı kararı.
13. Bak. Danıştay 1. Daire'nin 10.2.2006 t. ve E.2005/1187 K.2006/174 sayılı kararı.
14. Bak. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 51.
15. Bak. aynı yer.
16. Bak. Türkiye 2006 İlerleme Raporu, 52.

Av. Bettina Gregersen, LL.M

Danimarka Sanayicileri Konfederasyonu

## Güvenceli Esneklik ve Danimarka İş Piyasası

Bir yabancıya Danimarka iş piyasasını sorduğunuzda size Danimarka'nın kısa çalışma saatleri, uzun tatiller ve yüksek maaşlarından bahsedecektir. Ayrıca size, tüm bu gerçeklere rağmen, Danimarka'nın, Avrupa Birliği ortalamasının % 3-4'ü kadar altında bir işsizlik oranına sahip olduğunu ve Danimarka işgücünün % 30'unun her yıl iş değiştirdiğini de ifade edecektir. Bunun üzerine karşısındaki kişi, büyük ihtimalle tüm bunların nasıl mümkün olabildiğini merak etmeye başlayacaktır. Bunun açıklaması geçmiş yıllarda küreselleşmenin getirdiği zorluklara Avrupa'nın getirmiş olduğu bir öneri olan ve Danimarka iş piyasasında bulunan esneklik ve güvencenin birleşimi güvenceli esnekliktir. Ama Danimarka iş piyasası gerçekte nasıl çalışmaktadır? Bu makale, okuyucuya Danimarka sistemi ve güvenceli esnekliğin köşetaşları hakkında temel bilgiler verecektir.

### Giriş

Danimarka iş piyasası, üç temel köşetaşı üzerine kurulmuştur. (1) iş piyasasında esneklik (2) iş piyasasında esneklik ile birleşmiş sosyal güvenlik ve (3) işsizlerin hak ve borçlarını düzenleyen etkin bir iş piyasası politikası.

Bu köşe taşlarının altında yüzyıldan fazla zamandır geliştirilmiş bir sistem yatmaktadır. Bu sistem, karşıt düşüncelerde olanlar arasında geçen çetin mücadeleler neticesinde doğmuş ve karşılıklı anlayış ile işbirliğine dayalı bir sistem içerisinde gelişmiştir.

Bugüne kadar gelen sistem, zaman zaman yapılan yasal düzenlemelerle – ki çoğu Avrupa Birliği kaynaklıdır- şekillenmiştir.

### Tarihçe

Danimarka iş piyasası için 1880 ve 1890'lı yıllar, birçok grevin olduğu ve iş piyasasının her iki tarafının da endişe içinde olduğu güç zamanlar olmuştur. 1899 yılında - ulusal boyutta bir grevin ardından- taraflar arasında karşılıklı olarak, yüz yıldan fazla zaman sonra bile Danimarka iş piyasasının dayandığı temel kuralların çoğunu belirleyen bir toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. Temel Sözleşme adı verilen bu sözleşme, birinci köşetaşı olan iş piyasasında esnekliğin temellerini oluşturmaktadır.

### Köşetaşı 1- Esneklik

#### Kurallar

#### Temel Sözleşme

Temel Sözleşme'nin tarafları, Danimarka İşçi Sendikaları Konfederasyonu (LO) ve Danimarka İşverenler Konfederasyonu (DA)'dır. Her iki konfederasyon da Danimarka'daki işveren örgütleri ile işçi sendikalarının çoğunluğunu teşkil eden şemsiye örgütlerdir. Nasıl ki her işveren ve işçi, ilgili örgüte/işçi sendikasına üyeliğinden ötürü sözleşmeye uymak zorundadır, aynı şekilde DA ve LO'ya üyeliklerinden dolayı da bu örgütler/ işçi sendika-

ları, Temel Sözleşme'nin kuralları ile bağlıdır.

Temel Sözleşme, Danimarka endüstri ilişkilerinin genel kurallarını belirleyen uzun vadeli ve bağlayıcılığı olan bir toplu iş sözleşmesidir. "Barış Yükümlülüğü" olarak da adlandırılabilir. Belli başlı kural, Toplu İş Sözleşmesi süresince (genelde 2-4 sene) her iki tarafın da herhangi bir dava açmamasıdır. Tarafların, toplu iş sözleşmesinin hangi dönemler için yenileneceği hususunda anlaşamadıkları durumlarda grev hakkı tanınmaktadır. Eğer "Barış Yükümlülüğü" bozulursa, karşı taraf, ihlal eden taraftan tazminat isteyebilir. Tazminata yalnızca çalışma hukukuna ilişkin meselelerle ilgilenen uzmanlaşmış bir mahkeme olan iş mahkemesi hükmeder.

Diğer belli başlı kurallar: karşı tarafa karşı düşmanca hareketlerden kaçınılması, toplu iş sözleşmesi süresince bir davanın açılmasına engel olunması, işverene işi düzenleme hakkı ve yetkisi tanınması ve son olarak da daha yeni bir kural olan işçi sendikalarına, en az 9 aylık kıdemli olan işçilerin haksız işten çıkarılmalarına karşı bu işlemin uygulanmasını dava etme hakkı tanınmasıdır.

### Sanayi sektörü toplu iş sözleşmeleri ve işyeri sözleşmeleri

Sanayi sektörü toplu iş sözleşmelerinin tarafları ilgili örgüt(ler) ve işçi sendikası(ları)dır. Bunlar çoğu kez büyük boyutlarda olup; Danimarka Sanayicileri Konfederasyonu (DD) örneğin yaklaşık olarak özel sektörde çalışan işçilerin dörtte birini istihdam eden 6.500'den fazla işletmeyi temsil etmektedir. Temel Sözleşmeden farklı olarak, sanayi sektörü toplu iş sözleşmeleri, fesih bildirimleri, çalışma saatleri, ücret vb. gibi ortak çalışma ve iş hukuku kuralları ile işlemlerini düzenlemektedir. Son zamanlarda, sanayi sektörü toplu iş sözleşmeleri, çoğunlukla, mahalli taraflara işyeri düzeyinde sözleşmeler yaparak toplu iş sözleşmesinden ayrılma ya da buna ekleme yapma hakkı veren çerçeve sözleşmeler haline gelmiştir. Her iki sözleşme türü de yasal açıdan uygulanabilir ve ihlal edilmeleri durumunda iş mahkemelerinde dava edilebilir.

Temel Sözleşme, sanayi sektörü toplu iş sözleşmeleri ve işyeri sözleşmeleri olarak sıralanabilecek her üç kategori toplu iş sözleşmeleri de, yalnızca imza atmış olan taraflara ve üyelerine uygulanır. Bundan dolayı, Danimarka'da çoğu Avrupa ülkele-

rinde olduğu gibi "teşmil müessesesi" yoktur. Teşmil müessesinin olmayışı Danimarka'nın dünyada en iyi örgütlenmiş iş piyasalarından biri olması ve Danimarka'daki işçilerin yaklaşık olarak % 85'inin toplu iş sözleşmesinin kapsamı içinde olması nedeniyle yürüyen bir sistemdir.

### Düzenlemelerin sonuçları

Oldukça basit olan bu sistemde, üç başlık altında fazlaca miktarda esneklik vardır, bunlar; (i) feshe ilişkin kurallar, (ii) müzakere sisteminin tek bir merkezden yürütülmemesi, ve (iii) ihtilafların, gayri resmi şekilde ve yumuşak bir üslupla çözümü.

### Feshe ilişkin kurallar

Bildirim sürelerinin uzunluğu işçilerin kıdemine ve işine göre değişmektedir; beyaz yakalı bir işçi için bu süre genellikle en fazla 6 ay iken, bu süre Danimarka Sanayicileri Konfederasyonu (DD) tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesi kapsamında olan mavi yakalı bir işçi için iş sözleşmesinin ilk 6 ayında sıfırdır. İşten çıkarmada işverenden sadece hakkaniyete uygun davranması beklenmektedir - ve işverenden bu şekilde hareket etmesi sadece işçinin 9 aylık kıdemli varsa beklenir. Hakkaniyet kriteri yerine getirildikten sonra, işveren hamile kadın işçiler, sendika temsilcileri ve Avrupa Birliği mevzuatı ile korunan diğer kişiler hariç olmak üzere işten çıkarılacaklar arasından dilediğini seçebilir.

Bu kurallar, toplu müzakere sisteminin ortaya çıkışına kadar hiç değişmeden sürmüştür. Doğal olarak, daha sonra bildirim süreleri uzatılmış ve hakkaniyet kriteri (1960 yılında) ortaya atılmıştır. Ama hiçbir zaman Danimarka'da, işten çıkarılmalara ilişkin herhangi bir yasak ya da buna ilişkin onay almaya yönelik kurallar olmamıştır. Tabii ki bunun bir sebebi de işten çıkarma hususunda çeşitli kuralların olması durumunda bunun, Danimarka'da oldukça çok sayıda küçük işyerleri için çok külfetli bir hal alabileceği olmasıdır.

Feshe ilişkin kurallarımız, Danimarka'yı uluslararası standartlara göre esnekliğin en fazla olduğu ülkeler arasına sokmuştur. Belki bu ifade, böylesine bir esnekliğin işçiler arasında bir belirsizlik yarattığının düşünülmesine sebep olabilir, ama aslında durum böyle değildir. Eurostat'ın 2004 yılında yaptığı bir araştırma, Danimarkalı işçilerin en fazla iş güvencesine sahip kişiler olduğunu göstermek-

## 1980'li yılların sonlarından beri sosyal tarafların gayesi hem işletmelerin rekabet edebilirliğini, hem de işçilerin istihdamını korumak olarak ifade edilmektedir.

tedir. Avrupa Yaşam ve Çalışma Şartlarını İyileştirme Vakfı'nca yapılan benzer bir ankette de Danimarkalı işçiler en tepede yer almıştır.

### Müzakere sisteminin tek bir merkezden yürütülmemesi

Müzakere sisteminin tek bir merkezden yürütülmemesi, geçen on yıllık sürede artmıştır. Toplu müzakere tarihinde bu, metal sanayinde işyeri ücret müzakereleri şeklinde başlamış, ama son zamanlarda pek çok temel konuda, örneğin ücret düzenlemeleri ve günlük çalışma saatlerinin tayini gibi konularda anlaşmaya varmada tercih edilen bir metod olarak yaygınlaşmıştır.

İşbirliği yine de toplu iş sözleşmeleri müzakerelerinde daha fazla kullanılan bir yöntem olmuştur. Taraflar, çoğunlukla birçok konuda resmi olduğu kadar gayri resmi şekilde de işbirliği içinde bulunmaktadır. İşyeri sendika temsilcileri, çoğunlukla tarafların menfaatlerini dengeleme konusunda büyük rol oynamaktadırlar. Elli yıllık bir geçmişe sahip olup yasal bağlayıcılığı olan ve Danimarka İşçi Sendikaları Konfederasyonu (LO) ile Danimarka İşverenler Konfederasyonu (DA) arasında imzalanan "İşbirliği Sözleşmeleri" sayesinde birçok şirkette, birçok önemli konunun tartışılma fırsatı bulunduğu işbirliği konseyleri kurulmuştur. İşbirliği ayrıca, aşağıda da açıklanacağı üzere ihtilafların çözümünde de kullanılan bir müessesedir. Bazı ülkelere göre bu yakın işbirliği şaşırtıcı gelebilir; ancak iş piyasası organizasyonlarında İngiltere'de olduğu gibi resmi bir tanıma prosedürünün olmaması bunun en güzel açıklamasıdır. Bu yüzden işçi sendikaları, bağımsız sektörlerde, nispeten daha rahat girebilmektedir. Bu sistem, ayrıca Temel Sözleşme'nin işi düzenleme yetkisi ve hakkı ile görevlendirilmenin işverende olduğunu kati surette belirtmesi yüzünden de işlemektedir.

Merkezden yürütülmeyen bu müzakere sistemi,

fazlasıyla esneklik temin etmektedir. Fikirler ve planlar, hızlı ve çoğunlukla gayri resmi şekilde tartışılmakta ve işçilerin de desteği ile eyleme dönüşebilmektedir. İşyeri toplu iş sözleşmeleri kolayca çözüme kavuşturulup, değişen şartlara göre uyarlanmakta ve işyeri ihtiyaçları doğrultusunda tekrardan şekillendirilebilmektedir.

### Gayri resmi şekilde ve yumuşak bir üslupla ihtilafların çözümü

İhtilafların çözümü için yumuşak bir üslup ve gayri resmi bir yol olmasa ne merkezden yürütülmeyen müzakere sisteminin işlemesi, ne de işten çıkarmalar kolay olur.

İhtilafların çözümünde ilk kademe işyeri düzeyindedir. Eğer anlaşmaya varılamaz ise, bu takdirde nihai karar için iş mahkemelerine veya özel hakeme gitmeden önce ihtilaf, -ihtilafın türüne göre- organizasyonel düzeyde tartışılır. İhtilafların çoğunluğu, birinci veya ikinci kademe çözülür. Gene, tüm kademelerde taraflar arasında yakın bir işbirliği gereklidir. Tarafların, bu sistemin, yollarının bir şekilde tekrar kesişeceği bir sistem olduğunu bilmeleri çoğunlukla ihtilafların çözümüne yardımcı olur - örneğin gelecek sefer "iş koruması" gibi her iki tarafın da müzakerelerde karşılıklı menfaatinin olduğu zamanlarda. 1980'li yılların sonlarından beri sosyal tarafların gayesi hem işletmelerin rekabet edebilirliğini, hem de işçilerin istihdamını korumak olarak ifade edilmektedir.

### Köşetaşı 2- Sosyal güvenlik

Köşetaşı 2, iyi işleyen bir sosyal güvenlik sistemidir. İşsiz kalınması durumunda ekonomik güvenceyi temin eder.

Danimarka sisteminde, bildirim süresini takiben eğer işçi sigortalı değil ise işverenin üzerindeki eski işçiye iyi yaşam koşulları sağlama mükellefiyeti yer değiştirip, bağımsız bir işsizlik fonuna veya devlete geçer. Kişi, gönüllü veya ek işsizlik sigortası rejimi üyesi ise, gerekli şartları yerine getirmiş olmak şartıyla 4 yıla kadar işsizlik yardımından yararlanır. Ücret skalasının en altındaki işçilerin aldığı yardımlar, önceki maaşlarının % 90'ına denk düşmektedir. Ancak bağımsız çalışanların aldığı yardımlar ile önceki maaşları arasında büyük farklar vardır.

Danimarka işgücünün dörtte üçünden fazlası iş-

sizlik sigortası, geriye kalan dörtte birlik kısım ise düşük bir orandan sosyal yardım rejimlerinin kapsamındadır. Özel bir işsizlik fonuna prim (yardım, katkı) ödemesi, tekrar işe başladığında, ödediği primlere denk gelen tutarı vergisinden düşebilecek bağımsız çalışan bir işçi tarafından ödenebilmektedir.

Oldukça yüksek seviyelerdeki işsizlik yardımlarının, Danimarka iş piyasası için büyük önemi vardır çünkü işçilerin işverenlerce yukarıda belirtildiği şekilde işten çıkarılmaları halinde onlara destek olarak güvence sağlamaktadır. Bunun da ötesinde, işçiler için iş değiştirmeyi neredeyse masrafsız hale getirmektedir. Buna ilave bir faktör olarak, Danimarkalı işçilerin iş değiştirmeleri durumunda herhangi bir haklarını kaybetmemeleri de gösterilebilir. Bu durumdaki işçilerin yıllık ücretli izin hakkı, emekli aylıkları korunmakta ve çoğunlukla yeni işveren tarafından da devam ettirilmektedir.

Sonuç olarak, özel sektör, eski işçilerine ödenecek sosyal yardımlar açısından için doğrudan bir yük üstlenmemektedir. Sosyal yardımlar, Avrupa'daki gibi şirket katkılarında değil, gelir vergilerinden karşılanmaktadır. Bu sistem, işyerlerinin yeni insan istihdam etmelerini büyük bir finansal risk olarak görmemelerini sağlamaktadır.

### Köşetaşı 3- Aktif iş piyasası politikaları

Sosyal güvenlik sisteminin dengelenmesi için aktif bir iş piyasası politikasına ihtiyaç duyulmaktadır ki bunun önemi çoğu zaman gözden kaçmaktadır. Başarılı bir aktif istihdam politikası, işsiz iş için hazır hale getirmekle birlikte aynı zamanda onlara, yeni iş fırsatları için bir takım yetenekler ve nitelikler vermeye odaklanan bir politikadır.

Danimarka, on yılı aşkın bir süredir, Danimarka İstihdam Hizmetlerinin, işsizlere yönelik bağımsız bir programda aktif rol oynadığı bir aktif iş piyasası politikası yürütmektedir. Eğer işsiz, bir yıl içinde iş bulamazsa, içinde yer alacağı bir "aktif program" hazırlanır. Yakın bir zamanda yapılmış olan iş piyasası reformları, işçinin yardım aldığı sürenin uzunluğunu azaltmaya odaklanmanın yanı sıra yardımları hak etmek için gerekli şartları da artırmıştır.

Zorluk teşkil eden husus da bu sistemin, bir yandan işçiye sosyal yardım sağlarken, aynı zamanda onların tekrar iş piyasasına dönmeleri için sürekli teşvik edecek nitelikte olması gerekliliğidir.

### Sonuç

Güvenceli esneklik, örneğin Danimarka iş piyasası, Avrupa'nın geri kalanı için bir örnek teşkil edebilir mi?

Danimarka Çalışma Bakanı, 17 Kasım 2005 yılında "Sosyal Uyum İle Esnekliğin Birleştirilmesi" konulu konferansta yaptığı bir konuşmada durumu çok yerinde olarak şöyle ifade etmiştir: "*Hiçbir zaman başka bir ülkenin iş piyasası sistemini aynen alamazsınız. Kültürel farklar, tarihi alışkanlıklar ve göz önünde bulundurulacak daha pek çok konu var. İstibdam politikası tek başına ayakta durmaz; boşlukta çalışmaz. Hayır, istibdam politikası diğer politikalarla birlikte çalışır ve bir bütün olarak topluma göre değişir.*"

Danimarka'da bile sistem zorluklarla karşılaşmaktadır. Danimarka İşverenler Konfederasyonu'nun Başkanı Jorn Neegaard Larsen'in de vurguladığı gibi, sistemi dengede tutmak için her yıl, her gün çalışmak gerekir.

En yakın tehdit ise Danimarka yaşlı nüfusunun büyümesidir ki bu da belirlenmiş olan şartların yerine getirilmesi halinde emeklilikten itibaren ömür boyunca maaş alınmasını öngören Danimarka sosyal yardım sistemi üzerinde inanılmaz bir baskı yapacaktır. Şu an tartışılan politik çözüm ise yaşlı nüfusu, bugünkünden daha uzun bir süre iş piyasasında tutacak tedbirlerin alınmasıdır.

Ayrıca işgücümüzün yetenekleri ve niteliklerinde de sürekli bir iyileşme gereklidir. Ayrıca büyüyen göçmen nüfusun da faal hale getirilmesi gündemimizin üst sıralarında yer almaktadır.

Son olarak, sosyal tarafların Danimarka iş piyasasını geliştirmek ve denetleme haklarını muhafaza etmek de sistemi dengede tutabilmek adına gereklidir. Uzun zamandır politik taraflar için süregelen bir gelenek olan sosyal tarafların yetkilerine müdahale edilmemesi de sağlanmalıdır ve bu, yasal düzenlemelerin gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde, en önemlisi de Avrupa Birliği düzeyinde arttığı dünyada büyük bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özetlemek gerekirse, Danimarka iş piyasasını kopyalamak Avrupa'nın önünde bir yol olmayabilir, ancak diğer Avrupa iş piyasası sistemlerinde bazı uyum çalışmalarının yapılmak istenmesi halinde esin kaynağı oluşturabilir. Henüz istenilen sonuçları sağlamamış olsa da, bu bile bizi Danimarka olarak gururlandırır.



Av. Nazan MOROĞLU

Kadın Araştırmaları Uzmanı

## Avrupa Birliği Anlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği

### Giriş

Avrupa Birliği müktesebatı çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğini sağlamak ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı kaldırmak amacıyla çıkarılan kapsamlı düzenlemeleri içermektedir<sup>1</sup>.

Kadın erkek eşitliği 1957 tarihli Roma Anlaşması'ndan başlayarak günümüze kadar Avrupa Birliği Hukukunun birincil kaynağını oluşturan Anlaşmalarda ve ikincil kaynağını oluşturan Yönergelerde ele alınmıştır. Aynı zamanda Avrupa Sosyal Şartı'nda, Birliğin cinsiyet eşitliği politikasını destekleyen Avrupa Komisyonu ve Konseyi kararlarında, Eşitlik Çerçeve Programlarında ve diğer birçok belgede kadın erkek eşitliğine yer verilmiştir.

Avrupa Birliği'nin istihdam ve sosyal politikasının ayrılmaz ve tamamlayıcı bir unsuru olan kadın erkek eşitliğine, özellikle Birliğin gelecekteki ekonomik ve sosyal gelişmesi ve başarısı açısından önem verilmektedir. AB'ne uyum sürecinde eksik bırakılmasına taviz verilmeyen öncelikli konuların başında "eşitlik politikası" gelmektedir. Avrupa

Adalet Divanı'nın eşitlik konusunda verdiği kararlar da yol gösterici niteliktedir ve daha sonra çıkarılan Yönergelerde bu kararlara yollama yapılmıştır<sup>2</sup>.

Bu yazıda, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) kurulmasını düzenleyen 1957 tarihli Roma

Anlaşması'nın; Avrupa Birliği'ni kuran 1992 tarihli Maastricht Anlaşması ve anlaşmaya ek Sosyal Şart'ın ve 1997 tarihli Amsterdam Anlaşması'nın kadın erkek eşitliğine ilişkin kuralları ile 1975 yılından itibaren kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik çıkarılan Yönergelere ve altı Yönergenin tek metin halinde birleştirildiği 2006 tarihli son Yönergeye<sup>3</sup> yer verilmiştir.

### Kadın Erkek Eşitsizliği, Demokrasi ve İnsan Hakları Sorunu

Tarih boyunca var olan ve günümüzde de farklı boyutlarda süren kadın erkek eşitsizliği zamanımızda bir demokrasi ve insan hakları sorunu olarak ele alınmakta, bu soruna ulusal ve uluslararası alanlarda hukuki düzenlemelerle çözüm getirilmeye ve hazırlanan eylem planlarıyla eşit haklar yaşama geçirilmeye çalışılmaktadır.

Özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının evrensel bir değer olarak kabul edilmesi, korunup geliştirilmesi, insan haklarını kadınların eşit olarak kullanmaları demokrasiyle yönetilen ülkelerin temel politikaları arasında yer almıştır.

Dünyada eşitlik, kalkınma ve barışın sağlanması amacıyla, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, kurulan bütün uluslararası teşkilatlarda kadın erkek eşitliği, gündemin önemli ve öncelikli madde-

lerinden birini oluşturmuş ve oluşturmaya devam etmektedir.

Ülkemizin üyelik müzakere sürecinde olduğu (bugünkü adıyla) Avrupa Birliği'nde ise, ilk adımları 1957 tarihli Roma Anlaşması'yla atılan kadın erkek eşitliğine yönelik hukuki düzenlemelerin sadece çalışma yaşamıyla sınırlı olduğu görülmektedir. Bilindiği gibi, hareket noktası Avrupa'da ekonomik konulara odaklı bir güçbirliği oluşturmak olan Avrupa Birliği'nin mevzuatında kadın erkek eşitliğine önce "ücret eşitliği" ile sınırlı olarak yer verilmiştir. Ücret eşitliği kuralının konusu AET'nin sosyal politikasından çok ekonomi politikasıyla ilgilidir. Nitekim, Roma Anlaşması'na Fransa'nın istemiyle "aynı iş için kadın-erkek işçiler arasında ücret eşitliği" kuralına yer verilmesinin başlıca nedenlerinden biri, Fransa'da kadınlarla erkeklere eşit ücret uygulamasının varlığı, bu bakımdan kadınlara düşük ücret ödeyen ülkeler karşısında Fransa'nın haksız rekabete maruz kalacağı endişesidir<sup>5</sup>.

Ücret eşitliğinin güvenceye alınmasını izleyen diğer Anlaşma ve Yönergelerde, işe alınmada ve işten çıkarılmada eşit davranmaya, çalışma koşullarının iyileştirilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışma yaşamına giren kadınların sayısı arttıkça, kadına özgü sorunlar görünür kılınmış ve bu sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Kadınların işgücüne katılımı ve bu alanda kadınlara yapılan ayrımcılığın ortadan kaldırılması Avrupa Birliği Müktesebatı'nda yoğun olarak ele alınan konular arasında yer almaya devam ediyor. Mart 2000'de Lizbon'da toplanan Avrupa Konseyi, Birliğin hedefleri arasında çalışma hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılığın kaldırılmasına önemli bir yer vermiş, Lizbon Stratejileri arasında çalışan kadın oranının % 60'a ulaştırılması hedeflenmiştir. Sonraki yıllarda Lizbon Stratejisi'nde belirlenen sayısal hedeflere ulaşamamış olması nedeniyle, gelecekte hangi yöntemlere ağırlık verilmesi gerektiği sorusuna yanıt aranmış ve Avrupa İstihdam Stratejisi'nde kabul edilen "esneklik" uygulamasıyla kadınların çalışma yaşamına daha fazla oranda katılmalarının sağlanabileceği öngörülmüştür<sup>6</sup>.

Avrupa Birliği'nde eşit işe eşit ücretle başlayan kadın erkek eşitliği uygulaması çalışma yaşamında fırsat eşitliğini sağlamak üzere kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Avrupa Komisyonu "fırsat eşitliği"

kavramını aşağıdaki şekilde tanımlamıştır: "Fırsat eşitliği, kadınların katkılarını erkeklerinki kadar değer veren ve mesleki ve ailevi görevler arasındaki dengiyi gözeten bir toplumsal yeniden yapılanmanın anahtarıdır. Fırsat eşitliği, kadınların ve erkeklerin insanlık onuruna saygılı ve her iki cinsinde yönetimde ve karar mekanizmalarında aynı derecede temsil edildiği bir kültürü geliştirmektir".

## Avrupa Birliği Müktesebatı'nda Kadın Erkek Eşitliğine "Çalışma Yaşamı" Dışında Da Yer Verildi

Avrupa Birliği Anlaşmalarında, Yönergelerinde kadın erkek eşitliği sadece "çalışma yaşamı" ile sınırlı olarak yer almıştır. 1990 tarihinden sonra Avrupa Komisyonu veya Konseyi Tavsiye Kararlarında, Eşitlik Çerçeve Belgelerinde yaşamın her alanında eşit haklar tanınması özellikle son yıllarda karar mekanizmalarında kadınların daha fazla "dengeli -balanced" yer alması için çalışmalar sürdürülmektedir. Ancak ilk defa 2004 tarih ve 2004/113/EC sayılı Yönerge ile çalışma yaşamı dışında her alanda "mal ve hizmetlere erişimde" cinsiyete dayalı ayrımcılığın kaldırılması hedeflenmiştir. Bu Yönergenin üye ülkelere en geç 21 Aralık 2007 tarihine kadar iç hukuklarına geçirilmesi gerekmektedir (OJ - L 373/37).

## Eşitlik İçin Yol Haritası

8 Mart 2005 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından belirlenen altı öncelikli alanda kadın erkek eşitsizliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik somut eylemlere yer verilen "2006-2010 Kadın ve Erkekler Arasında Eşitlik İçin Yol Haritası" (A Roadmap For Equality Between Women And Men) kabul edilmiştir. Yol haritasında 2006-2010 dönemindeki eylemler için belirlenen altı öncelikli alan şunlardır:

- Kadın ve erkek için eşit ekonomik bağımsızlığın sağlanması;
- İş yaşamı, özel yaşam ve aile yaşamının uyumlaştırılması;
- Karar alma mekanizmalarında eşit temsil;
- Cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi;
- Toplumsal kültüre dayalı eşitsizliği besleyen önyargılarla mücadele;
- AB dışında cinsiyet eşitliğinin teşvik edilmesi.

Bu alanlarda hedefe ulaşabilmek için tasarlanmış özel eylem planlarına yol haritasında yer verilmiştir. Eylemler, okullarda cinsiyet eşitliği bilincinin artırılması, kadın girişimciliğinin geliştirilmesi, 2007 yılında ekonomik ve politik karar alma pozisyonlarındaki kadınlar arasında Avrupa Birliği ağı'nın oluşturulması şeklinde yürütülecektir.

Yol haritasında; Komisyon eylemleri arasında cinsiyet eşitliği için 50 milyon Euro bütçeli yeni bir Avrupa Enstitüsü (European Gender Institute) kurulmasına yardımcı olunması; mevcut AB cinsiyet eşitliği mevzuatını gözden geçirilmesi; tüm politikalarda cinsiyet eşitliğinin dikkate alınması; kadına yönelik şiddete ve kadın ticaretine son verilmesi öngörülmüştür. Avrupa Toplumsal Cinsiyet Enstitüsü'nün 2007 yılında çalışmalarına başlaması planlanmıştır. Bilindiği gibi, Avrupa Birliği 2007 yılını "Herkes İçin Eşit Haklar Yılı" ilan etmiştir.

Özetle, kadın erkek eşitliğini Anlaşma ve Yönergelerde sadece ekonomik alanla sınırlayan Avrupa Birliği, kadın haklarının güçlendirilmesi amacıyla kadına yönelik şiddet, cinsel taciz de dahil olmak üzere yaşamın her alanında yapılan çalışmalara projelerle, kampanyalarla, çerçeve programlarla destek vermektedir.

## Roma, Maastricht ve Amsterdam Anlaşmalarında Kadın Erkek Eşitliği

AB'nin birincil hukuki kaynağını oluşturan Anlaşmalar doğrudan uygulanan hukuki düzenlemelerdir.

A) Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulmasına ilişkin 25.7.1957 tarihli Roma Anlaşması:

Madde 119: "Aynı iş için kadın-erkek işçiler arasındaki ücret eşitliği ilkesi, her Üye Devlet tarafından ilk devre içinde (1.1.1958 - 31.12.1961) sağlanacaktır."

119. madde işverene somut yükümlülük veren bir maddedir. Avrupa Birliği'nde hak ve fırsat eşitliğini düzenleyen hukuk normlarının temelini oluşturmuştur.

B) Avrupa Birliği Hakkında 7.2.1992 tarihli Maastricht Anlaşması'na ek Sosyal Şart:

Madde 2/1. fıkrasında: "Eşit veya eşdeğerde işe eşit ücret ödenmesinin yanı sıra, kadın ve erkekler

arasında çalışma alanında fırsat eşitliğinin sağlanması ve iş yerinde eşit davranma ilkesinin yaşama geçirilmesi", hükmüne yer verilmiştir.

Madde 6/III: "Birliğin, üye devletlerde kadın erkek eşitliği konusunda alınan önlemleri desteklemesi öngörülmüş" ve üye devletlerin eşitlik sağlanana kadar kadınlar lehine çeşitli imtiyazlı düzenlemeler (affirmative action) kabul etmesine de bir engel olmadığı vurgulanmıştır.

Bu anlaşma kadınlara çalışma yaşamında fırsat eşitliği tanınması konusunda önemli açılımlar sağlamıştır.

C) Avrupa Birliği Kuruluş Anlaşmalarının Değiştirilmesine İlişkin 2.10.1997 tarihli Amsterdam Anlaşması:

Madde 2: "Birliğin görevi, ortak bir pazarın, ekonomik ve parasal birliğin kurulmasını; 3. ve 4. maddelerde belirlenmiş ortak politikaların uygulanması ve ortak önlemlerin alınmasıyla bütün üye devletler için uyumlu, dengeli ve sürdürülebilir ekonomik bir gelişmeyi, istihdamın büyük oranda artırılmasını; güçlü bir sosyal güvenliğin sağlanmasını; kadın erkek için eşit davranma ilkesinin gerçekleştirilmesini; istikrarlı, enflasyonsuz bir büyümeyi; yüksek derecede rekabet ortamını ve ekonomik hizmetlerde tutarlılık sağlanmasını; çevrenin etkin bir şekilde korunmasını, çevrenin kalitesinin artırılmasını; geçim düzeyinin ve yaşam kalitesinin yükseltilmesini ve üye ülkeler arasında ekonomik ve sosyal birliği ve dayanışmayı sağlamak için yapılan tüm girişimleri desteklemektir.

Madde 3: Maddenin 1. fıkrasında, üye devletlerin ticaret, rekabet, sosyal politika ve çevreden tüketici haklarına, tarımdan balıkçılığa kadar olan ortak politika alanları sayılmıştır.

2. fıkra: "Birlik, birinci fıkrada belirtilen tüm alanlarda eşitsizliklerin kaldırılması ve kadın ve erkeklere eşit davranılması ilkesinin uygulanması için çalışmalar yapacaktır."

Madde 13: "Konsey, işbu Anlaşma hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla, Anlaşmayla Birliğe devredilen yetkiler çerçevesinde, Komisyonun önerileri doğrultusunda ve Avrupa Parlamentosu'nun görüşünü alarak, oybirliğiyle alacağı kararlarla, cinsiyet, ırk, din, etnik köken, dünya görüşü, bedensel özürü, yaş ya da cinsel tercihle ilgili ayrımcılığı önlemek için çalışabilir.

Madde 141:

(1) Her üye ülke, eşit veya eşdeğerde iş için kadınlara ve erkeklere eşit ücret ödenmesi ilkesini kabul eder.

(2) Bu madde bağlamında "ücret" kavramından işverenin iş ilişkisi nedeniyle alışılmış uygulamalar çerçevesinde çalışana doğrudan veya daha sonra nakdi ya da aynı olarak ödediği temel veya asgari ücret veya maaş ya da benzeri diğer dolaylı ödemeler anlaşılır.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın herkese aynı ücret ödenmesinden şu anlaşılır:

a) Çalışma hızına bağlı olarak belirlenen aynı türden bir işe ödenecek ücretin hesaplanmasında aynı ölçme birimi tayin edilir.

b) Çalışma süresine göre ücretin belirlendiği bir işte çalışan herkes için ödenecek ücret eşittir.

(3) Konsey, 251. madde uyarınca ve Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşünü alarak, eşit ya da eş değerde işlerde çalışan herkese eşit ücretin ödenmesi ilkesini de kapsayacak şekilde, kadın ve erkeklerin gördükleri işlerde ve istidam sürecinde eşitliğin sağlanmasıyla ilgili önlemleri alır.

(4) Kadın ve erkeklere iş yaşamlarında etkin bir şekilde tam anlamıyla eşit davranılacaktır, ancak bu husus üye ülkelerin iş yaşamında yeterince temsil edilmeyen cinslerden birine mesleki faaliyet açısından kolaylıklar sağlanmasını, başka bir deyişle bu durumdaki cinsin mesleki faaliyetler açısından karşılaştığı olumsuzlukların giderilmesi amacıyla yönelik kolaylaştırıcı ve destekleyici karar almasını (olumlu ayrımcılık) engellemez.

2.10.1997'de imzalanarak 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması, Roma ve Maastricht Anlaşmalarına dayanarak, maddeler yeniden numaralandırılarak ve yeni hükümler getirilerek düzenlenmiştir. Örneğin Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Anlaşması'nın 119. maddesi Amsterdam Anlaşması'nın 141. maddesinde geliştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Amsterdam Anlaşması ile eklenen yeni hükümler, cinsiyet ayrımcılığının Avrupa Birliği için artık ekonomi politikası olmasından öte, siyasi bir yapıya dönüşen Birliğin sosyal politikası olarak değerlendirilir. Avrupa Birliği'nin tüm ortak politika alanlarında cinsiyete dayalı eşitliğin yerleştirilmesi hedeflenmiştir (gender mainstreaming).

## Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Avrupa Birliği Yönergeleri

Avrupa Birliği Yönergeleri, içeriği ve sonuçları bakımından yöneldiği üye devletleri hukuken bağlayıcı düzenlemelerdir, ancak ikincil hukuk kuralları olması nedeniyle doğrudan uygulanmazlar<sup>10</sup>. Yönergelerin doğrudan uygulanması için üye devletlerin Yönerge içeriğini ulusal hukuklarına geçirmiş olmaları gerekir. Üye ülkeler, yönergelerde belirtilen süre içinde söz konusu yönergede belirlenen ilkeleri kendi iç hukukuna geçirmekle yükümlüdürler. Ulusal organlar, yönergede belirtilen hedeflere ulaşabilmek için, iç hukuk düzenlemelerinin türünü belirlemede özgür kılınmışlardır. Eğer Yönergelerde belirtilen konu bir yasa ile düzenlenmesi gerekiyorsa yasa çıkartılması veya yeterli ise Bakanlar Kurulu Kararı ile ya da sair şekilde yapılabilir.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin, Yönergeleri kabul edip etmeme, ya da uygulamaya koyup koymama bakımından bir takdir yetkileri yoktur.

Yönergeler, prensip olarak doğrudan uygulanmamakla beraber, belirlenen süre içinde iç hukuka geçirilmemişse, Adalet Divanı kararlarında da belirtildiği gibi doğrudan uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, Divan'ın bir kararında "bi-reylerin ulusal mahkemeler önünde görülen davalarda yönerge hükümlerini ileri sürebileceklerine" hükmedilmiştir<sup>11</sup>.

## Kadın Erkek Eşitliğinin Sağlanmasına yönelik Avrupa Birliği Yönergeleri (Tarih Sırasıyla)

● Kadın ve erkek çalışanlar için eşit işe eşit ücret ilkesinin (the principle of equal pay for men and women) uygulanması hakkında üye devletler mevzuatının yakınlaştırılmasına ilişkin 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

Ücret eşitliği Yönergesi, kadınlara ve erkeklere eşit ve eşdeğerli işte eşit ücret ödenmesini, iş değerlendirmesi yapılırken kadın ve erkek için ayrı ölçütlerin esas alınmasını, ücret kavramının asli ücret ve eklerini içerdiğini, ücretlendirme koşullarında cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasak olduğunu kapsamaktadır.

● İşe alınmada, meslek içi eğitimde ve işte yükselmede ve çalışma koşullarında kadınlara ve erkeklere eşit davranılması ilkesinin (the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions) yaşama geçirilmesine ilişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergede, kadın ve erkek işçilere işe alınmada, mesleki eğitim, meslekte yükselme ve çalışma koşulları bakımından eşit davranılması düzenlenmiştir. Yönerge, hizmet ilişkisinin bağımlı veya bağımsız, özel veya kamu sektöründe oluşuna bakılmaksızın tüm mesleki faaliyetleri kapsamaktadır. Yönergede ayrıca üye devletlerce, eşit davranma ilkesini ihlal eden uygulamalarda bulunan işverenler hakkında denetim ve yargı yoluna başvuran işçilerin, işten çıkarılmasını engelleyici tedbirler alınacağı düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

● Sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranılması ilkesinin (the principle of equal treatment for men and women in matters of social security) uygulanması hakkında 19 Aralık 1978 tarih ve 79/7/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergede prim ödeme yükümlülüğü, primlerin ve ödemelerin hesabı, eş ve bakıma gereksinimi olanlara yapılan yardımlar konusunda, özellikle medeni-ailevi durumunu esas alan cinsiyete dayalı her türlü ayrımın yasak olduğu düzenlenmiştir. Üye devletlerin mevzuatında sosyal güvenlik sistemlerinde eşit davranma ilkesine aykırı hukuki düzenlemeleri kaldırmaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

● Sosyal güvenlik sistemlerinde kadın ve erkeğe eşit davranılması ilkesinin (the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes) yaşama geçirilmesi hakkında 24 Temmuz 1986 tarih ve 86/378/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergede işyerindeki sosyal güvenlik sistemlerinde kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Çalışanlara sunulan ek sigorta (özel sigorta) sistemlerinde ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

● Tarım da dahil olmak üzere bağımsız çalışan kadınların hamilelik ve analık dönemlerinde korunması ve tarım da dahil bağımsız çalışan kadın

ve erkeğe eşit muamele prensibinin (the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood) uygulanmasına ilişkin 11 Aralık 1986 tarih ve 86/613/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

Serbest çalışan kadın ve erkekler bakımından (tarım alanında çalışanlar dahil) eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesini öngören Yönergede, vergi yükünü azaltmak için kadına düşük ücret ödenmesi, sigortasız çalıştırılması, emeğinin karşılığını alması durumunda üye devletlerin önlem alması gerektiğine yer verilmiştir.

● Hamile, loğusa veya emziren kadın çalışanların işyerinde sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesine ilişkin asgari önlemlerin belirlenmesi konusundaki 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85/EEC sayılı Konsey Yönergesi (Directive on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding).

Yönergede kadınların, hamilelikleri süresince veya emzikli ve lohusa kadının belirli bir süre gece çalışmasının yasaklanması, gece işinde olanların gündüz işine transfer edilmesi veya bu mümkün değilse işin bir süre dondurulması gerektiği de düzenlenmiştir.

● UNICE, CEEP ve ETUC tarafından sonuçlandırılan ebeveyn izni (parental leave) konusunda çerçeve anlaşma hakkında 3 Haziran 1996 tarih ve 96/34/EC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergede çalışan anne ve babaların yeni doğan veya evlat edinilen çocuğa bakmak için, 8 yaşına gelene kadar üçer aylık süre ile izin almaları düzenlenmiştir.

● Özel sosyal güvenlik planlarında kadın ve erkek için eşit muamele ilkesinin yürürlüğe konulmasına dair 86/378/EEC sayılı Yönergede değişiklik yapan 20 Aralık 1986 tarihli ve 96/97/EC sayılı Konsey Yönergesi.

● Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat mükellefiyeti hakkında 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80/EC sayılı Konsey Yönergesi. (Directive on the burden of proof in cases discrimination based on sex).

## 2004 tarihine kadar Avrupa Birliği'nce çıkarılan tüm Yönergeler çalışma yaşamı kapsamındadır.

İspat yükü kural olarak davacıya ait olmakla beraber Yönergeye göre kendisine ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunan kişi, inandırıcı nitelikte bazı verilere dayanıyorsa artık onun olayı kanıtlanması aranmayacak, ispat yükümlülüğü davalı tarafa ait olacaktır.

- İşyerinde ve meslekte eşit muamele alanında genel bir çerçeve oluşturan (establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation) 2 Aralık 2000 tarih ve 2000/78 EC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergede doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına yer verilmiştir. Bu kavramlar daha sonra çıkarılan 2002/73 EC sayılı Yönergede tanımlanmıştır.

- İşe alınma, mesleki eğitime giriş ve çalışma şartları ile ilgili olarak kadın ve erkekler arasında muamele eşitliği prensibinin uygulanmasına ilişkin 76/207/EEC sayılı Yönergeyi değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73 EC sayılı Konsey Yönergesi.

Yönergeye göre hiçbir işveren cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmamalıdır. Ayrıca medeni duruma ve kişinin aile içindeki konumuna bağlı ayrımcılık da yapılmayacaktır.

2002 tarihli bu Yönergede, Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde "cinsel taciz" kavramına ilk kez yer verilerek "işyerinde cinsel tacizin bir ayrımcılık yasağı ihlali olduğu" kabul edilmiştir. 1990 tarihli İşyerinde Kadın ve Erkeğin Onurunun Korunması Hakkında Konsey Tavsiye Kararı "cinsel taciz" konusunda bu Yönergeye temel oluşturmuştur. Yönerge, 23 Eylül 2002 tarihinde kabul edilerek 5 Ekim 2002'de AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Söz konusu Yönergede:

"İşyerinde cinsel tacizin 'erkek ve kadına eşit davranma ilkesine' aykırı düştüğü ve bu nedenle önlenmesi gerektiği ve bu gibi ayrımcılığın engellenmesi için özellikle işe alınma ve hizmet içi eğitim aşamalarında özen gösterilmesi gerektiği" kabul edilmiştir. Yeni Yönergede yer alan kuralların üye ülkelere en geç 5 Ekim 2005 tarihine kadar iç

hukuklarına yansıtılması, bu yolda düzenleme yapılması gerekmektedir. Ayrıca, ülkelerin bu konuda idari önlemleri de alması gerektiği belirtilmiştir. (Official Journal L 269, 5/10/2002; No. 73; P. 0015-0020).

- Çalışma yaşamı dışında düzenlenen ilk Yönerge: Mal ve hizmetlere erişim konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılığın kaldırılmasına yönelik 13.12.2004 tarih ve 2004/113/EC sayılı Konsey Yönergesi (Directive on gender equality outside the area of employment to the access to and supply of goods and services).

2004 tarihine kadar Avrupa Birliği'nce çıkarılan tüm Yönergeler çalışma yaşamı kapsamındadır. İlk defa cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın her alanda mal ve hizmetlere erişim konusunda yer verilmiştir. Yönerge Amsterdam Anlaşması'na dayanarak yaşamın her alanında cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması konusundaki ilk örneği oluşturmaktadır (OJ L 21.12.2004). Bu Yönergenin düzenlenmesi aşamasında AB Kadın Hukukçular Derneği'nin (www.ewla.org) ve Avrupa Kadın Lobisi'nin önerileri ve önemli katkıları olmuştur.

- 2006 tarihli YENİ YÖNERGE istihdam ve çalışma koşullarında kadın ve erkeklere eşit davranma ve eşit fırsatlar ilkesinin uygulanmasına ilişkin 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Konsey Yönergesi (Directive on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation 'recast').

Bilindiği gibi daha önce işe alınmada, mesleki eğitim ve meslekte yükselmeye ve çalışma koşullarında kadın ve erkek için eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulmasına ilişkin 1976 tarihli Yönerge, 2002/73 EC sayılı Yönerge ile değiştirilmiş, genişletilerek yeniden düzenlenmiş, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlanmış ve Yönergede ayrıca işyerinde cinsel tacizin bir ayrımcılık yasağı ihlali olduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde 86/378/EEC sayılı sosyal güvende kadın ve erkeğe eşit davranılmasına ilişkin Yönerge ise 96/97/EC sayılı Yönerge ile yenilenmiştir. 2006 tarihli yeni bir semsiye Yönerge düzenlenmesinin amacı, kadın erkek eşitliği konusunda mevzuatın sadeleştirilmesi, eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkelerinin sağlanmasına yönelik yürürlükteki birçok yönergenin güncellenmesi ve bunların içeriğine tek metinde yer veril-

mek istenmesidir. Böylece kaynağa daha kolay ulaşmak mümkün olacaktır.

Yeni Yönergede, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğine yönelik daha önce çıkarılmış olan Yönergeler, tek metin halinde düzenlenirken, Avrupa Adalet Divanı kararlarından örneklerle geliştirilmiş, ancak yeni haklara yer verilmemiştir. Eşit davranma ilkesinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için sivil toplum örgütleri de dahil olmak üzere sosyal taraflar arasında dialogun geliştirilmesi öngörülmüştür.

Genel Hükümler bölümünde (md. 1) Yönergenin amacının istihdamda ve çalışma koşullarında kadınlara ve erkeklere eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak olduğu hükme bağlanmıştır. Bu açıdan, başlıca işe alınma, işte yükselme ve meslek içi eğitimde ücret eşitliği dahil olmak üzere çalışma koşullarında, sosyal güvenlik programlarında eşit davranma ilkesinin uygulanması öngörülmüştür.

Yönergenin amaca uygun uygulanması açısından 2. maddede doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz, ücret, mesleki sosyal güvenlik sistemi ve ayrımcılık kavramları tanımlanmıştır<sup>11</sup>.

Ayrıca üye devletlerin çalışma yaşamında tam eşitliğin sağlanması için olumlu ayrımcılık önlemleri alınabileceğine Amsterdam Anlaşması'nın 141/4. maddesine yollama yapılarak Yönergenin 3. maddesinde açık bir ifadeyle yer verilmiştir.

Yönergenin "özel hükümler" başlığı altında düzenlenen 2. bölümünde (md. 4) eşit veya eşdeğerde iş için eşit ücret kuralına göre cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

Yönergede, sosyal güvenlik sistemine erişim koşullarında ayrımcılık yasağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (md. 5-13).

İşe alınmada, meslek içi eğitim, meslekte yükselme ve çalışma koşulları açısından eşit davranma ilkesine yer verilen 14 - 16. maddelerde, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına; doğum izninden dönüşte çalışanın aynı veya eşit bir konuma getirilmesine ve babalık iznine yer verilmiştir.

Yönergenin 3. bölümünde hakların kullanılmasında üye devletlerin iş davalarına bakan özel yargılama usulü saptaması öngörülmüştür.

İspat yükünün düzenlendiği 19. maddede, cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ya-

sağının ihlali nedeniyle mağdur olan kişinin hukuk yargılamasında ispat yükümlülüğünün yer değiştirildiği, bunun karşı tarafa ait olacağı düzenlenmiştir. Yönergenin bu hükmü ceza yargılaması açısından söz konusu değildir.

Yönergede (md. 20), Avrupa Birliği'nde cinsiyete dayalı eşitliğin sağlanması yolunda üye devletlerde yaşanan gelişmeleri izlenmek, yönlendirmek ve geliştirmek amacıyla bir Avrupa Eşitlik Enstitüsü kurulması öngörülmüş ve bu enstitünün kurulmasıyla dialogun istenen düzeye gelebileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, üye ülkelerin ulusal yasaları çerçevesinde NGO'larla dialogu geliştirmelerine ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

Yönergenin 33. maddesinde, yeni Yönergenin içerdiği ücret eşitliği, işe alınmada, meslek içi eğitimde ve çalışma koşullarında eşit davranma; mesleki sosyal güvenlik sistemi, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmış olaylarda ispat yükümlülüğü konularındaki kuralların, en geç 15 Ağustos 2008 tarihine kadar üye devletlerin ulusal hukuklarında düzenlenmesi gerektiğine yer verilmiştir.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde kadın erkek eşitliğinin bu Yönerge hükümlerine uygun olarak etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, ülkelerdeki uygulamayı izleyebilmek için her üye ülkenin dört yılda hazırlayacağı raporla ulusal uygulamaları hakkında bilgi vermesi gerekmektedir (md. 31).

Avrupa Komisyonu üye ülkelerin raporlarını göz önünde tutarak en geç 15 Şubat 2011 tarihinde Yönergenin uygulanmasını gözden geçirecek ve eğer gerekirse değişiklik önergesi hazırlayacaktır.

Yönergenin 34. maddesi gereğince 15 Ağustos 2009 tarihinde 75/117/EEC, 76/207/EEC, 86/378/EEC ve 97/80/EC sayılı Yönergeler yürürlükten kalkacaktır. Daha önce bu Yönergelere yapılmış olan yollamalar ANNEX II'de gösterilen çizelgedeki şekilde, 2006 tarihli Yönergenin ilgili maddelerine yönlendirilecektir.

26.07.2006 tarihinde yayımlanan ve 35. maddesi gereğince 15 Ağustos 2006 tarihinde yürürlüğe giren son Yönerge kadın erkek eşitliğine ilişkin Avrupa Birliği müktesebatına kolaylıkla ulaşılmasını sağlayacaktır.

Yukarıda değinilen Anlaşma ve Yönergeler dik-

kate alındığında, 22 Mayıs 2003 tarih ve 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda kadın erkek eşitliği konusunda örneğin "eşit davranma ilkesi - işyerinde cinsel tacizin iş aktinin feshinde haklı neden sayılması (14) - doğum izni" kurallarına yer verilmesiyle, Avrupa Birliği'nin birincil ve ikincil hukuki düzenlemelerine önemli ölçüde uyum sağlanmış olduğu görülmektedir. Ancak bilindiği gibi, Avrupa Birliği'nin Türkiye için belirlediği "müzakere esasları çerçevesinde" Türkiye'den üyelik öncesinde AB üyesi ülkelerin bile henüz iç hukuklarına geçirmedikleri ya da uygulamaya yansıtamadıkları konularda, "birlik çerçevesinde alınmış, yasal bağlayıcılığı olan ya da olmayan kurumlararası kararlar, beyanlar, tavsiye kararları ve yönlendirici ilkelere" de uyum sağlaması beklenmektedir.

## DİPNOTLAR

1. Moroğlu Nazan, "AB'ne Giriş Sürecinde Kadın Erkek Eşitliği", Kadın Çalışmalarında Disiplinlerarası Buluşma C.3, Yeditepe Ü. yayını, İstanbul 2004, s.131-143.
2. Gleichbehandlung von Frauen und Maennern. (Rechtsprechung des Gerichtshofes des EU) Europäische Kommission, Belgium 1999.
3. Birliğin kadın erkek eşitliği konusundaki Yönergeleri birleştirme ve güncelleştirme çalışmalarının ürünü olan ve daha önce çıkarılmış altı Yönergenin tek metin haline getirildiği 3 Temmuz 2006 tarihli Yönerge ileride ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılacaktır. 2006/54/EC, Official Journal (OJ L 204-26.07.2006).
4. Maurer Helmut, Avrupa Birliğinde Kadın Erkek Eşitliğinde İzlenen Politikalar, AB Ayrımcılıkla Mücadele Semineri, 11-12 Ekim 2004, Ankara, Çalışma Bk.lığı AB Koordinasyon Merkezi yayını.
5. Çentel Tankut, Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti, MESS - SİCİL İş Hukuku Dergisi, S. 2, s. 19-22. Yönergede sözü edilen iş süresinde "esnekliğe" 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda olarak tanınmıştır.
6. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.europarl.europa.eu/ocil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD\\_2005\\_0107](http://www.europarl.europa.eu/ocil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD_2005_0107).
7. (çev.) Moroğlu Nazan, "Anlaşmalar, Yönergeler ve Tavsiye Kararları", Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde T.C. Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği, Başbakanlık KSSGM yayını, Ankara 2000, s. 83-117.
8. Eşit veya eş değerde iş için eşit ücret ilkesi Türk Hukukunda ilk kez 1950 yılında İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. 2003 tarihli yeni İş K. 5. maddesinde de açık bir ifadeyle yer verilmiştir.
9. Aktekin Seyda, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Onay", MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2000, s. 6; 1996 yılında güncellenilerek değiştirilen ve 15.7.1999'da yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'nı Türkiye 2000 yılında onaylamıştır (RG. 4 Ekim 2000, S. 26308).
10. Günugür Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, İstanbul 1993, s. 211.
11. Yüksel Onaran Melek, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 73-75.
12. 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma ilkesi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasamızın 70. maddesi gereğince kamu hizmetine giren eşit davranma ilkesine yer verilmiştir (Madde 70: Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrıma gözetilemez). Yeni İş K. ile özel sektör için de cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak uygulamada iş ilanlarında "cinsiyeti erkek olmak koşulu" arandığı görülmektedir. Örneğin, Aralık 2003'de ÖSYM web-sayfasında ve basında yapılan "kamu sektörüne sınavla eleman alınacağına" ilişkin duyuruda başvuruda bulunacaklarda aranılan koşullardan biri "cinsiyeti erkek olmak" idi. Doğrudan ayrımcılık unsurunu içeren bu duyuru, aslında hem Türkiye'nin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesinin 11. maddesine, hem İş Kanunu 5. maddesine (eşit davranma ilkesine), hem de AB'nin bu konudaki Yönergesine aykırıdır. İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu'nun itirazı ve kadın başvuruculara hukuki desteği ile "cinsiyeti erkek olmak koşulu" duyurudan kaldırılmıştır. Ancak insan kaynakları sayfalarındaki ilanlarda doğrudan veya dolaylı ayrımcılık içeren koşullara yer verildiği görülmektedir.
13. 2006/54/EC sayılı Yönerge madde 2'de tanımlanan kavramlar; Doğrudan Ayrımcılık: Kişinin sırf cinsiyeti nedeniyle iş ilişkisinin her aşamasında ve iş ilişkisini ilgilendiren her konuda, mağdur edilmesi veya farklı koşullar uygulanması. Dolaylı Ayrımcılık: Farklı cinslere eşit muamele edildiği görüntüsü veren tarafsız uygulamaların gerçekte bir cinsi diğerine nazaran kayıran veya mağdur eden etkiler doğuran muamele dolaylı ayrımcılıktır. Taciz: Bir kişiyi aşağılayıcı, utandırıcı, sindirici, saldırgan bir şekilde istenilmeyen ve insan onurunu zedelemeye yönelik hareketler. Cinsel Taciz: Sözlü, davranışla veya fiziksel olarak kişinin cinselliğine yöneltilmiş her türlü aşağılayıcı, utandırıcı, sindirici, saldırgan bir şekilde insan onurunu zedeleyen ortam yaratan hareketler. Ücret: Çalışanın işverenden iş ilişkisi dolayısıyla asgari ücret, maaş veya benzeri alışılmış uygulamalar çerçevesinde doğrudan veya dolaylı olarak, nakdi ya da aynı olarak aldığı ödemeler.
14. Bakırç Kadriye, İşyerinde Cinsel Taciz, Yası Yayıncılık, İstanbul 2000.



Av. Nurseli TARCAN

TISK Genel Sekreter Yardımcısı

## Avrupa Sosyal Şartı'ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na

### 1. GİRİŞ

Birden fazla devletin ortak çalışma yöntemiyle kararlaştırdıkları çalışma yaşamına ilişkin uluslararası sözleşmeler, çağdaş çalışma hukukunun uluslararası kaynaklarını oluşturur. Bunların başında hiç şüphesiz Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO)'nın sözleşmeleri gelmektedir. Çalışma yaşamı alanındaki diğer uluslararası kaynaklar ise Birleşmiş Milletler Belgeleri ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ile Avrupa Birliği Direktifleridir.

Türkiye; Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın 1932'den, Birleşmiş Milletler'in 1945'ten ve Avrupa Konseyi'nin de 1949'dan bu yana üyesidir. Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda ise 3 Ekim 2005 tarihinde başlatılan müzakere süreci çerçevesinde devam etmektedir.

Özellikle AB'ne tam üye olma hedefi doğrultusunda hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgesi ve Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenileceğine Dair Ulusal Program çerçevesinde hız kazanan uyum çalışmaları sonucunda, Türkiye'nin Kopenhag Kriterlerini yerine getirdiği kanaatine varılarak müzakereler başlatılmıştır.

Kopenhag Kriterleri özete; AB çatısı altında bir araya gelen farklı ülkelerin, sistemin işleyişini bozmadan birlikte yaşabilmeleri için oluşturulan asga-

ri müşterekleri ifade etmektedir. Avrupalı ülke olmanın ortak paydasını teşkil eden bu ilkeleri paylaşmak, AB üyesi ülkeler ve üyeliği hedefleyen tüm aday ülkeler için olmazsa olmaz bir koşuldur. Siyasi kriterler ile demokratik standartların yükseltilmesi, tüm kurum ve kurullarıyla işleyen bir hukuk devletinin yerleşmesinin sağlanması ve insan haklarına saygının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, siyasi kriterlerin önemli bir ayağı da "insan hakları" konulu sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, hiç şüphesiz, uluslararası topluma aidiyetin bir parçasını oluşturmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında Türkiye'nin pek çok uluslararası belgeye imza koyduğu görülmektedir. Özellikle BM tarafından kabul edilen ve 1949 tarihinde onaylanan "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi", 1985'te onaylanan "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" ve İhtiyari Protokolü, 1995'de onaylanan "Çocuk Hakları Sözleşmesi" ve İhtiyari Protokolü, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (2003) ve Ek 1, Ek 2 Protokolü (2006), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (2003), Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (2002), İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (1988), Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalan-

dırılması Sözleşmesi (1951), Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1961) ve Protokol, Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (2006) bunlar arasındadır.

Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilmiş bulunan sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1954) ve Ek Protokolleri, Avrupa Sosyal Şartı (1989), Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (2001), İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1989) ve Ek Protokolleri (2002), Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1981), Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (2004) de ülkemizce onaylanan sözleşmelerdir.

Bunlara şimdi bir yenisi eklenmiştir: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı. Aşağıda Avrupa Sosyal Şartı'ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına doğru bir akış içinde içerikleri, farklılıkları incelemeye çalışılarak Avrupa Sosyal Şartına Değişiklik Getiren Protokolün ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının onaylanması sonrasında ülkemizde çalışma hayatının gündemine gelebilecek yeni konulara değinilmeye çalışılacaktır.

## 2. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE EK PROTOKOLLER

Avrupa Konseyi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek, Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla yönelik kırk altı devleti bir araya getiren bir hükümetlerarası kuruluş olup, hedefi, üye ülkelerin ekonomik ve sosyal ilerlemelerini geliştirmek ve ortak mirasları olan ilke ve idealleri korumak ve yükseltmek için üyeleri arasında işbirliğini geliştirmektir. Avrupa Konseyi bu hedefine ulaşmak için, üye devletlerin onayına açık çok sayıda sözleşme kabul etmiştir.

1949 yılından beri Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye, Konsey çerçevesinde akdolunan belli başlı prensip sözleşmelerinin çoğunu imzalamış ve bunların birçoğunu da onaylayarak uygulamaya koymuştur. Avrupa Konseyi'nin sosyal alandaki temel belgesi niteliğini taşıyan, ülkeler arasında güçlü bir işbirliğinin ve barışın sağlanması için temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan Avrupa Sosyal Şartı; medeni ve politik hakları garanti

eden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini takviye eden, Avrupa Konseyi bünyesinde akdedilmiş en önemli iki temel sözleşmeden biri olup, 1961 yılında Turin'de Avrupa Konseyi bünyesinde üye ülkelerin imzasına açılmış ve 1965 yılında yürürlüğe girmiştir.

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, Ülkemiz tarafından 4 Temmuz 1989 yılında onaylanmış ve 24 Aralık 1989 tarihli itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı; giriş bölümünün yanı sıra toplam beş bölüm ve 38 madde ile Şart'ın ayrılmaz parçası niteliğindeki bir Ek'ten oluşmaktadır.

Birinci bölüm; taraf ülkelerin ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek etkin biçimde gerçekleştirmeyi taahhüt ettikleri toplam 19 hak ve ilkedir.

İkinci bölüm; birinci bölümde yer alan hak ve ilkeler ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir. Şart kapsamında; çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı, adil bir ücret hakkı, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı, çocukların ve gençlerin korunma hakkı, çalışan kadınların korunma hakkı, mesleğe yöneltme ve mesleki eğitim hakkı, sağlık ve sosyal yardım, sosyal güvenlik hakkı gibi toplam 19 hak yer almaktadır.

Üçüncü bölümde; taraf ülkelere kendilerini bağlı saymayı taahhüt edecekleri yükümlülükler konusunda esneklik sağlanmaktadır. Buna göre Şartın II. Bölümünde yer alan çalışma hakkı (madde 1), örgütlenme hakkı (madde 5), toplu pazarlık hakkı (madde 6), sosyal güvenlik hakkı (madde 12), sağlık ve sosyal yardım hakkı (madde 13), ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (madde 16) ve çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı (madde 19)'na ilişkin toplam 7 haktan en az beşi ve bunlara ek olarak, kendisine bağlı saydığı madde sayısı 10'dan veya numaralanmış fıkra sayısı 45'ten az olmamak koşuluyla (ki bu fıkraların toplamı 68'dir) istenilen yükümlülükleri seçme hakkı ülkelere tanınmaktadır.

Dördüncü bölüm; denetim mekanizmasını, beşinci bölüm ise uygulama ile imza, onay ve yürürlüğe ilişkindir.

Türkiye; Avrupa Sosyal Şartı'nın düzenlediği 7 temel haktan 1. (çalışma hakkı), 12. (sosyal güvenlik hakkı), 13. (sağlık ve sosyal yardım hakkı), 16. (ailenin sosyal, hukuki ve ekonomik korunma

hakkı) ve 19. (göçmen çalışanların ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı) maddelerini tüm fıkralarıyla aynen, bunlara ek olarak 9., 10., 11., 14., 17. ve 18.maddelerin tamamı ile 4. maddenin 3. ve 5. fıkralarını, 7. maddenin 3. 4. 5. 6. 8. ve 9. fıkralarını kabul etmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı (ASS): Zaman içinde üç Protokol ile takviye edilmiştir. Bunlardan ilki, ASS'da yer almayan dört yeni ilave grup hakkı (istihdam alanında işçilere eşit fırsat ve eşit muamele hakkı ve cinsiyete bağlı ayrımcılığın ortadan kaldırılması, işçiler için bilgilendirme ve danışılma hakkı, çalışma şartlarının ve çalışma ortamının kararlaştırılması ve düzenlenmesinde işçilerin söz sahibi olma hakkı ve yaşlıların sosyal güvence hakkı) koruma altına alan ve 1961 tarihli ASS'da bulunan hakların kapsamını genişleten 5 Mayıs 1988 tarihli Ek Protokol'dür. Türkiye; Ek Protokolü 1995 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

Kollektif Şikayet Sistemine İlişkin 9 Kasım 1995 tarihli Ek Protokol ise ASS'de güvence altına alınan sosyal hakların fiilen uygulanmasını sağlayacak yeni önlemler içermekte, ayrıca taraf ülkelerin ASS'ni ihlal etmeleri halinde sosyal ortaklara ve sivil toplum örgütlerine toplu şikayette bulunmak imkânı getirmektedir. Türkiye söz konusu Ek Protokolü henüz imzalamamıştır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim sistemi ile ilgili hükümlerini değiştiren 21 Ekim 1991 tarihli Değişiklik Protokolü (Torino Protokolü) de şart denetim organlarının (eski adıyla Bağımsız Uzmanlar Komitesi, yeni adıyla Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ve Hükümet Uzmanları Komitesi) işlevleri ve denetim süreci içinde oynadıkları rolleri açıklığa kavuşturmakta, raporlama sisteminde yenilikler getirmekte ve sosyal taraflar ile sivil toplum örgütlerinin raporlama sistemine katılım yönteminde iyileştirmeler yapmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aralık 1991'de almış olduğu kararı doğrultusunda fiilen yürürlüğe konulmuş ve ASS denetimlerinin, bu Protokolün öngördüğü esaslar çerçevesinde yapılması kararlaştırılmıştır. Söz konusu Protokol Ülkemiz tarafından 6 Ekim 2004 tarihinde imzalanmış, 27 Eylül 2006 tarihinde ise 5546 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur (03.10.2006 tarih, 26308 sayılı Resmi Gazete).

### 3. GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI

#### 3.1. Genel Olarak

5 Kasım 1990 tarihinde Roma'da düzenlenen İnsan Hakları Bakanlar Konferansında; bir yandan kişisel, politik, ekonomik, sosyal ve kültürel olarak insan haklarının bütünlüğünün korunması, diğer yandan Avrupa Sosyal Şartına taze bir güç vermek, özellikle Şartın kabulünden sonra meydana gelen temel sosyal değişikliklerin hesaba katılarak Şartın madde içeriğinin güncelleştirilmesi ve uyarlanması, ayrıca 1988 tarihli Katma Protokolle garanti edilen hakların da bu metinde yer alması ve yine 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan, ancak değiştirilmesi gerekli bulunan yeni hakların da ilave edilmesinin gerekliliği dikkate alınarak, Avrupa Sosyal Şartı'nın yerine geçen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 3 Mayıs 1996 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış, 27 Eylül 2006 tarihinde 5547 sayılı Kanun'la onaylanmasını uygun bulmuştur (03.10.2006 tarih, 26308 sayılı Resmi Gazete).

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS), 1961 tarihli ASS'ne benzer yapıda olmasına karşılık ondan tümüyle bağımsız, ayrı bir belgedir. Dolayısıyla halen 1961 tarihli ASS ve 1996 GGASS birlikte yürürlükte dirler ve ülkeler taraf oldukları metinle bağlıdır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, içerdiği yeni hakların yanı sıra 1961 tarihli Şartta yer alan tüm haklar ve 1988 tarihli Ek Protokol ile garanti edilen haklar olmak üzere toplam 31 hak içermekte, ancak 1991 tarihli Değişiklik Protokolü ile yürürlüğe konulan denetim mekanizmasını aynen korumaktadır. Bu özelliği nedeniyle GGASS, zaman içinde Avrupa Konseyi üyesi ülkelere onaylandıktan sonra ASS'nin yerini alacaktır.

#### 3.2. Kapsam

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Şartı gibi giriş bölümünün yanı sıra beş bölüm ve bir Ek'ten oluşmaktadır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan haklar şu şekildedir:

- (Madde-1): Çalışma hakkı (istihdam),
- (Madde-2): Adil çalışma koşulları hakkı (çalışma süreleri, dinlenme ve izin hakkı),
- (Madde-3): Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (İşçi sağlığı ve iş güvenliği),
- (Madde-4): Adil bir ücret hakkı (fazla mesai, eşit işe eşit ücret, ihbar öneli, kıdem tazminatı),
- (Madde-5): Örgütlenme hakkı (Sendika kurma hakkı),
- (Madde-6): Toplu pazarlık hakkı (grev hakkı dahil),
- (Madde-7): Çocukların ve gençlerin korunma hakkı (Çalışma yaşı, çalışma saatleri, öğrencilerin çalışması, ücret, izin, gece çalışması, tıbbi haklar, fiziki ve moral tehlikelere karşı koruma),
- (Madde-8): Çalışan kadınların analığının korunması hakkı (analık yardımları, gebelik sırasında korunma, emzirme, gece çalışması, bazı işlerde çalışma yasağı),
- (Madde-9): Mesleğe yöneltme hakkı,
- (Madde-10): Mesleki eğitim hakkı,
- (Madde-11): Sağlığının korunması hakkı,
- (Madde-12): Sosyal güvenlik hakkı,
- (Madde-13): Sosyal ve tıbbi yardım hakkı (fakir ve korumasız olanlar, yabancılar),
- (Madde-14): Sosyal refah hizmetlerinde yararlanma hakkı,
- (Madde-15): Özürlülerin kendini geçindirme, sosyal bütünleşme ve toplum yaşamına katılma hakkı,
- (Madde-16): Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı,
- (Madde-17): Çocuklar ve gençlerin sosyal, hukuki ve ekonomik korunma hakkı,
- (Madde-18): Diğer tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı,
- (Madde-19): Çalışan göçmen işçilerin ve ailelerin korunma ve yardım hakkı,
- (Madde-20): Cinsiyet ayırımı yapılmaksızın istihdam ve meslek konusunda işlem ve fırsat eşitliği hakkı,
- (Madde-21): Bilgi ve danışma hakkı,
- (Madde-22): Çalışma koşulları ve ortamının belirlenmesi ve geliştirilmesi katılma hakkı,
- (Madde-23): Yaşlıların sosyal korunma hakkı
- (Madde-24): İşten çıkarma halinde korunma hakkı,
- (Madde-25): İşverenin iflası halinde işçilerin haklarının korunması hakkı,

● (Madde-26): Çalışma hayatında insan onuruna yakışır davranış hakkı,

● (Madde-27): Aile sorumluluğu olan işçilere muamele ve fırsat eşitliği hakkı,

● (Madde-28): İşçi temsilcilerine işletme içerisinde korunma ve durumlarına uygun olanaklar sağlanması hakkı,

● (Madde-29): Toplu işten çıkartmalarda bilgilendirme ve danışma hakkı,

● (Madde-30): Yoksulluk ve sosyal mahrumiyete karşı korunma hakkı,

● (Madde-31): Konut hakkı.

Söz konusu haklar arasında sayılan; Adil çalışma koşulları hakkı (Madde-2), Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (Madde-3), Çocukların ve gençlerin korunma hakkı (Madde-7), Çalışan kadınların analığının korunması hakkı (Madde-8), Mesleki eğitim hakkı (Madde-10), Sosyal güvenlik hakkı (Madde-12), Özürlülerin kendini geçindirme, sosyal bütünleşme ve toplum yaşamına katılma hakkı (Madde-15), Çocuklar ve gençlerin sosyal, hukuki ve ekonomik korunma hakkı (Madde-17) ve Çalışan göçmen işçilerin ve ailelerin korunma ve yardım hakkı (Madde-19) 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nda yer almakla beraber Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda bu maddelerde değişiklikler yapılmıştır.

Ayrıca, 1988 tarihli Ek Protokol ile getirilen; Cinsiyet ayırımı yapılmaksızın istihdam ve meslek konusunda işlem ve fırsat eşitliği hakkı (Madde-20), Bilgi ve danışma hakkı (Madde-21), Çalışma koşulları ve ortamının belirlenmesi ve geliştirilmesine katılma hakkı (Madde-22), Yaşlıların sosyal korunma hakkına (Madde-23) da GGASS'nda yer verilmiştir.

İşten çıkarma halinde korunma hakkı (Madde-24), İşverenin iflası halinde işçilerin haklarının korunması hakkı (Madde-25), Çalışma hayatında insan onuruna yakışır davranış hakkı (Madde-26), Aile sorumluluğu olan işçilere muamele ve fırsat eşitliği hakkı (Madde-27), İşçi temsilcilerine işletme içerisinde korunma ve durumlarına uygun olanaklar sağlanması hakkı (Madde-28), Toplu işten çıkartmalarda bilgilendirme ve danışma hakkı (Madde-29), Yoksulluk ve sosyal mahrumiyete karşı korunma hakkı (Madde-30) ve Konut hakkı (Madde-31) ise Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile getirilen yeni haklardır.

GGASS'nin I. Bölümü, tıpkı ASS'nin birinci bölümü gibi taraf ülkelerin ulusal ve uluslararası nitelikteki tüm uygun yollarla etkili bir biçimde etkinleştirmeyi taahhüt edecekleri toplam 31 hak ve ilkelerden oluşmaktadır.

İkinci bölümde ise onaylayarak taraf devletler için hukuksal yükümlülük doğuran 31 sosyal hak güvenceye bağlanmaktadır.

Üçüncü bölümde; öncelikle GGASS'nin taraf ülkelerce onaylanacak zorunlu maddeleri (ki bunlar I. Bölümün tamamı, II. Bölümde yer alan 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 ve 20. maddelerden en az altısı ile II. Bölümden, bağılı olduğu maddelerin ve numaralandırılmış fıkraların toplam sayısı 16 madde ve 63 fıkradan az olmamak kaydıyla seçilecek maddeler ve numaralandırılmış fıkralardır), Avrupa Sosyal Şartı ve 1988 tarihli Ek Protokol ile ilişkilere yer verilerek 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylayan her Akit Tarafın, daha önceden kabul etmiş oldukları Şart ve/veya 1988 tarihli Ek Protokol'ün belirli maddelerini veya fıkralarını zımnen feshetmemelerini temin üzere Şart ve/veya Ek Protokol'ün onaylanan maddeleri veya fıkraları ile bu madde veya fıkralara denk düşecek hükümleri kabul etmeleri şart koşulmaktadır.

GGASS'nin dördüncü bölümü; Şartın içerdiği yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin denetim ve kollektif şikayeti düzenlerken beşinci bölümde uygulamaya ilişkin (ayrımcılık yasağı, sınırlamalar, yükümlülüklerinin yerine getirilmesi vb.) hükümlere değinilmektedir.

Altıncı bölümde ise imza, onay ve uygulama, fesih ve bildirimlere yer verilmekte, Ek'te de Şart'ın korunan kişiler yönünden kapsamı ile çeşitli madde ve fıkralardaki kuralların nasıl yorumlanması ya da yorumlanmaması gerektiğine ilişkin açıklamalara yer verilmektedir.

### 3.3. Türkiye'nin Onayı

Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı, aşağıdaki maddelerine çekince koyarak onayladığını 27 Eylül 2006 tarihinde 5547 sayılı Kanunla beyan etmiştir.

Burada dikkat çekilmesi gereken husus; GGASS'nin yürürlüğe girebilmesi için, 244 sayılı "Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında

Kanun"un 2. maddesi uyarınca bir milletlerarası anlaşmanın onaylama veya bu anlaşmanın katılma, onaylama veya katılmanın bir Kanunla uygun bulunmasına bağlı olup, 3. maddesi uyarınca söz konusu milletlerarası anlaşmanın daha sonra Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle onaylanması ve anlaşmanın Türkçe metni ile anlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden birisi ile yazılmış metnin, Kararnameye ekli olarak Resmi Gazete'de yayınlanması gerektiğidir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı için henüz bu ikinci aşama gerçekleşmemiştir.

Türkiye'nin GGASS'nin çekince koyduğu maddelerine ve TBMM Dışişleri Komisyonu'nun çekincelere ilişkin gerekçelerine gelince,

● 2. maddenin (3) numaralı bendi: "En az dört haftalık ücretli yıllık izin sağlamayı."

Çekince gerekçesi: Ülkemiz kalkınmışlık düzeyi ve sosyo-ekonomik şartları dikkate alınarak bu bend üzerinde konulan çekince gerekçelerinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılmıştır.

● 4. maddenin (1) numaralı bendi: "Çalışanların kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkına sahip olduklarını tanımayı taahhüt etmek."

Çekince gerekçesi: Ülkemizin şu anki ekonomik durumu itibarıyla bu fıkranın gereklerini yerine getiremeyeceği gerekçesi ile çekince konulmuştur.

● 5. madde- Örgütlenme Hakkı: "Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi; taahhüt ederler.

Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri bakımından hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla ya da yönetmeliklerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar ya da yönetmeliklerle saptanır."

Çekince gerekçesi: Sosyal çalışma hayatını düzenleyen iç mevzuatımızdaki düzenlemeler ile ülkemiz sosyo-ekonomik şartları göz önünde bulundurulmuş, bu madde üzerinde konulmuş olan çe-

kincelerin halen geçerliliğini koruduğu kanaatine varılmıştır.

● 6. madde Toplu Pazarlık Hakkı: "Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1. Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi;

2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla ücretlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi;

3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi; taahhüt eder ve

4. Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanıır."

Çekince gerekçesi: Toplu pazarlık hakkı ve bu hakların kullanımı konusunda hükümler içeren bu madde ile ilgili olarak, ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik şartlar dikkate alınmış ve konulan çekince gerekçelerinin geçerliliğini koruduğu kanaatine varılmıştır.

Özetle Türkiye toplam 31 madde ve 86 numaralandırılmış fıkradan oluşan GGASS'nin 29 maddesinin tamamı ile 84 numaralandırılmış fıkrasını onaylamış bulunmaktadır.

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 1989 yılında onaylanması sırasında ASS'nin;

● 2. madde: Adil çalışma koşulları hakkı (tamamı)

● 3. madde: Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (tamamı)

● 4. madde: Adil bir ücret hakkı (1, 2, 4 paragraflar)

● 5. madde: Örgütlenme hakkı (tamamı)

● 6. madde: Toplu pazarlık hakkı (tamamı)

● 7. madde: Çocukların ve gençlerin korunma hakkı (1, 2, 7 ve 10. paragraflar)

● 8. madde: Çalışan kadınların korunması hakkı (tamamı)

● 15. madde: Bedensel ya da zihinsel özürülülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden intibak hakkı (tamamı)

maddelerine çekince konulduğu dikkate alındığında 5547 sayılı Kanun'la GGASS'nin onaylanması sırasında çekince konulan madde sayısında, o gün için konulan çekincelerin bir kısmı geçerliliğini halen korumasına karşılık büyük ölçüde azaltma yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

### 3.4. Onaylanan Maddelerin Mevcut Mevzuatımız Karşısındaki Durumu

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın Ülkemizce onaylanan maddeleri tek tek incelendiğinde karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır.

● Çalışma Hakkı (Madde 1)

Söz konusu madde ASS ile aynı olup, daha önce onaylanmıştır. Mevzuatımıza aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

● Adil çalışma koşulları hakkı (Madde 2/1, 2, 4, 5, 6 ve 7. fıkraları)

→ 1. fıkra:

Söz konusu maddenin 1. fıkrası Akit Tarafların "verimlilik artışı ve diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı" taahhüt edeceklerini hüküm altına almaktadır.

10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi;

"Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir..." hükmünü içermektedir.

Haftalık çalışma süresi, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde 45 saatin altında da uygulanabilmekteyse de 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen haftalık en çok 45 saatlik çalışma süresi, Avrupa ülkeleri ile kıyaslandığında oldukça yüksek bir süredir. AB üyesi ülkelerde haftalık çalışma süresinin ortalama 39-40 saat olduğu düşünüldüğünde mevzuatımızda 45 saat olarak düzenlenen bu sürenin Şartın 2.maddesinin 1.fıkrası ile getirilen düzenlemeye uyumlu olmadığı görülecektir.

→ 2, 4, 5, 6. ve 7. fıkralar:

Mevzuatımızla uyumludur.

● Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (Madde 3)

Akit tarafların, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere iş sağlığı ve iş güvenliği hakkında politika hazırlama, yönetmelikler çıkarma, uygulama ve tüm çalışanlar için aslen koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip bir iş sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesini desteklemeyi taahhüt edeceklerini hüküm altına alan bu maddenin ilk 3 fıkrası, mevzuatımızla uyumlu gibi görülmekle birlikte maddenin özü, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin tüm çalışanları kapsamasını öngördüğünden, ülkemiz açısından sorun yaratacak niteliktedir.

Zira iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatımız, İş Kanunu kapsamındaki işçileri kapsamaktadır. Diğer çalışanları kapsayan yasalarımızda bu yönde hükümler olmadığı gibi devlet memurları, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler ve tüm çalışanları kapsayan ayrı bir iş sağlığı ve güvenliği kanunumuzun da olmadığı dikkate alındığında, söz konusu maddenin onaylanması, Şart Denetim Organlarıncı ülkemizin eleştirilmesine zemin hazırlamıştır.

● Adil bir ücret hakkı (Madde 4 / 2, 3, 4, 5. fıkraları)

Söz konusu madde; akit tarafların, adil bir ücret hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; ülkemizde onay dışında bırakılan 1. fıkrasında çalışanların kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkına sahip olduklarını tanımayı, daha açık bir ifadeyle asgari ücretin tespitinde aile faktörünün esas alınmasını öngörürken, diğer fıkraları;

2. Özel durumlara ilişkin istisnalar dışında, çalışanların fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkına sahip olduklarını tanımayı;

3. Çalışan erkekler ile kadınların eşit işe eşit ücret hakkına sahip olduklarını tanımayı;

4. Tüm çalışanların, işlerine son verilmeden önce makul bir bildirim süresi verilmesi hakkını tanımayı;

5. Ücretlerden ancak, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenmiş ya da toplu sözleşmeler veya hakem kararıyla saptanmış koşullar ve ölçüler içinde kesinti yapılmasına izin vermeyi;

taahhüt edeceğini içermektedir.

Ülkemiz; ASS'nda da aynen yer alan bu maddenin sadece 3. ve 5. fıkralarını onaylamıştır.

1. fıkra, asgari ücretin tespitinde "aile" faktörünün esas alınmaması nedeniyle, 2. fıkra İş Kanunu kapsamı dışında kalan çalışanların fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkına sahip olduklarını düzenleyen bir mevzuat hükmü bulunmaması, 4. fıkra ise tüm çalışanların, işlerine son verilmeden önce makul bir bildirim süresi verilmesine ilişkin bir düzenleme olmaması nedeniyle onaylanmamıştır.

Ancak GGASS onaylanırken ASS'nin onaylanmasından bu yana farklı bir yasal düzenleme yapılmadığı dikkate alınmayarak sadece 1. fıkra onay dışı bırakılmış, diğerleri kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunumuzun 17. maddesinde sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde bildirim süresine yer verildiği dikkate alındığında, onaylanan 4. fıkranın, gelecekte ülkemiz açısından sorun yaratacağı söylenebilir.

Zira GGASS'nin ayrılmaz bir parçası olan Ek'inde de bu fıkra hükmünün istisnası olarak sadece "ağır bir suç işleme durumu"na yer verilmiştir.

● Çocukların ve gençlerin korunması hakkı (Madde 7)

Söz konusu madde; Akit tarafların, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1. Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;

2. Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı;

3. Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

4. 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;

5. Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;

6. Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;

7. 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;

8. 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

9. Ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10. Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı;

taahhüt edeceğini öngörmektedir.

Toplam 10 fıkradan oluşan ve ASS ile bire bir örtüşen söz konusu maddenin 3, 4, 5, 6, 8 ve 9. fıkraları, ASS'nin onaylanması sürecinde ülkemizde benimsenmiştir.

Bugünkü mevzuatımız, bu fıkralara ek olarak onaylanan 1., 2. ve 10. fıkralarla uyumlu hükümler içermektedir.

Ancak 4857 sayılı İş Kanunumuzun 53. maddesi ile 18 ve daha küçük yaştaki işçilere yirmi günlük yıllık ücretli izin süresi hakkı tanındığı dikkate alındığında, bu sürenin en az dört hafta olmasını öngören 7. fıkra ile mevzuatımızın uyum sağlamadığı ortaya çıkmaktadır.

● Çalışan kadınların analığının korunması hakkı (Madde 8)

Söz konusu madde Akit tarafların, çalışan kadınların annelik durumunda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1. Kadınların doğumdan önce ve sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam olarak en az on dört haftalık izin sağlamayı;

2. İşverenin, bir kadının işverenine hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde işten çıkarma bildiriminde bulunmasını yasadışı saymayı;

3. Emzirme döneminde annelere, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlamayı;

4. Hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların gece çalışmalarını düzenlemeyi;

5. Hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların yeraltı madenlerinde ve tehlikeli, sağlığa zararlı ya da ağır nitelikleri nedeniyle uygun olmayan diğer işlerde çalıştı-

rılmalarını yasaklamayı ve bunların çalışma haklarını korumaya yönelik uygun önlemleri almayı; taahhüt edeceklerini düzenlemektedir.

1961 tarihli ASS'nin Ülkemizce onaylanması sırasında tamamıyla onay kapsamı dışında bırakılan bu madde, içeriği daha da genişletilmesine rağmen bu kez tüm fıkralarıyla onaylanmıştır.

Madde geneli itibarıyla mevzuatımızla uyumlu gibi görülsede 2. fıkrasında "analık izni" sırasında işverenin başvuracağı işten çıkarma işleminin yasa dışı sayılmasının, "kadının hamileliğini işverene bildirdiği tarih ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde işten çıkarma bildiriminde bulunma" koşuluna bağlanarak asgari koruma süresinin belirlendiği görülmektedir.

GGASS'nin Ek'inde ise bu fıkraya getirilebilecek istisnalar; bir kadın çalışanın, istihdam ilişkisinin sona erdirilmesini haklı kılan görevini kötüye kullanmadan suçlu olması; ilgili işletmenin çalışmayı durdurması ve iş akdinde öngörülmüş bulunan sürenin dolması şeklinde sıralanmıştır.

Oysa 4857 sayılı İş Kanunumuzun 25. maddesinin I/b bendinde doğum ve gebelik halinde işverenin bildirimsiz fesih hakkı, analık halinde çalışma ve süt iznini düzenleyen 74. maddedeki sürenin bitiminden başlamak ve bildirim sürelerini altı hafta aşmak koşuluna bağlanmıştır. Görüldüğü üzere İş Kanunumuz işverenin bildirimsiz fesih hakkını, hamileliğin işverene bildirildiği tarihle ilişkilendirmemektedir. Dolayısıyla GGASS'nin tamamen onaylanan 8. maddesinin 2. fıkrası ile mevzuatımız arasında uyumsuzluk söz konusudur.

● Mesleğe yöneltme hakkı (Madde 9)

1961 tarihli ASS'nda yer alan ve kabul edilmiş bulunan bu maddenin mevzuatımıza aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

● Mesleki eğitim hakkı (Madde 10)

Avrupa Sosyal Şartı'nın onayı sırasında Ülkemizce kabul edilen bu madde, GGASS ile bir fıkra eklenerek genişletilmiş olup geneli itibarıyla mevzuatımızla uyumludur.

● Sağlığın korunması hakkı (Madde 11)

1961 tarihli ASS'nda yer alan ve ülkemizde onaylanmış bulunan bu madde, GGASS ile taraf devletlere "kazaları" da önlemek üzere tedbirler alma yükümlülüğü eklenerek genişletilmiştir.



● Sosyal güvenlik hakkı (Madde 12)

ASS'nin sosyal güvenlik sistemini "yeterli bir düzey"de tutmak için yollama yaptığı sosyal güvenliğin asgari kurallarıyla ilgili 102 sayılı ILO Sözleşmesi (En Az Sosyal Güvenlik Standartlarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmesi) yerine, daha ileri düzeyde kurallar içeren "Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu"na yollama yapmak suretiyle genişleten GGASS'nin bu maddesi ülkemizce onaylanmıştır.

1964 tarihli Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu, Ülkemiz tarafından 7.11.1980 tarihinde onaylanmıştır. Ancak Ülkemizde, 102 sayılı ILO Sözleşmesinde yer alan dokuz sigorta kolundan "aile sigortası", sözleşmenin onayı sırasında konulan ihtirazi kayıt nedeniyle henüz mevzuatımızda yer almamaktadır. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'nun daha ileri sosyal güvenlik hakları içeriği ve GGASS'nin bu maddesine hiçbir çekince konulmadığı dikkate alındığında, bu maddenin onayı nedeniyle ileride ülkemizin eleştirilere uğraması kaçınılmaz görülmektedir.

● Sosyal ve tıbbi yardım hakkı (Madde 13)

GGASS'nin bu maddesi 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın ülkemizce onaylanan 13. maddesiyle bire bir örtüşmektedir ve mevzuatımızla uyumludur.

● Sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı (Madde 14)

GGASS'nin bu maddesi de ASS'nin ülkemizce onaylanan 14. maddesiyle aynıdır.

● Özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı (Madde 15)

Türkiye'nin ASS'ni onaylarken çekince koyduğu, özürlülerin mesleki eğitimini, mesleğe ve topluma yeniden intibakını düzenleyen 15. maddesi, GGASS ile genişletilerek yeniden düzenlenmiştir.

Madde başlığı "Özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı" olarak değiştirilen madde akit taraflara, yaşları ve özürlülerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla;

1. Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürlülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı;

2. Normal çalışma ortamında özürlüleri istih-

dam etme ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını özürlülerin gereksinimlerine uyarlamak, ya da özürlülük nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da özrün düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etmeyi;

Bazı durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı gerekli kılabilir.

3. Özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla özürlülerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi;

taahhüt etme yükümlülüğünü içermektedir.

Türkiye'de son yıllarda özürlülerin öğrenimi, mesleki eğitimi ve istihdamı konusunda başta Özürlüler Kanunu olmak üzere pek çok yasal düzenleme yapıldığı bir gerçektir. Ancak yürürlüğe konulan hiçbir düzenlemede (4857 sayılı Kanunun 30.maddesinin 10. fıkrasındaki, kontenjan fazlası zorunlu istihdam halinde işveren sigorta prim hissesinin yüzde ellisinin Hazinece ödeneceğine ilişkin hüküm hariç), söz konusu maddenin 2. fıkrasında yer alan "işverenleri özendirmeye yönelik önlemler" bulunmamaktadır. Aksine, ülkemizde özürlü istihdamına "kota ve fahiş ceza" yöntemiyle çözüm aranmaya çalışılmakta, bu da çözüm yerine çözümsüzlük getirmektedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanan bu maddesi, mevcut mevzuatımızda ve uygulamalarımızda önemli ölçüde değişikliğe gidilmesini zorunlu kılmaktır.

● Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (Madde 16)

Söz konusu hak, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nda da aynen yer almakta olup ülkemizce onaylanmıştır.

● Çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (Madde 17)

1961 tarihli ASS'nda tek fıkra olarak ve "Ana ve çocuğun sosyal ve ekonomik korunma hakkı" başlığı altında düzenlenen, ülkemizce de onaylanan bu madde; GGASS'nde genişletilmiş, mevcut sos-

yal ve ekonomik korunmaya, hukuksal korunma da eklenmiştir.

Madde akit taraflara; çocukların ve gençlerin kişilikleri ile fiziksel ve zihinsel yeteneklerinin tam gelişimini sağlayacak bir çevrede yetiştirme haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, doğrudan ya da kamusal ve özel örgütlerle işbirliği yaparak,

1. a) çocukların ve gençlerin, ebeveynlerinin hak ve ödevleri göz önünde tutularak, gereksinim duydukları bakım, yardım, öğretim ve eğitim olanaklarına sahip olmalarını özellikle bu amaç için uygun ve yeterli kurum ile hizmetlerin kurulması ve sürdürülmesini sağlamak,

b) çocukları ve gençleri ihmal, şiddet ve sömürüye karşı korumak,

c) ailelerin desteğinden geçici ya da mutlak olarak yoksun kalan çocukların ve gençlerin korunmasını ve bunların devletten özel yardım almasını sağlamak,

2. Çocukların ve gençlerin okula devamlarının özendirilmesinin yanı sıra parasız ilk ve orta öğrenim sağlamak,

konusunda tüm uygun önlemleri alma yükümlülüğünü içermektedir.

Geneli itibariyle mevzuat açısından ülkemizin bir eksikliği yok gibi görülsede uygulama da pek çok eksikliğimizin (çocuk işçiliği, çocuğa karşı şiddet, töre cinayetleri vb.) bulunduğu da bir gerçektir.

● Diğer akit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı (Madde 18)

1961 tarihli ASS'de de yer alan ve ülkemizce onaylanmış bulunan düzenlemeye, GGASS'de da aynen yer verilmiş olup mevzuatımızla bir uyumsuzluk söz konusu değildir.

● Çalışan göçmenlerin ve ailelerin korunma ve yardım hakkı (Madde 19)

Taraf ülkelere, çalışan göçmenlerin ve ailelerin bir başka taraf ülkesindeki korunma ve yardım hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla alacakları önlemleri düzenleyen bu madde; göçmenlerin ve ailelerinin hukuki ve sosyal durumlarını, bunların vatandaşlar ile aynı muameleye tabi olmalarını sağlamak üzere iyileştirmek amacını taşımaktadır. Diğer akit taraf ülkesinde yasal olarak ikamet eden veya düzenli olarak çalışan akit taraf vatandaşlarına uygulanan, maddenin öngördüğü taahhütler şunlardır:

1. Bu tür çalışanlara, özellikle doğru bilgilendirme hususunda yardımcı olacak yeterli ve ücretsiz hizmetleri sağlamayı veya hizmetleri sürdürmeyi ve ulusal yasaların ve yönetmeliklerin imkân verdiği ölçüde ülkeden bir başka ülkeye göçe ilişkin yanıtıci propagandaya karşı tüm uygun önlemleri almayı;

2. Kendi yetki alanları içinde bu çalışanlar ile ailelerinin ülkeden çıkışlarını, yolculuklarını ve karşılanmalarını kolaylaştıracak uygun önlemler almayı ve yine kendi yetki alanları içinde bunlara yolculukları sırasında uygun hizmetleri ve sağlık ve tıbbi bakım ile yeterli hijyen koşulları sağlamayı;

3. Uygun olduğu ölçüde, göçmen gönderen ve göçmen alan ülkelerdeki özel ya da kamusal sosyal servisler arasındaki işbirliğini teşvik etmeyi;

4. Kendi ülkesinde yasal olarak bulunan bu tür çalışanlara, yasalar ya da yönetmeliklerle düzenlenmek ya da idari makamların denetimine bağlı olmak üzere;

a- ücret, diğer istihdam ve iş koşulları,

b- sendika üyeliği ve toplu pazarlığın sağladığı olanaklardan yararlanma,

c- barınma konularında kendi vatandaşlarına olduğundan daha az lehte davranılmamasını sağlamayı;

5. Kendi ülkelerinde yasal olarak bulunan bu tür çalışanların, çalıştırılan kişiler için ödenmesi gereken istihdam vergileri, harç ve primler bakımından kendi vatandaşlarından daha az lehte bir muameleye tabi olmalarını sağlamayı;

6. Ülkede, yerleşmesine izin verilmiş bir yabancı çalışanın ailesinin yeniden birleşmesini, olabildiğince kolaylaştırmayı;

7. Kendi ülkelerinde yasal olarak bulunan bu tür çalışanların bu maddede belirtilen konulara ilişkin yargısal işlemler bakımından kendi vatandaşlarından daha az lehte bir muameleye tabi olmalarını sağlamayı;

8. Kendi ülkelerinde yasal olarak ikamet eden bu tür çalışanların, ulusal güvenliği tehlikeye sokmadıkça, kamu yararı ya da genel ahlaka aykırı bir eylemde bulunmadıkça sınır dışı edilmemesini sağlamayı;

9. Bu tür çalışanların kazanç ve tasarruflarının diledikleri kadarını transfer etmelerine yasal sınırlar içinde izin vermeyi;

10. Bu madde ile sağlanan koruma ve yardımların kapsamına, bunların uygulanabilirliği ölçüsünde, bağımsız çalışan göçmenleri de dahil etmeyi;

11. Göçmen olarak çalışanlara ve ailelerine, onları kabul eden devletin ulusal dilinin veya birden fazla ulusal dil olması halinde bunlardan birinin öğretilmesini teşvik etmeyi ve bunu kolaylaştırmayı;

12. Göçmen olarak çalışan kişinin çocuklarına, elverişli olduğu ölçüde, göçmen olarak çalışan kişinin ana dilinin öğretilmesini teşvik etmeyi ve bunu kolaylaştırmayı;

taahhüt ederler.

1961 tarihli ASS'de yer alan ve ülkemizce onaylanan bu maddenin 11. ve 12. fıkraları yenidir.

Maddede öngörülen hususlar irdelendiğinde, ilk söylenebilecek nokta göçmen işçilerin fırsat ve muamele eşitliği konusuyla ilgili olarak mevzuatımızda pek çok düzenleme bulunduğuudur. Ücret ve diğer çalışma koşullarına ilişkin olarak Türkiye'de çalışan göçmen işçiler bakımından herhangi bir ayrımcılık söz konusu değildir.

4857 sayılı İş Kanunu, işçi-işveren ilişkileri ve çalışma şartları açısından Türk vatandaşları ile yabancı uyruklu kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesi ile iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu bağlamda Türkiye'de istihdam edilen yabancı uyruklu kişiler de 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen tüm konularda Türk tabiiyetli kişilerle aynı haklara sahiptirler. Ayrıca, söz konusu Kanunun iş güvencesine yönelik hükümlerinden bu hükümlerin yalnızca Türk vatandaşlarına uygulanacağına dair bir hüküm bulunmadığından bu konudaki güvenceden göçmen işçiler de yararlanabilmektedir.

Ayrıca 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile mütakabiliyet ilkesine göre ülkemizde hizmet akdi ile çalıştırılan yabancıların söz konusu Kanun kapsamında oldukları hususu kabul edilmiştir.

GGASS'nin onaylanması sırasında aynen kabul edilen söz konusu maddenin 4. fıkrasının (b) bendinde yer alan "sendika üyeliği ve toplu pazarlığın sağladığı olanaklardan yararlanma" koşulunun

sendikalarda idari ve yönetsel organlarda görev almayı da kapsadığı, Şart Denetim Organlarının kararlarında açıkça vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu bendin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. ve 14/14. maddeleri ile uyuşmadığı söylenebilir.

Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesine göre sendika kurmak için sayılan şartların içinde Türk vatandaşı olma şartı da getirilmiştir. Buna göre yabancılar sendika kuramaz, kurucu üye olamaz. Ancak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda değişiklikler öngören Tasarı ile sendika kurucusu olabilmek için Türk vatandaşı olma koşulu kaldırılmakta, bu suretle yabancılara fırsat ve muamele eşitliği konusundaki ILO ve AB normlarına uyum sağlanması hedeflenmektedir.

Türkiye'de çalışan yabancıların sendikalara üye olmalarını engelleyen bir hüküm ise bulunmamaktadır. Aynı şekilde yabancıların toplu sözleşmeden yararlanması konusunda da 2822 sayılı Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunu'nda göçmen işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

● İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (Madde 20)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın bu ve bundan sonraki 3 maddesi (20, 21, 22, 23) Avrupa Sosyal Şartı'nda değişiklik yapan 5 Mayıs 1988 tarihli Ek Protokol ile kabul edilmiş, ancak bu Protokolün ülkemizce imzalanmasına karşılık onaylanmaması nedeniyle yürürlüğe girmemiştir.

Ülkemizin GGASS'yi onayı sırasında kapsam içine aldığı GGASS'nin 20. maddesi; taraf ülkelere istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun;

a- İşe giriş, işten çıkarılmaya karşı koruma ve yeniden işe yerleştirilme,

b- Mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon,

c- İstihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları,

d- Yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme alanlarında uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almaya taahhüt etmek yükümlülüğü getirmektedir.

Başta Anayasamızın 10. maddesi olmak üzere

son yıllarda mevcut mevzuatımızda yapılan değişiklikler (4857 sayılı İş Kanunumuzun 5, 12, 13, 18. maddeleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun özellikle eşler arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik düzenlemeleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun cinsel taciz, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, ayrımcılık başlıklı 105, 117 ve 122. maddeleri vb.), onaylanan uluslararası sözleşmeler (Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, İş ve Meslek Bakımından Ayrımla Hakkında III ve Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı ILO Sözleşmesi) ve AB'ye uyum çalışmaları çerçevesinde yürürlüğe konulan yeni yasalar dikkate alındığında mevcut mevzuatımızın GGASS'nin söz konusu maddesiyle uyumlu olduğu söylenebilir.

Burada en çok tartışma; 4857 sayılı Kanun'un "Eşit Davranma İlkesi"ni düzenleyen 5. maddesinin "işe girişte eşit davranma" ilkesini kapsayıp kapsamadığı noktasında yaşanmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasında "genel ayrımcılık yasağı" belirlendikten sonra bu yasağı, ikinci fıkrasında "sözleşme türleri bakımından" (Belirli-belirsiz süreli, kısmi-tam süreli) ayrımcılık ve ardından 3. fıkrasında "cinsiyetler arası ayrımcılık yasağı" şeklinde iki ayrımcılık yasağı izlemiştir.

Eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddenin ilk fıkrasında genel ayırım yasağı, iş ilişkisi ile sınırlanmıştır. Bir başka deyişle, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kurmuş oldukları iş ilişkisinin devamı süresince ayırım yapılması yasaklanmıştır. Anılan fıkrada iş sözleşmesinin yapılması ya da işe alınma sırasında eşit davranma ilkesinin uygulanması ise aranmamıştır. Bu husus çok tartışmalı olmakla birlikte doktrinde baskın görüş iş ilişkisinin henüz kurulmadığı bir zamanda işe alınırken işçiye karşı eşit davranma ilkesinin uygulanmasına gerek olmadığı yönündedir. Burada işverenin sözleşme serbestisinin eşit davranma ilkesinden önce geldiği belirtilmektedir. Zira, İş Kanunu'nun 5. maddesinde "iş ilişkisinde" ve "sona ermesinde" ayırım yasağından söz edilmiştir. İş ilişkisi, iş ilişkisinin kurulmasından sonraki safhayı içine almaktadır. Ayrıca söz konusu madde eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı olan tazminat ve yoksun kalınan hakların talep edilebilmesini, iş ilişki-

sinde ve sona ermesinde ayrımcılık durumlarıyla sınırlanmıştır. Bunlar arasında iş ilişkisi kurulurken eşit davranma ilkesine aykırılık yoktur.

Bununla birlikte İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz ifadelerine yer verilerek, maddenin ilk fıkrasındaki genel ayırım yasağından farklı olarak iş ilişkisi kurulurken de eşit davranma ilkesine başvurulacağı öngörülmüştür. AB'nin 2002/73 sayılı Direktifi esaslarına dayanmakta olan bu hüküm, kadınların işe girişte dahi ayrımcılığa uğramasını yasaklamaktadır. İşK. md. 5/6 da yer alan yaptırım iş ilişkisinin kurulmasından sonrasını veya sona ermesini içine aldığından, iş ilişkisi kurulurken uğranılan ayrımcılık ilk bakışta yaptırımsız bırakılmış görünmekle birlikte işe alınma sırasında ayrımcılığa uğrayan kadını genel hükümlere göre ve "culpa in contrahendo" kuralına dayanarak işverenden uygun bir tazminat isteyebilmesi mümkündür.

Dolayısıyla mevcut mevzuatımızın, GGASS'nin 20. maddesinin aradığı koşulları karşıladığı söylenebilir.

#### ● Bilgilendirme ve danışılma hakkı (Madde 21)

Söz konusu madde; Akit tarafların, "çalışanların işletmede bilgilendirilme ve danışılma hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama çerçevesinde çalışanların ya da temsilcilerinin;

a- İşletmeye zarar verebilecek bazı bilgilerin açıklanmasının reddedilebilmesi ya da gizliliğe tabi olabileceği koşuluyla, kendilerini çalıştıran işletmenin ekonomik ve mali durumu hakkında düzenli olarak ya da uygun zamanlarda ve anlaşılabilir bir biçimde bilgilendirilmelerine; ve

b- esas itibarıyla çalışanların çıkarlarını etkileyecek, özellikle de işletmenin istihdam durumunda önemli bir etkiye sahip olacak nitelikteki, alınması düşünülen kararlar hakkında bunlara zamanında danışılmasına olanak veren önlemleri almayı ya da bunu özendirme"

taahhüt edeceklerini düzenlemektedir.

1988 tarihli Ek Protokol ile ASS'ye eklenmiş olan bu madde; GGASS'de de aynen yer almış ve ülkemizde onaylanmıştır.

Bilindiği üzere "Bilgilendirme ve danışılma hak-

ki" Avrupa Birliği'nin 98/59 sayılı Direktifi ile de düzenlenmiştir ve ülkemiz bu Direktife tam uyum sağlayamadığı noktadan hareketle eleştirilmektedir.

Mevzuatımızda işçilerin işletmenin ekonomik ve mali durumu hakkında düzenli olarak ya da uygun zamanlarda ve anlaşılabilir bir biçimde bilgilendirilmelerini ya da işçilerin menfaatlerini ilgilendiren konularda alınacak kararlar hakkında kendilerine danışılması hususlarını düzenleyen bazı hükümler bulunduğu da bir gerçektir.

Hiç şüphesiz bunların başında "işyeri sendika temsilciliği" müessesesi gelmektedir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesi, işyeri sendika temsilcilerinin tayini ve niteliklerini belirlerken 35. maddesi de görevlerine yer vermiştir. Buna göre işyeri sendika temsilcileri; işyerine münhasır kalmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikayetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, İş Kanunu ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarını uygulamasına yardımcı olmakla görevlidirler.

Mevzuatımızdaki bir diğer önemli düzenleme de 4857 sayılı Kanun'un 29. maddesidir. Toplu işçi çıkarmayı düzenleyen bu maddede; işverenin ancak ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarabileceği kabul edilmiş, bu durumu 30 gün önceden bir yazı ile; işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na ayrı ayrı bildirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde; toplu işçi çıkarmanın önlenmesi, ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması, yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konularının ele alınması gerektiği de belirtilmiştir.

Ancak görüldüğü üzere bu maddelerin tamamı sendikalı işyerlerinde çalışan işçilere yöneliktir. Esasen AB tarafından İlerleme Raporları ile Ülkemize yöneltilen eleştiriler de bu noktaya odaklanmakta, bu hakkın sendikasız işçilere tanınmadığı vurgulanmaktadır.

Hatırlanacağı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu hazırlanırken "işçi temsilciliği" müessesesi önerilmiş; ancak işçi konfederasyonlarının itirazları sonucun-

da sosyal taraflar arasında mutabakat sağlanarak, kanun taslağından çıkartılmıştır.

GGASS'nin onaylanması, "işçi temsilciliği müessesesi"ni tekrar çalışma hayatımızın gündemine taşıyacaktır.

● Çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma hakkı (Madde 22)

Söz konusu madde; Akit Tarafların, çalışanların işletmede çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama uyarınca çalışanların ya da temsilcilerinin;

a- çalışma koşullarının, işin örgütlenmesinin ve çalışma ortamının düzenlenmesi ve iyileştirilmesine;  
b- işletmede sağlığın ve güvenliğin korunmasına;  
c- işletmede sosyal ve sosyo-kültürel hizmetlerin ve olanakların örgütlenmesine;

d- bu konulardaki düzenlemelere ilişkin uyunun denetimine katılma olanağı veren önlemler almayı ya da bunları özendirilmeyi;

taahhüt edeceklerini öngörmektedir.

Mevzuatımızda söz konusu madde hükümlerine paralel pek çok uygulama bulunmaktadır. Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmelikleri" başlıklı 78, "İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması" başlıklı 79, "İş sağlığı ve güvenliği kurulu" başlıklı 80, "İşçilerin hakları" başlıklı 83, "İzinlere ilişkin düzenlemeler" başlıklı 60. maddeleri ve bu maddelere dayanılarak çıkarılan Yönetmelikler, toplu iş sözleşmeleri ile oluşturulan disiplin kurulu, uyuşmazlıkların çözüm kurulu, hasar tespit kurulu gibi kurullar. Şart'ın 22. maddesinde yer alan çalışma ortamının iyileştirilmesine ve işletmede sağlığın ve güvenliğin korunmasına katılma imkânı veren düzenlemelere paralel hükümler içermektedir.

Bu düzenlemelerin içinde özellikle İş Kanunu'nun 78. maddesine dayanılarak çıkarılan "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği"nin (her ne kadar şu an için Danıştay tarafından iptal edilmiş ise de) 11.maddesi işverene sağlık ve güvenlikle ilgili konularda işçilerin görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması yükümlülüğü getirmektedir. Aynı Yönetmeliğin 16. maddesi ise işçiler tarafından seçilecek bir kişinin işyerinde sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, önlem

alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda işçileri temsil etmeye yetkili sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi olarak görevlendirileceği hususunu düzenlemektedir.

Belirtilen bu düzenlemeler ile mevzuatımızda var olan diğer düzenlemelerin Şart'ın 22. maddesinin 1. ve 2. fıkralarıyla uyumlu olduğu söylenebilir.

Ancak Şart'ın özellikle "işletmede sosyal ve sosyo-kültürel hizmetlerin ve olanakların örgütlenmesine ve bu konulardaki düzenlemelere ilişkin uyumun denetimine katılma olanağı veren önlemler almayı ya da bunları özendirme"yi taahhüt etme" yükümlülüğü getiren 3. ve 4. fıkraları bakımından ülkemizde çok daha değişik konularda mevzuat düzenlemesi yapılması gerekecektir.

Burada "işletmedeki sosyal ve sosyo-kültürel hizmetler" ifadesinin üzerinde durmakta yarar vardır. GGASS'nin ayrılmaz parçası olan Ek'in, bu maddeye ilişkin açıklamasında bu ifadenin, bazı işletmelerin çalışanlara sağladığı sosyal yardım, spor alanı, emzirme odaları, kütüphaneler, çocuklar için tatil kampları vb.gibi sosyal ve/veya kültürel olanakları belirtir biçimde anlaşılması gerektiği yer almaktadır. Oysa ülkemizde bu hizmetlerin pek çoğu kanunlarla işletmelerin üzerine yüklenmiş sosyal yükümlülüklerdir. (Örn: Emzirme odaları, kreş ve anaokulu açmak, spor tesisleri yapmak, işyeri sağlık birimi oluşturmak gibi.) GGASS'nin 22. maddesinin 3. fıkrası gereğince işyerleri bundan böyle bu ve benzer yasal yükümlülüklerini yerine getirirken çalışanları ya da temsilcilerini de işin içine dahil etmek zorunda olacaklardır.

Söz konusu maddenin 4. fıkrası gereğince de; çalışanlar veya temsilcileri yapılacak düzenlemelere uyumun denetiminde de görev üstleneceklerdir.

GGASS'nin söz konusu fıkrasının ülkemizde onaylanması, çalışma hayatımızın gündemine "iş konseyleri"ni getirecektir. Esasen bu konu, "İşletmelerde Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Danışma Sürecinin İşletilmesine Dair 11 Mart 2002 tarih ve 2002/14/EC sayılı Çerçeve Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi"ne uyum bağlamında AB'ne üyelik sürecinde de karşımıza çıkmaktadır.

Bilindiği üzere iş konseyleri; yasa veya toplu sözleşme temel alınarak kurulmuş, sürekli, seçilmiş çalışan temsilcilerinin (veya zaman zaman işveren temsilcilerinin) yer aldığı, işletmenin ve işletme çalışanlarının çıkarlarını korumak ve işletme

içinde işbirliği kurmak, işletme içinde iyi ve sabit çalışma şartları yaratmak ve korumak, çalışanların refahını ve güvenliğini artırmak, çalışanların işletme, finans ve rekabet edebilirliği anlamalarını sağlamak görevi taşıyan kurullardır.

İş konseyleri; iş kanunlarının sosyal güvenlik, istihdam ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerin uygulamalarını gözlemlemek; bu düzenlemeler işveren tarafından yerine getirilmediğinde, yasal veya diğer gerekli önlemleri almak, işletmenin ilerlemesi (istihdam konuları, sektördeki gelişmeler de dahil olmak üzere) hakkında düzenli olarak çalışanları bilgilendirmek, işletmenin yönetimi vb. konularında karar alma sürecine katılmak ve bazen iş konseylerinin bütçesi olması durumunda, çalışanların ve ailelerinin refahlarını artıracak faaliyetler gerçekleştirmek gibi çalışmalarda bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde iş konseylerinin varlığının artık işverenler ve çalışanlar tarafından tartışılan bir konu olmaktan çıktığını da belirtmek gerekir. Tartışma ve farklılıklar iş konseylerinin kurulacağı işyerlerine ilişkin büyüklük (çalıştırılan işçi sayısına bağlılık), iş konseyleri aracılığıyla çalışanlara tanınacak haklar, iş konseylerinde sendikaların rolü gibi konulara yöneliktir.

İş konseylerinin bu özellikleri ve GGASS'nin onaylanan bu hükmü dikkate alındığında çalışma yaşamımızın yeni gündem maddelerinden biri daha karşımıza çıkmaktadır.

#### ● Yaşlıların sosyal korunma hakkı (Madde 23)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın söz konusu maddesi; Akit Tarafların, yaşlıların sosyal korunma hakkını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği yaparak özellikle yaşlılara;

a- iyi bir yaşam sürmeleri ve kamusal, sosyal ve kültürel yaşama etkin olarak katılmalarına olanak sağlayan yeterli kaynaklar;

b- yaşlılar için varolan hizmetler ve kolaylıklar ve onların bunlardan yararlanma olanakları konusunda bilgi sağlamak yoluyla, yaşlıların olabildiğince uzun bir süre toplumun bütün haklara sahip üyesi olarak kalabilmelerine olanak sağlamayı;

Yaşlılara;

- gereksinmelerine ve sağlık durumlarına uygun konutlar ya da konutlarının buna uygun hale getirilmesi için yeterli destek sağlamayı;

- durumlarının gerektirdiği sağlık bakım ve hizmetleri yoluyla yaşlıların kendi yaşam biçimlerini özgürce seçmelerine ve alıştıkları çevrede yaşamlarını istedikleri ve yapabildikleri sürece bağımsız olarak sürdürmeye olanak vermeyi;

- kurumlarda yaşayan yaşlılara, özel yaşamlarına saygı içinde, uygun yardım ve bunların kurumdaki yaşam koşullarına ilişkin kararlara katılımlarını sağlamayı amaçlayan önlemler almayı ya da bunları özendirme;

taahhüt edeceklerini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 61/3. maddesi "Yaşlılar devlete korunur, yaşlılara devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir." hükmünü içermektedir.

Bugün için Türkiye nüfusunun % 5,7'sini oluşturan 65 ve daha yukarı yaştaki nüfusun, 2012 yılında % 7'ye, 2039 yılında ise % 14'e ulaşacağı tahmin edilmektedir.

Yine bugün için yaşlı nüfusun ana gelir kaynağının emekli maaşı, diğer önemli gelir kaynaklarının ise kira/faiz geliri ile 65 yaş yardımı olarak da adlandırılan yaşlılık aylığı olduğu bilinmektedir.

Halen yaşlıların önemli bir bölümü gerek aile dayanışması, gerek SHÇEK ve Emekli Sandığı ile yerel yönetimlerin uygulamaları sayesinde sosyal dışlanmaya maruz değildir. Ancak, yaşlı nüfusun giderek artması, aile yapısının çekirdek aile yönünde değişime uğraması, yaşam tarzındaki farklılaşma ve insanların değişen ilgi ve beklentileri gibi nedenler yaşlı kesime götürülecek hizmetlerin önemini artırmaktadır. Bu durum, yaşlıların, önmümüzdeki yıllarda önemli bir korunmasız grup olma riskini beraberinde getirmektedir.

Özür oluşma riski yaşla birlikte artış gösterdiğinden, yaşlılara yönelik sağlıklı yaşlanma programları ve bakım hizmetlerinin bu risk dikkate alınarak planlanması gerekmektedir.

Ayrıca günümüzde kayıtdışı olarak çalışan nüfusun, yaşlılık döneminde sosyal güvenlik hizmetlerinden yararlanamayacağı da göz ardı edilmemelidir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde söz konusu maddenin onaylanmış olmasının, ülkemiz için henüz erken olduğu görülmektedir.

● İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı (Madde 24)

Söz konusu madde; Akit Tarafların, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı-

nın etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

a- tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını;

b- iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı;

c- iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın, bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı;

taahhüt edeceklerini düzenlemektedir.

Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunumuzun 17-21. maddeleri arasında "iş güvencesi" müessesesine yer verilmiş ise de bu düzenlemenin İş Kanunu kapsamı dışında kalanları, İş Kanunu kapsamında olmakla birlikte 30'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanları, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanları, geçici işçileri, Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçileri kapsamadığı dikkate alındığında, mevcut mevzuatımızın, söz konusu maddenin aradığı "tüm çalışanlar"ı kapsamadığı görülecektir.

GGASS'nin ayrılmaz bir parçası olan Ek'te; bu maddenin ilke olarak tüm çalışanları kapsadığı vurgulandıktan sonra belirli süreli ya da belirli bir iş için yapılan istihdam sözleşmesiyle çalışanlar, önceden belirlenmesi ve makul bir süresinin olması koşuluyla staj dönemi ya da deneme döneminde olan çalışanlar ile geçici olarak kısa bir süre için çalışanların güvencelerin bazısının veya tümünün kapsamı dışında bırakılabileceği öngörülmekte ise de mevzuatımızdaki istisnaların bunların dışında ve daha geniş kapsamlı olduğu bir gerçektir.

Dolayısıyla Gözden Geçirilmiş ASS'nin bu maddesinin onaylanmış olması, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerde değişiklikleri de ülkemiz çalışma yaşamının gündemine taşıyacaktır.

● İşverenlerinin iflası halinde çalışanlarının korunması hakkı (Madde 25)

Bu madde; Akit Taraflara, çalışanların, işverenlerinin iflas haline düşmesi durumunda alacak taleplerinin korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, çalışanların istihdam sözleşmesinden ya da istihdam ilişkilerinden kaynaklanan alacak taleplerinin, bir garantör

kurum ya da diğer bir etkili koruma biçimiyle güvence altına alınmasını sağlamayı taahhüt etme yükümlülüğünü içermektedir.

Söz konusu madde AB'nin "İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi Halinde Çalışanların Haklarının Korunması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin 20 Ekim 1980 tarih ve 80/987/EEC sayılı Konsey Direktifi ile bu Direktifi değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/74/EC sayılı Konsey Direktifi ile paralel düzenlemeler içermektedir.

GGASS'nin Ek'inde bu maddeyle ilişkin açıklamalara yer verilmiş olup yetkili makama, istisnai olarak ve işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danıştıktan sonra istihdam ilişkilerinin özel niteliği gereği çalışan gruplarından bazılarını öngörülen koruma kapsamı dışında tutma imkânı tanınmıştır. "Aciz hali" tanımının ulusal mevzuat ve uygulamalarla yapılması gereğini belirten Ek, çalışanların alacak taleplerinin asgari olarak neleri kapsamı gerektiğini de saymış ve alacak tutarlarının sosyal yönden kabul edilebilecek bir düzeyde olması koşuluyla ulusal düzenlemelerle sınırlandırılabilirliğini öngörmüştür.

Bu hükme karşılık gelen ulusal mevzuatımızın başında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesi gelmektedir. Maddeye göre; teminatlolu olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından, işçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları 1. sırada karşılanması gereken alacaklar olarak yer almaktadır. Ayrıca anılan Kanunun 207. maddesi de bu alacaklıların, alacakları tamamen karşılanmadıkça sonra gelen sıradakilerin bir şey alamayacaklarını düzenlemiştir.

Dolayısıyla, işverenlerin iflas haline düşmesi durumunda çalışanların iş sözleşmelerinden veya istihdam ilişkilerinden kaynaklanan alacak taleplerinin ülkemizde, garantör bir kurum tarafından karşılanması yerine, diğer bir etkili koruma biçimi olan İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili maddelerine göre güvence altına alınmasının sağlanmış olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 33.

maddesinde yer alan, işverenin ödeme aczine düşmesi halinde, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulmuştur.

Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği ise, söz konusu fonun kuruluşu, yönetimi, gelir ve giderlerini düzenlenmiştir.

Mevcut mevzuatımızdaki hükümlerin, GGASS'nin 25. maddesinde öngörülen taahhütleri karşıladığını söylemek (her ne kadar İİK'daki düzenlemelerde öncelik rehinli alacaklarda olsa da) yanlış olmayacaktır.

#### ● Onurlu çalışma hakkı (Madde 26)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın bu maddesi Akit Tarafların; tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

1. Çalışanları işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2. Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı,

taahhüt edeceklerini hüküm altına almıştır.

Cinsel taciz davranışları ve eylemleri konusunda duyarlılaştırma ve önleyici önlemler alma etkinliklerini geliştirme altını çizen bu madde, akit taraflara bu gibi davranışlara karşı koruma sağlama yükümlülüğü getirmemiştir. Hatta GGASS'nin Ek'inde tarafların bu konuda yasal düzenleme yapma zorunluluğu bulunmadığı ayrıca belirtilmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen cinsel taciz, cinsel nitelikli istenmeyen bir davranış ya da üstlerin ve meslektaşların davranışlarını da kapsamak üzere, çalışanların onurunu zedeleyen cinsiyete dayalı davranışlar olarak tanımlanabilir.

İkinci fıkra ise cinsel tacizi kapsamamakta, onurlu çalışma hakkını zedeleyen sözlü taciz ya da kasıtlı yıldırma biçimlerini içermektedir.

GGASS'nin bu maddesi, Akit Taraflara yasal dü-



zenleme yapma zorunluluğu getirmese de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan; işveren, işçinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa, işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkı, 25. maddesinde de işçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması halinde, işverenin derhal fesih hakkına ilişkin düzenlemelerin, bu madde anlamında değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

● Ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (Madde 27).

Bu madde akit taraflara; ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanlar ve bunlarla diğer çalışanlar arasında fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla;

1. a- Mesleki yönlendirme ve eğitim konularında alınacak önlemler de dahil olmak üzere, ailevi sorumlulukları olan çalışanların istihdam edilmesi ve istihdam edilmeye devam edilmesinin yanı sıra, bu sorumluluklar nedeniyle işten ayrılanların yeniden istihdam edilmesi,

b- Çalışma koşulları ve sosyal güvenliğe ilişkin gereksinimlerinin dikkate alınması,

c- Özellikle kreş hizmetleri ve diğer çocuk bakımı ile ilgili düzenlemeler olmak üzere, kamusal ya da özel hizmetleri geliştirmek ya da teşvik etmek,

2. Her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrasındaki bir dönemde, çocuğa bakmak için aile izni verilmesi olanağını sağlamak,

3. Bu tür ailevi sorumlulukların, geçerli bir işe son verme nedeni oluşturamamasını sağlamak,

konularında uygun önlemler almayı taahhüt yükümlülüğünü getirmektedir.

Görüldüğü üzere söz konusu madde; aile sorumluluklarının işçinin mesleki fırsatlarında azalmaya sebep olmasını önlemek amacıyla yöneliktir. Özellikle çocuk bakımı düzenlemeleri ile ebeveyn izni konularında ve işten ayrı kalındıktan sonra işe tekrar girişi ve işe devam etmeyi sağlamak üzere özel önlemlerin alınmasını şart koşmaktadır.

GGASS'nin bu maddesi, AB'ne uyum çalışmalarını sırasında özellikle "kadın-erkek eşitliği", "ayrım-

cılıkla mücadele" ana başlıkları altında yer alan Konsey Direktiflerinin bir genellemesi niteliğindedir (Örneğin; 2002/73/EEC sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 7/207/EEC sayılı Direktifi Değiştiren Direktif, UNICE, CEEP ve ETUC Tarafından Akdolan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair 96/34/EEC sayılı Direktif).

Ülkemizde sürdürülen çalışmalar dikkate alındığında ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı bağlamında yakınlaşma olduğu söylenebilir.

Ancak bu maddenin ülkemiz tarafından onaylanması, "ebeveyn izni"ni tekrar çalışma hayatımızın gündemine taşıyacaktır.

Bilindiği üzere bu konu, AB'ne uyum çalışmalarını kapsamında geçtiğimiz yasama döneminde de gündeme gelmiş ve hazırlanan "Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, ebeveyn izni, AB'ye üye ülkelerde yaşanan nüfus yaşlanması ve doğum oranlarının düşmesi sorunu ile mücadele bağlamında gündeme getirilmiş bir konudur. Hatta doğumları teşvik etmek amacıyla doğum izni süreleri ile ebeveyn izni sürelerine ilişkin ücret devlet tarafından veya işsizlik sigortasından karşılanmaktadır. Henüz anılan sorunların yaşanmadığı ülkemiz koşullarında bu iznin, GGASS'nin söz konusu maddesi onaylanarak tekrar gündeme getirilmesi ne kadar doğrudur sorusunun tartışılması gerekir. Kaldı ki TBMM gündeminde bulunan Tasarının, değil GGASS'nin, ilgili AB Direktifi'nin dahi çok üzerinde haklar içerdiği göz önünde tutulduğunda bu tartışmanın daha da kapsamlı tutulması zorunludur.

● Çalışanların temsilcilerinin işletmede korunma ve kolaylıklardan yararlanma hakkı (Madde 28)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın bu maddesi; Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO)'nın "İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı Sözleşmesi"nden esinlenerek akit taraflara; çalışanların temsilcilerinin görevlerini yerine getirme haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla işletmede;

a- işletmedeki çalışanların temsilcisi olarak et-

kinlikleri ya da statüleri nedeniyle kovulmalarını da içermek üzere kendilerine yönelik zarar verici eylemlere karşı etkili bir korunmadan yararlanmalarını.

b- ilgili işletmenin gereksinimleri, büyüklüğü ve kapasitesi ve ülkenin endüstriyel ilişkiler sistemi göz önünde tutularak, görevlerini derhal ve etkili bir biçimde yerine getirmelerini mümkün kılmak için uygun olabilecek olanaklar tanınmasını;

taahhüt yükümlülüğü öngörmektedir.

GGASS'nin Ek'inde "çalışanların temsilcileri" teriminden, ulusal mevzuat ya da uygulama tarafından böyle nitelendirilen kişilerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla ulusal mevzuat ya da uygulamaların, işçi temsilcileri veya işyeri sendika temsilcilerini "çalışan temsilcileri" olarak öngörmesi mümkündür. Nitekim ülkemiz tarafından onaylanmış bulunan ILO'nun 135 sayılı sözleşmesi de 3. maddesi ile buna imkân tanımaktadır.

Bu açıklamalar ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30, 34 ve 35. maddeleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi dikkate alındığında mevcut mevzuatımızın GGASS'nin bu maddesi ile uyumlu olduğu sonucuna varılmaktadır.

● Çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkı (Madde 29)

Söz konusu madde; Akit Tarafların, çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirilme ve danışılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla, toplu işten çıkarmaları önlemenin ya da bunların ortaya çıkışını sınırlamanın ve örneğin özellikle ilgili çalışanların yeniden eğitimine ya da yeniden yerleştirilmesine yardım amaçlı sosyal önlemlere katılmak yoluyla sonuçlarını azaltmanın araç ve yolları hakkında bu tür toplu işten çıkarmalardan belli bir süre önce işverenlerin, çalışanların temsilcilerine zamanında danışmasını ve bilgi vermesini sağlamayı; taahhüt edeceklerini hüküm almaktadır.

Görüleceği üzere bu madde, AB'nin "Toplu İşten Çıkarmalarla İlgili Üye Devletler Mevzuatının Yaklaştırılmasına İlişkin 20 Temmuz 1988 tarih ve 98/59/EC sayılı Direktifi" ile ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi çerçevesinde düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunumuzda "işçi temsilciliği" müessesesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirme ve danışılma

sadece sendikalı işçilerin temsilcileri (işyeri sendika temsilcileri) aracılığıyla yapılabilmekte, sendikasızsız işçiler için böyle bir uygulamaya gidilmesi imkânı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla iş mevzuatımızdaki bu eksiklik, yukarıda da değinildiği üzere önümüzdeki dönemde çalışma hayatımızın gündemine gelecektir.

● Toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı (Madde 30)

Söz konusu madde; Akit Tarafların, toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

a- toplumsal dışlanma ve yoksulluk durumunda yaşayan ya da bu duruma düşme tehlikesinde olan kişilerin ve ailelerinin, özellikle istihdam, konut, eğitim, öğrenim, kültür ile sosyal ve tıbbi yardım olanaklarına fiilen ulaşmalarını teşvik edecek genel ve eşgüdümlü bir yaklaşım çerçevesinde önlemler almayı;

b- bu önlemleri, uyarlanmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde gözden geçirmeyi;

taahhüt edeceklerini düzenlemektedir.

Son yılların önemli sorunlarından olan yoksulluğa ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkını düzenleyen bu madde, GGASS'nin diğer maddelerinde öngörülen hukuksal korunmayı ötesinde, alınacak önlemleri belirtmektedir.

Ancak bilindiği üzere Türkiye'nin yoksulluk ve sosyal dışlanma ile mücadeleye yönelik bir stratejisi bulunmamaktadır. Yoksulluk ve sosyal dışlanma olgusu özellikle 2000'li yıllarda yaşanan krizler sonrasında Hükümetlerin gündemine girmiştir.

AB'ye üyelik süreciyle birlikte çalışmalar yoğunlaşmış ve AB'nin sosyal içerme stratejisine dahil olma yolunda 2004 yılı sonunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde çalışmalara hız verilmiş, ancak henüz tamamlanamamıştır.

Bu madde onaylanırken yoksulluk ve sosyal dışlanma konusunda Ülkemizce alınması gereken çok uzun bir yol bulunduğu ne yazık ki dikkate alınmamıştır.

● Konut hakkı (Madde 31)

Bu madde; Akit Tarafların, konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- yeterli standartlara sahip bir konut edinilmesini teşvik etmeyi;

2- evsizliği, zamanla ortadan kaldırma amacıyla önlemeyi ve azaltmayı;

3- ev fiyatlarını, yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hale getirmeye yönelik önlemleri almayı;

taahhüt edeceklerini öngörmektedir.

Bu madde ile güvenceye bağlanan konut hakkı, esasen 1966 tarihli BM Sözleşmesi'nde tanınmıştır. Ancak Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart, içerdiği bu yeni düzenlemeyle bu hakkın gerçekten kullanılmasını sağlamayı hedeflemektedir.

Anayasamızın 57. maddesi de konut hakkını düzenlemekte ve Devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağını, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekleyeceğini belirtmektedir.

Anayasamızda yer alan bu hükmün gereğini yerine getirebilmek amacıyla 1984 yılında konut politikalarını yönlendirecek temel ilkeleri belirleyecek olan Toplu Konut İdaresi (TOKİ) kurulmuştur. TOKİ, hazine arazileri başta olmak üzere diğer kamu kurum ve kuruluşları mülkiyetindeki araziler ile gerektiğinde şahıslardan (kamulaştırma yoluyla) bedeli karşılığında arazi ve arsaları devralmaktadır. Bu şekilde konut maliyetindeki en yüksek maliyeti oluşturan arsa maliyetini en az düzeyde tutarak, ucuz konut üretme yoluyla konut açığı kapatılmaya çalışılmaktadır. TOKİ bu tür uygulamalarını sürdürürken; ülke genelinde özel sektörün gitmediği ve konut açığının yaşandığı bölgelere öncelik vererek, ülke nüfusunun ülke coğrafyasının dengeli bir biçimde dağılmasını sağlayıcı uygulamalar yapmaktadır.

Kendi uygulamalarını sürdürmenin yanı sıra; kooperatif, belediye ve şahıslara kredi sağlayan TOKİ tarafından inşası yapılan konutların % 80'i orta ve alt gelir grubundakilere, dezavantajlı gruplara, yaşlılara, dul ve yetimlere, yoksullara, özürllülere yönelik konutlar; gecekondular dönüşüm projeleri, tarımköy uygulamaları, göçmen konutları, doğal afetlerden zarar gören yerleşim yerlerinden oluşan konut açığının giderilmesine yöneliktir.

Gecekondular dönüşüm programı; gecekondular bölgelerinin tasfiyesi veya yaşam alanlarının iyileştirilmesine yönelik bir uygulamadır ve halen 21 il 32 gecekondular bölgesinde uygulanmaktadır.

Mortgage sisteminin ülke şartları ile uyumlaştırılması için hukuksal altyapı çalışmaları sürdürülmektedir.

Konutların düşük kaliteli ve depreme dayanıksız oluşu, kaçak yapılaşma, gecekondulaşma ve konut alanındaki verilerin yetersizliği bu alanda karşılaşılan en temel sorunlardır. Gecekondular ve kaçak yapılaşmanın önlenmesi konusunda belediyeler yetkili kılınmış olsa da belediyelerin yerel siyasi etkilere açık olması, siyasi iktidarların oy kaygısı ve sık çıkarılan aflar bu sorunun çözümünü zorlaştıran unsurlardır.

Özetlemek gerekirse; GGASS'nin öngördüğü anlamda konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak için ülkemizde yapılması gereken daha çok iş bulunmaktadır.

### 3.5. Onaylanan GGASS'nin çalışma hayatımızın gündemine taşıyacağı yeni konular

Ülkemizce onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanan maddeleri ve bunların mevcut mevzuatımız karşısındaki durumu hakkında yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız açıklamalar, çalışma hayatımızın gündemine yeni konuların taşınacağını habercisi niteliğindedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanmış olması özellikle;

- Yıllık ücretli izin süreleri,
- Çalışan kadınların analığının korunması,
- Aile sigortası,
- İşçi temsilciliği,
- İşyeri konseyleri,
- Ebeveyn izni,
- Tüm çalışanlara için iş güvencesi,
- Tüm çalışanlar için iş sağlığı ve güvenliği

konuları başta olmak üzere pek çok yeni ve tartışmalı düzenlemelerle karşı karşıya olacağımızı işaret etmektedir. Hele ki mevcut mevzuatımızı göz önüne alarak pek çok çekincelerle onayladığımız 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'na ilişkin 12. Ulusal Raporu hazırladığımız 2005 yılında dahi, Şart Denetim Organları tarafından ülkemize ağır eleştiriler yöneltildiği dikkate alındığında, önümüzdeki dönemde çalışma hayatımızı ve ülkemizi bekleyen yeni eleştirilerin kapsamı ve boyutlarının neler olabileceği sorusunun cevabını şimdiden görebilmek mümkündür.

#### 4. SONUÇ

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylama sürecinde; TBMM Dışişleri Komisyonu'nda kabul edilerek Genel Kurula sunulan Tasarı'nın gerekçesinde "Ülkemiz batılı demokratik toplumun mensubu olması sıfatıyla, Batı Avrupa ülkelerinin üyesi bulunduğu kuruluşların bir çoğuna üye olup, 17 Aralık 2004 tarihinde yapılan Avrupa Konseyi toplantısında müzakerelerin başlaması için tarih almış bir ülke olarak, 30 yıldır uygulanan belli başlı sosyal hukuk kurallarını belirleyen dünyanın en önemli belgelerinden bir olan ve 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın yerine geçen, 1996 tarihli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylaması, sosyal normlarımızın Batı Avrupa ülkelerinin sosyal normlarına uyumunu sağlayacak düzenlemelerin yapılmasını zorunlu hale getirecektir. Bu nedenle, söz konusu (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı kapsamında Türkiye'nin onayladığı hükümlerle ilgili olarak yapılacak çalışmalar da ülkemiz için önem taşımakta ve öncelikli bir durum arz etmektedir." ifadesine yer verilerek, onaylanması uygun görülen maddeler ile ülkemiz mevzuatı arasında uyumsuzluk olduğu peşinen kabul edilmiş ve Şartın onaylanmasının mevzuat değişikliğine baskı oluşturacağı vurgulanmıştır.

Nitekim pek çok uluslararası anlaşma ve sözleşmelerin kabulünde olduğu gibi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanmasında da tersine bir usul izlenmiştir.

Son yıllarda sıkça başvurulmuş bu usul, ülkemizi uluslararası platformlarda zor duruma düşürmektedir. Bu onaylama ile Avrupa Birliği ve ILO nezdindeki eleştirilere, Avrupa Konseyi ve Parlamenterler Meclisi'nce yöneltilen yeni eleştiriler eklenecektir. Artık uluslararası taahhütlere girmeden önce bunları referans alarak öncelikle ülke gerçeklerine uygun uyum çalışmalarını gerçekleştirmenin önemini kavramak zorundayız. Yoksa ringe çıkmış acemi boksör misali nakavt oluncaya dek yumruk yemeğe devam edeceğiz.

#### KAYNAKÇA

- Bülent Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı, Ankara, 2001.
- A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 (Eşit Davranma İlkesi) s. 153.
- İKV, Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye, İstanbul, Ağustos 2006.

- Kübra Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, 5.2.
- Mesut Gülmez, Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı, Aralık 1996.
- Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005.
- TİSK, Sosyal Politika ve İstihdam Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye, Ankara 2006.
- TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile Dışişleri Komisyonları Raporları.

Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

## Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme

### BERLİN BÖLGE İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

Esas No : 16 Sa 2280/03

Tarih : 15.07.2004

### SCHLESWIG-HOLSTEIN BÖLGE İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

Esas No : 3 Sa 542/03

Tarih : 01.04.2004

Otoriter yönetim tarzında talimatlar veren yöneticiler bu tarzları ile çoğu zaman sevilmezler. Hangi durumlarda otoriter bir yönetim tarzının gerekli, başarılı ve yerinde olduğu durumdan duruma farklılık gösterir. Birçok çalışan, otoriter yönetimi kabul etmemektedir. Bazı çalışanlar ise otoriter yönetime hassas tepkiler vermektedir. Bu gibi durumlarda çalışanlar aşağılanmadan ve kötülük edildiğinden bahsederler. Yöneticilere yönelik mobbing iddiaları artar.

Almanya'da alınan iki mahkeme kararı ile otoriter yönetimin mobbing olmadığı sonucuna varılmıştır. Yöneticinin çalışmanı demotive etmek

istediği ispatlanmalıdır. Ayrıca çalışan, sergilediği davranış ile yöneticinin sağlık sorununa neden olabileceğini ispatlamakla yükümlüdür.

### RHEINLAND-PFALZ BÖLGE İŞ MAHKEMESİ<sup>2</sup>

Esas No : 9 Sa 597/04

Tarih : 26.01.2005

Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi kararı uyarınca çalışma arkadaşları arasında gerçekleşen kişisel anlaşmazlıklar mobbing anlamına gelmez.

Davacı çalışan, şube yöneticisinin kendisini aşağıladığını ileri sürerek işverenden 5.000 euro tazminat talep etmektedir. Ancak çalışan sadece bir olayı örnek göstererek kendisinin aşağılandığını anlatmaya çalışmıştır. Söz konusu olayda şube yöneticisi davacı çalışan hakkında başka bir çalışanla dedikodu yapmıştır.

Bölge İş Mahkemesi çalışanın açtığı tazminat davasını reddetmiştir. Bölge İş Mahkemesi, bu gibi kavgaya konu olan anlaşmazlıkların işverene yüklenemeyeceğini belirtmiştir. Mobbing daha çok sistematik olarak gerçekleşen düşmanlık,

kötülük ve ayrımcılıktır. Çalışanın ileri sürdüğü gerekçeyi iş hakimleri yeterli bulmamışlardır. Özellikle çalışma arkadaşları veya amirler ile yaşanan kısa süreli anlaşmazlık durumları sistemat-

ik olmaktan uzaktır. Genellikle insanlar arasında yaşanan anlaşmazlıklar veya fikir ayrılıkları, tazminat gerektirecek kişisel hakların ağır bir şekilde ihlali anlamına gelmemektedir.

## 1. Kararlara Konu Olaylar

Üç değişik Alman iş mahkemesi tarafından verilmiş bu kararlar, hangi durumların mobbing olarak değerlendirileceği konusuna ışık tutmaktadır. Berlin ve Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemeleri tarafından verilen kararlar otoriter yönetimin mobbing olmadığı sonucuna varırken, Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi tarafından verilen karar ise, çalışma arkadaşları arasında gerçekleşen kişisel anlaşmazlıkların mobbing anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almaktadır.

### 1.1. Berlin ve Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemeleri Tarafından Verilen Kararlar

Her iki mahkeme tarafından verilen kararlar da, işyerinde yöneticilerin otoriter bir yönetim tarzını benimsemiş olmalarının mobbing sayılmayacağını hüküm altına almaktadır. Karara göre, otoriter yönetim tarzında talimatlar veren yöneticilerin bu tarzları birçok çalışan tarafından kabul edilmemekte, bazı çalışanlar da otoriter yönetime hassas tepkiler vermektedir. Bu gibi durumlarda çalışanlar aşağılandıklarını ve kendilerine kötülük edildiğini, mobbinge maruz kaldıklarını iddia etmektedirler.

Söz konusu iki mahkeme kararında da, otoriter yönetimin mobbing olmadığı sonucuna varılmıştır. Her iki karar da, yöneticinin çalışanı demotive etmek istediğini ve yöneticinin bu davranışının çalışanın sağlığının bozulmasına neden olabileceğini ispatlamasını zorunlu kılmaktadır.

### 1.2. Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi'nce Verilen Karar

Söz konusu karara göre, davacı çalışan, şube yöneticisinin kendisini aşağıladığını ileri sürerek işverenden 5.000 euro tazminat talep etmiştir. Ancak çalışan kendisinin aşağılanması ile ilgili olarak sadece bir olayı örnek göstermiştir. Örnek gösterilen olayda ise şube yöneticisi davacı çalışan hakkında başka bir çalışanla dedikodu yapmıştır.

Bunun üzerine Bölge İş Mahkemesi çalışanın aç-

tığı tazminat davasını, bu gibi kavgaya konu olan anlaşmazlıkların işverene yüklenemeyeceğini belirterek reddetmiştir. Davacının tazminata hak kazanabilmesi için davranışın mobbing niteliğinde olması gerekmektedir. Mobbing ise, daha çok sistematik olarak gerçekleşen düşmanlık, kötülük ve ayrımcılıktır. Ancak karara konu olayda, çalışanın ileri sürdüğü gerekçe iş hakimlerince yeterli bulunmamıştır. Özellikle çalışma arkadaşları veya amirler ile yaşanan kısa süreli anlaşmazlıklar, sistematik olmaktan uzaktır. Mahkemeye göre işyerinde sistematik olmayan bu tip anlaşmazlıklar veya fikir ayrılıkları, tazminat gerektirecek şekilde kişisel hakların ağır bir şekilde ihlali anlamına gelmemektedir.

## 2. Kararların İncelenmesi

### 2.1. Mobbing Kavramına İlişkin Genel Bilgiler

İngilizce bir sözcük olan mobbing; toplanmak, toplu halde saldırmak gibi anlamlara sahiptir<sup>4</sup>. Çalışma yaşamında mobbing kavramı ise, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeydeki çalışanlar veya astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir.

İşyerinde psikolojik taciz şeklinde de ifade edilen mobbing, çalışanların birbirlerini rahatsız ve huzursuz edici davranışlarla taciz etmeleri, birbirlerine kötü davranmaları, kısaca kişiler arası psikolojik şiddet uygulamaları anlamında kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

Buna göre işyerinde mobbing, bir çalışanın ya da çalışanlardan oluşan bir grubun sürekli ve sistematik bir şekilde, diğer çalışan(lar)a karşı sözlü psikolojik, duygusal veya fiziksel olarak baskıda bulunmasıdır.

Konuyla ilgili yapılan araştırmalarda en kısa mobbing süresinin 6 ay, ortalama mobbing süresinin 15 ay, kalıcı ağır etkilerin ortaya çıktığı ana dönemin ise 29-46 ay olduğu saptanmıştır<sup>6</sup>.

Mobbing her türlü sektör ve kuruluşta karşımı-

za çıkabilir. Ancak mobbingin en çok görüldüğü işyerleri; kâr amacı gütmeyen örgütler, sağlık ve yüksek öğrenim kurumlarıdır<sup>9</sup>.

Mobbing kavramı çalışma yaşamında ilk kez 80'li yılların başında İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından kullanılmıştır. Leymann, çalışanlar arasında benzer tipte uzun dönemli düşmanca ve saldırgan davranışların varlığına dair yaptığı saptamalar sonucunda bu kavramı ortaya atmıştır<sup>7</sup>.

Leymann'a göre mobbing; "bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik (nedeni, düşünce ve inanç ayrılığından kıskançlık ve cinsiyet ayrımlına kadar çok çeşitli olabilen), sistematik bir biçimde, düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltilmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör"dür.

Leymann ve mobbing konusunda araştırma yapan diğer araştırmacılar; kavramın tanımlanmasında, örgüt içinde gerçekleşen geçici çatışmaları bir

Mobbing, mobbing mağduru çalışanın psikolojisini olumsuz etkilerken, işyerindeki çalışma huzurunun bozulmasına neden olur. Mobbingin bazı etkileri:

- Duygusal etkiler (şiddetli huzursuzluk),
- Zihinsel etkiler (konsantrasyon bozukluğu, hata yapma, iş kazaları),
- Davranışsal etkiler (sigara içme, alkol kullanma, çok yemek yeme),
- Fizyolojik etkiler (kan basıncı yükselmesi, kalp hastalığı, cilt hastalıkları, enfeksiyonlara karşı vücut direncinin azalması, mide ve bağırsak sorunları) olarak sıralanabilir<sup>11</sup>. Bunların yanı sıra, mobbing mağdurlarında uykusuzluk, iştahsızlık, depresyon, sıkıntı, endişe, hareketsizlik, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, ani öfkelenme, suskunluk, yaşama arzusunun kaybı, daha önceleri sevdiği şeylerden keyif almama gibi bir takım davranış ve düşünce değişiklikleri de gözlenebilir. Hatta şiddet ve taci-

## Mobbing, mobbing mağduru çalışanın psikolojisini olumsuz etkilerken, işyerindeki çalışma huzurunun bozulmasına neden olur.

tarafa bırakarak, kişinin ruh sağlığının önemli boyutta etkilendiği, ciddi psikolojik bozukluklara ve buna bağlı olarak fizyolojik sağlık sorunlarına yol açan durumlara odaklanmışlardır<sup>8</sup>.

Mobbing kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayan bir süreçtir. Önceleri bir kişinin veya bazı kişilerin, bir kişiye veya birkaç kişiye düşmanlığı biçiminde gelişen örgütsel psikolojik şiddet sonucunda mağdur, önce kendisine ve daha sonra çevresine karşı yabancılaşmaya başlar. Süreç, işe karşı kayıtsızlık, bıkkınlık, yılgınlık, performans düşüklüğü ile başlar ve istifayla sonuçlanır<sup>10</sup>.

Sık rastlanan mobbing davranışları arasında;

- çalışan hakkında dedikodu yapılması veya iftira atılması,
- çalışanla sürekli alay edilmesi,
- çalışanın aşağılanması,
- çalışanın sosyal faaliyetlerden ve işbirliğinden dışlanması,
- çalışanın yaptığı işe kasıtlı olarak zarar verilmesi,
- çalışanın işyerindeki yeniliklerden ve bilgilerden yoksun bırakılması bulunmaktadırlar<sup>10</sup>.

zin çok yoğun yaşandığı durumlarda mobbing mağdurunda intihar düşünceleri dahi ortaya çıkabilir.

Mobbing, işyeri düzenini de olumsuz etkileyen bir olaydır. Çalışanlar arasında gittikçe yoğunlaşan kronik endişeler, örgüt bütününe etkisi altına alır. Mobbing olgusu, örgütsel sağlığı tehdit eden bir unsur olarak ele alınmalıdır. Bu anlamda mobbing, son yılların örgütsel bir hastalığıdır. Mobbinge maruz kalan bireyin çalıştığı bölümün genel performansında da önemli bir düşüş gözlenir<sup>12</sup>.

İşyerinde uygulanan psikolojik taciz nedeniyle gerçekleşen ve sayıları günden güne artan işten ayrılmalar sonucunda, 1990'lı yıllarda başta Avrupa ülkeleri olmak üzere tüm dünyada, çok büyük bir problem şeklinde algılanan bu konuyla ilgili olarak ciddi çalışmalar yapılmaya başlanmıştır.

İnceleme konusu kararların anavatanı Almanya'da mobbing kurbanı, erken emekliliğini isteyebilmektedir. Almanya'da mobbing olgusunun ne olduğunu bilmeyen yok gibidir. Ülke genelinde mobbing kurbanlarının yardım ve destek isteyebilecekleri kamusal merkezler vardır. İşletmelerde mobbingi önleyici çalışmalar yapılarak yürürlüğe

konmaktadır. Mobbing Almanya'da bir meslek hastalığı olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

## 2.2. Mobbing türleri

Mobbing süreci içinde, mobbingci ve mobbing kurbanı olmak üzere iki taraf vardır. Bu iki kişi arasındaki ilişkiye göre mobbing türleri şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

- Yukarıdan aşağıya doğru mobbing (Dikey mobbing): Burada mobbing yapan kişi, kurbanı göre daha üst konumdadır.

- Eşdeğerler arasında mobbing (Yatay mobbing): Mobbingci ve kurban, benzer görevlerde, benzer olanaklara sahip iki iş arkadaşıdır.

- Aşağıdan yukarıya doğru mobbing: Mobbingci kurbanı göre daha alt konumdadır<sup>12</sup>.

İncelememize konu kararların birinde, Alman İş Mahkemesi, işyerinde yöneticilerin otoriter bir yönetim tarzını benimsemiş olmalarının mobbing sayılamayacağını hüküm altına almaktadır. Gerçekten de dikey mobbing; çeşitli nedenlerden ötürü bir yönetici tarafından doğrudan doğruya kurbanı yönelik, son derece saldırgan ve cezalandırıcı davranışların uygulanmasıdır. Otoriter, sert mizaçlı klasik tipte bir yöneticinin mobbing davranışı sergilemeye daha yatkın olabileceği düşünülse de, astlarına arkadaş gibi davranan bir yöneticinin de mobbing uygulayabileceği göz ardı edilmemelidir. Nitekim bir yöneticinin, astlarına karşı gösterdiği arkadaşlık tavrı içinde kişilere ilişkin tercihlerini belli ediyorsa, bir başka deyişle bazılarını daha yakın, bazılarını daha mesafeli davranıyorsa, bu kişi tarafından uygulanabilecek bir mobbing olgusunun ortaya çıkabileceği düşünülmelidir.

Halbuki yönetici tüm astlarıyla aynı mesafedeyse ve yapılan yanlışın dolayı çalışanı herkesin önünde azarlıyor ya da gösterilen bir başarıdan dolayı yine herkesin önünde kutluyorsa, bu davranış, onun otoriter yapısının ve yönetim biçiminin bir yansıması olarak değerlendirilmelidir<sup>13</sup>.

Bu durumda, dikey mobbing olgusu; bir yöneticinin, mesleki rolünün getirdiği konumdan yararlanarak gücünü olumsuz yönde kullanması şeklinde ortaya çıkan davranışları, astlarına uyguladığı mobbing davranışları olarak nitelendirilebilecektir<sup>14</sup>. Bu bakımdan, Berlin ve Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemeleri'nin kararlarında da hüküm

altına aldığı gibi, kişinin yalnızca otoriter yönetim tarzı olması, mobbing davranışının varlığını kanıtlamaya yeterli olmayacaktır.

## 2.3. Mobbing ve çatışma ilişkisi

Mobbing, öncelikle bir çatışma sürecidir. Leymann 1982'den bu yana sürdürdüğü çeşitli çalışmalarında, mobbingin çatışmanın abartılmış bir hali olarak görüldüğünü, ancak mobbingin, çatışmadan hemen sonra, bazen de haftalar veya aylar sonra dönüşüme uğrayarak ortaya çıktığını savunmaktadır.

Çatışma, kaynaklar, güç, statü, inançlar, çıkarlar ve diğer isteklere sahip olma çekişmesi olarak görülebilecek toplumsal bir süreçtir. Örgütsel çatışma ise; örgüt içindeki birey ya da grupların kendi içlerinde, aralarında veya doğrudan doğruya örgütle ilgili olan kit kaynakların paylaşılması, görevlerin dağıtımı, statü, amaç, değer ya da algı farklılıkları gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanan ve uyumsuzluk, zıtlık, anlaşmazlık ve birbirine ters düşme biçiminde ortaya çıkan dinamik bir etkileşim sürecidir.

Mobbingi genellikle bir anlaşmazlık ya da çatışma harekete geçirir. Leymann, çatışma ve mobbing kavramlarının birbirinden farkının, olayın "ne olduğu" ya da "nasıl olduğu" değil, olayların sıklığı, süresi ve olayların etkisiyle açık bir şekilde ortaya çıkan psikolojik, psikosomatik ve patolojik sonuçlar olduğunu belirtmektedir.

Belli düzeydeki çatışma, günlük yaşam içinde normal ve hatta yararlıdır. Ancak işyerinde psikolojik taciz, temel olarak iki yönden, normal bir çatışmadan ayrılır. Birincisi mobbing, ahlak dışıdır. İkincisi ise, çatışmanın yararlarının aksine mobbingin yukarıda değindiğimiz büyük zararları vardır<sup>15</sup>.

## Çatışma ve mobbing kavramlarının birbirinden farkı, olayın

"ne olduğu" ya da "nasıl olduğu"

değil, olayların sıklığı,

süresi ve olayların etkisiyle

açık bir şekilde ortaya çıkan

psikolojik, psikosomatik ve

patolojik sonuçlardır.



**İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri uyarınca, işyerinde iş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal bir şekilde rahatsız eden, yani mobbing uygulayan işçinin iş sözleşmesi işverence geçerli sebeple feshedilebilecektir.**

Çatışma ve mobbing arasındaki fark, Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi tarafından verilen kararda da açıkça görülmektedir. Nitekim söz konusu kararda, çalışma arkadaşları arasında gerçekleşen kişisel anlaşmazlıkların mobbing anlamına gelmeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Mahkeme, davacı çalışan hakkında başka bir çalışanla dedikodu yapan şube yöneticisinin davranışını, "çalışma arkadaşları veya amirler ile yaşanan kısa süreli anlaşmazlıklar", bir başka deyişle, "örgütsel çatışma" olarak değerlendirmiş ve çalışanın açtığı tazminat davasını, "bu gibi kavgaya konu olan anlaşmazlıkların işverene yüklenemeyeceği" gerekçesiyle reddetmiştir.

### 3. Türk Hukukunda Durum

Mevzuatımızda mobbing konusunu düzenleyen doğrudan bir kural mevcut değildir. 4857 sayılı İş Yasası, sadece cinsel tacize ilişkin iki hüküm içermektedir. Bunlardan birincisine göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması halinde, söz konusu işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (İŞK. m.24/II-d). Diğer hüküm ise, işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması halinde, işverene söz konusu işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme yetkisi vermektedir (İŞK. m.25/II-c).

Bunun yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri uyarınca da, işyerinde iş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal bir şekilde rahatsız eden, yani mobbing uygulayan işçinin iş sözleşmesi de işverence geçerli sebeple feshedilebilecektir<sup>18</sup>.

Bu hükümlerin yanı sıra, yeni Türk Ceza Yasası'nın 105. maddesi de, cinsel tacize ilişkin bir hüküm içermektedir. Bu düzenlemeye göre; bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunacaktır. Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır.

Bu hükümlerin yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 421/I. maddesi; "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." hükmünü içermektedir.

### 4. Sonuç

Mobbing, sonuçlandırılmamış bir çatışmadan dolayı ortaya çıkar. Günlük yaşam içerisinde bir yanlış anlamadan kaynaklanan sürtüşmeler, ilk bakışta mobbing gibi gözükse de, tamamen anlık bir çatışma da olabilir. Bu nedenle, mobbingin varlığından söz edebilmek için bazı unsurların varlığı gerekmektedir. Aksi takdirde, her türlü anlık çatışmanın ya da kişisel anlaşmazlığın mobbing olarak değerlendirilmesi gibi bir sonuç doğabilecek, bu da gerek çalışanlar, gerekse işverenler üzerinde olumsuz etkilere neden olabilecektir.

Bu çerçevede işyerinde karşılaşılan olumsuz davranışların mobbing niteliğinde sayılabilmesi için;

- kasıtlı olması,
- sistematik olması,
- tekrarlanan saldırılar şeklinde gerçekleşmesi ve
- belirli bir süre devam etmesi

gibi bir takım kriterlerin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle, işyerinde yaşanan olayların mobbing olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu kriterlere başvurulması uygun olacaktır.

İncelememiz konusu Alman mahkeme kararla-

## Mobbingle ilgili olarak kamuoyunun bilinçlendirilmesi ve bu alandaki duyarlılığın artırılması büyük önem teşkil etmektedir.

rı, yukarıdaki kriterlere uygun olarak yaptığı değerlendirme sonucu hangi durumların mobbing olarak nitelendirileceği konusuna isabetli bir şekilde ışık tutan kararlardır. Bunlardan Berlin ve Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemeleri tarafından verilen kararlarda, yöneticinin otoriter yönetim tarzı olmasının tek başına mobbingin varlığını kanıtlamaya yetmeyeceği sonucuna varılmıştır. Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi tarafından verilen karar ise, çalışma arkadaşları arasında gerçekleşen kişisel anlaşmazlıkların mobbing anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almakta ve mobbingin daha çok sistematik olarak gerçekleşen düşmanlık, kötülük ve ayrımcılık olduğunu, özellikle çalışma arkadaşları veya amirler ile yaşanan kısa süreli anlaşmazlıkların, sistematik olmaktan uzak bulunduğunu isabetli bir şekilde hüküm altına almaktadır.

Mobbing, bir kere uygulanılmaya başlandığında ve ileri evrelere ulaştığında; bu sürecin kişilerde, işletmede ve toplumda yaratacağı hasarlar onarılmaz düzeyde olabilir. Bu nedenle, mobbinge mücadele konusu büyük önem taşımaktadır. Mobbinge en etkin mücadele yolu ise "önlem alma ve bilgilendirme"dir. Burada en önemli husus, soruna ilişkin farkındalığın mağdurun kendisi tarafından olduğu kadar; işvereni, iş arkadaşları ve nihayet tüm toplum tarafından aynı önemde sağlanmış olmasıdır<sup>17</sup>. Nitekim bir şeyle mücadelenin en etkin yolu, önce onunla ilgili bilgi sahibi olmaktan geçmektedir. Bu çerçevede, konuyla ilgili olarak kamuoyunun bilinçlendirilmesi ve bu alandaki duyarlılığın artırılması büyük önem teşkil etmektedir. Bu açıdan da, özellikle neyin mobbing uygulaması olduğuna, neyin olmadığına dair hukuki çerçeveyi çizen, incelememiz konusu bu gibi kararlar; konuyla ilgili farkındalığın artırılması açısından büyük önem taşımaktadır.

### DİPNOTLAR

1 Newsletter Personal (Arbeitsrecht und Führung: Bußgeld für "Gehörschutzmuffel"), Haziran 2005.

- 2 Handbuch, Magazin Arbeit/GeberRechte "Das neue Arbeitsrecht für Vorgesetzte", Haziran 2005.
- 3 Çağdaş İş Dünyası Sözlüğü, Cem Yayınları, II. cilt, s. 582.
- 4 Tınaz, Pınar, Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing, Toprak İşveren, Eylül 2006, s.4.
- 5 Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, Mart 2006, s.15.
- 6 Tınaz, Pınar, s.113.
- 7 Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum, 2006-4, s.13-14.
- 8 Tınaz, Pınar, s. 12-13.
- 9 Tınaz, Pınar, s. 8.
- 10 MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, Haziran 2003, İşçinin Davranışı Nedeniyle Fesih, D2/010.
- 11 MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, D2/011.
- 12 Tınaz, Pınar, s. 8-9.
- 13 Tınaz, Pınar, Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing, Toprak İşveren, Eylül 2006, s.6.
- 14 Tınaz, Pınar, Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing, Toprak İşveren, Eylül 2006, s.7.
- 15 Aynı görüşte, Tınaz.
- 16 Tınaz, Pınar, s.117.
- 17 Tınaz, Pınar, s.18, 34-35.
- 18 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, Haziran 2003, İşçinin Davranışı Nedeniyle Fesih, D2/010-012.
- 19 Tınaz, Pınar, s.187.

### KAYNAKÇA

- Çağdaş İş Dünyası Sözlüğü, Cem Yayınları.
- Prof. Dr. Pınar Tınaz, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, Mart 2006.
- MESS Akıllı Kitap - İş Güvencesi, Haziran 2003.
- Prof. Dr. Pınar Tınaz, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum, 2006-4, s.13-14.
- Prof. Dr. Pınar Tınaz, Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing, Toprak İşveren, Eylül 2006, s.7.