

# SİCİL

Mart '07 • Yıl 2 • Sayı 5

## MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

## Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet ŞİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

## Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

## Yayın Kurulu

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

## Baskı

Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

## Yayın Türü

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

ISSN 1306-6153

## Baskı Tarihi

27 Mart 2007

**M E S S**

## Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Abidei Hürriyet Cad.  
Mecidiyeköy Yolu No. 268,  
MESS, 34381 Şişli İstanbul  
Tel: 212 232 01 04 (5 hat)  
Faks: 212 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr  
www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.  
Kaynak gösterilerek alıntı  
yapılabilir.

## BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>2007 Yılı Babarında Türk Çalışma Yaşamını Bekleyen Gelişmeler</i> .....	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi</i> .....	9
Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU	
<i>İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi</i> .....	19
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	
<i>İş Hukukunda İbraname Uygulamaları</i> .....	31
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>Baskı Fesbi</i> .....	47
Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK	
<i>İki Soruda Ücretli İzin Hakkı</i> .....	50
Av. Füsün GÖKÇEN	
<i>Performans Yönetim Sistemi</i> .....	54
Hasip KURT	
<b>KARAR İNCELEMELERİ</b>	
<i>4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)</i> .....	57
Doç. Dr. Ufuk AYDIN	
<i>Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler</i> .....	69
Doç. Dr. E. Murat ENGİN	
<i>İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları</i> .....	76
Doç. Dr. Murat ŞEN	
<i>Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre</i> .....	90
Av. Mustafa AVCI	
<i>Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi, İstifa Niteliğinde Değerlendirilemez</i> .....	94
Av. Ender KIZILRAY	

## TOPLU İŞ HUKUKU

### KARAR İNCELEMELERİ

<i>Temsilcinin İş ve İşyeri Değişikliği ile Görev Süresi</i> .....	101
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	
<i>Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi</i> .....	106
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI	
<i>Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi</i> .....	114
Av. Murat ÖZVERİ	

## SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi</i> .....	120
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK	
<i>Sosyal Güvenlik Kavramının Tarihi Gelişimi ve 5510 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce İptali Karşısında Yeniden Yapılanma Fırsatı Üzerine Düşünceler</i> .....	125
Coşkun ERBAŞ	
<i>Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Sosyal Güvenlikte Gelinen Son Durum</i> .....	130
Utkan ARASLI	
<i>Ceza Yargılamasında Tazminat Yaptırımı Hükümleri, Uzlaşma ve İş Kazası Nedeniyle Maddi Zararın Giderilmesi ile İlgili Hukuki Sonuçlar</i> .....	140
Mesut BALCI	



### KARAR İNCELEMESİ

<i>İşsizlik Ödenğine Başvuru Koşulları</i> .....	148
Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN	

## ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

<i>Kababatler Kanunu Değişikliği İdari Para Cezaları Bakımından Neyi Değiştirdi?</i> .....	158
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	

## MALİ HUKUK

<i>İşletmelerin Rekabet Gücü Açısından İstihdam Üzerindeki Yükler ve Yeni Kanunda Çalışanların Vergilendirilmesine Getirilen Değişiklikler</i> .....	165
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ	

## AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>Alman İş Hukukunda İşyeri Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlerle Fesih ve Sosyal Tercih</i> .....	177
Av. Ulrich KRICHEL	

### KARAR İNCELEMESİ

<i>Alman Mahkeme Kararları Işığında İhtar Müessesesi</i> .....	183
Av. Nağme N. HOZAR, LL.M.	

# “Düşünmeden okumak köreltir; okumadan düşünmek yanıltır.”

CLAIRVANY

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin üzerinden neredeyse 3,5 yılı aşkın bir süre geçmiş ve bazı konularda artık yargı içtibatları yerleşmeye başlamış olsa da yoruma açık kimi hükümler üzerindeki tartışmalar hala devam ediyor. Bu anlamda, doğru uygulamaların hayata geçebilmesi için gerek yargı gerekse doktrine önemli görevler düşüyor. Üzerine düşen sorumluluk bilinciyle hareket eden Sendikamız, tartışmalı hususları gündeme taşımak ve tartışma platformu oluşturmak üzere sizlere zengin içeriği ile Sicil Dergisi'ni sunuyor.

Bilindiği üzere, İş Kanunu ile “performans” kavramının işletmeler açısından önemi artmış bulunmaktadır. Yargıtay Kararlarına göre; işverenin, performansla dayalı olarak yapacağı fesiblerde ispat yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için işçinin performansına ilişkin ölçümleme sistemini yeterli açıklıkta mahkemeye ibraz etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, işyerlerindeki insan kaynakları bölümlerinin görev ve sorumlulukları ile stratejik önemi artmıştır. Personel yönetmeliklerinde, iş tanımlarının doğru yapılması, iş tanımına göre personelin göstermesi gerekli performans kriterleri ve ölçülebilir işler için verimlilik ölçme sistemlerine yer verilmesi gerekmektedir.

İş Kanunu'nun getirdiği pek çok yeni müessesenin, beraberinde birtakım sorunları da gündeme taşıdığı bilinen bir gerçek. Bu sorunlardan biri de, işe iade davaları sonucunda mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminattan gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği sorunudur. Doktrin, söz konusu tazminatın, Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili hükmünde belirtilen gelir vergisinden muaf tazminat ve yardımlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu tartışmaktadır.

Öte yandan işçinin iş sözleşmesinin, işletme, işyeri

ve işin gereklerinden kaynaklanan fesiblerinde, İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yargıtay kararları ile “sosyal seçim kriteri” esasının getirilip getirilemeyeceği hususu da diğer bir tartışmalı konudur. Yabancı ülke uygulamaları içinde, özellikle Alman hukukunda sosyal seçim esasına yasada yer verilmiş olduğu görülmektedir. Alman hukukundaki bu ayrıntılı yasal düzenlemeler, sosyal seçim kriterinin uygulanmasına ilişkin prosedürün gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Ancak, ülkemiz İş Kanunu'nda yer almayan böyle bir düzenlemenin Türk hukukuna yargı kararları ile ibdas edilmek istenmesi kabul edilebilir nitelikte değildir.

Diğer yandan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı”nın yasalaşması halinde bu alanda yeni bir dönemin başlayacağı kuşkusuzdur. Ancak Taslağın dayanağı olan Yönerge, her ne kadar “AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı”nda uyum sağlanacağı taahhüt edilen müktesebat listesinde yer alıyorsa da, söz konusu yönergenin tercüme edilerek kabul edilmesi yerine, ülkemiz şartları göz önünde bulundurularak hassas davranılması ve bu çerçevede düzenleme yapılması daha uygun olacaktır.

Gündemdeki konuları tartışmaya açan makaleler, yabancı ülke uygulamaları ve Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verilen Sicil dergisinin beşinci sayısı ile çalışma hayatının nabzını tutmaya devam ediyor ve güncel gelişmeleri sizlerin değerlendirmenize sunuyoruz.

Saygılarımla,

**Av. İsmet SİPAHİ**

# YENİ YAYINLAR

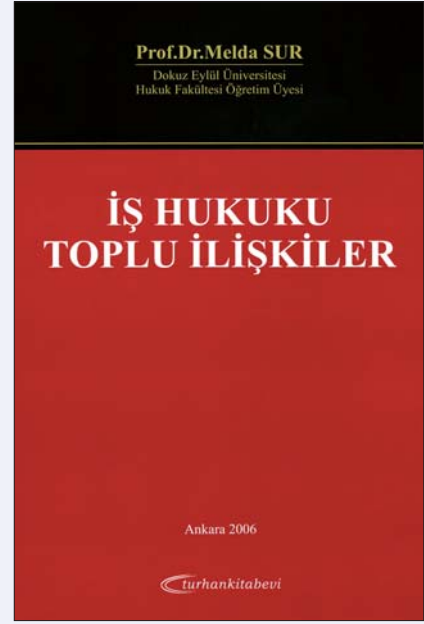


Prof. Dr. Melda Sur tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Toplu İlişkiler**” kitabı, Kasım 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, Sendikalar Hukuku, Toplu İş Sözleşmeleri ile Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları başlıklı üç bölümden oluşmaktadır. “Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları” başlıklı üçüncü bölüm ise “Barışçı Çözüm Yolları” ve “Grev ve Lokavt” başlıklı iki alt bölümden oluşmaktadır.

Toplu iş ilişkilerini düzenleyen ve halen yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu üzerinde değişiklik çalışmaları devam etmekte olduğundan mevcut pozitif hukuk esas alınarak hazırlanan eserde, kolektif iş mevzuatımızdaki esaslar, bazı tahliller ve yargı kararları ışığı altında incelenmiştir.

Öğrencilerin yararlanabileceği bir araç olması düşüncesiyle hazırlanan eserde, aynı zamanda uygulamacılar ve araştırmacılar için de iyi bir kaynak olabilmesi için tarihi gelişmeler ile yargı kararlarına da yer verilmiş ve tartışmalı konular irdelenmiştir.

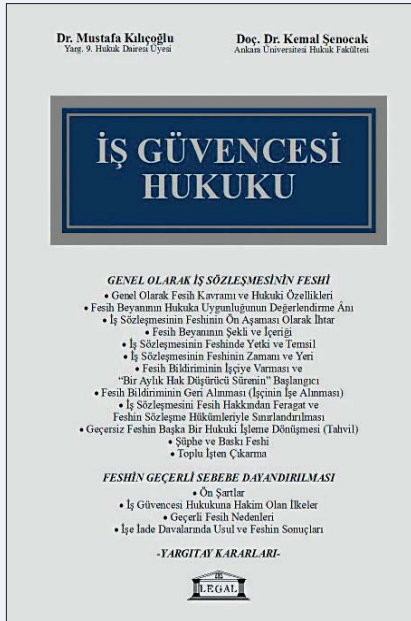


Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Dr. Mustafa Kılıçoğlu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Kemal Şenocak tarafından hazırlanan “**İş Güvencesi Hukuku**” adlı kitap, 2007 yılında yayımlanmıştır.

Üç bölümden oluşan eserin ilk bölümünde “Genel Olarak İş Sözleşmesinin Feshi”, ikinci bölümde ise “Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması” konuları ele alınmış, son bölümde de konuyla ilgili Yargıtay Kararlarına yer verilmiştir.

“Genel Olarak İş Sözleşmesinin Feshi” başlıklı ilk bölümde; genel olarak fesih kavramı ve hukuki özellikleri, fesih beyanının hukuka uygunluğunun değerlendirme ânı, iş sözleşmesinin feshinin ön aşaması olarak ihtar, fesih beyanının şekli ve içeriği, iş sözleşmesinin feshinde yetki ve temsil, iş sözleşmesinin feshinin zamanı ve yeri, fesih bildirimimin işçiye varması ve ‘bir aylık hak düşürücü sürenin’ başlangıcı, fesih bildirimimin geri alınması (işçinin işe alınması), iş sözleşmesini fesih hakkından feragat ve feshin sözleşme hükümleriyle sınırlandırılması, geçersiz feshin başka bir hukuki işleme dönüşmesi (tahvil), şüphe ve baskı feshi ve toplu işten çıkarma konuları yer almaktadır.

“Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması” başlıklı ikinci bölümde ise; ön şartlar, iş güvencesi hukukuna hakim olan ilkeler, geçerli fesih nedenleri, işe iade davalarında usul ve feshin sonuçları işlenmektedir. Eserin üçüncü bölümünde ise, tüm konularla ilgili çok zengin Yargıtay Kararları okuyucuya sunulmaktadır.



Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 2007 Yılı Baharında Türk Çalışma Yaşamını Bekleyen Gelişmeler

## 1. Giriş

Türk çalışma yaşamı, 2007 yılının başında, geçmişten gelen beklentilerle doludur. Bunların içinde sosyal güvenlik reformuna, işletmeler üzerindeki kıdem tazminatı yüküne, iş sağlığı ve güvenliğine, toplu iş hukuku sistemine, memur sendikacılığına ve Avrupa Birliği'nin sosyal boyutuna uyuma ilişkin sorunlar, başı çekmektedir. Bu anlamda, Türk çalışma yaşamı, geçmişten gelen ve yıldan yıla biriken sorunları, 2007 ve onu izleyen yıllarda çözüme beklentileriyle karşı karşıyadır. Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti, uzunca bir süreden beri söz konusu sorunların çözümü konusunda, bir yandan Avrupa Birliği'nin ve diğer yandan da, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün baskısı altındadır. Buna göre, aşağıda ilkin, biriken sorunların başlıcalarına toplu bir bakışla yaklaşılacak ve sonra da, bunların çözümü konusunda ortaya çıkan beklentiler, ulusal ve uluslararası normlar bağlamında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## II. Tek Çatı Çalışmalarının Çökmesi

### 1. Yasal değişikliğe ilişkin gelişmeler

Hükümet, Türkiye'ye kredi dilimlerinin açılması ve ödenmeye başlanması konusunda Uluslararası

sı Para Fonu (IMF)'na bulunulan uluslararası taahhütlerin etkisiyle, sosyal güvenlik reformunu yasalastırmayı eksik de olsa sağlamıştır. Nitekim, bu bağlamda 16/5/2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu<sup>1</sup> ile 31/5/2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>2</sup> kabul edilmiştir. Bunlardan 5510 sayılı Yasa'nın, hemen değil, 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmesi (m. 108) düşünülmüş; ancak, Anayasa Mahkemesi, anılan yasanın daha yürürlüğe girmesini beklemeden, önemli birçok hükmünün<sup>3</sup> yürürlüğünün durdurulmasına<sup>4</sup> ve iptaline<sup>5</sup> karar vermiştir.

### 2. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı

Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararının irdelenmesinin yeri burası olmamakla birlikte, söz konusu kararla ortaya çıkan önemli bir esasa değinmekte yarar görülmektedir. Gerçekten, söz konusu kararda önemle vurgulanan husus; ayrı statülere sahip kişilerin, yani işçiler ile memur ve diğer kamu görevlilerinin, statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı kılınmasıdır. Bu anlamda, anılan kararda aynen:

“.. 5510 sayılı Yasa'da, aynı büküksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarı-

da belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırıdır .. Çalışmakta olanları ve emeklileri kapsayan genel sağlık sigortasından yararlanma hakkı da, Anayasa'nın 128. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlileri için yasayla düzenlenmesi öngörülen haklar arasında bulunduğundan, üstlendikleri kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi ve hizmet alanlar yönünden de olumsuzluklar yaşanmaması için bu hususların da memurların diğer hakları gibi onlara ilişkin düzenleme içinde ayrıca yer alması Anayasal bir gerekliliktir..<sup>6</sup>

denilerek, itiraz konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

### 3. İptal kararı sonrasındaki beklentiler

5510 sayılı Yasa'nın önemli hükümlerinin yürürlüğü durdurulur ve iptal edilirken, söz konusu yasanın iptal edilmeyen hükümlerinin 1.1.2007 tarihinde yürürlüğe gireceği göz önünde bulundurulurken, bunların ertelenmesi yoluna gidilmiştir. Nitekim, 5510 sayılı Yasa hükümlerinin yürürlüğe gireceği tarihi öngören m. 108'deki "1.1.2007" ibaresi, 26.12.2006 tarih ve 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu<sup>7</sup> m. 30/I bent 4 hükmüyle, "1.7.2007" olarak değiştirilmiştir. Buna göre, söz konusu yasanın yürürlüğe girmesi, altı ay sonraya atılmıştır.

Ancak, genel seçimlerin belirtilen tarihten sonra yapılacağı göz önünde bulundurulacak olduğunda, tüm seçmen kitlesini yakından ilgilendiren böylesine önemli bir yasa değişikliğinin gelecek siyasi iktidara bırakılmak isteneceğini ve ilerideki diğer bir yasa değişikliğiyle, yürürlük tarihinin 1.7.2007 sonrasında atılacağını şimdiden söylemek, kehanet olmasa gerektir. Kaldı ki, Haziran 2007 tarihindeki Uluslararası Çalışma Konferansı'na katılacak Hükümetin, sosyal güvenlik konusunda açıklama yapmaya zorlanmak istemeyeceği, görünen diğer bir gerçektir.

Öte yandan, yapılacak yasa değişikliklerinde, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının göz önünde bulundurulması ve özellikle, memurlar ile diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak düzenlemelerde, bunların sigortalılardan ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin görü-

şü ve tutumu, yoruma yer bırakmayacak derecede açıktır. Buna göre de, tek çatı ilkesi gözetilse dahi, tek bir yasanın olmayacağı, şimdiden bellidir.

Esasen, tek çatı ilkesinin gerçekleşmesi, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarının tek bir yasa içinde birleştirilmesini zorunlu kılmamaktadır. Önemli olan nokta, bunlar arasında gerekli norm ve standart birliğinin sağlanmış bulunup bulunmadığıdır. İşte, Bakanlığın ve giderek mevcut siyasi iktidarın, tek çatı ilkesi konusunda görmezlikten geldiği noktanın bu olduğu, açığa çıkmış durumdadır.

Bunun dışında, yeni yapılacak düzenlemelerde, 5510 sayılı Yasa'nın iptal edilen hükümleriyle ilgili konularda da, yine Anayasa Mahkemesi'nce açıklanmış bulunan gerekçeler dikkate alınmak zorundadır. Bunu dikkate almayacak yasa değişikliklerinin ise, Anayasa Mahkemesi'nin süzgecine yeniden takılacağı açıktır.

### III. Kıdem Tazminatı Yükünün Artması

2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilir ve işçi kesimine yasal iş güvencesi tanınırken, buna karşılık da işletmeler üzerindeki kıdem tazminatının azaltılması düşünülmüştür. Bu anlamda, İş K. geç. m. 6'daki düzenlemede, "Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır." hükmüne yer verilerek, kıdem tazminatı hakkı muhafaza edilmekle birlikte, işletmeler üzerindeki kıdem tazminatı yükünün oluşturulacak bir fona, yani "kıdem tazminatı fonu"na geçirilmesi öngörülmüştür.

Aslında, böyle bir fonun kurulması zorunluluğu, çok daha önceleri, yani 1475 sayılı İş Kanunu'nda 1975 yılında 1927 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle ortaya çıkmıştır. Ancak, aradan geçen 32 yıla rağmen, söz konusu fonun gerçekleştirilemediği görülmektedir. Buna ilişkin son bir yasa taslağı ise, üniversite öğretim üyelerinden oluşan bir komisyona hazırlanmış olup, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın arşivindedir.

Diğer yandan, işletmeler üzerindeki kıdem tazminatı yükü, yıldan yıla artmaktadır. Nitekim, konuya ilişkin olarak yapılan bir araştırma; araştırma kapsamındaki 13 işkolunda çalışan 178.013 işçi

için, toplam 2.644.000.000 YTL tutarında bir potansiyel kıdem tazminatı yüküyle karşı karşıya kaldığını belirtmektedir<sup>8</sup>. Bu bağlamda, işsizlik sigortasının 1999 yılında kabulü ise, artık kıdem tazminatı kurumundan vazgeçilmesini ülke gündemine sokmuştur. Çünkü, kıdem tazminatı kurumu, ülkemizde işsizlik sigortasının yerine ikame edilmiştir<sup>9</sup>.

Tüm bu gelişmeler karşısında, kıdem tazminatı fonunun kurulmasına ilişkin hazırlık çalışmalarını Bakanlığın hızlandırması ve giderek, bunları sonuçlandırıp Bakanlar Kurulu'na sunması gerekmektedir. Ancak, kıdem tazminatı yükü işletmelerden alınıp fona geçirilirken, işveren kesimine kaldıramayacağı yeni yük yüklenmemesi gereği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, aksine çözümlerin, bu kez yeni istihdamın önünü keseceğini ve daralma yaratacağını gözden uzak tutmamak gerekir.

#### IV. İş Sağlığı ve Güvenliğindeki Tıkanıklığın Giderilmesi

1974 tarihli İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü, 2003 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin yürürlüğe konulmasıyla birlikte, İş K. geç. m. 2 uyarınca yürürlükten kalkmıştır. Ancak, bu kez 2003 tarihli Yönetmelik, Danıştay Onuncu Daire tarafından tümüyle iptal edilmiştir. Bunun gibi, Hükümetin İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı da, Danıştay Birinci Daire tarafından hukuka uygun görülmeyip Başbakanlığa iade edilmiştir<sup>10</sup>.

Diğer yandan, İş K. m. 82 hükmüne dayanılarak çıkarılmış bulunan İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>11</sup>, önemli hükümlerinin iptali<sup>12</sup> yüzünden, işlerliğini yitirmiştir. Nitekim, söz konusu yönetmelikle daha önce tanınan "iş güvenliği uzmanı" unvanı, artık ortadan kalkmıştır.

Bunun gibi, İş K. m. 81 hükmü uyarınca çıkarılmış bulunan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>13</sup> de, işyeri hekimleri bakımından, iptal hükmüyle karşılaşmıştır<sup>14</sup>. Ancak, söz konusu yönetmelikten önce kabul edilen Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği<sup>15</sup> hakkında açılmış iptal davası, henüz kesin yargı kararına bağlanmış değildir. Buna göre, halen iki yönetmelik yürürlükte<sup>16</sup>.

İş sağlığı ve güvenliğinin, tüm bu gelişmelere ve geline nokta bakılarak, Türk çalışma yaşamında darmadağın bir görünüme sahip olduğu görülmektedir. Bu konuda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, belirtilen tıkanıkları gidermek üzere, yeni bir yasama hazırlığını başlatma girişimi içine girmiştir. Oysa, bu konuda Bakanlığın, ortaya çıkan yargı kararlarının ışığında, gerekli tüzük ve yönetmelik değişikliklerine gitmesi, sorunları daha kısa zamanda ve doğru biçimde çözmeye yardımcı olabilecektir. Nitekim, şimdiye kadarki yargı kararlarını dikkate almayacak bir yasama girişimi, bu kez de anayasa yargısının süzgecine takılacaktır. Bunun ise, hukuken, istenen bir durum yaratmayacağı açıktır. Bu bakımdan, Bakanlığın acilen İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı üzerinde yoğunlaşması ve giderek, iptale uğrayan yönetmelik hükümlerini yargı kararları doğrultusunda yeniden düzenlemesi beklenmektedir.

#### V. Toplu İş İlişkileri Sisteminde Değişikliğe Gidilmesi

Türk toplu iş ilişkileri sistemi, son 25 yıllık süreçte birçok kez Uluslararası Çalışma Örgütü'nün gündeminde kalmış ve uluslararası çevrelerce eleştirilmiştir. Bunun gibi, Avrupa Birliği'nin 2005 ve 2006 yılı İlerleme Raporları da, Türkiye'de toplu iş ilişkileri sisteminde değişikliğe gidilmesi gereğini vurgulamaktadır<sup>17</sup>. Bu bağlamda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, üniversite öğretim üyelerinden oluşan bir kurula 2821 ve 2822 sayılı Yasalara ilişkin birer değişiklik taslağı metnini hazırlatmış ve daha sonra, bunlar üzerinde değişikliklere gitmek suretiyle, yeni bir Sendikalar Kanunu Taslağı'nı kamuoyunun görüşlerine sunmuştur. Söz konusu taslakta Bakanlık, özgürlükçü olma endişesiyle sendikaların salt özel hukuka ait özelliklerini ele almış; asıl, sendikaların yasayla düzenlenmesi gereken kamusal yanını ise, gözden kaçırmıştır. Böylece, söz konusu taslakla, toplu iş ilişkileri sisteminin değiştirilmesi konusunda, yeterli tartışma malzemesi yaratılmıştır<sup>18</sup>.

Ancak, Haziran 2006 tarihinde toplanan 95. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda Türkiye'nin gündeme alınmasının dahi teklif edilmemesi üzerine yaşanan rahatlık, toplu iş ilişkileri sisteminde düşünülen değişiklikleri geri plana itmiştir. Oysa, Avrupa Birliği'nin Türkiye hakkındaki ilerleme ra-

porlarından da açıkça anlaşılacağı üzere, bu alandaki beklentiler uluslararası gündemden çıkmış değildir<sup>19</sup>. Bu bakımdan, Haziran 2007 tarihinde tekrar Uluslararası Çalışma Konferansı'na katılacak Hükümetten, tüm bu beklentileri karşılayacak ortalama bir çözümü o tarihe kadar yasalastırmasının beklenmesini doğal karşılamak gerekecektir.

Diğer yandan, sosyal taraflar, toplu iş ilişkilerinin yeniden ele alınmasında uzlaşmış görünmemektedir. Buna göre, sosyal tarafları arkasına alamayan Bakanlığın, konuya ilişkin yasama hazırlık çalışmalarını ilerletmede kararlılık göstermesi gerekir. Ancak, böyle bir siyasi iradenin varlığı, çalışma yaşamında şimdiye kadar görülebilmemiş değildir.

## VI. Sonsöz

Önemli sorunlarla yüklenmiş olan Türk çalışma yaşamını, 2007 yılında köklü çözümlerin beklediği görülmektedir. Elbette, bunların çözümünün kolay olmayacağı, bilinen bir gerçektir. Nitekim, söz konusu sorunların çözümü, taraf çıkarlarını yakından ilgilendirmektedir. Taraf çıkarlarını ilgilendiren konularda, Hükümetin zorluk çekmesi doğaldır. Bu bağlamda, Türkiye, 2007 yılında seçim hazırlığı içine girmiş durumdadır. Buna göre de, muhtemelen Hükümetin, çalışma yaşamındaki birikmiş sorunların çözümünü gelecek siyasi iktidara bırakacağı düşünülebilir.

Bununla birlikte, Türk çalışma yaşamının yukarıda belirtilen başlıca sorunları içinde, ertelenemeyecek ağırlıkta olanlar vardır. Bu anlamda, sosyal güvenlik reformu, ağırlıklı öncelikler arasında yer almaktadır. Nitekim, sosyal güvenlik reformunu gerçekleştirdiğinde Türkiye, hem Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar önünde güvenilirliğini sürdürmüş ve hem de ulusal gelirin adil bir biçimde yeniden dağıtımını sağlamak suretiyle iktisadi gelişmeye yardım etmiş olacaktır. Bu bağlamda ise, tek çatı ilkesi uygulanmak istenirken; adeta, "çatı", sosyal sigortalıların üzerine çöker hal almıştır. Ancak, sosyal sigortalıların mağdur etmeye, hakkımız olmasa gerektir.

Diğer yandan, çalışma yaşamındaki sorunlarını acilen çözüme kavuşturacak bir Türkiye, hem Avrupa Birliği'nin sosyal boyutunu ve hem de Uluslararası Çalışma Örgütü'nün oluşturmuş bulunduğu uluslararası çalışma standartlarını yakalamış olacaktır. Ülkeye bunun kazandıracağı yarar ise, tartışılmaz niteliktedir. Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti, bu yolla uluslararası saygınlığını artıracaktır.

Sosyal taraflar ise, Türk çalışma yaşamına ilişkin dönüşümlerin sağlanması konusunda, Hükümete ve giderek Çalışma ve Güvenlik Bakanlığı'na gerekli desteği vermelidir. Ancak, Bakanlığın da, bu konuda sosyal taraflara gerekli ilgiyi gösterip onlardan uzak durmaması ve üçlü danışma mekanizmalarını açık tutması zorunludur. Bu anlamda, Ekonomik ve Sosyal Konsey ile Üçlü Danışma Kurulu çalışmalarına, acilen ivme kazandırılmasında yarar görülmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 RG. 20.5.2006, No. 26173.
- 2 RG. 16.6.2006, No. 26200.
- 3 Bunlarla ilgili tablo için bak. İşveren XLV, 3 (Aralık 2006), 17-19.
- 4 AyM., 15.12.2006-111/36-RG. 26.12.2006, No. 26388.
- 5 AyM., 15.12.2006-111/112-RG. 30.12.2006, No. 26392 5. Mükerrer.
- 6 Söz konusu karar, sh. 95.
- 7 RG. 29.12.2006, No. 26391 Mükerrer.
- 8 Bak. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (yay.), 2005 Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti, Ankara 2006, 10.
- 9 Bak. K. Tunçomağ, "Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar"-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü (yay.), Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, 925.
- 10 Tüm bu gelişmelerin özeti hakkında bak. T. Centel, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler", Sicil I, 3 (Eylül 2006), 5-7.
- 11 RG. 20.1.2004, No. 25352.
- 12 Bak. Danıştay Onuncu Daire'nin 28.3.2006 tarih ve E.2004/6075, K.2006/2159 sayılı kararı.
- 13 RG. 16.12.2003, No. 25318.
- 14 Bak. Danıştay Onuncu Daire'nin 28.2.2006 tarih ve E.2004/1253, K.2006/1658 sayılı kararı.
- 15 RG. 21.12.2002, No. 24970.
- 16 Ayrıntılı bilgi için bak. A. N. Konuk, "İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta", Sicil I, 3 (Eylül 2006), 81 vd.
- 17 Söz konusu istek ve eleştiriler için bak. T. Centel, "2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönü Bağlamında Eleştirel Yaklaşım", Sicil I, 1 (Mart 2006), 200-202; T. Centel, "2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönden Değerlendirilmesi", Sicil I, 4 (Aralık 2006), 201-202.
- 18 Ayrıntılı bilgi için bak. T. Centel, "Yeni Sendikalar Kanunu Taslağı", Mercek XI, 41 (Ocak 2006), 17 vd.
- 19 Ayrıca bak. yukarıda dn. 10 ve ilgili metin.



Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi\*

## 1. Giriş

Almanya, Avusturya ve Yunanistan örneğinde olduğu gibi Avrupa'nın bir çok ülkesi iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel yasalar çıkartmıştır<sup>1</sup>. Oysa İsviçre ve Türkiye gibi kimi ülkelerde ise bu konuda özel yasa çıkartma yoluna gidilmemiş, genel yasalardaki düzenlemelerle yetinilmiştir. Gerçekten de Türkiye'de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kuralların mevzuatta oldukça geniş bir alanda birçok yasada düzenlendiğini de söyleyebiliriz. Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile birlikte, Borçlar Yasası ve iş yasalarındaki çeşitli hükümlerle düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Bu bağlamda, yeni İş Yasası'nın öngördüğü en önemli yeniliklerden biri de kimi işyerlerinde iş güvenliği ile görevli mühendis ve teknik eleman görevlendirme zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Oysa eski iş yasalarında, özellikle 1475 sayılı İş Yasası'nda işyerlerinde iş güvenliği ile ilgili teknik elemanlarının istihdamı zorunluluk değildi. Gerçi 1475 sayılı Yasa'nın uygulama döneminde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kimi tüzüklerde, örneğin Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nde bir fenni mesul bulundurulması zorunluluğundan söz edilmişti<sup>2</sup>, yine İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulları Hakkındaki Tüzük'te, işçi sağlığı

ve iş güvenliği kuruluna, görevli bir teknik elemanının katılması öngörülmüştür<sup>3</sup>. Ancak ilk kez Türk Çalışma Mevzuatı'ndaki bir yasada iş güvenliği uzmanlığı yer bulmuş olmaktadır.

Birleşmiş Markalar Derneği'nin düzenlediği "2007'ye Bakış: Türkiye ve Dünya Ekonomisi" konulu toplantıda bir sunum yapan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanı Rifat Hisarcıklıoğlu, Türkiye'deki şirketlerin yasal yükümlülüklerini sıralarken, işyerlerinde iş güvenliği ile ilgili bir mühendis veya teknik eleman bulundurulmasının zorunlu olduğunu ifade ederek, "İş güvenliği için özel bir eleman görevlendirilmesinin dünyada örneği yok" şeklinde bir saptamada bulunmuştur<sup>4</sup>. Hemen belirtmelidir ki, Hisarcıklıoğlu, "İş güvenliği için özel bir eleman görevlendirilmesinin dünyada örneği yok" şeklindeki saptamasında yukarıda verilen kimi Avrupa ülkeleri örneği karşısında yanılığa düşmektedir. Öte yandan ILO'nun 3.6.1981 tarihli "İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesi"<sup>5</sup> ve 22.6.1981 tarihinde kabul edilen "İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 164 sayılı Tavsiye Kararı"nda da iş sağlığı ve güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlar (iş güvenliği uzmanı) ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Yine Avrupa Topluluğu'nu kuran Roma Anlaşma-

sının md. 118a hükmüne göre çıkarılan 89/391 Sayılı, “Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Önlemler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge” de aynı yönde düzenlemeler içermektedir<sup>6</sup>. Biraz evvel de belirtildiği üzere örneğin, Avusturya’da İş’te Güvenlik ve Sağlığın Korunması Hakkındaki Federal Yasa’nın 73. maddesine göre, işveren işletmesinde iş güvenliği uzmanı görevlendirmek zorundadır<sup>7</sup>. Yunanistan’da da 1568 Sayılı olan 1985 tarihli “Çalışanların Sağlık ve Güvenliği Yasası”na göre, işyerinde en az elli işçi çalıştıran işveren, işyerinde iş güvenliği teknik elemanı ve işyeri hekimi görevlendirmek zorundadır (Md. 4/b.1)<sup>8</sup>. Bu anlamda, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman görevlendirilmesini yasal zorunluluk haline getiren tek ülke Türkiye’dir. Ayrıca belirtmelidir ki, ülkemiz mevzuatı iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanın görevlendirilmesi konusunda özellikle kapsama giren işyerleri ve görevlendirme usulleri açısından uluslararası standartlar karşısında önemli eksiklikler barındırmaktadır.

4857 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte yasanın çıkarılmasını öngördüğü birçok yönetmelik hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. Bu yönetmeliklerden iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olanlar başlıca şunlardır: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (7.4.2004 T. ve 25426 sayılı Resmi Gazete (RG)’de yayımlanmıştır); İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği (9.12.2003 T. ve 25311 sayılı RG’de yayımlanmıştır)<sup>9</sup>; Güvenlik ve Sağlık İşaretleri Yönetmeliği (23.12.2003 T. ve 25325 sayılı RG’de yayımlanmıştır); İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik (7.4.2004 T. ve 25426 sayılı RG’de yayımlanmıştır); İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (16.12.2003 T. ve 25318 sayılı RG’de yayımlanmıştır)<sup>10</sup>; İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (20.1.2004 T. ve 25352 sayılı RG’de yayımlanmıştır)<sup>11</sup>.

Bu çerçevede belirtmelidir ki, uluslararası alanda iş sağlığı ve güvenliği uzun yıllardır hukuki düzenlemelerde yer almaktadır<sup>12</sup>. Ülkemizde ise iş sağlığı ve güvenliği gerek hukuki düzenlemeler yönünden gerekse de uygulamaya dönük önlemler

açısından son yıllarda önem kazanmıştır. Nitekim, ülkemizde son yıllarda yürürlüğe giren hukuki düzenlemeler de bunun bir göstergesidir.

Öte yandan iş sağlığı ve güvenliği bakımından ülkemizin sicilinin pek düzgün olduğunu söyleyemeyiz. Nitekim Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK)’nın 2005 yılı istatistiklerine göre ülkemizde 2005 yılında 73.923 iş kazası olmuş, 519 meslek hastalığına rastlanmıştır. Bunların 1.096’sı ölümle sonuçlanmıştır. 2005 yılında iş kazası meslek hastalıkları sonucu kaybedilen işgünü sayısı ise 1.797.917’dir<sup>13</sup>. Bu rakamlar dikkate alındığında (özellikle iş kazası ve meslek hastalığı sonucu 1.096 ölüm ve 1.797.917 işgünü kaybı) iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili alınacak önlemlerin ne derece acil ve önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. O halde yukarıdaki istatistiki bilgilerin de ışığı altında belirtmeliyiz ki, ülkemizde 4857 sayılı Yasa’daki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerle yetinmeyip, bu yasanın bu hükümlerine bile karşı çıkan zihniyete karşın, bağımsız bir yasa çıkarılması yönünde adımlar atılması olumlu karşılanmalıdır. Öte yandan, ülkemizde de iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel bir yasa çıkarılmasının daha uygun olacağı görüşü öğretilmiş hep savunulmuştur<sup>14</sup>.

## II. Taslağın İncelenmesi

### A. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sağlığı ve güvenliği alanında 4857 sayılı İş Yasası’nın çıkarılmasını öngördüğü yönetmeliklerden bazılarının yürürlüğü yargı kararı ile durdurulmuş bazıları da iptal edilmiştir. Bu yöndeki gelişmelerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda bağımsız bir yasanın oluşturulması çalışmalarını hızlandırdığı şüphesizdir. Bu bağlamda 21.12.2006 tarihli Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi olağan toplantısında “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı” sosyal tarafların görüşlerine sunulmuştur. İşte bu makalede taslağın yalnızca iş güvenliği uzmanlığına ilişkin hükümleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

### B. Kapsam Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Tasarı taslağı endüstriyel, tarımsal, ticari, idari, eğitsel, kültürel ve benzeri faaliyetlerin yapıldığı resmi ve özel sektöre ait bütün işyerleri ve işleri fa-

aliyet konularına bakılmaksızın kapsamına almaktadır (Md. 2). Bu son derece olumlu ve çağdaş bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Çünkü 4857 sayılı İş Yasası, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu oluşturma ve iş sağlığı ve güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman çalıştırma yükümlülüğünü yalnızca sanayiden sayılan işler<sup>15</sup> bakımından öngörmektedir. Ayrıca 4857 sayılı Yasa'nın 80 ve 82. maddelerine göre bu yükümlülüklerin söz konusu olabilmesi için yalnızca işyerinin sanayiden sayılan bir işyeri olması yeterli olmayıp, ayrıca işyerinde en az 50 işçi çalıştırılıyor ve 6 aydan fazla sürekli işler yapılıyor olmalıdır.

Taslak bu haliyle yalnızca 4857 sayılı İş Yasası'nın kapsamındaki işyerlerini değil, Deniz İş Yasası ve Basın İş Yasası kapsamındaki işyerlerini de kapsamaktadır. Böylece Deniz İş Yasası ve Basın İş Yasası'na tabi işyerleri ilk kez iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile tanışacaktır. Hatta kamu kuruluşlarında çalışan kişiler de taslağın kapsamına girmektedir<sup>16</sup>. Böylece işin sanayiden sayılıyor olması ve 50 işçi çalışması koşulu kaldırılmak ve tüm resmi ve özel sektöre ait işyerleri kapsama alınmakla yukarıda değindiğimiz 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile 164 sayılı Tavsiye Kararı'na ve Roma Anlaşması md. 118a ve 89/391 Sayılı Çerçeve Yönerge'ye uyum sağlanmaktadır.

Ancak taslak kapsam bağlamında kamusal faaliyetler yönünden bazı istisnalar içermektedir. Şöyle ki, taslağın 2. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Bu Kanun hükümleri; Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Kuvvetleri ve Sivil Savunma gibi kendine özgü karakteristiği olan kamu hizmetlerinin bu kanun hükümleri ile çelişen özel faaliyetlerinde uygulanmaz. Ancak, bu tür hallerde de çalışanların sağlık ve güvenliği, bu Kanunun amaçları doğrultusunda dikkate alınır." Bu hüküm de olumlu bir yaklaşımı içinde barındırmaktadır. Nitekim bu hüküm incelendiğinde, Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Kuvvetleri ve Sivil Savunma hizmetlerinin mutlak bir şekilde yasanın kapsamı dışında bırakılmadığı, bu hizmetlerin kural olarak yasanın kapsamında olduğu ancak istisnai olarak bu hizmetlerin yasa ile çelişen faaliyetlerinin kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir. Ancak yasanın kapsamı dışında kalan "özel" faaliyetlerde de çalışanların sağlık ve güvenliklerinin dikkate alınması yasa ile hükme bağlanmıştır. Yani, yasa kapsamı dışında kalan bu faali-

yetlerde de çalışanların sağlık ve güvenliklerinin mümkün olan derecede dikkate alınmasını öngörmektedir. Bu bağlamda da belirtilmelidir ki, taslak bu yönüyle de 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge'ye uyum sağlamaktadır. Nitekim Çerçeve Yönerge'nin "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir: "1. Bu direktif hem kamu hem de özel sektördeki tüm faaliyet alanlarına uygulanacaktır (sanayi, tarım, ticaret, idare, hizmet, eğitim, kültür vb.).

2. Bazı kamu hizmetlerine örneğin, silahlı kuvvetler veya polis ya da sivil savunmaya ilişkin özel faaliyetlerde bu yönerge uygulanmayacaktır.

Bu durumlarda işçilerin sağlık ve güvenlikleri bu direktifin amaçları açısından mümkün olduğunca gözetilmelidir.<sup>17</sup>"

Ayrıca belirtmeliyiz ki; taslakta yapılan bu düzenleme ile birlikte ülkemiz mevzuatında, Avrupa müktesebatı bakımından da tartışma giderilmiş olmaktadır. Şöyle ki, Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2005 yılı İlerleme Raporu'nun "Sosyal Politika ve İstihdama İlişkin 19. Faslı"na göre, "İş sağlığı ve iş güvenliği alanında Türkiye müktesebata iyi derecede uyum sağlamış ve mevcut mevzuatın uygulamasına yönelik çabalar güçlendirilmiştir. (...) Ayrıca Türk mevzuatının kapsamı, kamu sektörünü kapsayacak şekilde genişletilmiştir."<sup>18</sup>

Öte yandan taslağın "Yürürlükten kaldırılan hükümler" kenar başlıklı 50. maddesi ile 4857 sayılı İş Yasası'nın iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin md. 77-89 arası hükümleri (işyerinde içki veya uyuşturucu madde kullanımını yasaklayan 84. maddesi hariç) yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir. Yürürlükten kaldırılması öngörülen md. 77'nin son fıkrası şöyledir; "Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerlerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır." Taslağın aynen yasalaşması halinde 4857 sayılı Yasa'nın yürürlükten kaldırılacak olan bu fıkrasını karşılayan bir düzenleme taslakta bulunmamaktadır. Böylece taslak bu yönden bir eksiklik içermekte, çırak ve stajyerler açısından 4857 sayılı Yasa'nın getirdiği bir kazanımı ortadan kaldırmaktadır.

### C. Tanımlar Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Yukarıda da değindiğimiz üzere taslağın 3.

maddesinde “çalışan” ifadesi tanımlanırken kamu kurumlarında çalışan kişiler de tanıma dâhil edilmiştir. Tanımın bu şekilde yapılması olumlu bir gelişmedir. Ayrıca taslak “İş ilişkisi”ni “Atanma işlemi veya bir sözleşme ile kurulan ilişki” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdaki “atanma işlemi” ifadesi ile de kamusal faaliyetlerde atama yoluyla göreve gelen memurların da kastedildiği açıktır.

Taslağın “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesinde “İş Güvenliği Uzmanı” da tanımlanmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi “İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in birçok hükmü Danıştay kararı ile iptal edilmiştir. Kararda yer alan temel iptal nedeni, yönetmelik ile yasada öngörülme-yen bir şekilde yeni bir hukuki statü yaratılarak, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elamanların “iş güvenliği uzmanı” adı altında bir üst terimde birleştirilmesidir. Bu açıdan bakıldığında taslak Danıştay 10. Dairesi’nin daha önce değindiğimiz

Yine Avrupa Topluluğu’nu kuran Roma Anlaşması’nın md. 118a hükmüne göre çıkarılması öngörülen, İş Sağlığı ve İş Güvenliğine ilişkin 01.01.1993’ten itibaren yürürlükte olan 89/391 sayılı, Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Önlemler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge’de de doğrudan ne “İş Güvenliği Uzmanı” ne de “İş Güvenliği Mühendisi” tanımı yapılmamıştır<sup>21</sup>. Çerçeve Yönerge’nin bu tanımlarla bağlantılı olan hükmü 7. maddesidir. Bu maddede ise işverene iş güvenliği önlemlerini almakla görevli uzmanı işletmesinde işçi statüsünde çalıştırmak olanağı yanında işletme dışında kimse veya bu faaliyetleri yürüten servislerden yardım almak olanağı da tanınmıştır. Ancak işveren işçi statüsünde çalışan kimseye, faaliyeti ile ilgili olarak gerekli zamanı tahsis etmeli ve bu faaliyetlerinden ötürü onları herhangi bir şekilde mağdur etmemelidir. Ayrıca gerek işletme içindeki gerekse de dışarıdan yardımı sağlanan kimseler bu konuda ehliyetli olmalıdır.

## Taslakla iş güvenliği uzmanının yeniden tanımlanması ile Danıştay’ın iptal kararının gerekçesi büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır.

iptal kararı ile oluşan hukuki boşluğu doldurmaktadır. Belirtelim ki, taslakta yer alan “iş güvenliği uzmanı” tanımı yönetmelikte yer alan ve iptal edilen tanım ile aynıdır. Tek fark taslakta “belgelendirilmiş”, yönetmelikte ise “sertifikalandırılmış” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Böylece taslak ile iş güvenliği uzmanının yeniden tanımlanması ile Danıştay’ın iptal kararının gerekçesi büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır.

Belirtilmelidir ki, “İş Güvenliği Uzmanlığı” tanımını yapmak zordur. Uluslararası hukukta da iş güvenliği uzmanı tanımı doğrudan yapılmamıştır. Nitekim ne 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nde ne de 164 sayılı ILO Tavsiye Kararı’nda iş güvenliği uzmanı kavramının neyi ifade edeceği, içeriğinin nasıl olacağı düzenlenmemiştir<sup>19</sup>. Öte yandan aynı ILO düzenlemelerinde doğrudan “İş Güvenliği Mühendisliği” hakkında da tanım verilmemiştir. Ancak özellikle 164 sayılı Tavsiye Kararı’nın 13. maddesinde (b fıkrasında) “iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili belirli problemleri danışmak amacıyla uzmanlara başvurması” denilerek genel ifade kullanılmıştır<sup>20</sup>.

Ülkeler boyutunda, “İş Güvenliği Uzmanı” tanımı irdelenecek olursa bu konuda en aydınlatıcı bilgiyi Almanya’daki düzenlemelerinden alabiliriz. Çünkü bu ülkede işletmelerde çağdaş anlamda iş kurma ve iş güvenliğini sağlamayı amaçlayan ve bu bağlamda iş yerinde işçi sağlığı, iş güvenliği organizasyonuna yer veren, bunu sağlayan yasa 12.12.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İş Güvenliği Yasası (Arbeitssicherheitsgesetz=ASiG) bağlamında “İş Güvenliği uzmanı” bir üst terimdir<sup>22</sup>. Bu terim iş güvenliği mühendisi, güvenlik teknisyeni ve iş güvenlik ustasını içermektedir. Diğer bir deyişle iş güvenliği mühendisi, iş güvenlik teknisyeni ve iş güvenlik ustası, iş güvenliği tekniği alanında, farklı yetkinlik derecesine sahip yetişmiş uzmanlardır. Ancak salt “İş Güvenliği Uzmanı” terimi için ASiG’de tanım bulunmamaktadır. Buna karşın ASiG md. 7’de “iş güvenliği mühendisi” olarak yalnızca “Mühendis” unvanını taşıma hakkı bulunan ve kendisine verilen iş güvenliğine ilişkin görevleri yerine getirebilmesi için gerekli “uzmanlık belgesi”ne sahip olan kişinin görevlendirilebileceği

söylenmekte ve böylece de iş güvenliği mühendisi terimi somutlaşmaktadır<sup>23</sup>. Yine iş güvenlik teknisyenleri ile iş güvenliği ustaları da ASİG md. 7 fıkra 1 cümle 3 gereğince iş güvenliği tekniğine ilişkin belirli kimi uzmanlık bilgilerine sahip olmalıdır. Bu bilgiler ise kural olarak iş güvenliği tekniği uzmanlık kursuna devam edip, kursu başarıyla tamamlayarak ve bunu belgeleyen bir belgeye sahip olarak edinilir. Almanya'da işverenin, iş güvenliği mühendisi, iş güvenliği teknisyeni ile iş güvenliği ustasından yani bu üç yetkinlik kademesinden hangisini iş güvenliği uzmanı olarak işletmesinde görevlendireceği ise işletmenin somut koşullarına ve personel olanaklarına göre değişmektedir. Farklı yetkinlik kademelerinde bulunan güvenlik uzmanlarının bir işletmede bir arada çalıştırılmaları mümkündür. Ancak "iş güvenliği uzmanları" kenar başlıklı "İş Kazalarını Önleme Yönetmeliği"nin 2. maddesi 2. fıkrasının 2. cümlesi bu duruma bir istisna öngörmektedir. Şöyle ki; ilgili hükme göre, işletme içindeki faaliyetler iş güvenliği bakımından mühendislik eğitimi gerektiren birinin görevlendirilmesini gerektirmesi durumunda, mesleki birlikler, gözetim dairesinin de onayını alarak bu tür işletmelerde iş güvenliği mühendisinin görevlendirilmesini talep etme hakkına sahiptir<sup>24</sup>.

Öte yandan Avrupa Topluluğu üyesi Avusturya'da da iş güvenliği konusunda çıkarılan ve temel yasa niteliğinde olan "İşte Güvenlik ve Sağlığın Korunması" (Bundesgesetz Über Sicherheit und Gesundheitschutz bei der Arbeit=AschG) yasasında da, "İş Güvenliği Uzmanı" terimi için bağımsız bir tanım yapılmamıştır<sup>25</sup>. Yasada ayrıca örneğin, Almanya'da olduğu gibi "iş güvenliği uzmanı" terimi bir üst terim olarak da kullanılmamıştır. Diğer bir deyişle 1995 tarihli Avusturya İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı Yasası'nda "İş Güvenliği Uzmanı" teriminin "İş Güvenliği Mühendisi", "İş Güvenliği Teknisyeni", "İş Güvenliği Ustası"ni içeren tarzda olduğunu ifade eden hiçbir hükme yer verilmemiştir<sup>26</sup>. Buna karşın AschG md. 74'de İş Güvenliği Uzmanlığı (Sicherheitsfachkräfte) için uzmanın, gerekli uzmanlık bilgilerini, İş ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca tanınmış, uzmanlık eğitiminin başarılı şekilde bitirildiğine ilişkin bir belge (diploma) ile kanıtlanması gerekmektedir.

Oysa İsviçre'de 19 Kasım 1983 tarihli ve 24 Ara-

lık 2002'de güncelleştirilmiş, "İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarını Önleme Tüzüğü"nde (Verrordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten=VUV) İş Güvenliği Uzmanı'nın tanımı yapılmıştır<sup>27</sup>. Gerçekten de, İş Kazalarının ve Meslek Hastalıklarının Önlenmesi Tüzüğü'nün 11d 23 maddesi f.1'e göre; "25 Kasım 1996 tarihli İş Güvenliği Uzmanlarının Yeterlilikleri Hakkındaki Tüzük kistaslarını yerine getiren işletme hekimleri, iş hijyenistleri, güvenlik mühendisleri ve iş güvenliği teknik elemanları İş Güvenliği Uzmanı olarak nitelendirilirler". Görülüyor ki Almanya'da olduğu gibi bu ülkede de İş Güvenliği Uzmanlığı terimi bir üst terimdir. Yani bu terim işletme hekimi, iş hijyenistlerini, güvenlik mühendisleri ile iş güvenliği teknik elemanlarını içermektedir.

Bir başka Avrupa ülkesi Yunanistan ise, 1985 tarihli "Çalışanların Sağlık ve Güvenliği" başlığını taşıyan 1568 sayılı Yasası'nda; iş güvenliği uzmanlığının doğrudan tanımını vermemiş, ancak 5. maddesindeki düzenleme ile kimlerin iş güvenliği uzmanı olabileceğini belirlemiştir<sup>28</sup>. 5. maddeye göre;

"1. İş güvenliği teknik elemanının işyerinin türüne ve çalışan sayısına göre aşağıdaki özelliklere sahip olması gerekir:

a) Yunanistan'da Teknik Üniversite, Teknik Yüksek Okul veya denkliği kabul edilen yurtdışı teknik üniversite, teknik yüksek okul diplomasına ve Mühendisler Odası'nca verilen çalışabilme belgesine sahip mühendisler,

b) Teknik lise diplomasına sahip olanlar,

2. a bendinde belirtilenler için ayrıca en az iki, b bendinde belirtilenler için ise ayrıca en az 8 yıl deneyim sahibi olanlar", Yunan mevzuatı bağlamında işyerlerinde "İş Güvenliği Teknik Elemanı" olarak görevlendirilebilirler. Görülüyor ki bu Yasa uyarınca, İş Güvenliği Teknik Elemanlığı kavramı, "İş Güvenliği Mühendisi" ve "İş Güvenliği Teknisyeni"ni kapsamakta olup işveren işyerinin türü ve işyerinde çalışan işçi sayısına göre bunlardan birini işyerinde bulundurmak zorundadır.

Yukarıda anlatılanların ışığı altında diyebiliriz ki; gerek uluslararası anlaşmalarda gerekse İsviçre dışında uluslararası ülke mevzuatlarında "İş Güvenliği Uzmanlığı" tanımlanmamıştır. Ancak, iş güvenliği uzmanlığı terimi, uluslararası hukukta iş güvenliği mühendisi veya iş güvenliği ustası, iş güvenliği teknik elemanını kapsayacak tarzda bir üst

terim olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda bakıldığında iş güvenliği uzmanlığı, iş güvenliği mühendisi, teknik elemanı hukuki statülerinden ayrı bir hukuki statü olarak düşünülmecektir.

Öte yandan taslak ile “iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi”nin tanımı yapılmakta ve bu kurum da yer verilmekle olumlu bir düzenlemeye gidilmektedir. Bu temsilci işyerinde sağlık ve güvenlik konularında çalışanları temsil etmeye yetkili kişidir.

“İşveren vekili”, “İşyeri” ve “Kendi adına çalışan” tanımları incelendiğinde soyut kaldıkları gözlenmektedir.

#### D. Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Oluşturulması Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Taslak ile “iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak; ihtiyaç, öncelik, politika ve stratejiler için öneriler geliştirmek, tavsiyelerde bulunmak üzere Bakanlık, sosyal taraflar, ilgili kamu kurumları, üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, ilgili diğer kurum ve kuruluş temsilcilerini bir araya getirmek üzere “Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi” kurulması hükme bağlanmaktadır. Taslağa göre konseyin toplam üye sayısı 30’u geçemez. Taslak ayrıca konseyin oluşumu, toplanma ve çalışma şekli, çalışma usul ve esasları konusunda Bakanlıkça bir yönetmelik hazırlanmasını da belirtmektedir. Böyle bir konseyin oluşturulması kurum ve kuruluşlar arasında uyumun sağlanması açısından yerinde olmakla birlikte konseyin üye sayısının muğlak bir şekilde “30’u geçemez” şeklinde öngörülmesi sakinçlidir. Belirtilmelidir ki, böyle bir düzenleme konseyin üye sayısının 2 olmasına da 30 olmasına da olanak tanımaktadır. Oysa üye sayısının biraz daha somut olarak belirlenmesi gereklidir. Ayrıca belirtilmelidir ki, konseyin üye sayısı arttıkça işlevselliği de azalacaktır. Bu açıdan konseyin üye sayısını 30’a vardırabilecek nitelikte bir düzenlemenin yerinde olup olmadığı da sorgulanabilir.

#### E. İşverenlerin Yükümlülükleri Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Taslağın 6. maddesinde, işverenin işle ilgili her konuda çalışanların sağlık ve güvenliklerini koru-

#### İş güvenliği uzmanlığı terimi, uluslararası hukukta iş güvenliği mühendisi veya iş güvenliği ustası, iş güvenliği teknik elemanını kapsayacak tarzda bir üst terim olarak kullanılmıştır.

makla yükümlü olduğu ve işverenin işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan hizmet almasının bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir.

Taslağın 11. maddesine göre, “Bu bölümde belirtilen yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla işveren, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere, işyerinin büyüklüğünü, işin niteliğini tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısını dikkate alarak, işyerinden, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru ile ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarından, Bakanlık tarafından belgelendirilmiş bir veya birden fazla kişiyi görevlendirir.

İşyerinde bu görevleri yürütebilecek birinci fıkrada belirtilen nitelikte personel bulunmaması halinde bu hizmet, dışarıdan aynı nitelikteki Bakanlık tarafından belgelendirilmiş olan uzman kişi veya kuruluşlardan alınır.”

Belirtilmelidir ki, taslak iş sağlığı ve güvenliği alanında görevli uzman, işyeri hekimi, işyeri hemşiresi ve sağlık memurunun mutlaka iş sözleşmesi işyerinde istihdam edilmesi zorunluluğunu öngörmemiş bu hizmetlerin dışarıdaki kişi ya da kurumlardan da alınması olanağını tanımıştır. Bu yönüyle taslak gerek 164 sayılı Tavsiye Kararı ile gerekse de 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge ve Avrupalı bir çok üye ülkelerin ulusal mevzuatları ile uyum sağlamaktadır.

Nitekim Almanya, Avusturya, İsviçre ve Yunanistan’da da iş sağlığı ve güvenliği ile görevli kişilerin mutlaka işyerinde iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi zorunlu olmayıp, işverenin dışarıdaki kişi ya da kurumların hizmetlerinden yararlanması da mümkündür.

Almanya’da ASİG ve bu yasanın uygulama alanını göstermek üzere yürürlüğe sokulan iş kazası önleme yönetmeliklerine göre iş güvenliği uzman-

larının işletmelerde görevlendirilmeleri üç farklı yolla yapılmaktadır. İşveren bu üç görevlendirme biçimi arasında seçim yapabilir. Demek oluyor ki, Alman İş Güvenliği Mevzuatı'na göre iş güvenliği uzmanlarının görevlendirilmesi için tek bir sözleşme biçimi öngörülmemiştir. Bu bağlamda işverene üç olanak tanınmıştır. Bu olanaklar şunlardır<sup>29</sup>:

**1.** İşveren iş güvenliği uzmanını işçi olarak işletmede işe yerleştirir.

**2.** İşveren serbest çalışan (freiberuflich) bir iş güvenliği uzmanı ile sözleşme bağlar. Bağtlanan bu sözleşme ile uzman işverenin işletmesine yönelik mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri yüklenir. Burada bağtlanan sözleşme hizmet sözleşmesidir (Dienstvertrag) veya istisna sözleşmesidir (Werkvertrag).

**3.** İşveren, işletmesindeki iş güvenliği ile ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işletmeler üstü bir iş güvenliği hizmet birimi ile bir danışmanlık sözleşmesi (Betreuungsvertrag) bağlar. Bu sözleşme ile bu hizmet birimi, çalıştırma süresi

venliğinde İşletme Hekimleri ve İş Güvenliği Mühendisleri ile Teknik Elemanlarından Yararlanma Yönergesi" bağlamında bu ülkede iş güvenliği uzmanlarının görevlendirilmesi için işverene iki yol tanınmıştır:

**1.** İş güvenliği uzmanı bizzat işletmede çalışan kişidir (Angestellte)

**2.** İşveren işletme dışından serbest çalışan bir uzmanla sözleşme bağlar. Buradaki hukuki ilişki vekalet ilişkisidir. (auftragverhältnis). Sözleşme de vekalet sözleşmesidir (auftragvertrag).

Ayrıca taslak iş sağlığı ve güvenliği ile görevli kişilerin "mutlaka" bulundurulması zorunluluğunu işverenlere yüklememektedir. Buna göre işveren yukarıda yazılı ölçütleri dikkate alarak gerekli ise uzman, işyeri hekimi, işyeri hemşiresi ve sağlık memurundan yararlanacaktır. Almanya'da da işveren iş güvenliği uzmanının gerekli olup olmadığına ve ne zaman gerekli olduğuna, yasada öngörülen bazı ölçütleri dikkate alarak karar vermektedir<sup>32</sup>. Avusturya ve Yunanistan'da ise işverenin

## Taslak iş sağlığı ve güvenliği ile görevli kişilerin "mutlaka" bulundurulması zorunluluğunu işverenlere yüklememektedir.

içinde kendi uzmanlarını işletmede görevlendirmek suretiyle işletmenin güvenlik tekniğine ilişkin danışmanlık görevini yüklenir (LAG Köln vom 25.6.1999 ARBlattei ES Nr.09).

Yine Avusturya'da İşte Güvenlik ve Sağlığın Korunması Hakkındaki Federal Yasa'nın 73. maddesine göre, işveren işletmesinde iş güvenliği uzmanı görevlendirmek zorundadır<sup>30</sup>.

Bu Yasaya göre işletmelerde, iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi için, işverene 3 seçenek sunulmuştur<sup>31</sup>.

**1.** İşveren iş sözleşmesi çerçevesinde iş güvenliği uzmanı istihdam eder (Betriebseigene Sicherheitsfachkräfte)

**2.** Veya işveren işletmesi dışında serbest çalışan bir iş güvenliği uzmanı ile yaptığı sözleşme ile onu işletmesinde iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirir.

**3.** Ya da işveren işletmesinde iş güvenliğini bir "Güvenlik Tekniği Merkezi" (Sicherheitstechnikzentrum) yoluyla gördürür.

İsviçre'de ise 1996 tarihli ve 6508 sayılı "İş Gü-

(takdir yetkisi olmaksızın) iş güvenliği ile görevli eleman buldurma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>33</sup>.

Öte yandan taslağın 11. maddesinin 5. fıkrasına göre iş güvenliği uzmanlığının; "İşyerinin büyüklüğü, işin niteliği, tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısı dikkate alınarak, birinci fıkrada belirtilen hususların yerine getirilmesi sorumluluğunu, bakanlık tarafından verilen belgeyi almış olması halinde, işveren kendisi üstlenebilir." Bu hüküm temelde olumlu olmakla birlikte somut bir sınırlamayı öngörmediğinden işverenlerce "maliyet ve istihdamı" azaltmak amacıyla kötüye kullanılabilir niteliktedir. Nitekim Avusturya'da 25'den az işçinin istihdam edildiği işyerlerinde işveren (yasanın öngördüğü şekilde eğitim almış ise) iş güvenliği uzmanının bazı görevlerini bizzat yerine getirebilmektedir. Hatta işveren gerekli eğitimi almış ve o işletmedeki faaliyetin türü ve işletmedeki iş güvenliği riski olanak veriyor ise işveren bizzat kendisi iş güvenliği uzmanının tüm görevlerini ifa edebilmektedir<sup>34</sup>.

Yine Almanya'da da işletmelerin işletme konuları farklılıkları bir kenara bırakılırsa, küçük işletmelerin iş güvenliği uzmanı görevlendirmesinden muaf tutulmasının koşullarını şöyle sıralayabiliriz<sup>35</sup>:

a) İşletmenin istihdam ettiği işçi sayısı belirli bir sayının altında olacaktır. Örneğin işletme konularına göre bu rakam 30 ya da 49'dur.

b) Bu küçük işletmelerin işverenleri, İş Kazası Kurumu'nca belirlenmiş iş kazası ve iş güvenliği konusundaki temel seminerlere, geliştirilmiş seminerlere ya da bu alandaki gerekli eğitim etkinliklerine belirli aralıklarla katılmak zorundadırlar.

c) Ayrıca işveren iş güvenliği konusunda gereksinimini karşılayacak ölçüde danışmanlık hizmeti aldığını kanıtlamak zorundadır.

İncelediğimiz taslakta da bu yönde somut ölçütlere (örneğin çalışan işçi sayısı) gereksinim bulunmaktadır.

## F. İşçilerin Çalışmaktan Kaçınma Hakları Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Yukarıda da değinildiği gibi, 4857 sayılı İş Yasası'nın 83. maddesinde, iş sağlığı ve güvenliği yönünden işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürecek yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı halinde işçinin, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması ve kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilme hakkı bulunmaktadır. Nitekim, 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge'nin 8. maddesine göre de, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi, doğrudan, kaçınılmayan bir tehlike söz konusu ise işçilerin çalışmaktan kaçınabilecekleri belirtilmektedir<sup>36</sup>. Bu bakımdan böylesine önemli bir hakkın ve 4857 sayılı İş Yasası ile işçilere tanınan kazanımın taslak ile ortadan kaldırılması, üstelik bunun Avrupa Topluluğu normlarına müktesebat bağlamında aykırı düşecek tarzda yapılmasını uygun görmemiz mümkün değildir.

## G. İş Sağlığı ve Güvenliği ile Görevli Uzmanların Eğitimi Yönünden Taslağın Değerlendirilmesi

Taslağın 11. maddesinin 6. fıkrasında "işyerinden görevlendirilen veya işyeri dışından hizmet

alınan kişilerde ve/veya kuruluşlarda aranacak nitelikler, bu kişi ve/veya kuruluşların çalışma şartları ve görevlerini nasıl yürütecekleri ile bu kişilerin eğitimleri, eğitimi verecek kurum ve/veya kuruluşların nitelikleri"nin Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

İş sağlığı ile görevli mühendis veya teknik elemanların eğitimini düzenleyen yönetmelik yukarıda da değinildiği gibi Danıştay'ca (kısmen) iptal edilmiştir. İptal edilen yönetmeliğin 9. maddesine göre eğitim İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitim Komisyonu tarafından koordine edilmekteydi. Bu hüküm Danıştay'ca "4857 sayılı Kanununun 82. maddesinde, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanların eğitiminin, bizzat Bakanlık ya da Bakanlığa bağlı kuruluşlar tarafından verilebileceği şeklinde münhasır bir yetki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmediğine göre; iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanları eğitime ve sertifikalandırma yetkisinin; dava konusu Yönetmelikle, uzmanlık eğitimi veren kurum ve kuruluşlar (üniversiteler) devre dışı bırakılmak suretiyle, bu konuda örgütsel ve bilimsel donanımı olmadığı anlaşılan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi'ne ve İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitim Komisyonuna verilmesi şeklindeki düzenlemede hizmet gereklerine uyarlık görülmemektedir. İş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlara verilecek bir eğitimin ancak üniversitelerde verilmesi olanaklı olduğundan İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin sertifika verilmesi ve sertifika sınıflarını düzenleyen 8. maddesi ile eğitim ve sınava ilişkin hususların düzenlendiği 9. maddesinde hukuka uyarlık görülmemiştir." şeklindeki gerekçe ile iptal edilmiştir. Bu açıdan taslak hükümlerine göre yürürlüğe konacak olan yönetmelikte Danıştay kararında yer alan bu gerekçenin dikkate alınması ve eğitimin üniversiteler ve Çalışma Bakanlığı arasında koordineli olarak verilmesine yönelik düzenlemelerin yapılmasının gerekli olduğu açıktır. Ayrıca eğitimin üniversiteler ve Çalışma Bakanlığı arasında koordineli olarak verilmesine yönelik düzenlemelerin taslakta açıkça yer almamasını da bir eksiklik olarak nitelendirebi-



liriz. Bu bağlamda iş güvenliği uzmanlığı sertifika eğitimi, teknik ağırlıklı fakülteleri olan üniversitelere bırakılmalı ancak eğitim programı birlikte yapılmalıdır. Üniversiteler bunun için yüksek lisans programı açabilmelidirler. Ayrıca, teknik elemanlar açısından da üniversitelerce sertifika programları açılması yönünde düzenlemelere gidilmelidir.

### III. Sonuç

İş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümlerin, çağdaş ülkelerde olduğu gibi tek bir yasada toplanması yukarıda da değindiğimiz gibi olumlu bir durumdur. Ayrıca belirtilmelidir ki, taslak ile iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının kapsama alanı da genişletilmektedir.

Ancak, taslakta işçilerin çalışmaktan kaçınma haklarına değinilmemiş olması ve çırak ve stajyerlerin tabi olacakları statünün de belirsizleştirilmesi tasarımın eleştirilecek yönlerindedir.

Ayrıca, Danıştay 10. Dairesi'nin iptal kararı kapsamında "iş güvenliği uzmanı" terimi tanımlanmış, böylece iptal kararının yarattığı eksikliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Danıştay'ın iptal kararında iş güvenliği uzmanlarının eğitimi yönünden üniversitelerin devre dışı bırakılmaması gereği vurgulanmış olmasına rağmen, taslakta iş güvenliği uzmanının atanması ve eğitim konusunun yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmaktadır. Bu husus da bir eksiklik yaratmaktadır.

### DİPNOTLAR

- \* Taslak metni tarafımızca incelenmesi için elden alınmamış olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'ne ait internet sitesinden edinilmiştir. Taslak metni için bkz. (<http://isggm.calisma.gov.tr/docs/isg-kanun-taslak-metin%20.pdf>) Erişim tarihi: 22.2.2007
- 1 Krş. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, 1. Bası-İstanbul 2006, s. 37 dv.
- 2 Krş. EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul-2005, s. 135.
- 3 EKMEKÇİ, s. 135.
- 4 Bkz. MUNYAR, Vahap "Sizin Şirkette Antrenör Var mı?", Hürriyet, 8.2.2007.
- 5 Bu sözleşme 7.1.2004 Tarih ve 5038 sayılı Yasa ile Türkiye tarafından da onaylanmıştır (Yasa 13.1.2004 tarih ve 25345 sayılı RG'de yayımlanmıştır). Ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 9 dv.
- 6 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 20 dv.
- 7 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 71 dv.
- 8 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 93 dv.

- 9 Bu yönetmelik Danıştay 10. Dairesi'nin 15.6.2006 T. ve 2006/3007 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, temyiz süreci devam etmektedir.
- 10 Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan işyeri hekimi tanımı ve 18, 19, 20, 25 ve 26. maddeleri Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/1253 Esas ve 2006/1658 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. 4. maddede yer alan işyeri hemşiresi tanımı ve 27, 28 ve 29. maddelerin yürürlüğü ise Danıştay 10. Dairesi'nin 2005/6257 E. sayılı kararı ile durdurulmasına karar verilmiştir.
- 11 Yönetmeliğin, 4. maddesindeki "iş güvenliği uzmanı" tanımı ve 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 ve 16. maddeleri Danıştay 10. Dairesi'nin 28.3.2006 T. ve 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu iptal kararı ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin İptaline İlişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/6075 E., 2006/2159 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, LEGAL Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006/2, s. 207 dv.
- 12 İş güvenliği uzmanlığı yönünden ILO (International Labor Organization) normlarında gerçekleşen gelişmeler için bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 9-14. Avrupa Topluluğu normlarındaki gelişmeler için ise bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 17-31.
- 13 İstatistik bilgileri için bkz. (<http://isggm.calisma.gov.tr/haberler/sskistatistik2005.asp>) Erişim tarihi 22.2.2007
- 14 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 4 dv.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası-İstanbul 2005, s. 665-666; SÜZEK, Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara-2000, s. 306-308; SERATLI, Gaye Burcu, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, AÜHFD, 2004, S. 2, s. 199.
- 15 Hangi işlerin "sanayiden" sayılacağı "Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik"e ekli listenin (A) bölümünde belirlenmiştir (Yönetmelik 28.2.2004 tarih ve 25387 Sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- 16 Nitekim Taslağın 3. maddesinde bu kanun kapsamında "çalışan" ifadesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Kendi özel Kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın bu Kanun kapsamındaki kamu veya özel işyerlerinde, herhangi bir iş ilişkisine bağlı gerçek kişi".
- 17 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 22.
- 18 Bkz. Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2005 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 9 Kasım 2005 SEC (2005) 1426, COM(2005)561 Nihai "Sosyal Politika ve İstihdam"a İlişkin 19. Fasal [Orijinal metin için bkz. <http://euro.eu.int/comm/enlargement/report2005/pdf> (Erişim Tarihi: 2.6.2006)]. Raporun Türkçe metni için bkz. <http://abmankara.org.tr/guncel/2005ilerlemerapTR.pdf> (Erişim tarihi: 2.6.2006).
- 19 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 11 dv.
- 20 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 13.
- 21 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 25; BEIGEL Anton, Arbeitssicherheitsrecht in Deutschland und Frankreich Harmonisierung des Arbeitssicherheitsrechts im Rahmen der Europaischen Union Diss. (Doktora Tezi) Frankfurt/Berlin/Bern/Newyork/Paris/Wien 1995, s. 248; WANK R./BÖRGMAN U. Deutsches und Europäisches Arbeitsschutzrecht, München 1992, s. 90 dv.

- 22 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 41; RICHARDI R./WLOTZKE O. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Individualarbeitsrecht II, 2. Auflage (2. Bası) München 2000, s. 1996; AUFHAUSER Rudolf/ BRUNHÖBER Hannelore/JGL Peter, Arbeitssicherheitsgesetz Kommentar Baden Baden 1992, s. 33.
- 23 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 41; KOLLMAR N. Arbeitssicherheit II Fachkraft für Arbeitssicherheit AR-Blattei Sd München/BONN 2002, s. 7.
- 24 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 43; RICHARDI R./WLOTZKE O. s. 1996.
- 25 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 71; SCHWARZ W./LÖSCHNIGG G., Arbeitsrecht, Gesetz und Kommantere 9. Auf. Wien 2001 s. 986 dv; SPIELHÜCHLER K./GRILLBERGER K. Arbeitsrecht Banol 1 Wien 1998 s. 450 dv; JAHORNEGG P./RESCH R./STRASSER R., Arbeitsrecht, Wien 2003 s. 164 dv.
- 26 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 71-72.
- 27 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 84-85 dv.
- 28 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 93-94.
- 29 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 46.
- 30 Krş. SCHWARZ W./LÖSCHNIGG G., a.g.e. s. 986; SPIELHÜCHLER K./GRILLBERGER K., a.g.e. s. 450.
- 31 Krş. SCHWARZ W./LÖSCHNIGG G., a.g.e. s. 986; SPIELHÜCHLER K./GRILLBERGER K., a.g.e. s. 450.
- 32 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 43 dv.
- 33 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 72 ve 94.
- 34 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 73.
- 35 Bkz. RICHARDI/WLOTZKE, s. 1994.
- 36 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 24.

- SCHWARZ W./LÖSCHNIGG G., Arbeitsrecht, Gesetz und Kommantere 9. Auf. Wien 2001.
- SERATLI, Gaye Burcu, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, AÜHFD, 2004, S. 2.
- SPIELHÜCHLER K./GRILLBERGER K., Arbeitsrecht Banol 1 Wien 1998.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası-İstanbul 2005.
- SÜZEK, Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara-2000.
- WANK R./BÖRGMAN U., Deutsches und Europäisches Arbeitsschutzrecht, München 1992.
- Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2005 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 9 Kasım 2005 SEC (2005) 1426, COM(2005)561 Nihai "Sosyal Politika ve İstihdam"a İlişkin 19. Fasal [Orijinal metin için bkz. <http://euro.eu.int/comm/enlargement/report2005/pdf> (Erişim Tarihi: 2.6.2006)]. Raporun Türkçe metni için bkz. <http://abmankara.org.tr/guncel/2005ilerlemerapTR.pdf> (Erişim tarihi: 2.6.2006).

## KAYNAKÇA

- AUFHAUSER Rudolf/ BRUNHÖBER Hannelore/JGL Peter, Arbeitssicherheitsgesetz Kommentar Baden Baden 1992.
- BEIGEL Anton, Arbeitssicherheitsrecht in Deutschland und Frankreich Harmonisierung des Arbeitssicherheitsrechts im Rahmen der Europäischen Union Diss. (Doktora Tezi) Frankfurt/Berlin/Bern/Newyork/Paris/Wien 1995.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, 1. Bası-İstanbul 2006.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin İptaline İlişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/6075 E., 2006/2159 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, LEGAL Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006/2.
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul-2005.
- JAHORNEGG P./RESCH R./STRASSER R., Arbeitsrecht, Wien 2003.
- KOLLMAR N., Arbeitssicherheit II Fachkraft für Arbeitssicherheit AR-Blattei Sd München/BONN 2002.
- MUNYAR, Vahap "Sizin Şirkette Antrenör Var mı?", Hürriyet, 8.2.2007.
- RICHARDI R./WLOTZKE O. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Individualarbeitsrecht II, 2. Auflage (2. Bası) München 2000.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi

## 1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, Bakanlığın düşünmeksizin hazırladığı yönetmelikler ve bunlara ilişkin Danıştayın iptal veya yürütmeyi durdurma kararları, bugün için iş sağlığı ve güvenliği alanının büyük bir karmaşaya sürüklenmesine yol açmıştır<sup>1</sup>. Bu aksaklıklar şimdiye değin tüm hukukçular tarafından dile getirilmiştir.

Ne var ki; yapılanlardan ders alınacağına bu kez de yine bir garabet örneği olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanarak sosyal tarafların görüşlerine sunulmuştur. Taslağın, en hafif eleştiriyle Türkçesi bozuktur ve hiçbir somut hüküm içermemektedir. Her haliyle aceleyle ve düşünülmemeksizin hazırlandığı açıktır. Doğrusu bu taslağı hazırlayanların kimler olduğu merak konusudur. Bu konudaki ciddiyetsizlik ve yetersizlik söz konusu Taslakla bir kez daha ortaya konulmuştur.

Öte yandan Taslak adeta bir kanunun görevinin yönetmeliklere devri niteliğindedir. Taslağı hazırlayanlar, kanunun genel hükümleri içermesi, yönetmeliklerde ise daha somut hükümlere yer verilmesini herhalde yanlış anlamışlardır. Böylelikle Taslakta hiçbir somut hükme yer verilmemiş, tüm konular yönetmeliklere bırakılmıştır.

Örneğin; iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesi kapsamında işyerinde bulundurulacak kişilere Taslağın m.11/1. fıkrasında yer verilmiştir. Ancak burada söz konusu kişilerin hangi işyerlerinde bulundurulacağı belirtilmemeksizin "İşveren, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere, işyerinin büyüklüğünü, işin niteliğini, tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısını dikkate alarak, işyerinden, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru ile ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarından, Bakanlık tarafından belgelendirilmiş bir veya birden fazla kişiyi görevlendirir..." hükmüne yer verilmiş, bu konudaki tüm düzenlemeler yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu gibi düzenlemeler Bakanlığa, her işyerinde ve istediği sayıda işyeri hekimi, işyeri hemşiresi ve iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümlülüğü getiren bir yönetmelik çıkarma yetkisi tanımaktadır. Konunun somut çerçevesi kanunla çizilmeden uygulamanın bu kadar önemli bir konunun tamamen yönetmeliğe bırakılmasının ne gibi sakıncalar doğuracağı açıktır.

Ayrıca sürekli iyileştirme mantığı, düzenlemenin kolaylıkla değiştirilmesi gibi gerekçelerle tüm düzenlemelerin yönetmeliklerle yapılması öngörülürken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesinde ve Taslakta iş teftişinin yönetmelikle değil, tüzük-

le düzenlenmesi esası benimsenmiştir. Taslağı hazırlayanlar, iş teftişi konusunda her nedense Bakanlığın dilediği gibi ve süratli değişiklikler yapmasını istememişlerdir.

Nihayet; aşağıda da değinileceği gibi, Taslağın tüm çalışanları kapsamamasının öngörülmesi en hafif deyimıyla hayalciliktir. Zira herşeyden önce Devletin bu Taslak hükümlerini yerine getirecek alt yapısı bulunmamaktadır.

Bu yazıda, İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Taslağı'nın sadece belli başlı hükümlerine değinilmiştir.

## II. Herkesi Kapsamına Alan Tek Bir Kanun Çalışması

Taslağın amacı, 1. maddesinde; çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunması, mesleki risklerin önlenmesi, risk ve kaza faktörlerinin ortadan kaldırılması ile işyerlerinde sağlık ve güvenlik şartlarının sürekli olarak iyileştirilmesi için alınacak önlemleri ve bu konulardaki görev, yetki, yükümlülük ve sorumlulukları düzenlemek olarak belirlenmiştir.

Taslağın en belirgin özelliği iş sağlığı ve güvenliği alanında norm birliğine gitmesidir. Nitekim, Taslakta İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi tüm işçiler ile devlet memurları ve bir kısım bağımsız çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda tek bir kanuna tabi kılınması öngörülmüştür.

Bu çerçevede Taslakta ilk olarak (m.2); İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin endüstriyel, tarımsal, ticari, idari, eğitsel, kültürel ve benzeri faaliyetlerin yapıldığı, resmi ve özel sektöre ait bütün işyerlerine ve işlere faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı düzenlenmiştir. Hükmün başarılı olduğu söylenemez. Gerçekten; Kanunun, bütün işyerlerine ve işlere faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı düzenlendiğine göre, cümlenin başında bir de "...endüstriyel, tarımsal, ticari, idari, eğitsel, kültürel ve benzeri faaliyetlerin yapıldığı..." ifadesine yer verilmesi gereksiz bir tekrar niteliğinde olmuştur.

Maddenin devamında, Kanunun uygulanacağı işyerleri ve işler konusunda ne anlama geldiği belirsiz bir istisna hükmüne de yer verilmiştir. Nitekim; fıkrada, Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Kuvvetleri ve Sivil Savunma gibi kendine özgü karak-

teristiği olan kamu hizmetlerinin bu Kanun hükümleri ile çelişen özel faaliyetlerinde uygulanmayacağı, ancak bu tür hallerde de çalışanların sağlık ve güvenliğinin, bu Kanunun amaçları doğrultusunda dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri faaliyetlerinin sanayi faaliyetiyle aynı hükümlere tabi tutulması düşünülemez. Bununla birlikte; hükümde "...gibi kendine özgü karakteristiği olan kamu hizmetleri ..." ile neyin kastedildiği tereddütlere yol açacak niteliktedir. Bu belirsizliğin yanında, kendine özgü karakteristiği (!) olan faaliyetlerin bu Kanun hükümleri ile çelişen özel faaliyetleri ifadesi ile maddenin son cümlesindeki "Ancak bu tür hallerde de çalışanların sağlık ve güvenliği, bu Kanunun amaçları doğrultusunda dikkat alınır." ifadesi son derece muğlak ve anlamsızdır. Örnek olarak sayılan söz konusu faaliyetlerin Kanun ile çeliştiğine nasıl karar verilecektir? Bu faaliyetlerde bulunanların sağlık ve güvenliği, Kanunun amaçları doğrultusunda nasıl dikkate alınacaktır? Bunlar, bir kanun hükmünde yer almaması gereken anlamsız ifadelerdir.

Acaba şu aşamada tüm işyerlerini kapsamına alan ve herkesi aynı hükümlere tabi tutan tek bir kanun yapılması uygun mudur?

Bu konuda ilk olarak; yaşam hakkının herkes için kutsal olduğu, herkesin aynı korumadan yararlanma ve aynı standartlara tabi olma hakkının bulunduğu ileri sürülebilir. Kuşkusuz bu iddiada gerçek payı vardır. Bununla birlikte şu aşamada böyle bir standart birliğine gidilmesi, telafisi mümkün olmayan ve çok büyük kargaşaya yol açacak bir adım niteliğinde olacaktır. Zira; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki norm birliği öncelikle diğer çalışma koşulları konusundaki farklılıkların da ortadan kaldırılmasını, daha doğrusu, bu farklılıkların işin niteliğinden kaynaklanan zorunlu farklılıklarla sınırlı tutulmasını gerektirir. Ne var ki, durum böyle değildir. Çalışma hayatımızda halen yürürlükte olan, büyük ölçüde yenilenmiş bir İş Kanunu yanında, hiçbir değişikliğe değer bulunmamış Deniz İş Kanunu ve son anda konulan iş güvencesi hükümleri dışında hiçbir değişiklik ihtiyacı hissedilmeyen Basın İş Kanunu vardır. Bu kanunlar arasında, kapsamlarına giren işlerin niteliğinden kaynaklanmayan, çok anlamsız farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar, görülen işin niteliğine ilişkin olanlara

indirgenmeden salt iş sağlığı ve güvenliği konusunda norm birliğine gidilmesi içinden çıkılmaz bir karmaşa yaratacaktır. Bu bakımdan, daha bireysel iş ilişkilerini düzenleyen kanunlar arasında bir denge sağlanmamışken, tamamen farklı hukuki statü içerisinde bulunan, statü hukukuna göre çalışanlar ile bağımsız çalışanların aynı iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine tabi kılınması isabetli olmayacaktır. Kaldı ki; farklı çalışma koşullarına tabi kişilerin aynı hükümlere tabi kılınmasının isabet derecesi de tartışmaya açıktır. Sanayi kesimi için uygulanan hükümlerin örneğin tarım kesimi için de aynen uygulanması düşünülemez. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ayrı bir kanun yapılması ile kastedilen<sup>2</sup> herhalde farklı çalışma şekillerine tabi kişilerin tek bir standarda tabi kılınması değil, İş Kanunu kapsamına giren kişiler için kanun seviyesinde ayrı bir düzenleme yapılmasıdır.

Kaldı ki, kanunlardaki farklı çalışma usulleri bir yana, tüm müesseselerin her kanunda yer almaması nedeniyle, herkesi kapsamına alan bu taslağın kanunlaşması başka açmazların da ortaya çıkmasına neden olacaktır. Örneğin; geçici iş ilişkisi kavramı sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almıştır. Taslağın m.17/6. bendinde, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin çalışana talimat verme hakkına sahip olup, sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü bulunduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu veya Devlet Memurları Kanunu'nda geçici iş ilişkisi tanımlanmamışken, bu kanunlara tabi çalışanları kapsamına alan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda geçici iş ilişkisi kurulan işverenden söz edilmesi hiçbir anlam ifade etmeyecek, söz konusu hüküm uygulanması mümkün olmayan içi boş bir hüküm olarak kalacaktır.

Benzer bir durum, Taslakta alt işveren tanımına yer verilmesi ile de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Taslağın m.10/2 fıkrasında, bir işyerinde alt işverenlere ait çalışanların sağlık ve güvenlikleri ile ilgili önlemlerin belirlenmesi ve uygulanmasını, işyerinin tümünden sorumlu asıl işverenin koordine edeceği, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, sadece devlet memuru çalıştıran bir kurumda belirli işler alt işverene verildiğinde, kurum, İş sağlığı ve Güvenliği

**Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen kanunlar arasında bir denge sağlanmamışken, tamamen farklı hukuki statü içerisinde bulunan, statü hukukuna göre çalışanlar ile bağımsız çalışanların aynı iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine tabi kılınması isabetli olmayacaktır.**

Kanunu'ndan doğan yükümlülükler bakımından birlikte sorumlu olacak, ancak alt işveren işçilerinin diğer haklarına ilişkin olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine tabi olmadığı için, herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Nereden bakılırsa bakılsın, şu aşamada herkesi kapsamına alan tek bir düzenleme yapılması çok çeşitli sakıncaların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

### III. Taslakta Yer Alan Tanımlar

Taslağın 3. maddesinde çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Taslakta alt işveren (m.3/a), 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki tanıma benzer şekilde, "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 çalışana sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren" olarak tanımlanmıştır. Yine Taslağın m.10/2. fıkrasında, bir işyerinde alt işverenlere ait çalışanların sağlık ve güvenlikleri ile ilgili önlemlerin belirlenmesi ve uygulanmasını, işyerinin tümünden sorumlu asıl işverenin koordine edeceği ve asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Taslakta "çalışan" kavramı, kendi özel Kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın bu Kanun kapsamındaki kamu veya özel işyerlerinde, herhangi bir iş ilişkisine bağlı gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Bunun içerisinde işçilerin yanında devlet memurları ve gerçek kişi bağımsız çalışanlar girmektedir. Maddenin devamında "iş ilişkisi", atanma işlemi

veya bir sözleşme ile kurulan ilişki olarak tanımlanmıştır. Bu nitelendirmeyi isabetli bulmak mümkün değildir. Zira bilindiği gibi “iş ilişkisi” işçilere ve iş sözleşmesine özgü bir kavramdır. Statü hukukuna göre kurulan ilişkiyi veya bağımsız iş görmeyi yahut herhangi bir sözleşme ile kurulan ilişkiyi iş ilişkisi olarak nitelendirmek mümkün değildir. İş ilişkisi kavramının bu kadar rahat kullanılmasının nedeni herhalde Taslağı hazırlayanların herhangi bir iş hukuku kitabına bakma zahmetine katlanma gereği duymamış olmalarıdır.

Bunun gibi; Taslağın 3. maddesinde yer alan işveren kavramı da isabetsizdir. Gerçekten, hükümdede işveren kavramı, “İş ilişkisine bağlı çalışanı istihdam eden kamu veya özel işyerlerini sevk ve idareye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi...” olarak tanımlanmıştır. Türkçesi bozuk bu tanıma göre, çalışanı istihdam eden, kamu veya özel işyeridir. Çalışanı istihdam eden, işyerini sevk ve idare eden de işverendir. Böylelikle, iş hukukunda ilk defa “işyeri”nin çalışanı istihdam etmesi durumu ortaya çıkmıştır. İşveren kavramı için, “istihdam eden gerçek veya tüzel kişi” gibi basit bir tanım yerine çalışanı istihdam eden işyeri ifadesinin kullanılmış olması hatalı olmuştur.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu’nda kamu kurum ve kuruluşları işveren olarak sayılmış iken, Taslakta önemli bir atlama yapılarak kamu kurum ve kuruluşlarının da işveren sayılması yönünde hüküm getirilmemiştir. Bu eksikliğin sonucu, İş Kanunu hükümleri bakımından işveren sayılan “tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşları”, iş sağlığı ve güvenliği bakımından işveren sayılmaması gibi abes bir durumun ortaya çıkmasıdır.

Taslakta işyeri, “Kamu hizmetlerinin yürütüldüğü yerler ile işin yapıldığı veya belli bir amaçla kullanılan gerçek veya tüzel kişilere ait yerler...” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım da kanımca işyeri kavramını açıklamakta yetersizdir. Gerçekten; belli bir amaçla kullanılan gerçek veya tüzel kişilere ait yerler kavramının hukuken hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Örneğin bir konut da bir gerçek veya tüzel kişiye ait ve belli bir amaçla kullanılan yer durumundadır. Her yer belli bir kişiye aittir ve belli bir amaçla kullanılmaktadır. Belli bir amaçla kullanım kavramı ile işyeri kavramının ne ilgisi bulunduğunu anlamak mümkün değildir.

Taslakta izaha muhtaç bir diğer tanım da “ken-

di adına çalışan”dır. Bu kavram, “Bir işyerinde, işveren ve çalışanların dışında, iş yapan ve yanında çalışan istihdam etmeyen, işin yapımına katkı sağlayan, kazanç veya ödül elde etmek amacıyla mal veya hizmet üreten kişi...” olarak tanımlanmıştır. Anlaşıldığına göre burada, bir işverene ait işyerinde kendi nam ve hesabına iş yapan bir gerçek kişi söz konusudur. Taslağın bu kişilere ilişkin hükümleri incelendiğinde, tek bir kişi için son derece ağır ve anlamsız yükümlülükler yer verildiği görülecektir.

#### IV. Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Kurulması

Taslakta (m.5) ayrıca, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi kurulması öngörülmektedir. Konseyin görevi; iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak; ihtiyaç, öncelik, politika ve stratejiler için öneriler geliştirmek ve tavsiyelerde bulunmaktadır.

Konseyde yer alacak olanlar; Bakanlık, sosyal taraflar, ilgili kamu kurumları, üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, ilgili diğer kurum ve kuruluş temsilcileridir. Konseyin toplam üye sayısı en çok 30 olarak belirlenmiştir.

Kanımca maddede, bir kanun hükmünde yer alması gereken ayrıntılara yer verilirken, kanunda yer verilmesi gereken bazı konular da yönetmeliğe bırakılmıştır. Örneğin; Konseyde yer alacak “... sivil toplum kuruluşları ve ilgili diğer kurum ve kuruluşların” neler olduğuna kanunda yer verilmesi gerekirken, bu husus çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Bunun tam tersine; Konseyin gerekli görmesi halinde çalışma grupları oluşturacağı, aynı anda beşten fazla çalışma grubu oluşturulamayacağı ve her bir çalışma grubundaki üye sayısının dokuzu geçemeyeceği gibi bir ayrıntının yönetmelikle düzenlenmesi gerekirken, bu gibi ayrıntılara kanun hükmünde yer verilmiştir.

Taslakta Konsey üyeleri için bir huzur hakkı ödenmesi de öngörülmüştür. Buna göre; Konseyin başkan ve üyelerine 3000 gösterge rakamının memur aylık kat sayısı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda yıllık altı toplantıyı geçmemek üzere, raporör ve çalışma grubunda görevlendirilenlere ise, 1000 gösterge rakamının memur aylık kat sayısı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda aylık iki toplantıyı geçmemek üzere, katıldıkları her toplantı günü için damga vergisi hariç herhangi bir ver-

giye tabi tutulmaksızın Bakanlık bütçesinden huzur hakkı ödenecektir.

## V. Taslakta Yer Alan İşveren Yükümlülükleri

### 1) İşyerinin Bildirimi

Taslak, halen yürürlükte bulunan mevzuata göre Bakanlığa bildirimde bulunma yükümü olmayan yerleri de kapsamına aldığından, bu yerlerin de Bakanlık bölge müdürlüğüne bildirilmesi yükümü öngörmüştür. Taslağın 4. maddesiyle; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında olacak nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, nakleden, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren, faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren veya işveren vekilinin, işyerinin unvan ve adresini, çalışanların sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitiş tarihini, işveren gerçek kişi ise ad ve soyadını, işveren tüzel kişilik ise tüzel kişiliğin unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Ancak işveren, halen yürürlükte bulunan kanunlara göre bildirimde bulunmuş ise ayrıca bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Bu arada Taslakta (m.4/2), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe gireceği düşüncesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre bildirimde bulunan işverenlerden söz edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun 1 Temmuz 2007'de yürürlüğe girip girmemesine göre bu atfın da değiştirilmesi gerekmektedir. Öte yandan; Taslakta işyerini bildirmeyen işveren için idari para cezası getirilirken, diğer kanunlardaki bildirim yükümüne ilişkin idari para cezalarıyla irtibat kurulmaması bu konuda mükerrer idari para cezalarının uygulanmasına yol açacaktır.

### 2) Çalışanları Koruma Yükümü

İşverenin çalışanların sağlığını koruma ve güvenliğini sağlamaya ilişkin genel yükümlülükleri ve bu konudaki genel prensipler Taslağın "Genel Hükümler" başlıklı 6, "İşverenin Genel Yükümlülüğü" başlıklı 7, "İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında Genel Prensipler" başlıklı 8 ve

"İşin Özelliğine Göre Uyulması Gereken Sağlık ve Güvenlik Prensipleri" başlıklı 9. maddelerinde düzenlenmiştir. Bakıldığında bu dört maddede de birbirinin tekrarı hususlar düzenlenmiştir. Örneğin 8. maddede risklerin değerlendirilmesi ve önlenmesinden, çalışanlara uygun talimatlar verilmesinden söz edilirken, 9. maddede biraz daha farklı bir ifade ile yine aynı hususlar tekrar edilmektedir. Zaten maddelerin başlıkları dahi birbirine benzer niteliktedir. Bu nedenle gereksiz tekrarların giderilerek söz konusu maddelerin sadeleştirilmesi daha uygun olacaktır.

Maddelerde ne gibi yükümlülükler yer verilmiştir?

Taslağın m.6/1. fıkrasına göre; işveren, işle ilgili her konuda çalışanların sağlık ve güvenliğini korumakla yükümlüdür. Hükümde geçen "işle ilgili her konu" ifadesi çok açık olmadığı gibi, cümlenin ifadesi de kötüdür. Nitekim; cümlede kullanılan "güvenliğin korunması" isabetli bir ifade olmayıp, bunun doğrusu "güvenliğin sağlanması"dır.

İşverenin çalışanların sağlık ve güvenliğine ilişkin genel yükümlülükleri Taslağın m.7/1. fıkrasında biraz daha somutlaştırılarak, işverenin, çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak için mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil gerekli her türlü önlemin alınması, organizasyonun yapılması, araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik önlemlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun sürekli olarak iyileştirilmesi amacına yönelik çalışmalar yapmakla ve işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu yükümlülükler kapsamında uyulması gerekli ana başlıklar halinde olmak üzere; risklerin önlenmesi, önlenmesi mümkün olmayan risklerin analiz edilmesi, risklerle kaynağında mücadele edilmesi, özellikle monoton ve önceden belirlenmiş iş hızında çalışmayı ve bunların sağlık üzerine olumsuz etkilerini en aza indirecek şekilde işyerinin tasarımı, iş ekipmanları, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçimi gibi hususlara özen gösterilerek işin çalışanlara uyumlu hale getirilmesi, teknik gelişmelere uyum sağlanması, tehlikeli olanların, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanlarla değiştirilmesi, teknolojinin, iş organizasyonunun, çalışma şartlarının, sosyal ilişkilerin ve çalışma orta-

**İş sağlığı ve güvenliği konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmek üzere çalışmalar yapmak yerine, “Avrupa Birliği Ruhu” veya “sürekli iyileştirme mantığı” gibi süslü sözlerle yola çıkılması, bu konuda büyük sıkıntıların ve keyfiliklerin yaşanmasına neden olur.**

mı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan genel bir önleme politikasının geliştirilmesi, toplu korunma önlemlerine, kişisel korunma önlemlerine göre öncelik verilmesi ve çalışanlara uygun talimatların verilmesi olarak sıralanmıştır.

Yine Taslağın 9. maddesinde; işverenin, işyerinde yapılan işlerin özelliklerini dikkate alarak; kullanılacak iş ekipmanının, kimyasal madde ve preparatların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni gibi konular da dahil çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden tüm riskleri değerlendireceği, bu değerlendirme sonucuna göre, alınan önleyici tedbirler ile seçilen çalışma şekli ve üretim yöntemlerinin, çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltmesi ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir olmasını sağlayacağı, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden uygunluğunu göz önüne alarak görev vereceği, yeni teknolojilerin planlanması ve uygulanmasında, seçilecek iş ekipmanının, çalışma ortam ve koşullarının çalışanların sağlığı ve güvenliğine etkisi konusunda çalışanlar veya temsilcileri ile istişarede bulunacağı, hayati ve özel bir tehlike bulunan yerlere yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların girmemesi için gerekli önlemleri alacağı düzenlenmiştir.

Kuşkusuz insan yaşamının kutsallığı karşısında yukarıda ana başlıklar halinde verilmiş bulunan her bir yükümlülük büyük bir önem ve değer taşımaktadır. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği, muğlak ifadelerle tahammülü olmayan bir alandır. Bu nedenle, iş sağlığı ve güvenliği konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmek üzere çalışmalar yapmak yerine, “Avrupa Birliği Ruhu” veya “sürekli iyileştirme mantığı” gibi süslü sözlerle<sup>3</sup> yola çıkıl-

ması, bu konuda büyük sıkıntıların ve keyfiliklerin yaşanmasına neden olur ve olmuştur da. Bu bakımdan; yakın bir geçmişte yapılan hatalar ısrarla tekrarlanmadan, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işveren ve çalışanların yükümlülüklerini somut ve açık olarak belirleyen yönetmelikler çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde; Taslakta sayılan yükümlülüklerin hiçbir anlamı kalmayacak, aynı sorunların tekrar yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Örneğin; Taslağın m.8/ç bendinde, işyerinde monoton çalışmanın engellenmesinden söz edilmiştir. “Monoton çalışma” herkese göre değişebilen bir kavramdır. Bu nedenle, söz konusu yükümlülüğe ilişkin bir somutlaştırma yapılmadığı takdirde, herkese göre değişebilen farklı yorumların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir ki, iş sağlığı ve güvenliği gibi teknik bir alanda bu gibi farklı yorumlara yer yoktur. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin yürürlüğünün durdurulmasından sonra hazırlanan tüzük taslağına ilişkin Danıştay incelemesinde isabetli olarak; bu gibi düzenlemelerde; içeriği belli, somut ve etkin kurallara yer verilmesi ve herkesin farklı şekilde yorumlayabileceği şekilde düzenlemeler yapılmaması gerektiği isabetli olarak vurgulanmıştır<sup>4</sup>.

### 3) Risk Değerlendirmesi Yapılması

Yakın geçmişteki başarısız düzenlemelerden biri de işyerinde risk değerlendirmesi yapılmasıdır.

Gerçekten; iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde, işyerlerinde risk değerlendirilmesi yapılacağından söz edilmekle birlikte, bunun ne demek olduğu, nasıl yapılacağı, hangi usul ve esaslara göre yapılacağı konusunda hiçbir hüküm bulunmamakta idi. Bakanlık da bu konuda herhangi bir bilgi sahibi değilken ve hatta söz konusu Yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulduğu dönemde dahi işyerleri risk değerlendirmesi yapmaları konusunda uyarılabilmıştır.

Esasen, risk değerlendirmesi yapmanın ne derece isabetli olduğu da tartışmaya açıktır. Zira bir işyerinde iş kazası etkenleri ve olasılıkları sınırsız sayıdadır ve bunların tümünün önceden bilinebilmesi ve yazılı hale getirilebilmesi olanaksızdır.

Bu tartışma bir yana Taslağın 13. maddesinde risk değerlendirmesi konusu biraz daha somut hale getirilmeye çalışılmıştır.

Buna göre; işveren, işyerinde özel risklerden et-



kilenebilecek çalışanların durumunu da kapsayacak şekilde, sağlık ve güvenlik yönünden, risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür.

Bu değerlendirme sonucunda işveren, risk değerlendirmesinin sonucuna göre alınması gereken koruyucu önlemlere ve kullanılması gereken koruyucu ekipmana karar verir.

Risk değerlendirmesine ilişkin tüm usul ve esasların Kanunla düzenlenmesi mümkün olmadığından, ayrıca bu konuda Bakanlıkça bir yönetmelik çıkarılmasından söz edilmiştir. Risk değerlendirmesinin ne şekilde uygulanacağı, bu konudaki belirsizliklerin ortadan kalkıp kalkmayacağı sözü edilen yönetmelik çıkarıldıktan sonra belli olacaktır.

Kanımca Taslağın 13. maddesindeki en inandırıcılıktan uzak hüküm, kendi adına çalışanların da yaptıkları işler ile ilgili olarak kendileri ve üçüncü kişilere yönelik sağlık ve güvenlik yönünden risk değerlendirmesi yapacakları ve alınması gereken önlemlere karar vereceklerine ilişkin hükümdür. Kendi adına çalışanların kimler olduğu konusunda yukarıda yer verilen açıklamalar dikkate alındığında, bu kişilerin hangi olanakla risk değerlendirmesi yapacakları merak uyandırmaktadır.

## VI. İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyeri Örgütlenmesi

### 1) İşyeri Hekimi, İşyeri Hemşiresi ve İş Güvenliği Uzmanı

İş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesi kapsamında işyerinde bulundurulacak kişiler Taslağın m.11/1. fıkrasında son derece yetersiz olarak düzenlenmiştir. Gerçekten söz konusu hükme göre; "... işveren, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere, işyerinin büyüklüğünü, işin niteliğini, tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısını dikkate alarak, işyerinde, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru ile ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarından, Bakanlık tarafından belgelendirilmiş bir veya birden fazla kişiyi görevlendirir...".

Bu hükümden, işyeri hekimi, işyeri hemşiresi ve iş güvenliği uzmanının kaç işçi çalıştıran ve hangi işlerin görüldüğü işyerlerinde bulundurulacağını ve hangi sayıda bulundurulacağını anlamak mümkün değildir. Bu muğlak düzenleme Bakanlığa, her işyerinde ve istediği sayıda işyeri hekimi,

işyeri hemşiresi ve iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümlülüğü getiren bir yönetmelik çıkarma yetkisi tanımaktadır. Konunun somut çerçevesi kanunla çizilmeden uygulamanın bu kadar önemli bir konusunun tamamen yönetmeliğe bırakılmasının ne gibi sakıncalar doğuracağı açıktır.

Ayrıca fıkrada, işverenin işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru dışında, "ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarından" kişileri de görevlendireceğinden söz edilmiştir. İhtiyaç duyulan meslek dallarının neyi ifade ettiği açık değildir.

Neresinden bakılırsa bakılsın son derece keyfi olarak hazırlanmış bu fıkranın tümünden ortadan kaldırılarak, uygulamanın bu denli önemli bir konusunun açık yasal düzenlemelere kavuşturulması gerekmektedir.

### 2) İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu

Taslakta işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi konusu bu denli özensiz düzenlenmişken, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna daha fazla yer verilerek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 80. maddesine paralel şekilde, en az elli çalışanın istihdam edildiği ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işverenin bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü olduğu, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlü oldukları ve iş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşumu, çalışma yöntemleri, ödev, yetki ve yükümlülüklerinin Bakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikte düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

İş sağlığı ve güvenliği kurulu konusunda Taslaktaki en önemli farklılık, işyerinin sanayiden sayılma şartının kaldırılmış olmasıdır. Zaten Taslakta sanayiden sayılan iş - ticaretten sayılan iş ayrımına yer verilmemiştir.

### 3) İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışan Temsilcisi

4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra geriye doğru üç yılı aşkın dönemdeki başarısız ve anlamsız girişimlerden birisi de "sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi" olmuştur. Taslakta bunun adı iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi olmuştur.

Taslağın 23. maddesine göre; en az on çalışanın

bulduğu işyerinde işveren, sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, önlem alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili, bir veya daha fazla kişinin, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi olarak görev yapmasını sağlar. Çalışan temsilcilerinin, işyerinde bu görevlerini yürütmeleri nedeniyle hiçbir şekilde hakları kısıtlanamaz. Çalışan sayısına ve işin niteliğine bağlı olarak işyerinde bulunacak iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisinin sayısı, görevlendirilmesi ya da seçimi, nitelikleri, görev süreleri, görev ve yetki ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Kanımsa bu hüküm de son derece gereksiz ancak mevzuatımıza ısrarla sokulmaya çalışılan hükümlerden birisidir. Gerçekten; işyerinde çalışan herhangi birinin "... sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, önlem alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etme ..." gibi son derece kapsamlı bir yetkiye sahip olması ve çalışan temsilcilerinin, işyerinde bu görevlerini yürütmeleri nedeniyle hiçbir şekilde haklarının kısıtlanamaması, işyerinde bu gerekçenin arkasına sığınarak iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınan kişilerin ortaya çıkacağını göstermektedir. Zira bir kimsenin hem çalışıp, hem de bu derece kapsamlı bir ödevi yerine getirmesi mümkün değildir. Üstelik iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi sayısının ne kadar olacağı da belli değildir. Muhtemelen çıkarılacak yönetmelikte, işyeri sendika temsilcilerinin sayısı gibi, işyerinde çalışan işçi sayısına göre değişen miktarda kişinin seçilmesi öngörülebilecektir. Bu durumda gerek bunlar arasında, gerekse işyerinde münhasıran iş sağlığı ve güvenliği işlerini gören iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi gibi kişilerle bu temsilciler arasında birtakım karmaşaların yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Kaldı ki; bu Taslağın dayanağını oluşturan 89/391/EEC sayılı AB Yönergesi'nde, işçilerin sağlık ve güvenliğinden sorumlu işçi temsilcisi, ulusal yasalara uygun olarak seçimle gelmiş veya işverence atanmış sağlık ve güvenlikle ilgili konularda işçileri temsil eden kişi olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, bu temsilcinin iş sağlığı ve güvenliğine katkısı olmayacağını bile bile hâlâ seçimle belirlenecek çalışan temsilcisinde ısrar edilmesini anlamak mümkün değildir.

Nitekim Taslağın "Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması" başlıklı 16. maddesindeki düzenleme esasen taslağı hazırlayanların da bu kişilerin ne işe yarayacağını bilmediklerini göstermektedir.

Gerçekten; m.16/1. fıkrasında işverenin iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerini alacağı, bunlara öneri getirme hakkı tanıyacağı ve bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve katılımlarını sağlayacağı, hemen 2. fıkrasında, iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan çalışanların veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin görüşlerini alacağından söz edilmiştir. Arada veya sözcüğü yer aldığı için, iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan bir kişinin örneğin iş güvenliği uzmanının görüşünün alınması yeterli olacak ve temsilcinin görüşünün alınmasına gerek bulunmayacaktır. Taslağı hazırlayanlar gerçekten, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisinin işlevi ve görevleri konusunda henüz karar verememişlerdir.

İşverenin önceden görüş alması gereken konular ise o kadar fazladır ki, bir kimsenin iş süresinin önemli bir bölümünü bu işlere tahsis etmeden çalışan temsilciliği işini yapması mümkün değildir. Gerçekten; işveren, sağlık ve güvenliği önemli derecede etkileyebilecek herhangi bir önlemin alınmasında, 11. maddesinde belirtilen sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi işleri ile bu işleri yürütecek kişilerin görevlendirilmesinde, 12. maddesinde belirtilen ilkyardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesinde, 13. maddesinde yer alan risk değerlendirmesinin yapılması, alınması gereken koruyucu önlemler ve kullanılması gereken koruyucu ekipmana karar verilmesinde, 15. maddesinde belirtilen çalışanların bilgilendirilmesinde, 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan hizmet alınmasında, 17. maddesinde belirtilen eğitimin organizasyonu ve planlanmasında, önceden görüş almakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcileri, tehlikenin kaynağında yok edilmesi veya tehlikenin azaltılması için işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına da sahiptir. Herhalde bunun içindir ki, işveren, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerine, bu Kanunda belirtilen görevlerini yerine getirebilmeleri için

gerekli imkânı sağlayacağı ve ücret kaybı olmadan çalışma saatleri içerisinde yeterli zamanı vereceğinden söz edilmiştir. Yani çalışan temsilcisi seçimle belirlenmekle birlikte, neredeyse münhasıran iş sağlığı ve güvenliği konularıyla ilgili kişiler kadar görev ve yetkiye sahiptir.

İş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilciliği müessesesi bu haliyle işyerlerinde karmaşanın artmasına neden olacaktır. Bu bakımdan derhal gözden geçirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Yine bir Türkçe örneği olarak; maddenin 4. fıkrasında, iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan çalışanlar veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin, bu görevlerini yürütmeleri nedeniyle dezavantajlı duruma düşürülemeyeceğinden söz edilerek, Türkçemize yeni bir kalıp daha kazandırılmıştır.

#### 4) İlk Yardım ve Yangınla Mücadele

Taslağın 12. maddesinde, işyerlerinde ilk yardım, yangınla mücadele ve kişilerin tahliyesi ile ciddi ve yakın tehlike halinde yapılması gereken genel esaslar belirtilmiştir. Buna göre; işveren; işyerinin büyüklüğünü, yapılan işin özelliğini ve işyerinde bulunan çalışanların ve diğer kişilerin sayısını dikkate alarak; ilk yardım, yangınla mücadele ve kişilerin tahliyesi için gerekli tedbirleri alır, özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapar. Ayrıca, belirtilen bu ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeleri dikkate alarak, bu konuda eğitilmiş, uygun donanıma sahip, yeterli sayıda kişiyi görevlendirir.

Kanımca bu da düşünülmezsizin hazırlanmış maddelerden birisidir. Zira maddede “işyerinin büyüklüğü”, “yapılan işin özelliği”, “çalışanların ve diğer kişilerin sayısı”, ayrıca, “ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikelerin dikkate alınması”, “eğitilmiş, uygun donanıma sahip, yeterli sayıda kişi” kavramlarının neyi anlatmak istediği, bu konularda hangi işyerlerinde ne gibi önlemler alınacağı, kaç kişinin bu işlerle görevli olacağı belli değildir.

Öte yandan halen yürürlükte bulunan İlk Yardım Yönetmeliği uyarınca işveren zaten her 20 personel için, ağır ve tehlikeli işlerde her 10 personel için te-

mel ilkyardım eğitimi sertifikası almış ilkyardımcı bulundurmakla yükümlü tutulmuştur. Taslakta ise bu yönetmeliğin varlığı unutulmuş ve yeniden ilkyardım konularında görevli kişilerden söz edilmiştir.

### VII. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Dışından Hizmet Alınması

Taslaktaki en isabetli hüküm, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri dışından hizmet alınabilmesine ilişkin bir adım atılmış bulunmasıdır. Gerçekten; günümüzde uzmanlaşma olgusu, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, işverenlerin dışarıdaki kaynaklardan çok daha fazla yararlanmasını zorunlu hale getirmiştir. Nitekim Yargıtay da isabetli olarak bu konuda işyeri dışından yardım alınmasına olanak veren bir eğilim içerisine girmiştir<sup>5</sup>.

Esasen mevzuatta da iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde uzman kuruluşlardan yardım alınması eğilimi gözlemlenmektedir. Gerçekten; iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde ve bunun yerine hazırlanan ve fakat geri çekilen İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağı'nda olduğu gibi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da bu konuda önemli hükümlere yer verilmiştir.

Taslağın m.11/1. fıkrasına göre; işveren, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere, işyerinin büyüklüğünü, işin niteliğini, tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısını dikkate alarak, işyerinden, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hemşiresi/sağlık memuru ile ihtiyaç duyulan diğer meslek dallarından, Bakanlık tarafından belgelendirilmiş bir veya birden fazla kişiyi görevlendirir. Ancak işyerinde bu görevleri yürütebilecek nitelikte personel bulunmaması halinde bu hizmet, dışarıdan aynı nitelikteki Bakanlık tarafından belgelendirilmiş olan uzman kişi veya kuruluşlardan alınır.

Kanımca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hizmetlerin belirli esaslar çerçevesinde işyeri dışından sağlanması mümkün hale getirildikten sonra, bir de “işyerinde bu görevleri yürütebilecek nitelikte personel bulunmaması halinde” gibi bir ibareye yer verilmesi anlamsız olmuştur. Zira böyle bir gereksiz hüküm, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin işyeri dışından sağlanabilmesi için, işyerinde bu görevleri yürütebile-

cek nitelikte personel bulunmamasının zorunlu olduğu, işverenin bunu öncelikle işyerinden temin etmesi gerektiği gibi yorumların ortaya çıkmasına neden olur. Bu bakımdan anılan hükümde sadece bu hizmetlerin işyeri dışından alınabileceğinin ifade edilmesi yeterli olacaktır.

Taslahta ayrıca (m.11/6), iş sağlığı ve güvenliği gibi uzmanlık gerektiren işlerin alelade kişi ve kuruluşlara verilmesi de engellenmiş ve koruyucu ve önleyici hizmetleri yürütmek üzere, işyerinden görevlendirilen veya işyeri dışından hizmet alınan kişilerde ve/veya kuruluşlarda aranacak nitelikler, bu kişi ve/veya kuruluşların çalışma şartları ve görevlerini nasıl yürütecekleri ile bu kişilerin eğitimleri, eğitimi verecek kurum ve/veya kuruluşların nitelikleri, bu kişi ve/veya kuruluşların, Bakanlık tarafından belgelendirilmeleri ve belgelerin iptali, görev ve sorumlulukları kuruluşlarda bulunacak personel ve donanım ile kuruluşların denetlenmesi, işyerinin büyüklüğü, işin niteliği, tehlikelilik derecesi ve çalışan sayısına göre; bu kişi ve/veya kuruluşlardan hangi koşullarda hizmet alınacağı, görevlendirilecek ya da hizmet alınacak kişilerin sayısı, hizmet süreleri ve işverenin sorumluluğu hangi hallerde kendisinin üstlenebileceği ile ilgili usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği öngörülmüştür. 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.

Kuşkusuz; bu hizmetlerin dışarıdan alınması sadece işin görülmesiyle ilgili olup, işverenin iş sağlığı ve güvenliği ilişkin hükümlerden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Nitekim Taslağın m.6/1 fıkrasında, işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda, işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan hizmet almasının bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

Taslağın m.11/4. fıkrasında aynen şöyle bir cümleye yer verilmiştir "İşveren, hizmet aldığı kişi veya kuruluşları, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel faktörler hakkında bilgilere ulaşmasını, ayrıca bu kişi veya kuruluşların, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanlar ve bu çalışanların işverenleri hakkında gerekli bilgilere ulaşabilmelerini sağlar." Bu cümle de gerek bu Taslağı, ge-

rekse bundan önceki dili bozuk düzenlemeleri hazırlayanların ne derece Türkçe bilgisine sahip olduklarını gösteren cümlelerden birisidir.

## VIII. Çalışanların Eğitimi, Bilgilendirilmesi ve Görüşlerinin Alınması

Taslahta işverenin, iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışanların görüşlerini alması ve bunlara öneri getirme hakkı tanınması, bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve katılımlarını sağlaması yanında, 15. maddede çalışanların bilgilendirilmesi yükümlüne yer verilmiştir. Binlerce işçinin çalıştırıldığı bir işyerinde çalışanların görüşlerinin nasıl alınacağı tereddüt yaratmaktadır.

Çalışanları bilgilendirme yükümlününün kapsamında da işveren, işyerinin geneli ile çalışılmakta olan bölümde veya yapılan her işte yürütülen faaliyetler, sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, çalışanların veya temsilcilerinin yasal hak ve sorumlulukları, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere işyerinde görevlendirilen kişiler, hakkında çalışanların veya temsilcilerinin gerekli bilgiyi almalarını sağlar. Bunun yanında; işveren, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların, bu gibi bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. İşyerinde kendi adına çalışanların da bu bilgileri almaları sağlanır.

Ayrıca, işyerinde sağlık ve güvenlik ile ilgili özel görev ve sorumluluğu bulunan çalışanlar veya temsilcileri bu görevlerini yürütebilmeleri için; risk değerlendirmesi ve alınan koruyucu önlemlere, iş kazası kayıtları ve raporlarına, sağlık ve güvenlikle ilgili denetim faaliyetlerinden, bu konuda sorumlu kişi ve kuruluşlardan elde edilen bilgiler ile, koruma ve önleme çalışmalarına ilişkin bilgilere ulaşabilirler.

Taslahta işverenin eğitim verme yükümlü de esasen halen yürürlükte bulunan "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Nitekim Taslağın 17. maddesinde; işverenin, her çalışanın çalıştığı yere ve yaptığı işe özel bilgi ve talimatları da içeren sağlık ve güvenlik eğitimi almasını sağlamak zorunda olduğu, bu eğitimin özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş

değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesi halinde ve yeni teknoloji uygulanması halinde yapılacağı, eğitimin, değişen ve yeni ortaya çıkan risklere uygun olarak yenilenir ve gerektiğinde periyodik olarak tekrarlanacağı, işverenin, ayrıca, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların yaptıkları işlerde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimat almalarını sağlayacağı, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin özel olarak eğitileceği, bu eğitimler için çalışanlara veya temsilcilerine herhangi bir mali yük getirilemeyeceği ve eğitimlerde geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağı ve bu eğitimlerin usul ve esaslarının Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

## IX. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Çalışanların Yükümlülükleri

Taslakta çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir. Taslağın 18. maddesine göre çalışanlar;

- Davranış ve kusurlarından dolayı, kendilerinin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliğinin olumsuz etkilenmemesi için azami dikkati göstermek ve görevlerini, işveren tarafından kendilerine verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yapmakla,

- İşveren tarafından kendilerine verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda; makina, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını doğru şekilde kullanmakla, kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve kullanımdan sonra muhafaza edildiği yere geri koymakla, işyerindeki makina, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalardaki güvenlik donanımlarını kurallara uygun olarak kullanmak ve bunları keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemekle, işyerinde sağlık ve güvenlik için ciddi ve ani bir tehlike ile karşılaştıklarında veya koruma tedbirlerinde bir aksaklık ve eksiklik gördüklerinde, işverene veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine derhal haber vermekle, işyerinde, sağlık ve güvenliğin korunması için teftişe yetkili makam tarafından belirlenen zorunlulukların yerine getirilmesinde, işverenle veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmakla ve işveren tarafından güvenli çalışma ortam ve koşullarının sağlanması ve kendi yaptıkları işlerde sağlık ve güvenlik

yönünden risklerin önlenmesinde, işveren veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi ile mevzuat uygulamaları doğrultusunda işbirliği yapmakla yükümlüdürler.

## X. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Kendi Adına Çalışanların Yükümlülükleri

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Taslakta kendi adına çalışan olarak tanımlanan grup tek bir kişiden ibarettir. Ancak Taslakta bu kişiler için, sanki bir işveren şirketmiş gibi oldukça kapsamlı ve anlamsız bir iş sağlığı ve güvenliği ödevi öngörülmüştür.

Nitekim Taslağın 19. maddesine göre, kendi adına çalışanlar; kendilerine ait bağımsız işyerlerinde, yürüttükleri çalışmalar esnasında, kendi sağlık ve güvenliklerini sağlamak amacıyla Kanunda öngörülen sağlık ve güvenlik tedbirlerine uymakla, bir başka işverene ait işyerinin herhangi bir bölümünde faaliyet yürütüyorlarsa, kendi sağlık ve güvenlikleri için gerekli önlemleri almakla, işyerinin asıl işvereni ile işbirliği yapmakla, işyerinde alınmış olan önlemlere uymakla ve diğer çalışanların sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde çalışma yapmaktan kaçınmakla, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike durumunda kendi vücut bütünlüğünü koruyacak davranışta bulunmakla, muhtemel bir yangın durumunda veya yangınla mücadele faaliyetlerinde, gerekli tedbirleri almak veya alınmış olan tedbirlere uymakla, ayrıca Taslağın m.13/3. fıkrasına göre de risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdürler.

## XI. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Üreticilerin ve Tedarikçilerin Yükümlülükleri

Taslağın 26. maddesinde yine uygulama kabiliyeti olmayan bir hükme yer verilmiştir. Anılan hükme göre; iş ekipmanlarını, kişisel koruyucu donanımları, hammadde, yarı mamul ve mamul maddeleri üreten, temin veya tedarik edenler ile işyeri dışından bakım-onarım, servis ve benzeri hizmetleri sağlayan kişi, kurum ve kuruluşlar bu ürün ve hizmetlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğunu sağlamakla yükümlüdürler.

Belirtelim ki; işyeri dışından işyerine bakım-onarım için gelen kişi, sadece kendisine gösterilen yerin

onarımını sağlar. Bunun dışına çıkarak, örneğin bir makinanın iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğunu sağlamakla yükümlü tutulması düşünülemez. Bu görev bakım-onarım için gelen kişiye değil, işverene aittir.

## XII. İdari Para Cezası Hükümlerine Genel Bakış

Taslağın Altıncı Bölümü'nde idari yaptırımlara yer verilmiştir.

Hemen belirtelim ki; idari para cezasına itirazı düzenleyen 48. maddenin ilk fıkrasında kötü geleceğin bir devamı olarak, idari para cezasına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayacağı ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Nitekim; burada öncelikle çok kısa bir itiraz süresine yer verilmiştir. Bu kısa süre hak arama özgürlüğünü zedeler niteliktedir.

Öte yandan; itirazın cezanın yerine getirilmesini durdurmaması, her zaman olduğu gibi burada da idarenin haklı olduğu bir yargı kararıyla sabit olmadan, paranın tahsil edilmesi ile kişilerin mağduriyetine neden olacaktır. İdarenin kişi karşısında bu denli üstün tutulması kabul edilemez.

Nihayet; yine her zaman olduğu gibi, burada da itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğunun öngörülmesi, bu konuda Yargıtay içtihatlarının ortaya çıkmasını engelleyecek ve yargı açıklığı yine sağlanamayacaktır.

Getirilen ceza miktarlarına genel olarak bakıldığında, mevcut cezaların artırıldığı görülmektedir. Örneğin; Taslağın m.36/2. fıkrasında, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı bulundurma yükümünü yerine getirmeyen ve bu konuda dışarıdan da hizmet almayan işveren için, görevlendirmedeği her kişi için bin Türk Lirası idari para cezası verileceği, ve ayrıca görevlendirilmenin yapılmadığı veya hizmetin alınmadığı her ay için aynı miktar ceza uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Yine bu bölüm de Türkçe hataları ve cümle düşüklükleri ile doludur. Örneğin; Taslağın 37. maddesinde, işverenin koruyucu önlemlere ve kullanılması gereken koruyucu ekipmana karar vermemesi üçyüz Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Karar vermemek fiili için neden ceza ön-

görüldüğünü anlamak mümkün değildir. Zira önemli olan, koruyucu ekipmana karar verip vermemek değil, koruyucu ekipmanı kullanarak kullanılmamaktır. Bunun gibi Taslağın 38. maddesinde; iş kazası ve meslek hastalığına ait rapor hazırlamayan işveren veya işveren vekiline her bildirilmeyen iş kazası ve meslek hastalığı için yüz Türk Lirası idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Bu hükümden de iş kazasına ilişkin raporun hazırlanmamasının mı, yoksa bunun bildirilmemesinin mi idari para cezasına bağlandığı anlaşılammaktadır.

Tüm bunlar bir yana; hatırlanacağı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun Gereğesinde, her fiilin mutlaka cezalandırılmasını öngören 1475 sayılı Kanun uygulamasından vazgeçilerek, kanunda cezası özel olarak belirtilmemiş olan hükümlere aykırı hareket için de ceza öngören hüküm 4857 sayılı Kanun'a alınmamıştır. Şimdi ise Taslakta yine geriye gidilerek kanunda cezası özel olarak belirtilmemiş olan hükümlere aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline ikiyüz Türk Lirası idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Böyle bir anlayışın yeneden kanuna konulmasını kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan; ceza hukukuna hakim olan ilkelere aykırı bir diğer husus, cezayı gerektiren fiilin sayılması yerine " yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara aykırı davranan işveren ..." gibi genel bir ifadeyle yetinilmesidir. Tüm bu düzenlemeler belirsizlik yaratacak niteliktedir. Hangi fiilin hangi cezayı gerektirdiğinin açık surette kanun metninde yer alması gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bak. M. EKONOMİ, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 5 vd.; T. CENTEL, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler", SİCİL 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, 31.
- 3 Bak. EKMEKÇİ, 25.
- 4 Bak. T. CENTEL, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 6.
- 5 Bak. EKMEKÇİ, "İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, 106 vd.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Hukukunda İbraname Uygulamaları

## 1. Giriş

İş sözleşmesinin sona ermesi, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların, bir anlamda başlangıç noktasını oluşturur. Çünkü sözleşme devam ederken işçiler, genelde işverenlere karşı dava açmaktan kaçınırlar. Buna karşı sözleşmenin sona ermesiyle birlikte işçiler daha önce elde edemedikleri alacaklarını aramaya başlarlar. Yine iş sözleşmesinin sona ermesi de başlı başına uyuşmazlık konusudur. Gerçekten sözleşmenin haklı nedenle, geçerli nedenle sona erip-ermediği, işçinin kıdem, ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı bugün iş yargısının çözmek zorunda olduğu en büyük problemlerdendir. İş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte dava riskinden kaçınmak isteyen işverenler işçilerin alacaklarını ödedikten sonra, bu alacaklarını ödediklerini gösteren bir belgeye işçinin imza atmasını isterler. Uygulamada ibraname olarak adlandırılan bu belgenin amacı sadece bu alacakların ödendiğini göstermekle çoğu zaman sınırlı kalmaz. İbranameler çoğu zaman işçinin başka hiçbir alacağı kalmadığını, işverene karşı dava açmayacağını, böyle bir davadan feragat ettiğini de ifade eden belgeler olarak görünür.

İbraname uygulaması, işçiler bakımından önemli riskleri de beraberinde getirir. Gerçekten iş sözleşmesi sona ererken alacaklarına biran önce kavuşmak isteyen işçi, anlam ve kapsamını tam olarak anlamadığı bir belgeyi çoğu zaman imzala-

maya kendisini zorunlu hisseder. İbraname uygulaması, sadece bizim hukukumuzda özgü bir problem de değildir. Bugün Fransa'da da, Almanya'da da, İsviçre'de de ibraname uygulamaları tartışılmakta, iş hukukunun çözümü güç problemlerinin başında gelmektedir. Hukukumuzda ibranamelerle ilgili olarak henüz özel bir düzenleme mevcut bulunmamakta<sup>1</sup>, Yargıtay kararları uygulamaya yön vermektedir. Çalışmamızda mevcut hukuki durum özellikle yargı içtihadı ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Yargı kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin ibranamenin miktar içerip içermemesine göre bir ayırma gittiği görülmektedir. Yine Yüksek Mahkeme iş kazasına bağlı maddi-manevi tazminat alacakları ile diğer işçilik alacaklarına ilişkin ibranameler konusunda farklı nitelendirmeler yapmaktadır. Buna göre, "miktar içeren" ve "miktar içermeyen" ibranameler olarak iki başlık altında konu incelenecek, daha sonra ise, ibranamenin geçerlilik koşulları konusunda Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler ele alınacaktır.

## II. Miktar İçeren İbranamelerin Hukuki Niteliği ve İspat Gücü

### 1. Genel Olarak

İbranamede yer alan alacak kalemleri miktar içermeksizin ifade edilmiş olabilir. Örneğin ibranamede "kıdem tazminatımı aldım" ya da "ihbar taz-

minatımı aldım” şeklinde bir ifade olabilir; fakat, bunun karşılığında ne kadar ödeme yapıldığına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmayabilir. Diğer yandan, ibranamede yer alan alacak kalemleri, bunlara karşılık gelen miktarlar belirtilmek suretiyle sıralanabilir. Örneğin “5.000.-YTL kıdem tazminatımı aldım” veya “2.000.-YTL ihbar tazminatımı aldım” gibi. Yargıtay, ibranamede yer alan alacak kalemlerinin karşılığını oluşturan ödemelerin ibranamede yer alıp almamasına, başka bir anlatımla, ibranamenin miktar içerip içermemesi göre bir ayırıma giderek ibranameleri vasıflandırmaktadır. Biz de Yargıtay kararlarını esas alarak, önce miktar içeren ibranameleri, daha sonra da miktar içermeyen ibranamelerin ispat gücünü inceleyeceğiz.

Miktar içeren ibranameleri de yine kendi içinde ikiye ayırarak incelemek uygun olur. Gerçekten, kıdem, ihbar tazminatı ve fazla mesai alacakları gibi alacaklar ile iş kazası neticesinde söz konusu olan maddi ve manevi tazminat alacakları bakımından, ibranamenin geçerliliği konusunda Yargıtayca farklı ölçütler geliştirilmiş bulunmaktadır.

## 2. Maddi ve Manevi Tazminat Alacağı Dışında Kalan Alacaklar Bakımından

### a) İbranamenin makbuz niteliğinde kabulü

Maddi ve manevi tazminat alacağı dışındaki alacaklar bakımından Yargıtay uzun yıllardır yerleşmiş içtihadıyla, miktar içeren ibranameleri makbuz olarak kabul etmektedir<sup>2</sup>. Buna göre Yüksek Mahkeme, miktar içeren ibranameyi, üzerinde yazılı olan miktarın ödendiğini gösteren bir belge anlamında değerlendirmektedir<sup>3</sup>. Yargıtay’a göre, bu durumda işçinin hak ettiği alacak kalemleri saptanmalı ve ibraname ile bunlar arasında fark oranında hüküm tesis olunmalıdır<sup>4</sup>. Nitekim, Yüksek Mahkeme’nin bu yoldaki bir kararında da açıkladığı üzere; “...Davacının ihbar ve kıdem tazminat istekleri 02.06.1995 tarihli ibranameye dayanılarak mahkemece reddedilmişse de, ibraname miktar içermekte olup makbuz niteliğindedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ibranamede ödendiği belirtilen miktarın hangi alacaklara karşılık olarak ödendiğini saptamak, davacının çalışma süresine göre hak kazandığı ihbar ve kıdem tazminat alacaklarını belirlemek, daha önce ödenmiş ihbar ve kıdem

tazminatı mevcutsa bu ödemeleri hesaplanan tazminat miktarlarından tenzil etmek, bakiye ihbar ve kıdem tazminatı alacağı kalmıyorsa şimdiki gibi anılan tazminat isteklerini reddetmek, bakiye alacak mevcutsa bakiye ihbar ve kıdem tazminat isteklerini hüküm altına almaktan ibarettir”<sup>5</sup>. Yargıtay, ibranameye ekli tahakkuk belgelerine yer verilmesi durumunda da, ibranameyi bu belgelerde görülen ödemelerle sınırlı bir makbuz olarak nitelendirmiştir<sup>6</sup>.

### b) İbranameye yer alan ifadelerin fark alacaklarını talep etmeye engel oluşturup oluşturmadığı

İbranameye yer alan bazı ifadelerin işçinin bu konudaki fark alacak taleplerini engelleyip engelleyemeyeceği de üzerinde durulması gereken bir sorudur. Gerçekten, işçi kendisine yapılan ödemeler dışında herhangi bir istekte bulunmayacağını, işverenle bu konuda sulh olduğunu, dava hakkından feragat ettiğini ibranamede açıklamış ise, işçinin yukarıda belirtildiği gibi fark alacak isteminde bulunup bulunamayacağı konusunda Yargıtay’ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Uygulamada, işverenlerce düzenlenen ibranamelerde işçinin dava hakkından feragat ettiği biçiminde ifadeler de yer alabilmektedir. Söz konusu ifadelerin ne şekilde yorumlanacağı farklı yargı kararlarına konu olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.4.1997 tarihli kararında, ibranamede dava hakkından vazgeçtiğini açık ve kesin bir şekilde beyan eden davacı işçinin, bu belgenin makbuz niteliğinde olduğunu iddia etmesinin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>7</sup>. Yine, Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararda da miktar içeren bir ibranamenin davadan feragat gibi bir anlatım içermediğini de belirterek, bunun ancak makbuz hükmünde geçerli sayılacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>8</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.6.1996 gün ve 1996/368014668 sayılı kararında; “...hizmet akdinin feshinden sonra düzenlenen 27.9.1994 tarihli ibraname başlıklı belgede davacı kendisine 84.727.125 TL ödendiğini kabul ederek "yukarıdaki sıralanmış haklar ve alacaklar nedeni ile halen doğmuş ve ileride doğması muhtemel ezcümle talep ve dava hakları ispat ile bunlardan gayri kabil-i rücu şekilde feragat eylediğimi ve bunlardan serbest irademle kesinlikle vazgeçtiğimi beyan ve ka-



bul eylerim" şeklinde açıklamada bulunmuştur. Davacı bu ibraname ve feragatname niteliğindeki belge ile dava hakkında vazgeçtiğini açık ve kesin bir şekilde beyan etmiş olduğuna göre, miktarı içeren bu belgenin makbuz niteliğinde nitelendirilerek fark alacaklarının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş; ancak, yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Bunun üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu, dosyadaki bordro, makbuz ve belgelerin ve yine davacının ödenmemiş ihbar ve kıdem tazminatı alacağı bulunmadığı, işçinin haklarını fazlasıyla almış olduğu yolundaki bilirkişi raporunun ibranameyi doğruladığını dikkate alarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ni haklı bulmuş ve direnme kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>9</sup>. Görüldüğü gibi, bu kararda Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay Özel Dairesi ile aynı hukuki sonuca ulaşmakla birlikte; ibranamede yer alan davadan vazgeçmeye ilişkin ifadeyi değil, dosya içeriğindeki diğer delillerle işçinin alacaklarını almış olması olgusunu kararına gerekçe yapmıştır.

Buna karşılık, dava hakkında vazgeçmeye, sulh ve feragate ilişkin ibarelerin bağlayıcı görülmediği yargı kararlarına örnekler göstermek de mümkün bulunmaktadır. Nitekim, bu nitelikte bir uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca çözüme bağlanmış bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'na intikal eden olayda, Yargıtay Özel Dairesi "...Davacıya son iki döneme ilişkin kıdem tazminatı hesaplanarak ödenmiş ve davacı bu ödemeler dışında herhangi bir istekte bulunmayacağını, işverenle bu konuda sulh olduğunu düzenlenen ibranamede açıklamıştır. Taraflar son iki dönem aralarında sulh olduklarına göre artık TİS'de öngörülen 45 günlük süre üzerinden yeniden hesap yapılması olanağı yoktur. İbraname içeriği gözetilmeden, aksine düşünce ile ibranamede yazılı dönemler için yeniden hesap yapılması hatalıdır..." gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş; ancak, Yerel Mahkeme önceki kararda direnilmiştir. Bunun üzerine, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu, kararında; "...asıl olan, iş akdinin sona ermesinde, işveren tarafından, işçiye kıdem tazminatının peşin olarak ödenmesidir. Olayda davalının savunmasına dayanak yaptığı "makbuz ve ibraname" başlıklı belge,

ancak kıdem tazminatının kendisine kısmen peşin, kısmen de taksitle ödenmesine muvafakatini göstermekten öteye bir anlam taşıyamaz. Yerel mahkemece de mevcut delillerin değerlendirilmesi suretiyle, dayanak belgenin davacı işçiye ödenen paraya ilişkin makbuz olarak kabul edilmesi, bu konuda istikrar kazanan yargısal kararlara da uygun bulunduğu göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir" sonucuna ulaşmıştır<sup>10</sup>.

Yargıtay, bir başka kararında, işçinin hiçbir hak ve alacağı kalmadığı ve dava ve talep hakkında feragat ettiği yönünde ibraname imzalamasına rağmen, ihbar tazminatının ödenmediğini belirten iş müfettişliği raporunu ve tutanağını gerekçe göstererek, ibranamede yer alan ibareleri bağlayıcı olarak kabul etmemiş ve işçinin ödenmediği anlaşılan ihbar tazminatını talep edebileceğine karar vermiştir<sup>11</sup>. Yargıtay, "600.000.-TL. iş kazası tazminatını nakden ve tamamen almış olduğumdan dolayı mezkur şirketin zimmetini ibra eder, bu kaza ile ilgili ilerde ve şimdiki halde hiçbir dava ikame etmeyeceğimi ve her türlü dava haklarımdan gayri kabili rücu olmak kayıt ve şartı ile feragat eylediğimi beyan ve ikrar ederim" şeklinde, işçinin dava açmaktan feragatini içeren bir ibranamenin geçerliliğini denetlerken, sadece belirttiğimiz açık oranlılık ölçütü üzerinde durmuş, davadan feragate ilişkin ifadeyi bağlayıcı bulmamıştır<sup>12</sup>. Ancak, karara ekli karşı oy yazılarında, dava hakkında feragate ilişkin ibarelerin göz önüne alınmamış olması muhalefet şerhi olarak dile getirilmiştir<sup>13</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.06.2004 tarihli kararında, işçinin dava hakkında feragatine ilişkin ibarelerin bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Gerçekten, Yargıtayca haklı bulunan 9. Hukuk Dairesi, kararında; "...Dosyada mevcut davacı imzasını taşıyan ibranamede ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının miktar belirtilmek suretiyle ödendiğinin belirtildiği görülmektedir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasında miktar bildiren ibranamelerin makbuz niteliği taşıdığı ve yapılacak hesaplamada daha fazla miktar çıktığı takdirde fazlaya ilişkin alacağın hüküm altına alınması gerektiği kabul edilmektedir. Her ne kadar mahkemece feragatten söz edilmekteyse de, ibranamenin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekeceğinden, söz konusu ibranamede de fazlaya ilişkin haklar-

dan feragat edilmediği, henüz doğmayan dava haklarından feragat edildiği, böyle bir feragatinse geçerli olmadığı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir” sonucuna ulaşmıştır. Yerel Mahkemenin kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu oybirliği ile, Yargıtay Özel Dairesi’ne hak vererek direnme kararının bozulması gerektiği yargısına varmıştır<sup>14</sup>.

Görüldüğü gibi, Yargıtay bu gibi ifadelerin değerlendirilmesinde farklı yönde kararlar vermiştir. Ancak, kararların kronolojik gelişimi açısından bakıldığında, Yüksek Mahkeme’nin artık bu gibi ifadeleri bağlayıcı saymadığı söylenebilecektir. Kanımızca, Yüksek Mahkeme’nin bu görüşü isabet taşımaktadır. Gerçekten, ibranamenin içeriğinde yer alan bu gibi ifadelerin, ibranamenin nitelendirilmesinde fark yaratmaması gerekir.

### 3. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından

#### a) Maddi tazminat alacakları

Miktar yazılı ibranameler özellikle iş kazalarına ilişkin tazminat davaları bakımından önem taşımaktadır. Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu kararlarda uyguladığı “açık oransızlık” ölçütü ibra belgelerinin geçerliliği bakımından belirleyici olmaktadır<sup>15</sup>. Yargıtay, zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda, ibranameyi üzerinde yazılı miktar ile sınırlı makbuz olarak nitelendirirken, böyle bir oransızlığın söz konusu olmaması halinde ödemeyi ibra niteliğinde görmekte ve işçinin gerçek zararı ile ibranamede yazılı miktar arasındaki farkı talep edemeyeceğini kabul etmektedir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme’ye göre; “...işverence yapılan ödemenin makbuz mu (kısmi ifa), ibra mı olduğu saptanmalıdır. Ödeme tarihinde bilinen ücretlere göre yapılacak zarar hesabı sonucu belirlenecek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunmaması durumunda ödeme ibra niteliğindedir”<sup>16</sup>.

İbraname ile zarar arasında açık oransızlık olması ve ibranamenin kısmi ifaya ilişkin bir makbuz olarak nitelenmesi durumunda, işverenin sorumlu olacağı miktarın hesaplanması sorunu gündeme gelecektir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda söz konusu hesaba ilişkin esasları oluşturmaya çalışmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre; “...Yapılacak iş;

öncelikle kısmi davayı içeren ödemenin zararı hangi oranda karşıladığını belirlemek, son verilere göre sigortalının tazminatını hesaplatıp yasal indirimler yapılmak suretiyle gerçek zararını tespit etmek ve tespit edilen gerçek zarardan, davalı tarafın kısmi ödeme tarihindeki zararı karşılama oranında indirim yapılarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın kısmi ödemenin ödeme tarihinden itibaren yasal faiz işletilerek güncelleştirilmek suretiyle maddi tazminatın belirlenmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır”<sup>17</sup>.

Yargıtay’a göre, (ibraname) ödeme tarihi itibarıyla, anılan tarihteki veriler nazara alınarak, davalının maddi zararı belirlenip, ödenen miktarla arasındaki oran tespit edilerek; karar tarihine en yakın ücret artışları ve diğer veriler dikkate alınarak yeniden yapılacak hesaplama sonucu çıkacak maddi zarardan; en son bağlanan peşin sermaye değeri Kurumdan sorularak bildirilen miktar düşüldükten sonra kalan meblağdan yukarıda bulunan oran nispetinde indirim yapılarak sonuca göre karar verilmelidir<sup>18</sup>.

İşçinin uğramış olduğu iş kazası sonrasında işverenin işçinin uğradığı zarara karşılık olarak tazminat ödemesi ve bunun karşılığında ibraname alması durumunda, bu ibranamenin geçerliliği yukarıda da belirtildiği gibi işçinin gerçek zararı ile açık oransızlık taşımaması koşuluna bağlı olacaktır<sup>19</sup>. Yargıtay’ın getirmiş olduğu açık oransızlık ölçütü öğretide eleştirilmiştir. Gerçekten, Çelik’e göre, Yargıtay kararlarında kullanılan açık oransızlık kriteri sübjektif ve geniş bir takdire yer verici niteliktedir. Yazara göre, bu tür bir ölçütün terk edilmesi gerekir<sup>20</sup>. Aynı şekilde Akın da, bu ibranamelerin makbuz niteliğinde görülerek, işçinin karşılanmayan tüm zararlarının talep edebilmesinin sağlanması gerektiğini öne sürmüştür<sup>21</sup>.

Kanımızca, maddi tazminat alacakları bakımından, Yargıtay’ın getirmiş olduğu ölçüt, doğru biçimde uygulanırsa yerinde görülebilir. Gerçekten, burada sorun, işçinin maddi zararını, bu konuda açılan bir davanın neticesini beklemeden önceden ödeyen işverenin, bu davranışının korunup korunmayacağıdır. Bilindiği gibi, maddi tazminat davala-

## Açık oransızlıktan anlaşılması gereken, tahammül edilebilir makul bir fark olmalıdır.

rında, tazminat, ücret, iş göremezlik ve kusura bağlı olarak büyük değişiklikler göstermektedir. Dolayısıyla, tazminatın belirsiz olduğu bir aşamada, işçinin tazminatlarını büyük bir ölçüde ödeyen işverene, arada kalan küçük bir farkın seneler sonra ödetilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, açık oransızlıktan anlaşılması gereken, kanımızca, tahammül edilebilir makul bir fark olmalıdır. Örneğin, 100 birimlik zararın 80-85 birimini önceden karşılayan işveren bakımından, ibraname geçerli kabul edilmeli ve fark alacaklara hükmedilmemelidir<sup>22</sup>. Gerçekten bu çözüm biçimi, işverenleri, iş kazası sonrasında dava sonucunu beklemeksizin işçinin zararını karşılamaya sevk edebilecektir.

### b) Manevi tazminat alacakları

*aa) Manevi tazminat alacaklarında ibranamenin mutlak geçerliliği*

İş kazası sonrasında zarara uğrayan işçi ya da işçinin ölümü durumunda destekten yoksun kalan yakınlarının manevi tazminat taleplerine karşılık gelmek üzere işverence ödeme yapılmış olabilir. Yargıtay'a göre; işçinin geçirmiş olduğu iş kazası sonrasında işveren hem maddi hem de manevi tazminat alacağına karşılık olarak ödeme yapmış ve her iki kaleme ilişkin olarak rakam belirtmek suretiyle ibraname almış ise, bu ibranamede yer alan maddi tazminat alacağı bakımından geçerliliği "açık oransızlık" ölçütüne göre belirlenecek iken, manevi tazminat alacağı bakımından ödenen tutar ne olursa olsun ibraname geçerli olacaktır. Yüksek Mahkeme'nin bu yoldaki görüşünü ortaya koyan bir kararında da belirtildiği üzere; "...Bir olayda duyulan elem ve acı ve bunun karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat miktarı bir bütündür, bölünerek zaman zaman talep ve dava konusu yapılamaz. Gerek dairesimizin ve gerekse YHGK.nun kararları bu yöndedir. Davacı zamanında manevi tazminatını almıştır. Bu durum karşısında 9 sene sonra dava açıp tekrar manevi tazminat isteyemez. Bu nedenle manevi tazminat isteğinin reddi gerekir"<sup>23</sup>.

*bb) İbranamenin manevi tazminatı kapsamı sorunu*

Yukarıda da belirtildiği gibi, iş kazası sonrasında ödeme yapan işveren, açıkça bu ödemenin hem maddi hem de manevi tazminata ilişkin olan kısmını ibranamede belirtebilir. Ancak ibranameden işverenin işçiye ödeme yaptığı anlaşılacakla birlikte, bu ödemenin maddi tazminatın yanında manevi tazminatı da kapsayıp kapsamadığı konusunda açıklık olmayabilir. Bu noktada, ibranamenin manevi tazminata ilişkin olup olmadığı tartışılabilir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 29.4.2002 tarihli kararında "Davacının manevi tazminat talebi reddedilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır. Davacıya manevi tazminat ödendiğine ilişkin bir bilgi ve belge mevcut değildir. Dosyadaki ibraname sadece maddi tazminata yönelik düzenlenmiştir. Ayrıca manevi tazminat talebinden vazgeçildiği de açıkça ortaya konmadığına göre bu yönün hüküm altına alınmaması usul ve yasaya aykırıdır" anlatımına yer vererek, manevi tazminatın ibranamede açıkça düzenlenmesi halinde ödenmiş sayılabileceği sonucuna ulaşmıştır<sup>24</sup>.

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir olayda, ibranamenin manevi tazminatı kapsayıp kapsamadığı sorunu tartışmalara yol açmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta, yerel mahkeme, ibranameyi esas alarak davacının maddi ve manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Karar içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda, 17.4.1996 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %14 oranında malûl kalan davacı işçiye taraflarca imzalanan 20.5.1996 tarihli belge ile zararı karşılığı 2.000.000.000 TL. tazminatın davalı işveren tarafından ödendiği iddia edilmektedir. Belge içeriğinden ödemenin hangi tazminat türüne (maddi-manevi) ait olduğu belli olmadığı gibi, aidiyete ilişkin miktarlarda da belirginlik yoktur. Bu hususları dikkate alan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi; "...Malûliyet durumu ve kusur oranları konusunda kesin fikir sahibi olması mümkün olmayan işçinin olaydan çok kısa bir süre sonra verdiği genel ve soyut bir açıklamayı içerdiği kuşkusuz olan ibranameyi tümten geçerli saymak, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Mevzuatının temel prensibi olan "işçinin korunması temel ilkesi"ne de uygun düşmeyecektir. Bu düşüncelerle kural olarak bu şekilde düzenlenmiş

ibranamenin maddi tazminatı kapsadığı ve manevi tazminatı içermediği kabul edilmelidir<sup>25</sup>. Ancak, mahkemenin maddi tazminatın belirlenmesinde kabul ettiği yöntem, Yargıtay uygulamasına göre doğru kabul edilebilirse de, açıklanan bu temel ilkeler karşısında, çelişkili tanık bildirimleri, ödeme içeriğinin maddi veya manevi tazminatı veya tedavi giderlerini ve işçilik haklarını da içerip içermediği gibi hususlar açıklığa kavuşturulmadan maddi tazminat tutarının belirlenmesi ve giderek manevi tazminatın dahi reddedilmek suretiyle sonuca varılması Medeni Yasanın açıkladığı manadaki hakkaniyet kurallarına da uygun değildir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın tamamının reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” sonucuna ulaşmıştır. Ancak karar oybirliği ile alınmamış ve karara karşı oy yazıları eklenmiştir. Karar muhalif kalan üyeler tarafından, somut olayda ibra tarihindeki veriler esas alınarak yapılan hesap sonucu, davacının maddi zararının, SSK'ca bağlanan gelirin peşin sermaye değeri düşülmeden 360.459.323 TL olarak saptandığı ve işverenin geri kalan ve bu miktarın yaklaşık 6 katı tutarında bulunan 1.639.540.677 TL'nin sadece maddi tazminat olarak ödemesinin yaşam deneyi kurallarına aykırı olduğu ve dolayısıyla; somut olayın özelliği gereği, davacıya geçirdiği iş kazası nedeniyle ödenen 2.000.000.000 TL tazminatın sadece maddi tazminatı değil manevi tazminatı da kapsadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilerek karara itiraz edilmiştir.

Yargıtay'ın anılan kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu ise ibranamaya dayanarak davacının taleplerini reddeden yerel mahkeme kararını haklı bulmuş ve kararının onanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararını yerinde görmek gerekir. Gerçekten, burada taraflar arasındaki sözleşmenin yorumu söz konusudur. Somut olay bakımından işçiye ödenen paranın küçük bir kısmının maddi tazminata karşılık geldiği görüldüğünden, tarafların burada ayrıca manevi tazminatı da kapsama almak istedikleri sonucuna ulaşılmalıdır.

### III. Miktar İçermeyen İbranameler ve İspat Gücü

#### 1. Genel Olarak

İbranameye yer alan alacak kalemleri miktar içermeksizin iade edilmiş olabilir. Örneğin ibranamede “kıdem tazminatımı aldım” ya da “ihbar tazminatımı aldım” biçiminde bir ifade olabilir ve fakat bunun karşılığında ne kadar ödeme yapıldığına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmayabilir. Söz konusu ibranamelerin geçerliliğini ve ispat gücünü, Yargıtayın konuya ilişkin kararları ışığında ikiye ayırarak incelemek gerekir. buna göre ilk olarak maddi ve manevi tazminat alacakları dışındaki alacaklar bakımından; ikinci olarak da, maddi-manevi tazminat alacakları bakımından miktar içermeyen ibranamelerin geçerliliği incelenecektir.

#### 2. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Dışındaki Alacaklar Bakımından

##### a) Miktar içermeyen ibranamenin alacak hakkını tamamen ortadan kaldırması

Yargıtay, miktar içeren ibranameleri, üzerinde yazılı miktarla sınırlı bir makbuz niteliğinde kabul ederken, miktar içermeyen ibranameleri işçinin alacak hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak görmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu doğrultuda çok sayıda kararı mevcut bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay'a göre, “...tarafların iddia ve savunmalarından fesih tarihinden sonra düzenlendiği anlaşılan ve altında davacının imzası da bulunan ibranamede ücret alacağının alındığı açıklanmış bulunmaktadır. İbranameye miktarın gösterilmemiş olması bunun geçersiz olduğunu göstermez. Miktar gösterildiği takdirde makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Dairemizin uygulaması da bu doğrultuda olduğu gibi başkaca geçersizliği gerektiren bir yön de bulunmamaktadır”<sup>26</sup>. Benzer şekilde; “...Davacı tarafından verildiği mahkemece kabul edilen 4.5.2002 tarihli ibranamede davacı mahkemece hüküm altına alınan ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, aylık ücretleri ile yıllık izin ücretlerini aldığı açıkça kabul ederek davalı işvereni ibra etmiştir. İbranameye alınan miktarlar açıklanmadığından ibranamenin makbuz olarak değerlendiril-

mesi mümkün değildir. Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre bu tür ibranamelere değer vermek gerekmiştir. İbraname sebebiyle reddi gerekirken ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, ücret ve yıllık izin ücreti alacaklarının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir<sup>27</sup>.

Yargıtay'ın 27.10.2004 tarihli kararı miktar içeren ve içermeyen ibranameler arasındaki farkı belirginleştirmektedir. Gerçekten, anılan karara göre; "...Mahkemece davacının ibraname ve feragatname imzaladığı gerekçesiyle davacının fark ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin istekleri reddedilmiştir. İbranamenin altında hangi alacakların ödendiği ve miktarı ayrı ayrı belirtilmiş bulunmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre böyle durumlarda ibraname miktar içeren alacaklar yönünden makbuz niteliğinde olup fark olduğu takdirde bu alacaklar hüküm altına alın-

nin konuya ilişkin bir başka kararında da benzer biçimde "...Davacı işçi yıllık ücretli izin alacağı isteğinde bulunmuş olup bu alacak mahkemenin hükmüne dayanak yaptığı 22.5.1997 tarihli ibraname kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu durumda dosya içeriği ve bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak çalışma süresi içinde kullandırılmayan yıllık ücretli izin karşılığı alacağın hüküm altına alınması gerekir"<sup>31</sup> anlatımına yer verilmiştir<sup>32-33</sup>. Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ibranamede yer almadığı gerekçesiyle TİS'ne dayanan cezai şart alacağına hükmedilmesi gereken Özel Daire kararını haklı bulmuş ve yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>34</sup>.

İşçinin ibranameyi imzalarken bazı alacak kalemlerine ilişkin olarak ihtirazi kayıt koymasının da mümkündür. Bu durumda söz konusu kaydın geçerliliği tartışılabilir. Yargıtay'a göre, işçinin

## İbramede yer alan kalemler bakımından işçinin alacağını aldığı kabul edilecek, yer almayanlar için ise diğer deliller dikkate alınarak değerlendirmeye gidilecektir.

malı, miktar içermeyen diğer alacaklar yönünden ise ibraname olarak geçerli kabul edilmelidir. Bu nedenle miktar içeren tazminat ve alacaklar yönünden dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında hesaplama yapılarak varsa farkı hüküm altına alınmalıdır<sup>28</sup>.

### b) İbranamenin sadece içinde açıkça sayılan alacak kalemlerini kapsamaması

Yargıtay'ın ibranameye ilişkin kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin bunların geçerliliğini sadece açıkça sayılan alacak kalemleri bakımından kabul ettiği görülmektedir<sup>29</sup>. Buna göre, ibranamede yer alan kalemler bakımından işçinin alacağını aldığı kabul edilecek, yer almayanlar için ise diğer deliller dikkate alınarak değerlendirmeye gidilecektir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "...İbramede genel tatil, hafta tatili ve fazla mesai alacağı belirtilmediğine göre bu alacaklar yönünden yeniden bilirkişiden hesap raporu alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulup, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"<sup>30</sup>. Yüksek Mahkeme-

ihtirazi kayıt koyduğu alacaklar bakımından ibranamenin geçerliliğinden söz edilemez<sup>35</sup>. İbraname üzerindeki ihtirazi kayıt, özellikle faiz talebi bakımından önem taşıyabilir. Nitekim, Yargıtay kararları incelendiğinde, ibranamedeki ihtirazi kaydın, gecikmeden dolayı faiz istemlerinde belirleyici olarak değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay'a göre, ibranamede fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, faiz alacağının da saklı tutulduğunu gösterir. "Fazlaya ait hak" kavramı, faizi de içerir. Buna göre, Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinde sözü edilen "ihtirazi kayıt" koşulu gerçekleştirilmiş olmakta ve işçi gecikmeden doğan faize hak kazanmaktadır<sup>36</sup>.

İhtirazi kayıtla imzalanan ibranameler bakımından, faiz hakkının talep edilebileceğini kabul eden Yargıtay, ibranamede böyle bir ihtirazi kaydın bulunmaması durumunda, işçinin alacaklarının ödenmesinde gecikme olsa dahi, faiz talep edemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'a göre; "...Dosya içinde bulunan ibranamede ihbar ve kıdem tazminatlarını aldığı, başkaca bir hak talep etmeyeceğini, davacı beyan etmiş bulunmaktadır.

## Yargıtay çok genel bir ifade taşıyan ibranameleri geçersiz kabul etmektedir.

Bu durumda anılan tazminatların geç ödenmesi nedeniyle geçmiş günler faizi talep etme olanağı yoktur. Buna rağmen faiz alacağının hüküm altına alınmış olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir<sup>37</sup>.

Yargıtay 15.12.1996 tarihli kararında, ibranamenin varlığını faiz talebine engel olarak niteleyen görüşünden ayrılmış ve kıdem tazminatının bonolarla, taksitle ödenmesi durumunda, işçinin son ödemededen önce noterden gönderdiği ihtarname ile faiz hakkını saklı tutabileceğine hükmetmiştir<sup>38</sup>. Yine Yargıtay, davacı işçinin, daha önceki bir dilekçesinde kıdem tazminatının geç ödenmesinden dolayı faiz hakkını saklı tutmuş olması durumunda, daha sonraki ödeme tarihinde verdiği ibranamede bu hakkını saklı tuttuğunu ayrıca belirtmemiş olmasının, bu konuda ihtirazi kayıt dermeyermediğini göstermeyeceğini belirterek, davacının geçmiş günler faizi talebine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>39</sup>. Ancak Yargıtay, daha sonra verdiği kararlarda tekrar önceki görüşüne dönerek, ibranamenin varlığını faiz talep hakkını ortadan kaldıran bir engel olarak nitelendirmiştir<sup>40</sup>. Yargıtayın 15.4.2004 tarihli kararına konu olan olayda, davacı işçinin iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödemek suretiyle feshedilmiş, fesihden sonra 27.2.2002 tarihinde davacı işçi, verdiği ibranamede kıdem tazminatının çekle ödeneceğini kabul etmiş ve kıdem tazminatı faizi hakkından da feragat etmiştir. Davacı, aradan üç aya yakın bir süre geçtikten sonra ödeme tarihinden bir gün önce noterden çektiği ihtarname ile faiz hakkını saklı tuttuğunu açıklamıştır. Yerel Mahkeme, verilen ibranameyi davacının gerçek serbest iradesini yansıtmadığı gerekçesiyle geçersiz olarak kabul ederek kıdem tazminatı faizinin tahsiline karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay, "...davacının ibranamede vadeli de olsa çek ile ödemeyi kabul ederek faiz talebinden vazgeçmesi geçerlidir. Öte yandan davacının yaklaşık üç ay sonra faiz talep hakkından vazgeçme iradesini geri alması BK. 113/2. maddesi uyarınca faiz istenme hakkını saklı tutma olarak nitelendirilemez. Kaldı ki kıdem tazminatı hakkı doğduktan

yani fesihden sonra verilen ibraname Dairemizin yerleşik kararlarında geçerli sayılmaktadır. Başka bir anlatımla, ibraname işçinin serbest iradesini yansıttığından ve faiz talep hakkı düşmüş olduğundan davanın reddi yerine kabulü hatalıdır"<sup>41</sup> sonucuna ulaşmıştır.

### c) Genel ifadedeli ibranamelerin geçersizliği

İşçiden ibraname adı altında alınan belgede alacak kalemlerinin kapsamı değişik şekillerde belirlenebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, alacak kalemleri, ismen sayılarak, miktar belirtilerek veya belirtilmeksizin ibraname düzenlenmesi söz konusu olabilir. Yine uygulamada görüldüğü şekliyle, alacak kalemleri ismen zikredilmeksizin global biçimde "hiçbir alacağım kalmamıştır" gibi bir belge düzenlenmesi söz konusu olabilir.

Yargıtay bu gibi çok genel bir ifade taşıyan ibranameleri geçersiz kabul etmektedir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "...Mahkemece hükme esas alınan 31.8.1998 tarihli ibraname, Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre miktarlar gösterilmiş olmasa dahi geçerlidir. Ne var ki, anılan belge fazla mesai alacağımı kapsamamaktadır. İş Hukukunda işçinin korunması temel ilkesi karşısında ibranamede "sair her türlü alacaklarımı aldım" şeklindeki ifade işçi aleyhine yorumlanamaz. Bu bakımdan fazla mesai ile ilgili davacı ve davalı tüm delilleri toplanarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir"<sup>42</sup>. Yargıtay bu yoldaki bir başka kararında, sendikal tazminat ya da kötüniyet tazminatı yasalarda özel düzenleme ile işçi yararına kabul edilmiş olduğundan bu tür tazminatların "herhangi bir alacağım kalmamıştır" şeklindeki sözcük kapsamı içinde kaldığının kabulüne olanak bulunmadığını açıklamıştır<sup>43</sup>.

## 3. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından

Yargıtay'ın iş kazası sonrasında düzenlenen ibranamelerle ilgili kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin miktar içermeyen ibranamelere kuşkuyla yaklaştığı ve bunları geçersiz saymak yolunda bir eğilim içerisinde olduğu söylemek mümkündür. Yüksek Mahkeme 17.3.1998 tarihli kararında bu şekilde miktar içermeyen ibranamelere hiçbir geçerlilik tanımamıştır<sup>44</sup>. Yargıtay bu görüşünü daha sonra da sürdürmüştür. Nitekim, Yargıtay

## İbranamenin matbu olması olgusu tek başına ibranameyi geçersiz kılan bir sebep olarak görülmemeli, bu belgenin işçinin elinden daha önceden alındığını ispatlaması koşuluyla geçersizlik söz konusu olabilmelidir.

yın anılan 24.6.2003 tarihli kararına konu olayda, yerel mahkeme, davacı işçinin 28.6.1994 tarihli ibraname ile tüm zararlarının karşılandığını beyan etmesini ve 11.9.2001 tarihine kadar dava açmamasının zımnen bu ibranameyi kabul sayılacağını gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay; "...alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde "ibra" denir. İbranamenin kural olarak işçiye yapılmış olan ödeme ile sınırlı olarak bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için işçiye yapılan ödemenin miktar olarak ibranamede açıkça gösterilmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, işçiye yapılan ödemeyi belli etmeyen sözleşmenin, işvereni borcundan kurtaran bir ibraname olarak nitelendirmeye olanak olmadığı açık-seçiktir. Kuşkusuz işverenin işçiye yapmış olduğu ödemeyi 1475 sayılı Yasanın 30. maddesi çevresinde ispat etmesi durumunda taraflar arasında yapılan akit ibraname niteliğini kazanır ve tazminat hesabında işveren tarafından kanıtlanan miktarın değerlendirileceği söz götürmez. Somut olayda davacı yararına %30,2 mülüliyete uygun bir tazminata hükmolunmaması da bozmayı gerektirir"<sup>45</sup>.

### IV. İbranamenin Genel Geçerlilik Koşulları

#### 1. Genel Olarak

İbra sözleşmesinin her ne kadar bir şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğu söz konusu olmasa da, bu sözleşmenin ispatı bakımından yazılı olarak yapılması gerekir. Nitekim, yazılı olan ve işçi tarafından imzalanmış bir ibraname HUMK anlamında bir senet hükmündedir<sup>46</sup>. Uygulamada, ibranamele- rin noter huzurunda düzenlenmesi de söz konusu

olmaktadır. Gerçekten, ibranamenin noter önünde düzenlenmesi, özellikle bunun düzenlenme zamanına ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlıkları ve bu belgelerin işçinin elinden önceden baskı ile alındığı biçimindeki iddiaları ortadan kaldırmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, işçi noterlikten verdiği ibranamede kıdem tazminatının tamamını aldığını bildirdikten sonra, ibranamenin kıdem tazminatını kapsamadığından söz edilemez<sup>47</sup>. Yine Yüksek Mahkeme, fesih tarihinden sonra ve noterlikçe düzenlenen ibranameye geçerlilik tanımış, miktar gösterilmiş olmasa dahi ibranamenin işçilik alacaklarının ödendiğini gösteren bir delil niteliği taşıyacağını kabul etmiştir<sup>48</sup>.

#### 2. Matbu İbranamelerin Geçerliliği Sorunu

Uygulamada, ibranameler işverenlerce matbu bir biçimde ve ödemeye konu olan miktarlar boşluk bırakılarak düzenlenmekte ve bunlar işçiye imzalatılmaktadır. Daha sonra ise, işveren bu boşlukları dilediği gibi doldurabilmektedir. Yargıtay, bir çok kararında matbu olarak düzenlenen ve boşlukları sonradan doldurulan ibranamelerin geçerli olmayacağını kabul etmiş bulunmaktadır<sup>49</sup>. Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin bu konuda örnek gösterilebilecek bir kararına göre, "...Davacının temyizine gelince, mahkemece, "İbraname" başlıklı belgede davacının fazla mesai yapmadığı, hafta ve genel tatillerde çalışmadığı yolundaki beyanlarına dayanılarak, bu isteklerin reddine karar verilmiştir. Ne var ki ibraname matbu olarak düzenlenmiş olup, bırakılan boşlukların sonradan doldurulduğu görülmektedir. Dinlenen ve ibranamede imzası bulunan tanık, ibranamenin önceden alındığını ve işverenin bir uygulama yapmakta olduğunu bildirmiştir. Bu durumda ibranamenin geçerli olduğu kabul edilemez"<sup>50</sup>. Yeni tarihli kararında Yargıtay, ibranamenin çelişkili olması olgusunun yanında, matbu olması ve boşlukların değişik yazılarla doldurulmuş olmasını da ibranamenin geçersizliğini tespit ederken gerekçe olarak göstermiştir<sup>51</sup>.

İbranamenin matbu olması, kanımızca kategori olarak ibranamenin geçersizliği sonucuna yol açmamalıdır. Pekala, işyerinde işçi çıkışları sırasında matbu formlar kullanılabilir ve bunlar işçiye alacakları ödendikten sonra da imzalatılabilir. Bu nedenle, ibranamenin matbu olması olgusu tek ba-

şına ibranameyi geçersiz kılan bir sebep olarak görülmemeli, işçinin bu belgenin elinden daha önceden alındığını ispatlaması koşuluyla geçersizlik söz konusu olabilmelidir.

### 3. İbraname İrade Sakatlıkları

İbranameler uygulamada işçinin elinden iş sözleşmesi sona ermeden önce, hatta işe giriş aşamasında alınabilmekte ve daha sonra işverence mahkeme önünde delil olarak kullanılabilir. İşçinin işçilik alacakları ödenmeden bunları aldığı ifade eden bir belgenin geçerli sayılması mümkün bulunmaktadır. Nitekim, Yargıtay da isabetli olarak, ibranamelerin düzenlenme zamanına hassasiyetle yaklaşmakta ve işçinin elinden önceden alınmış olması durumunda bunlara geçerlilik tanımamaktadır<sup>52</sup>. İbranamenin, işçilik alacakları ödenmeden elinden alındığını ispat yükü işçinin üzerindedir. Gerçekten, işçinin böyle bir belgeyi işinden olmak kaygısı ile önceden baskı altında verdiği düşünüldüğünde, ikrahın ispatı bunu iddia edende olacağından, ispat yükü işçinin üzerine düşecektir<sup>53</sup>. İrade sakatlığı sebebine dayanarak işçi, 1 yıllık hak düşürücü süre içinde ibranamenin iptalini isteyebileceği gibi, bu süre içinde açılan bir davada ibranamenin geçersizliğini bir def'i yoluyla da ileri sürebilir<sup>54</sup>. Nitekim, Yargıtay da açık bir biçimde, ibranamenin elinden önceden alındığını işçinin ispat etmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>55</sup>. Yargıtaya göre, işçi ibranamedeki imzanın beyaza alındığı ve işveren tarafından bilahare doldurulduğunu bildirmiş ve bu hususları kanıtlayabilmek için delil listesi vermişse, bu konudaki delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir<sup>56</sup>.

İşçi, ibranamenin elinden önceden alındığını her türlü delille; özellikle, tanıkla ispatlayabilecektir. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun senetle ispat kuralının istisnasını düzenleyen 293. maddesinin 5. fıkrasında "sözleşmelerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah" söz konusu olması durumunda şahit dinlenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır<sup>57</sup>. Tanık beyanlarının yanı sıra, iş müfettişi raporları gibi belgeler, olayın özelliklerine göre ibranamenin işçinin elinden önceden alındığı iddiasını destekler nitelikte görülebilecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, iş müfettişince düzenlenen tutanakları göz önüne alması ve işçinin zincirleme

sözleşmelerle çalışmakta iken evvelden hazırlanmış bulunan imzalı ibranameler doldurulup, işçinin çalışmasını sürdürdüğü halde kesin olarak ilişkisi kesilmiş gibi işleme konulduğunu tespit ederek, ibranamelere geçerlilik tanımamıştır<sup>58</sup>.

### V. İbranamenin Yorumlanması

Yargıtay'ın ibranamenin geçerliliğini denetlerken geliştirdiği ölçütlerden biri de "ibranamenin dar yorumlanması" biçiminde formüle ettiği esastır. Buna göre, ibranamenin geçerliliği düzenlendiği sırada taraflarca dikkate alınan alacaklar bakımından söz konusu olabilir. İbraname düzenlendikten sonra taraflar arasında, bu alacakların hesabına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmuş ise ibranamenin varlığı bu uyuşmazlık bakımından işçinin alacaklarından vazgeçtiği anlamına gelmez<sup>59</sup>.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, davacı davalıya ait konut işyerinde 1 yıllık belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışırken, sözleşmenin bitimine üç ay kala işten çıkarılmıştır. Bunun üzerine işçi kalan süre için ücret talebinde bulunmuştur. Yerel Mahkeme, 02.03.1997 tarihinde "herhangi bir alacağın bulunmadığı" şeklinde ifadeye yer veren ibranameye dayanarak davayı reddetmiştir. Buna karşılık Yargıtay, "ibranamenin içeriğinden davacının ifade etmek istediği alacağın geçmişe yönelik olduğu anlaşılmaktadır" demek suretiyle ibranameyi dar yorumlamış ve yerel mahkemenin aksi yöndeki kararını bozmuştur<sup>60</sup>. Yargıtay'ın bu kararını yerinde görmek gerekir. Gerçekten, işçinin talep ettiği ücret, taraflar arasında ihtilafsız olan ve geçmişte tahakkuk etmiş olan alacaklara ilişkin bulunmamakta, belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haklı neden olmaksızın feshinden kaynaklanan ve işverenin temerrüdü esaslarına dayanan bir alacak niteliğinde bulunmaktadır. Buna göre, henüz verilmemiş bir hakkın ibraname kapsamında olması düşünülemeyeceğinden Yargıtay'ın kararı isabet kazanmaktadır<sup>61</sup>.

İbranamenin dar yorumlanmasına ilişkin Yargıtay'ın görüşü, özellikle ibraname konusu alacakların hesabında temel alınan işçinin ücretinin taraflar arasında ihtilafli olması durumunda önem kazanmaktadır. Nitekim, işçi ibranamenin düzenlendiği sırada işçilik haklarının kendisine verilmesi gereken ücretten daha az bir ücret düzeyi üzerinden hesaplandığı iddiasında ise, Yargıtay işçinin bu id-



## İbranamenin geçerliliği düzenlendiği sırada taraflarca dikkate alınan alacaklar bakımından söz konusu olabilir.

diasının haklı olup olmadığının incelenmesini, haklı bulunduğu takdirde ibranamenin ancak düzenlenmesi aşamasında esas alınan ücret düzeyi bakımından geçerli olabileceğini kabul etmiştir<sup>62</sup>. Yine, Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davacı işçi işyerinde altı ayda bir zam yapıldığını, kendisine son 6 aylık zammın uygulanmadığını belirterek ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret alacaklarının eksik ödendiğini ileri sürerek fark alacak talebinde bulunmuştur. Davalı işveren ise, akdin feshedildiği 31.1.1996 tarihini taşıyan ibranameye dayanarak isteklerin yersiz olduğunu savunmaktadır. Yerel mahkemece ibraname dikkate alınarak istekler reddedilmiştir. Yargıtay; "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık son 6 ayda işçi ücretlerine zam yapılmış olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu konuda özellikle belirtmek gerekir ki davalı, ibranameye dayanmakta ise de, ibraname düzenlemesine esas alınan ücret miktarı ile geçerlidir. Şayet ücretlere zam yapılmışsa davacı ibranamede dikkate alınmayan böyle bir zamdan kaynaklanan hakları isteme olanağına sahiptir. Gerçekten, davacı, istekte bulunurken işyeri kayıtlarına, bordrolara ve tanık anlatımlarına da dayanmıştır. Bu durum karşısında mahkemece gösterilen tüm deliller toplanmalı, tanıklar dinlenmeli, gerektiği takdirde işyeri ücret bordroları, kayıtları ve defterleri bilirkişi marifetiyle incelemeye tabi tutularak işyerinde son 6 aylık dönemde ücret zammı yapılmış olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu yön üzerinde durulmaksızın içeriği ile geçerli ibranameye dayanarak davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" sonucuna ulaşmıştır<sup>63</sup>.

Yargıtay'ın zaman zaman "ibranamenin dar yorumlanması" biçiminde formüle ettiği esas istikrarlı biçimde uygulamadığı da göze çarpmakta ve bu görüşten sapma gösteren kararlara da rastlanmaktadır. Nitekim, Yargıtay bir kararında, gerçekte daha yüksek ücret almasına karşın, iş sözleşmesinin feshi sonrasında alacaklarının asgari ücret üzerinden hesaplandığını iddia ederek fark alacak iddi-

asında bulunan işçinin talebini ibranamede yer alan "... ihbar ve kıdem tazminatlarımı tam ve eksiksiz olarak aldım. Hiçbir hak ve alacağım kalmadığından.... ibra ederim" sözlerine dayanarak reddetmiştir<sup>64</sup>. Yine, Yargıtay kararına konu bir olayda, işyerinde seyyanen bir zam uygulandığı halde emekliliği gelen işçiler bu zammın kapsamı dışındadır tutulmuştur. Davalı işveren diğer işçilere uyguladığı zammın performans dayalı bir artış olduğunu ispatlayabilmiş değildir. Hatta, işverene yakın olduğu düşünülen davalı tanıklarınca dahi 2001 yılında performans dayalı olarak artış yapılmadığı ve emekli olacakların bu zamdan hariç tutuldukları belirtilmiştir. Buna karşılık yerel mahkeme, olaydaki uygulamanın eşitliğe aykırı olduğunu tespit etmekle birlikte, işverence sunulan ibranameye dayanarak işçinin talebini reddetmiştir. Yerel mahkemenin kararı Yargıtayca da onanmıştır<sup>65</sup>. Ancak karara ekli karşı oy yazısında, olayda eşitliğe aykırı uygulamanın varlığı ve bunun yasal olmadığı ifade edildikten sonra, çoğunluğun görüşüne "...işverence kabul edilmeyen, uygulanmayan bir alacağın ibrası söz konusu olamayacağı"ndan ibranamenin hükme esas alınmaması gerektiği belirtilerek, itiraz edilmiştir. Karşı oy yazılarında ifade edilen bu düşünce, yukarıda da belirtilen ibranamenin dar yorumu esasını yansıtmaktadır. Gerçekten, ibranamenin dar yorumu, ibranamenin düzenlendiği sırada düşünülen ve işverence itiraz edilmeyen alacak kalemlerine ilişkin olması anlamına gelmektedir. Buna göre, karşı oy yazılarında vurgulandığı üzere, işverence kabul edilmeyen, uygulanmayan bir alacağın ibraname kapsamında düşünülmesi, ibranamenin dar yorumlanması konusunda Yargıtay'ın isabetli çizgisine aykırılık oluşturmaktadır<sup>66</sup>.

## VI. İbranamede Çelişki

Uygulamada Yargıtay'ın, ibranamelerin geçerliliğini bunların çelişkili olmaması koşuluna bağladığı görülmektedir. İbranamenin kendi içinde tutarsızlık taşıması mümkündür. Bunun yanında ibranamenin, işverenin savunmasıyla ve dosya içindeki belgelerle çelişmesi söz konusu olabilir.

### 1. İbranamenin Kendi İçinde Tutarsızlığı

İbranamenin geçerli olabilmesi, öncelikle ken-

di içinde tutarlı olmasına bağlıdır. Gerçekten, ibranamenin kendi içinde çelişki taşıması söz konusu olabilir. Uygulamada görüldüğü biçimde, ibranamede işçinin sözleşmeyi feshettiği ancak kıdem ve ihbar tazminatlarını aldığı belirtilmiş olabilir. Bu gibi belgeleri Yargıtay geçerli olarak kabul etmemektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'ye göre, hem işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiğine, hem de ihbar ve kıdem tazminatlarını aldığına ilişkin ibareler taşıyan ibraname dikkate alınmaz<sup>67</sup>. Buna karşılık Yargıtay, ibraname çelişkili olarak geçersiz de sayılsa, ibranameye ekli ödeme belgelerinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir<sup>68</sup>.

## 2. İbranamenin İşverenin Savunmasıyla Çelişmesi

Yargıtay, ibranamenin işverenin savunmasıyla da çelişip çelişmediği üzerinde de durmakta ve böyle bir çelişkiyi ibranamenin geçersizliğine gerekçe yapmaktadır<sup>69</sup>. Yargıtay'a göre, ibranamenin geçerli olarak kabul edilebilmesi için hizmet akdinin feshinden sonra düzenlenmiş olması ve işverenin savunmasıyla da çelişmemesi gerekir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin bu yoldaki birçok kararında da ifadesini bulduğu üzere, bir yandan işçilik alacağının gerçekleşmediği ve ödenmesinin gerekmeyeceği öne sürülürken, öte yandan ibranameyle birlikte söz konusu alacağın ödenmiş olduğu savunması, ibranameyi geçersiz kılmaktadır<sup>70</sup>. Buna göre, işverenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığı şeklindeki savunmasına karşın bu hakların ibraname ile ödendiği itirazında da bulunmasını çelişkili olarak kabul etmekte ve ibranameye geçerlilik tanımamaktadır<sup>71</sup>. Yargıtay'a göre, "...İşverenin, iş akdini haklı nedenle feshettiğini ileri sürmesi durumunda, ihbar ve kıdem tazminatını ödediğini ibraname ile kanıtlamaya kalkışması çelişkidir. İşçi, haklı ne-

**İbranamenin geçerli olarak kabul edilebilmesi için hizmet akdinin feshinden sonra düzenlenmiş olması ve işverenin savunmasıyla da çelişmemesi gerekir.**

den bulunmadığını kanıtlayabiliyorsa, tazminata karar vermek gerekir"<sup>72</sup>. Yargıtay'a göre, "Her ne kadar, ibranamede davacı işçiye fazla çalışma ücretlerinin ödendiği belirtilmişse de, davalı işverence verilen cevap dilekçesinde davacının fazla çalışma ücretine hak kazanmadığı ileri sürüldüğüne göre, bu çelişkili savunma karşısında ibranameye, fazla çalışma ücretlerinin ödendiği yönünden de değer verilmesine olanak bulunmamaktadır. Mahkemece, ibraname nedeniyle fazla çalışma ücreti isteğinin de reddine karar verilmesi hatalı olmuştur. Davacının kanıtlaması durumunda fazla çalışma ücretlerinin de hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir"<sup>73</sup>.

Yargıtay ibranamenin sadece işverenin mahkeme yaptığı savunmayla değil, yargılama öncesinde idari bir inceleme yapılmış ise, buradaki ifade ve savunmasıyla da çelişip çelişmediğini inceleme konusu yapmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...İbranamenin içeriği ile davalı işverenin savunması arasında çelişkili bir durum söz konusudur. Kaldı ki davalı işveren Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne verdiği ifadesinde işlerin azalması nedeniyle diğer işçilerle birlikte davacının işine son verildiğini belirtmiştir. Öte yandan hizmet sözleşmesi 15.5.2002 de sona ermiştir. İbraname ise 31.3.2002 tarihlidir. İşçiden çalışırken alınan ibraname geçersizdir. Hal böyle olunca davacı isteklerinin bir değerlendirmeye tabi tutularak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre hüküm altına alınması gerekirken davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"<sup>74</sup>.

## 3. İbranamenin Ödeme Belgeleriyle Çelişmesi

İşverenin savunmasında temel aldığı ibraname, dosya içindeki diğer belgelerle çelişebilir. Özellikle davalı işverence sunulan ücret bordroları, tedavi belgeleri gibi işçilik alacaklarının ödendiğini gösteren belgelerle ibraname arasında tutarsızlık söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ibranamenin geçerliliğine hassasiyetle yaklaşmak gerekir. Nitekim, Yargıtay isabetli bir kararında ibranamenin dosya içinde mevcut olan kıdem ve ihbar tazminatları makbuzları ile olan uyumsuzluğuna işaret ederek, ibranameyi geçersiz sayarak sonuca gitmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında "...Davacı işten ayrılırken kendisine 15.590.671 TL. brüt kıdem tazmina-

tı ile 5.745.180 TL. brüt ihbar tazminatı ödenmiş olup, dosyada makbuzları da mevcuttur. Ayrıca miktar belirtilmeksizin davacıdan ibraname de alınmıştır. Söz konusu ibranamenin davacıya ödenen ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Asıl olan, işçinin haklarının tam olarak eline geçmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle ibranamelerin dar yoruma tabi tutulması gerekir. İşçinin bazı haklarından karşılıksız olarak vazgeçtiğini kabul etmek iş hukukunun işçiyi koruyucu ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu durumda, gerekli araştırma ve inceleme yapılarak, davacıya işten ayrılırken hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatlarının eksik ödendiğinin gerçekleşmesi halinde, bunların davalıdan tahsiline karar verilmelidir. Mahkemenin, aksine düşünce ile ibranameye dayanarak davanın reddine karar vermiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir” anlatımına yer vermiştir<sup>75</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, anılan karar oyçokluğu ile alınmış olup, karşı oy yazısında ibranamenin miktar belirtilmediğinden makbuz niteliğinde kabul edilmeyeceği, bunun işçinin alacağına kalmadığını gösteren bir belge olarak geçerli sayılması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay, 2001 yılında, ödeme belgeleri ve ibraname arasında çelişki olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşıyan bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, ibranamede yer alan bir alacağın ibraname ile aynı tarihte düzenlenen tediye belgesinde yer almamış olmasını, bu alacağın daha önce de ödenmiş olabileceği ihtimalinin dikkate alınması gerektiğini belirterek, ibranameyi çelişkili kılan ve bu alacağın aslında ödenmediği gösteren bir neden olarak görmemiştir<sup>76</sup>. Yine 18.2.2002 tarihli kararında da dosya içindeki çek ile ibranamenin bağlantısının araştırılmasını istemiştir<sup>77</sup>.

15.6.2004 tarihli kararında da, Yüksek Mahkeme'nin bu isabetli görüşünü devam ettirdiği görülmektedir. Anılan karara konu olan olayda, davacı işçi tarafından verilen ibranamede, kıdem, ihbar ve izin ücretlerini miktar belirtmek suretiyle ödenmiş olduğu belirtilmiştir. Yerel mahkeme, davacının imzasını taşıyan ibranamede davaya konu işçilik haklarının tam olarak ödendiğinin belirtilmiş olduğu gerekçesiyle isteklerin reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, ibranamenin düzenlendiği tarihten 12 gün sonra davacının banka hesabına "tazminat avansı" açıklamasıyla 12.600.000.000 TL.

tutarında bir paranın yatırılması noktasından hareketle farklı bir sonuca ulaşmıştır. Nitekim, uyuşmazlık konusu olayda, davacı işçi, kendisine ibranamenin imzalatıldığı tarihte hiçbir ödeme yapılmadığı ve daha sonra banka hesabına belirtilen miktarın yatırıldığı iddiasındadır. Buna karşın davalı işverence, ibranameden 12 gün sonra yapılan ödemenin nedeni açıklanmış değildir. Yargıtay, "...Yapılan bu açıklamalara göre, ibranamede her türlü hakların ödendiği yazılı olmasına rağmen sonradan yapılan ödeme çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Bu noktada salt ibranameye değer verilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Davalı işverenin muhasebe kayıtları ile ticari defterler üzerinde inceleme yapılarak, ibranamede bahsi geçen davaya konu işçilik haklarının ödenip ödenmediği araştırılmaktadır. Şayet anılan işveren kayıtlarına göre ibranamede belirtilen ödemelerin yapılmamış olduğu belirlendiği takdirde yapılan ödemenin 12.600.000.000 TL. ile sınırlı olduğu kabul edilmek ve buna göre davaya konu tazminat ile izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. İbramede yazılı tutarların ödendiği belirlendiği takdirde şimdiki gibi isteklerin reddine karar verilmelidir. Eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalıdır"<sup>78</sup> sonucuna ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu kararını son derece yerinde görmek gerekir. Gerçekten, işverenin fesih tarihinde işçinin tüm alacaklarını ödediğini ileri sürmesine karşın, daha sonra işçinin hesabına para yatırması çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

#### 4. İbramede Çelişki Konusundaki Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

İbramenin kendi içinde tutarsızlığı ve yine ibranamenin ödeme belgeleriyle çelişmesi durumunda, ibranamenin geçersiz sayılması yönündeki yargı kararları yerinde görülebilir de, ibranamenin işverenin savunmasıyla çelişmesine ilişkin yargı kararlarını tartışılabilir buluyoruz. Gerçekten, işveren veya vekilinin başka bir savunma yapmaması ve sadece ibranameye dayanması durumunda, işçinin alacaklarını aldığı kabul edilecektir. Buna karşılık, işveren veya vekili, örneğin fazla çalışmaların ödendiğini belirten bir ibranameye rağmen, "işyerimizde fazla çalışma yapılmamaktadır" şeklinde bir savunma yaptığında, bu durum çelişkili buluna-

çak ve ibraname geçersiz sayılacaktır. Kanımızca böyle bir savunma yapılmış olması, her zaman ibranamenin gerçeğe uygun olmadığını olduğunu göstermez. Dolayısıyla, Yargıtay'ın yaklaşımının isabetli olmadığı kanısındayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında konu ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 398 vd; aynı yazar, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, İstanbul Barosu yay., 2006, 49 vd. Borçlar Kanunu Tasarısı bu çalışmamızın dışında tutulmuş, mevcut uygulamaya yansıtılmaya çalışılmıştır.
- 2 Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, 1607.
- 3 Y.9HD, 13.05.1997, E.1996/3755 K.1997/8805, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, Y.9HD, 16.2.2005,2004/13375 2005/4441, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 198.
- 4 Y.9HD, 16.2.2005, 2004/13375 2005/4441, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 198; Y.9HD, 24.02.1998, E.1997/21450 K.1998/2486, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 5 Y.9HD, 25.03.1997, E.1996/22738 K.1997/5916, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; benzer şekilde: Y.9HD, 19.6.2006, E. 2005/38056, K. 2006/17458, Legal İHD, 2006/12, 1506-1507; "...davacının ihbar ve kıdem tazminatı ile izin alacakları ibranameye dayanılarak reddedilmiş ise de, ibraname altına yazılan açıklama ile davacı yazı ile 5.218.360.000. TL'si ödendiğini açıklamış olup, bu şekilde miktarlı olan ibraname makbuz niteliğindedir" Y.9HD, 01.02.2006, E.2005/17965, K.2006/2028, Legal İHD, 2006/10, 657-658.
- 6 "...Dosyaya davalı işverence sunulan ibraname ekinde, ihbar ve kıdem tazminatı tahakkuk bordrosu bulunmaktadır. Davalı işverence anılan belgede 212.605.556 TL kıdem tazminatı, 55.141.333 TL ihbar tazminatı hesaplandığı görülmektedir. İbramede geçen ödemenin ihbar ve kıdem tazminatı yönünden bu miktarlarla sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Dairemizce, ibranamede miktar yazılı olması veya ibraname ekinde bu tür tahakkuk belgelerine yer verilmesi durumunda, ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir" (Y.9HD, 5.10.2004, 23719/22044, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 7 Y.HGK, 16.4.1997, 1997/9-86, 1998/339, Tekstil İşveren, Kasım 1998, 17-18.
- 8 Y.9HD, 13.05.1997, E.1996/3755, K.1997/8805, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 9 Y.HGK, 16.04.1997, E.1997/9-86 K.1997/339, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 10 Y.HGK, 5.6.1996, E.1996/9-290 K.1996/453, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 11 Y.9HD, 15.05.2001, 5601/8442, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 12 Y.9HD, 05.10.1993, 2285/14105, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 13 Y.9HD, 05.10.1993, 2285/14105, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 14 Y.HGK, 30.6.2004, E.2004/9-380, K.2004/401, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 15 Yargıtay eski kararlarında ibranamenin makbuz sayılması için maddi zarar ile ibranamede gösterilen tutar arasında açık oransızlığın bulunması gerektiğini kabul etmekteydi. Nitekim, Yüksek Mahkemeye göre; "...Davacı, olaydan takriben 9 yıl, ödeme ve ibraname tarihinden itibaren de takriben 7 yıl geçtikten sonra bu davayı açarak maddi ve manevi tazminat istemiştir. Bu talepte bulunurken sözü edilen ibranamenin makbuz niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Ancak bu tür olaylarda ibranamenin makbuz niteliğinde sayılabilmesi için içerdiği miktarın işçinin olay tarihine göre gerçekleşecek olan zararının çok altında olması başka bir ifade ile, olay tarihine göre gerçekleşen zarar ile ibranamedeki miktar arasında aşırı bir oransızlığın mevcut olması lazımdır. Böyle bir açık oransızlık mevcut değilse ibranameyi geçerli saymak gerekir...", "...Bu hususlar dikkate alınmaksızın takriben olaydan 9 yıl, ibranameden de 7 yıl sonra açılan bir davada söz konusu ibranamenin mücerret olarak makbuz niteliğinde kabulü ile hüküm kurulması isabetsizdir. Y.9HD, 28.11.1989, E.1989/7948, K.1989/10423". Yargıtay bir süre sonra bu kararlarından dönmüş ve farkın büyük olup olmadığına bakılmaksızın ibranameyi üzerinde yazılan miktarla sınırlı makbuz niteliğinde kabul etmiştir. Buna karşılık Yargıtay, 1993 yılından sonra vermiş olduğu kararlarında eski görüşüne dönmüş ve "açık oransızlık" ölçütünü yeniden aramaya başlamıştır.
- 16 Y.21HD, 7.2.2002 E.2001/9639, K.2002/833, Yargı Dünyası, Aralık 2002, Sayı:84, 90-91.
- 17 Y.21HD, 13.4.2004, 1580/3956.
- 18 Y.21HD, 2.4.2002, 2463/2773, İBD, C.76, 2002/3, 856.
- 19 Bunun yanında, Yargıtay, söz konusu ibranamenin düzenlenme zamanını da dikkate almaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme, iş kazası nedeniyle açılan tazminat davasında olaydan hemen sonra düzenlenen ibranamenin, o tarihte maluliyet ve kusur oranları konusunda, işçinin kesin bir fikir sahibi olmadığı gerekçesiyle, geçerli kabul edilmeyeceğine hükmetmiştir (Y.9HD, 6.3.1998, 396/3472, Tekstil İşveren, Mart 1999, 17-18).
- 20 Çelik, İHU, İş K.M.26 (No.89); aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 263-264.
- 21 Akın, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, 136.
- 22 Ekmekçi'ye göre; "...aslolan işçilik alacaklarının tam olarak ödenmesidir. Borcun açık oransızlık olmayacak bir bölümünün ödenmiş olması borcu tamamen ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte yalnız vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm hallerinden doğan maddi tazminat taleplerine ilişkin olmak üzere, hesaplamalarda uygulamada görülebilecek olan farklılıkların da göz önünde tutulması uygun olur. Bilindiği gibi, cismani zarar ve destekten yoksun kalma taleplerinde, tazminat hesabının unsurlarının tespitine ilişkin yerleşik ölçütler olmadığından, mahkemelerin takdirine göre birbirine yaklaşık ancak farklı rakamlar ortaya çıkabilmektedir. İşte ödenen miktar ile zarar miktarı arasındaki oransızlık, unsurların takdirine göre, mahkemeler arasında da tahammül edilebilecek bir farklılığı ifade ediyorsa bu ölçütü isabetli saymak gerekir" (Ekmekçi, İş

- Hukukunda İşçinin Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler, İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Bülteni, 1996/1, 22).
- 23 Y.9HD, 28.11.1989, 7948/10423; Y.9HD, 15.03.1988, 843/2990, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 24 Y.21HD, 29.4.2002, E.2002/3135, K.2002/3614.
- 25 Y.21HD, 12.2.2004, E.2003/11333, K.2004/1027, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 26 Y.9HD, 11.11.1997, 14340/18894, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 27 Y.9HD, 4.11.2004, 8374/24956, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 28 Y.9HD, 27.10.2004, E.2004/7559, K.2004/24429, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 29 Davacı iş akdinin feshinden sonra verdiği ibranamede ikramiye, fazla mesai ücreti ile diğer işçilik alacaklarını tek tek zikrederek tamamen aldığını ifade etmiştir. Bu durumda sözü edilen ibranameye itibar edilerek burada sözü geçen alacaklarla ilgili isteklerin reddine karar vermek gerekirken kabulü doğru değildir (Y.9HD, 25.4.2001, 4006/7055, YKD, C.29, Mayıs 2003, 710.)
- 30 Y.9HD, 16.2.2005, 2004/13375 2005/4441, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 198.
- 31 Y.9HD, 20.04.1998, E.1999/6600 K.1999/7560, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 32 Y.9HD, 03.07.1996, 3739/15303, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; Y.HGK, 18.11.1987, E.1987/9-424, K.1987/858, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 33 Y.9HD, 1.2.2005, 2004/8761 2005/2729, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 274-275.
- 34 Y.HGK, 4.6.1997, E.1997/9-258 K.1997/503, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 35 Y.9HD, 24.04.2001, 3951/6881, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr); "...Daha önce birinci bentte sözü geçen ibranamede davacı işçi açık biçimde 11 günlük ücret alacağını saklı tutmuştur. Böyle bir kaydı da kendi el yazısı ile yazarak koymuştur. Yine dosya içinde bulunan bordroda davacının imzası bulunmadığı için 11 günlük ücretinin ödendiği sonucuna varılamaz. Bu durumda ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır" (Y.9HD, 20.12.1999, 16567/19444, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 1249).
- 36 Y.9HD, 09.05.2002, E.2002/7965 K.2002/7378, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 37 Y.9HD, 09.05.1996, 8694/9984, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 38 Y.9HD, 15.2.1999, E.1998/19727, K.1999/2077, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 39 Y.9HD, 5.10.1992, 3245/10789, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 40 Y.9HD, 17.3.2004, E.2003/15376, K.2004/5288, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 41 Y.9HD, 15.4.2004, 103/8524, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 42 Y.9HD, 21.10.1999, 13073/16177, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; "25.6.1997 tarihli istifa dilekçesinin altına yazılıp imzalanan genel nitelikteki hiç bir alacağın kalmadığına dair belge, dava konusu genel tatil, fazla çalışma ücret alacaklarını kapsamadığından bu belgeye dayanılarak anılan alacak isteklerinin reddedilmesi hatalıdır. Bilirkişi tarafından düzenlenen raporda davacının fazla mesai, genel tatil ve ulusal bayram çalışma ücretleri hesaplandığına göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalıdır" (Y.9HD, 02.05.2001, 4626/7670, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 43 Y.HGK, 4.10.2000, E.2000/9-1214, K.2000/1214, İBD, C.76, 2002/4, 982-984; bkz. M. Şengül, İbramenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları, Legal İHD, 2006/10, 600-601.
- 44 Hükme dayanak alınan kusur raporundaki davalı M.Ç.'nin %37,5 oranında iş kazasının oluşumunda kusurlu olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan, davalılar arasında yapılan özel sözleşmede öngörülen hükümler, davalıların iç münasebetini düzenlediğinden davacıyı etkilemeyeceği açıktır. Başka bir anlatımla, davalı M.Ç.'nin kusuru gözönünde tutularak, buna göre hüküm kurulması gerektiği ortadadır. Bundan başka birçok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde "ibra" denir. İbramenin kural olarak işçiyi yapılmış olan ödeme ile sınırlı olarak bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için işçiyeye yapılan ödemenin miktar olarak ibranamede açıkça gösterilmesi koşuldur. Başka bir deyişle, işçiyeye yapılan ödemeyi belli etmeyen sözleşmenin işvereni borcundan kurtaran ibraname olarak nitelendirmeye olanak olmadığı açık seçiktir. Kuşkusuz, işverenin işçiyeye yapmış olduğu ödemeyi 1475 sayılı Yasa'nın 30. maddesi çerçevesinde ispat etmesi durumunda, taraflar arasında yapılan akdin ibraname niteliğini kazanacağı ve tazminat hesabında, işveren tarafından kanıtlanan miktarın değerlendirileceği söz götürmez. Somut olayda, ibraname olarak değerlendirilen belge, yukarıda açıklanan nitelikte olduğundan, giderek işçiyeye yapılan miktar açıkça gösterilmediğinden, ibraname olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir (17.03.1998, E.1998/1519 K.1998/1870, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 45 Y.21HD, 24.6.2003, E.2003/6207 K.2003/6096, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; belirtmek gerekir ki, ibraname miktar içermemekle birlikte, buna ekli ödeme makbuzları söz konusu ise, tüm bu belgeler birlikte değerlendirilerek sonuca gitmek gerekecektir. Nitekim, Yargıtayın da bu yolda bir kararında "...Davacının iş kazası sonucu uğramış olduğu zarara karşılık işveren tarafından düzenlenen 8.10.1993 tarihli "ibraname" başlıklı belge ve onun eki makbuzla davacı işçiyeye 800.000.000.-TL. ödendiği iddia edilmiştir. Bu miktar olay tarihi itibarıyla zararın çok üzerinde olması yanında; büyük miktardaki böyle bir ödemenin tacir olan işverenin defter ve kayıtlarında yer almaması da hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu halde davacı işçiyeye ödenen miktarın 80.000.000.-TL. olduğu şeklindeki mahkeme kararı yerindedir. Öte yandan, söz konusu belgenin 12.6.2000 tarihli bilirkişi raporunda yapılan saptama ile kısmi ifayı içeren makbuz

niteliğinde olduğu açıktır. Bu durumda yapılacak iş; ödeme tarihi olan 8.10.1993 itibarıyla anılan tarihteki veriler nazara alınarak, davacının maddi zararı belirlenip, ödenen miktarla (80.000.000.-TL.) arasındaki oran tespit edilerek; karar tarihine en yakın ücret artışları ve diğer veriler dikkate alınarak yeniden yapılacak hesaplama sonucu çıkacak maddi zarardan; en son bağlanan peşin sermaye değeri Kurumdan sorularak bildirilen miktar düşüldükten sonra kalan meblağdan yukarıda bulunan oran nispetinde indirim yapılmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın; Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına uygun olarak hazırlanmış 12.6.2000 tarihli ilk alınan hesap raporu dikkate alınmayarak; re'sen yapılan hesaplama usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. O halde, davalının temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır" (Y.21HD, 02.04.2002, 2463/2773, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

- 46 "...İşçinin işverence dayanılan ve mahkemeye sunulan ibra belgesindeki imzasının inkârı durumunda HUMK'un 309 ve ardından gelen maddeleriyle bu yönden uygulamada yerleşmiş kurallar gereğince inceleme ve araştırma yapılmalıdır (Y.9HD, 24.4.1974, 6214/7792, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 1986, 743).
- 47 Y.9HD, 8.2.1988, E.1987/12017 K.1988/834, Tekstil İşveren, Şubat 1989, 16.
- 48 Y.9HD, 29.05.2001, 6498/9027, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 49 Y.9HD, 28.1.1983, E.1992/6412, K.1993/999, İHD, Ocak-Mart 1993, 129.
- 50 Yüksek Mahkemeye göre, bu durumda yapılacak iş davacının fazla çalışma yaptığı, hafta ve genel tatillerde çalıştığı konusundaki deliller değerlendirilerek gerçekleştirilecek fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerine de hükmetmekten ibarettir. Y.9HD, E.1992/6412 K.1993/999, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 51 Y.9HD, 8.11.2004, 8622/25098, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 52 Yargıtaya göre; "...Öte yandan hizmet sözleşmesi 15.05.2002'de sona ermiştir. İbraname ise 31.03.2002 tarihlidir. İşçiden çalışırken alınan ibraname geçersizdir. Hal böyle olunca davacı isteklerinin bir değerlendirmeye tabi tutularak, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre hüküm altına alınması gerekirken davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y.9HD, E.2004/17310 K.2005/7218 T. 3.3.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 53 Keser, 108; Ürcan, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat, 808.
- 54 Ürcan, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat, 809.
- 55 Y.9HD, 03.05.2004, E.2003/23754 K.2004/10467, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 56 Y.HGK, 19.9.2001, E.2001/9-570 K.2001/592, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 57 Ürcan, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat, 809.
- 58 "...Dosya içeriğine göre bu ibranamelerin dikkate alınarak hüküm kurulması olanağı yoktur. Gerçekten, davacı zincirleme sözleşmelerle çalışmakta iken, evvelden hazırlanmış bulunan imzalı ibranameler doldurulup, işçinin çalışması sürdüğü halde kesin olarak ilişkisi kesilmiş gibi işleme konulduğu
- anlaşılmaktadır. Gerçeği yansıtmayan bu belgelere dayanılmaz. Davacı işçinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne bu konu ile ilgili yaptığı şikayet üzerine iş müfettişliğince düzenlenen raporda da davacının haklı olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu tespitlerin aksi ispat edilemediğinden gerçekleştirilecek hakların tahsiline karar verilmesi ve kıdem tazminatı adı altında daha önce bazı ödemeler yapılmış olduğu görüldüğünden bunların da kıdem tazminatından mahsubunun yapılması icab eder" (Y.9HD, 04.11.1996, E.1996/11034 K.1996/20443, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 59 Bkz. Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 147-150.
- 60 Y.9HD, 21.4.1998, 3170/7549, Tekstil İşveren, Mart 1999, 18-19.
- 61 Akı, 1998 Yılı Kararları, 40.
- 62 Y.9HD, 13.05.1997, E.1996/3755 K.1997/8805, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 63 Y.9HD, 20.4.1998, 5079/6864, www.yargitay.gov.tr.
- 64 Y.9HD, 14.04.1999, E.1999/5826, K.1999/7314 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 65 Y.9HD, 30.12.2003, 11173/23699, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 66 E. Özdemir, Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet, Legal İHD, 2005/5, 262-263.
- 67 Y.9HD, E.2001/1705 2001/7403 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 68 Y.9HD, 30.05.2000, 5999/7478, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, 226/09, Eylül 2000, 1273.
- 69 Bkz. Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 151-152.
- 70 Çil, 151-152; Y.9HD, 30.1.2003, E.:2002/12610, K.2003/942, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 71 Çil, 151'de anılan karar; Y.9HD, 24.10.2003, 4939/17956, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 72 Y.9HD, 18.3.1991, E.1990/12840 K.1991/6013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 73 Y.9HD, 2004/8761 2005/2729, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 274-275.
- 74 Y.9HD, 3.3.2005, 2004/17310-2005/7218, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 183.
- 75 Y.9HD, 25.05.1993, E.1992/14058 K.1993/8969, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 76 Y.9HD, 01.02.2001, E.2000/17474, K.2001/1646, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 77 Y.9HD 18.2.2002, E.2001/17562 - K.2819, İKİD, Aralık 2003, 2254.
- 78 Y.9HD, 15.06.2004, E.2003/19557, K.2004/14884, Çalışma ve Toplum, 2005/1, 271-272.

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Baskı Feshi

İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi çoğu kere onun özgür iradesine dayanır. Bununla birlikte bazı durumlarda, iş sözleşmesinin feshi, işveren istemese dahi, dışarıdan gelen baskıların etkisiyle gerçekleşebilir. İşte bu tür durumlarda baskı feshinden bahsedilmektedir. Baskı feshi, üçüncü kişinin, işverenden belirli bir işçinin iş sözleşmesini feshetmesini ciddi olarak istemesi; feshetmediği takdirde kendisi aleyhine bir takım olumsuz sonuçların doğacağını tehdit etmesi halinde söz konusu olur<sup>1</sup>. İşte, işyerinde çalışan diğer işçiler, sendika, müşteri ve işverenin ticari iş ilişkisi içerisinde bulunduğu çevreler, belirli olumsuz sonuçların doğacağını tehdit etmek suretiyle (örneğin, toplu fesih, birlikte çalışmaktan vazgeçmek, mal alım-satımı işini kesmek) işverenden belirli bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini talep ettiklerinde, bir baskı feshinden söz edilir<sup>2</sup>.

Baskı feshi, gerçek olmayan baskı feshi ve gerçek baskı feshi şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir.

Gerçek olmayan baskı feshinde, esasında işçinin mesleki veya kişisel yetersizliği ya da davranışları açısından geçerli ya da haklı fesih nedeni gerçekleşmiştir. Bir başka anlatımla, işverenin fesih hakkı doğmuştur. İş sözleşmesini feshedip feshetmemek işverenin takdirindedir<sup>3</sup>. Böyle durumlarda, feshin geçerliliği, işçinin davranışından veya yeterliliğinden kaynaklanan fesihlerin şartlarına tabidir<sup>4</sup>. Ancak belirtmek gerekirse, işçinin davranışı

ya da yeterliliğine ilişkin geçerli fesih nedeni ortaya çıktığında, işverenin üçüncü kişilerin isteği üzerine ilgili işçinin iş sözleşmesinin feshetmesi halinde, sırf üçüncü kişinin isteğiyle gerçekleştiğinden dolayı fesih geçersiz sayılamaz<sup>5</sup>.

Buna karşılık, gerçek baskı feshinde, işçi, geçerli ya da derhal fesih nedenini gerçekleştirmemiş; sırf üçüncü kişinin baskıları sonucunda iş sözleşmesinin feshi söz konusudur. Örneğin, HIV enfeksiyonu nedeniyle diğer işçiler, işverene ilgili işçinin işten çıkarılması için baskı yapmaktadır<sup>6</sup>. Her şeyden önce şu hususu vurgulamak gerekirse, sırf üçüncü kişi talep ediyor diye ilgili işçinin iş sözleşmesi kural olarak feshedilemez. Baskı feshi, ultima ratio olarak, ancak tamamen istisnai durumlarda mümkün olmalıdır.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, dar yorumlanması gereken aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde geçerli bir baskı feshi mümkün olur. Böyle bir durumda, baskı feshi, Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, işletme gereklerine dayalı fesih kapsamında mütalâa edilmektedir<sup>7</sup>. Doktrinde, baskı feshini, işçinin kendisinden kaynaklanan bir nedenden ileri gelmesi nedeniyle işçinin yeterliliğinden kaynaklanan fesih kapsamında değerlendirilen görüşler ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bu görüşüne karşı, ayrıca, işçinin çalışma yeri dolayısıyla işyerinde çalıştırılma imkânı ortadan kalkmadığından bahisle de karşı çıkılmaktadır<sup>9</sup>.

- Belirli bir işçinin işten atılması istenildiğinde, işveren hemen bu talebe uymamalı, ilk önce, ilgili işçiyi koruyucu olarak yanında yer almalı ve fesih istemine karşı tavrı almalıdır. İşverenin işçiyi gözetme yükümü, işverene ilk önce işçinin yanında yer alması yükümü yükler. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, kendisini bir iş için tevkil edene karşı, onun istediği işçiyi görevden el çektirmeyi taahhüt etmiş olması dahi, işvereni bu şekilde davranma yükümlülüğünden kurtarmaz<sup>10</sup>.

-İşveren, işçiye karşı yöneltilen suçlamaları aydınlığa kavuşturmayı denemelidir. Bu amaçla işçiye yöneltilen suçlamaları incelemelidir. Bu bağlamda gerekirse, işçiyi dinlemelidir. Ancak, işçinin dinlenilmesi, şüphe feshinden farklı olarak baskı feshinde geçerlilik şartı değildir<sup>11</sup>. Bununla birlikte tavsiyeye şayandır<sup>12</sup>.

- İşveren, mevcut ihtilafı, fesihten daha hafif çare ile çözmekle yükümlüdür. İşveren feshi önlemek amacıyla, baskı yapanların görüşünü değiştirmek için çaba göstermelidir. Gerekirse, baskı yapanlar ile ilgili işçi arasında arabulucuk yapmalı ve gerginliği gidermek için icabında işçiyi başka bir bölüme veya işyerine göndermelidir. Baskı işçilerden birinin HIV virüsü taşımasından kaynaklanıyorsa, işveren, diğer işçileri, işyerinde bu işçi ile birlikte çalışmakta dolaylı virüsün bulaşma tehlikesinin bulunmadığı konusunda aydınlatmalıdır<sup>13</sup>. Arabulucuk faaliyetinin yoğunluğu, işçinin işten çıkarılması isteğine dayanak gösterilen sebeplerin objektif bir bakış açısıyla haklı olarak görülebilip görülemeyeceğine bağlıdır<sup>14</sup>. Böyle bir baskının söz konusu olduğu durumlarda, işçi, işvereni onun açısından katlanılmaz aleyhe durumlardan kurtarmayı denemek zorunda olup, çalışma yeri değişikliğine rıza göstermeli, boyun eğmelidir<sup>15</sup>. İşverenin işçinin iş sözleşmesinin feshini önlemek için hiç bir şey yapmamış olması, tek başına feshin geçersizliği sonucunu doğurur<sup>16</sup>.

**Baskı feshi, işverene karşı yöneltilen zararlı sonuç tehdidini bertaraf etmeden yegâne çözüm ve imkân olmalıdır.**

**İşveren, kendi kusurlu davranışı ile baskı durumu oluşmasına sebebiyet vermişse, baskı feshine hiçbir şekilde izin verilmemektedir.**

İşte, ancak bu çabalardan sonra, fesih, işvereni tehdit eden ağır ekonomik olumsuzlukları önlemek için yegane çare olarak ortaya çıkmalıdır<sup>17</sup>. Bir başka anlatımla, arabuluculuk çalışmaları başarısızlıkla sonuçlanmış ve kendisine ya işçiyi işten çıkarmak ya da kendisi aleyhine doğacak ağır ekonomik zararları kabullenmekten başka bir seçenek kalmamışsa, işveren, iş sözleşmesini feshedebilecektir<sup>18</sup>. Baskı feshi, işverene karşı yöneltilen zararlı sonuç tehdidini bertaraf etmeden yegâne çözüm ve imkân olmalıdır. İşverenin, işçiye yöneltilen isnatları aydınlığa kavuşturmadan ve kendisine yapılan baskıları daha hafif tedbirler ile gidermeye çalışmadan iş sözleşmesini feshetme hakkı yoktur<sup>19</sup>.

Alman Federal İş Mahkemesi, ancak bu şartların gerçekleşmesi halinde, baskı feshine, işletme gereklerinde dayalı fesih altında izin vermektedir. Bununla birlikte, işveren, kendi kusurlu davranışı ile baskı durumu oluşmasına sebebiyet vermişse, baskı feshine hiçbir şekilde izin verilmemektedir<sup>20</sup>. Bu durum, örneğin, işçinin HIV virüsü taşıdığını işçilere veya diğer üçüncü kişilere duyurulmasında ve yayılmasında işverenin etkisinin olduğu durumlarda söz konusudur<sup>21</sup>. Bu tür durumlarda işçi de, işvereni aleyhine katlanılmaz sonuçlar doğuracak davranışlarda bulunmamakla, baskı yapanlar ile işveren açısından kabul edilebilir çözümün bulunmasına yardımcı olmakla; bu bağlamda işyeri değişikliği gibi iş sözleşmesinin değiştirilmesine onay vermekle yükümlüdür<sup>22</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Shleusener, A.A., Rechtsschutzmöglichkeiten bei einer Druckkündigung gegenüber dem Druckausübenden-Zugleich zum Recht am Arbeitsplatz als sonstigem Recht i.S. des § 823 I BGB, NZA 1999,sh. 107; Moll, W./Schulte, W.-D., Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 1. Aufl., München 2004, § 41, Rdnr. 111. Ayrıca bkz. Bredemeier, J./Neffke, R./Weizenegger, W. BAT/BAT-O, Bundesangestelltentarifvertrag, 2. Aufl., München 2003, Rdnr. 180.
- 2 Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Handbuch



- zum Kündigungsrecht, Köln 2005, Teil 1 Rz. 306; KR/Fischermeier, E. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, München 2004, § 626 BGB Rdnr. 204; Müller-Glöge, R., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., Hrsgb. Dieterich, T./Müller-Glöge, R./Preis, U./Schaub, G., München 2006, § 626 BGB Rdnr. 220; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München 2004, § 1 KSchG, Rdnr. 525; BAG, 18.9.1975, EZA § 26 BGB, Nr. 1; BAG, 10.12.1992, NZA 1993, sh. 593 = DB 1993, sh. 1371; BAG, 3.1.1996, NZA 1996, sh. 581 = DB 199, sh. 804.
- 3 Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 308; Shleusener, A.A., NZA 1999, sh. 1079; BAG, 26.1.1962, AP § 626 BGB, Druckkündigung, Nr. 8; v. Hoyningen-Huene, G. / Linck, R., § 1 KSchG Rdnr. 202 sh. 178; Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G., HaKo, § 1 Teil I F, Rz.698; BAG, 18.9.1975, EZA § 626 BGB, Nr. 1; BAG, 31.1.1996, NZA 1996, sh. 581 = DB 1996, sh. 804.
- 4 Müller-Glöge, R., Erfurter Kommentar, § 626 BGB Rdnr. 221.
- 5 BAG, 26.1.1962, § 626 BGB, Druckkündigung, Nr. 8; BAG, 18.9.1975, § 626 BGB, Nr. 10; Dorndorf, E./Weller, B./Hauck, F./Höland, A./Kriebel, V./Neef, K., Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 1KSchG Rdnr. 817.
- 6 Bkz. Lichtenberg, P./Schücking, P.: Stand der arbeitsrechtlichen Diskussion zur HIV-Infektion und Aids-Erkrankung, NZA 1990, sh. 46.
- 7 BAG, 18.9.1975, EZA § 626 BGB, Nr. 1; BAG, 19.6.1986, DB 1986, sh. 2498; BAG, 31.1.1996, NZA 1996, sh. 581 = DB 1996, sh. 804. Aynı görüş için bkz. Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G., HaKo, § 1 Teil I F, Rz.698; Moll, W./Schulte, W.-D., Münchener Anwaltshandbuch, § 41, Rdnr. 111; Bredemeier, J./Neffke, R./Weizenegger, W.: BAT/BAT-O, Rdnr. 184.
- 8 v. Hoyningen-Huene, G. / Linck, R., Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., München 2002, § 1 KSchG Rdnr. 205.
- 9 Bkz. Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., § 1 KSchG, Rdnr. 521.
- 10 BAG, 19.6.1986, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 39. Ayrıca bkz. KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 204.
- 11 Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 310; KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 207; v. Hoyningen-Huene, G. / Linck, R., § 1 KSchG Rdnr. 203; Moll, W./Schulte, W.-D., Münchener Anwaltshandbuch, § 41, Rdnr. 112; BAG, 4.10.1990, NZA 1991, sh. 468 = DB 1991, sh. 2599.
- 12 Schiefer, B.: Betriebsbedingte Kündigung - Kündigungsursache und unternehmerentscheidung, NZA-RR 2005, sh. 9.
- 13 Berkowsky, W.: Die personenbedingte Kündigung- Teil I, NZA-RR 2001, sh. 404.
- 14 KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 207.
- 15 BAG, 11.2.1960, NJW 1960, sh. 1269; BAG, 16.12.1960, NJW 1961, sh. 896. Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 310; KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 208.
- 16 BAG, 18.9.1975, AP § 626 BGB, Druckkündigung, Nr. 10; BAG, 19.6.1986 RZK I 8d Nr. 3.
- 17 BAG, 10.10.1957, AP § 626 BGB, Druckkündigung, Nr.1; BAG, 10.12.1992, AP Art. 140 GG, Nr. 41 = EZA § 611 BGB, Kirchlicher Arbeitnehmer, Nr. 38 = BB 1993, sh. 656 = DB 1993, sh. 1371 = NZA 1993, sh. 593.
- 18 KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 208.
- 19 Bredemeier, J./Neffke, R./Weizenegger, W.: BAT/BAT-O, Rdnr. 182.
- 20 BAG, 26.1.1962, AP § 626 BGB, Nr. 8; aynı görüş için bkz. Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 311; KR/Fischermeier, E. § 626 BGB Rdnr. 208; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., § 1 KSchG, Rdnr. 525; v. Hoyningen-Huene, G. / Linck, R., § 1 KSchG Rdnr. 204.
- 21 Lepke, A.: AIDS als Grund für eine Kündigung des Arbeitgebers, RdA 2000, sh. 92.
- 22 BAG, 18.9.1975, AP § 626 BGB, Druckkündigung, Nr. 10. Ayrıca bkz. Bredemeier, J./Neffke, R./Weizenegger, W.: BAT/BAT-O, Rdnr. 183.

**Av. Füsun GÖKÇEN**

Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası

**İki Soruda Ücretli İzin Hakkı**

“Güç kazanmak için çalışmaya ara vermek, yorgunluğunu gidermek, soluklanmak, istirahat etmek” Türk Dil Kurumu’nun Türkçe Sözlüğü’nde dinlenmenin tarifi bu şekilde yapılmakta. Bu bağlamda, işçilere işinde daha verimli olabilmeleri adına her yıl belirli bir süre dinlenmesi düşüncesiyle verilen bir hak Yıllık Ücretli İzin Hakkı.

Ücretli izin kavramına, uluslararası alanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 24. maddesi ile ILO’nun 1936 tarihli ve 52 sayılı Yıllık Ücretli İzinler Sözleşmesi’nde rastlıyoruz. Avrupa hukukunda ise, her işçinin dört haftalık yıllık ücretli izin hakkından faydalanacağı 23 Kasım 1993 tarihli Yönergenin 7. maddesinde hükme bağlanmıştır<sup>1</sup>. Türk hukukunda ise, izin hakkı ilk defa, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile gazetecilere tanınmıştır. 1982 tarihli Anayasamızın 50. maddesinin III. ve IV. paragraflarında 1961 Anayasası’na paralel bir düzenleme getirilerek dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu ifade edilmiş ve konu ile ilgili olarak kanunla düzenlemelerin yapılması öngörülmüştür. Bu hükümden hareketle, Ücretli Tatiller ve Yıllık Ücretli İzin konusu 4857 sayılı İş Kanunu’nun 46. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İşverenin yıllık izin süresince işçiye ücretinin bağışlandığı veya bir lütf olarak verildiği şeklinde düşünülmemesi gereken yıllık ücretli izin, anayasaca güvence altına alınan ve vazgeçilemeyen bir hak olarak mevzuatımızda yer almıştır. Yargıtay’ın 13.02.2002 T. ve 17459/2727 sayılı kararında “*Davanın açıldığı tarihte de çalışıp ça-*

*lışmadığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. Şayet davacı, çalışmasını sürdürmekte ise yıllık ücretli izin ücretini isteme hakkı bulunmamaktadır. Zira izin ücretini çalışırken aldığı kabul edilecek olursa, işçinin Anayasal hakkı olan dinlenme hakkından vazgeçme sonucu doğurur ki bunun kabulü mümkün değildir.*” denilmek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir<sup>2</sup>.

Aynı şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.07.2000 T. ve 2000/9-1079 E., 2000/1103 K. sayılı kararında özetle “...işçinin her hizmet yılına karşılık yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanılması gerekirse de işverenin yönetim hakkı sebebiyle işçilere yıllık izinlerini bir plan dahilinde vermesi gerektiğinden işveren, kimi zaman işçilerine yıllık ücretli izin kullandırmamaktadır. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmesi mümkün olmayan işçiye izninin ücretli olarak kullandırması zorunludur...Bu bakımdan işçi yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmiş olsa da bu hukuken geçerli olmaz...İşçinin paraya yıllık dinlenmeden daha çok önem vermiş olması, hatta yıllık iznini paraya satmış olması da Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi karşısında geçerli değildir...” denilmektedir<sup>3</sup>.

### **1- YILLIK ÜCRETLİ İZİN SÜRESİNDE GÖZ ÖNÜNE ALINACAK KISTASLAR NELERDİR?**

İşçinin işyerinde deneme süresi de dahil en az

bir yıl çalışmış olma şartı ilk koşuldur. Burada işçinin “işe başladığı” tarih bir yıllık sürenin başlangıcı için yeterlidir. Yıllık ücretli izin hakkının başlangıcı önceki hizmet yılında izin hakkının doğduğu tarihtir. Ücretli izin hakkı yalnız çalışılan tam yıllar için doğar, yıldan artan sürelerle orantılı olarak izin hakkı doğmaz ve ücretinin de ödenmesi gerekmez. Konu, Yargıtay 9. HD.’nin 23.09.1985 T. ve 5744/8323 ile 24.01.1991 T. ve 9621/518 sayılı kararlarında içtihat edilmiştir<sup>4</sup>.

Sürenin hesabında, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışması, işçi İş Kanunu kapsamında çalışmasa bile, birleştirilecektir. Ayrıca, bir işverenin yanında çıraklık sözleşmesine göre çalışan bir işçi, daha sonra aynı işyerinde çalışmaya devam ederse, çıraklıkta geçen süreler de bu hesapta göz önünde tutulacaktır<sup>5</sup>. Ancak, Yargıtay, emeklilik vs. nedenlerle ve işverenin ihbar, kıdem tazminatı ödemesiyle son bulan önceki iş sözleşmesine ait sürenin sıfırlandığını, hizmet bütünlüğü içinde yer almadığı ve hizmet bütünlüğü içinde yer almayan hizmet süresinin yıllık ücretli izin hakkının belirlenmesinde dikkate alınmayacağını belirtmektedir. Keza, Yargıtay 9. HD.’nin 13.05.1991 T. ve 451/8352 sayılı kararında özetle “*Davacının emekli olup kıdem tazminatını aldıktan sonra işyerinde çalışmasını sürdürmüş olması yeni bir hizmet akdine dayanır. Bu nedenle emeklilikten önceki süreye ilave edilerek kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hesabı yapılamaz. Emeklilikten sonraki çalışma süresi bir yılı doldurmadığına göre bu süre için kıdem tazminatına ve yıllık ücretli izine hak kazanamayacağından bu isteklerin reddine karar vermek gerekir*” denilerek, emeklilikten önceki sürelerle, emekli olduktan sonra aynı işyerinde geçen hizmet sürelerinin, izin süresinin hesabında birleştirilemeyeceği içtihat edilmiştir.

Mevsimlik ve kampanya işleri işin niteliğinden ötürü bir yıldan az sürdüğünden, bu işlerde çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanmaması tabiidir. Ancak, Yargıtay’ın 23.12.1991 tarihli mevsimlik işten, daimi işe geçen bir işçinin izin ücretinin hesabında, mevsimlik işte çalıştığı sürenin dikkate alınmaması şeklindeki kararı, son çalışmasına yıllık ücretli izin hükümleri uygulanan bir işçinin izin hakkı, İş Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın ge-

## Ücretli izin hakkı yalnız çalışılan tam yıllar için doğar, yıldan artan sürelerle orantılı olarak izin hakkı doğmaz ve ücretinin de ödenmesi gerekmez.

çirdiği süreler de dikkate alınarak hesaplanırken, aynı durumdaki bir işçinin mevsimlik işlerdeki çalışma sürelerinin hesaba katılmaması yasal düzenlemenin amacına uygun olmadığı düşüncesiyle doktrinde çok eleştiri almıştır<sup>6</sup>.

Özel okul öğretmenlerinin de, yaz aylarında tatil yaptıklarından bahisle eğer yönetici kadrosunda değillerse, yıllık ücretli izin haklarının olmayacağı tabiidir.

İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması sürenin hesabında önem arzetyecektir. Keza, kısmi süreli çalışmalarda da doktrinde çoğunluk görüşü, çalışılan günlerin dikkate alınması yönündedir<sup>7</sup>. İşçi kısmi süreli çalışmasında işgünlerinde işyerinde çalışmasını sürdürüyorsa, bu işçi de tam zamanlı çalışan işçi gibi yıllık ücretli izne hak kazanacaktır.

Aynı şekilde, işçinin iş sözleşmesi devam ederken, işverenin ölümü, şirket birleşmeleri yahut işyerinin başka bir işverene devrolunması halinde de bu işyerinde çalışan işçilerin ücretli izin hakları ortadan kalkmayacaktır. Yargıtay 9. HD.’nin, 17.03.2004 T. ve 15364/5271 sayılı kararında, yıllık izin ücretinden devralan işverenin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır<sup>8</sup>.

İş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilen ve İş Kanunu’nun 20. maddesine göre iş güvencesinden yararlanarak işyerine tekrar dönen işçinin, feshi ile tekrar işe başlama tarihi arasındaki süresi yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmalıdır. Zira, yargı tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinden, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin hiçbir kesintiye uğramadan aynen devam ettiğinin kabulü gerekmektedir<sup>9</sup>.

Ayrıca, kanun koyucu, işçinin salt dinlenme hakkından faydalanmasını amaçladığından, yıl içerisinde işveren tarafından verilmiş bulunan ücretli/ücretsiz izinler ile hastalık izinlerinin yıllık izin-

den indirilemeyecek, izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri de izin süresinden sayılmayacaktır. Aynı şekilde, işyerinde grev ve lokavt uygulaması esnasında yıllık iznini kullanan işçinin, izin süresine bu süreler eklenmeyecektir.

Ancak, kullanılmayan yıllık ücretli izin süresine ait ücret ödenirken izin süresine rastlayan hafta tatili günleri dahil edilmeyecek, izin süresi kaç işgünü ise sadece bu süreye ait ücret ödenecektir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 15.06.1998 tarih ve 8474/10306 sayılı kararında "... Bu dava ile davacı, karşılığı izin parasını talep etmekte olup mahkemece izin süresine rastlayan hafta tatili günleri de dahil edilmek suretiyle 21 gün üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Bu tür hesaplama hatalıdır. Gerçekten, davacıya bir yıllık bir dönem için kullandırılmadığına göre bir yıl boyunca davacının çalıştığı ve bunun sonucu olarak da 18 günlük izin süresine rastlayan hafta tatili ücretini de aldığı kabulü gerekir. Aksi halde anılan hafta tatili günleri için mükerrer ödemeye yol açılmış olur ki böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir." denilmek suretiyle uygulamaya açıklık getirilmiştir.<sup>10</sup> Keza, Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.1998 Tarih ve 9-605/622 sayılı kararı da aynı yönde hüküm ifade etmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde çoğunlukta olmamakla birlikte, iznini kullanan işçiyle kullandırılmayan işçi arasında eşitsizliğe yol açmak düşüncesiyle, işçinin kullandırılmayan izin sürelerinin her 6 işgünüden sonraki bir günün hafta tatili olarak ücretinin ödenmesi gerektiğini benimseyenler de vardır<sup>11</sup>.

Ayrıca, toplu iş sözleşmeleri ile kanunun üstünde izin süreleri kararlaştırılmış ise, taraflar artık, bu izin süresine hafta tatili, genel tatil ve ulusal bayram günlerinin eklenmeyeceği hususunda anlaşmaya varabilirler<sup>12</sup>.

Yeni Kanunda izin süreleri, uluslararası normlara yaklaştırabilmek amacıyla, ikişer gün artırılmış, 18 yaşın altındaki gençlerle 50 ve daha yukarı yaşlardaki işçilere 20 günden az ücretli izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, yeni düzenleme-

de eski hükümden farklı olarak "beş yıl dahil" ibaresine yer verilerek kıdemi beş yılı aşan altı yılı doldurmamış işçilerin izin süreleri konusunda açıklık getirilmiştir.

İş Kanunu'nun 55. maddesinde bir yılın dolmasında çalışılmış gibi sayılan süreler belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak, çalışılmayan cumartesi gününün de çalışılmış sürelerden sayılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Yıllık ücretli izinde, işçiyi daha çok dinlendirmek amaçlandığından, Kanunda yıllık iznin bölünmezliğinin, ancak tarafların anlaşmasıyla sağlanabileceği, bunun da bir bölümünün 10 günden az olmamak kaydı ile en fazla üçe bölünebileceği kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Ancak Yargıtay 9. HD'nin kullanılan yıllık izin 10 günden aşağı olsa da bu sürelerin izin ücreti alacağından düşülmesi gerektiğine dair pek çok kararı mevcuttur.

## 2- İZİN ÜCRETİNDE GÖZ ÖNÜNE ALINACAK KISTASLAR NELERDİR?

İşçinin izin ücretinden faydalanabilmesinin ilk koşulu, iş sözleşmesinin feshidir. Fesihte işçinin ya da işverenin haklı/haksız olması bir önem arz etmeyecek, sadece izin ücretini talep eden işçinin izne hak kazanıp bunu kullanmaması aranacaktır. İzin ücretini hak eden işçinin sadece fesih yoluyla bu ücrete hak kazanacağı, yeni yasa ile açıklığa kavuşturulmuştur. Eski yasa döneminde doktrinde tartışmalara neden olan bu konu, İş Kanunu'nun 53. maddesinde "Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez" demek suretiyle, işçiye iş sözleşmesi devam ederken kullanmadığı izin ücretini isteme seçeneğini ortadan kaldırmıştır. Yargıtay 9. HD.'nin 23.12.2002 T. ve 26577/24631 sayılı kararında da bu durum, "...Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079-1103 sayılı kararı ile de benimsenen ve öğretisi tarafından da kabul edilen Dairemiz uygulamasına göre; yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından fesbi veya işçinin ölümü ile izin ücretine dönüşmektedir. İşçi hizmet akdi devam ederken kullanmadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yolu ile alamaz." denilmek suretiyle teyit edilmiştir.

## Yıllık ücretli iznin verildiğini işveren kanıtlamak durumundadır.

Yıllık izin ücretinin hesabında her bir dönem için hak kazanılan izin sürelerinin, ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay 9. HD'nin 30.01.2002 T. ve 2001/16766 E., 2002/1701 K. sayılı kararında "...izin ücretinin 1475 sayılı Yasanın 49. maddesine aykırı şekilde fazla hesaplanması da bozma nedenidir. Zira ilk beş yılın izin süresi yılda 12 gün, bu süreden sonraki çalışmalar için yılda 18 gündür, mahkemece tüm süre için yıllık 18 gün üzerinden izin ücreti hesaplanması hatalıdır." denilmek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir. Ancak, izin süresinin ücreti, iznin kullanılmadığı yıllara ait ücret üzerinden değil, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki son ücret üzerinden hesaplanarak ödenir. Yargıtay'ın konuyla ilgili olarak vermiş olduğu ve istikrar kazanan kararlarında izin ücretinin giydirilmiş ücretten değil, çıplak ücretten hesap edileceği hükme bağlanmıştır.

İş sözleşmesinin feshiyle muaccel hale gelen izin ücreti alacağı, işçinin kendisi tarafından talep edilebileceği gibi, ölümü halinde kanuni varisleri tarafından da talep edilebilir.

"Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi için de kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir." hükmünün yer aldığı İş Kanunu'nun 58. maddesi gereği, eğer işçi yıllık izin süresinde ücret almaksızın bir işte çalışırsa bu madde uygulanmayacaktır. Geri alınabilir ibaresinden de işverenin bu hakkını isterse kullanabileceği anlamı çıkmaktadır.

Ayrıca, yıllık ücretli iznin verildiğini işveren kanıtlamak durumundadır. İspat yükümlülüğü de ondadır. Yargıtay 9. HD. 05.02.1986 T. ve 12076/1206; 27.09.1993 T. ve 1787/13712 ve 18.02.2004 T. ve 13585/2727 sayılı kararlarında "Davacının yıllık izinlerini kullandığı izin defteri veya yazılı bir belge ile işveren tarafından kanıtlanmalıdır." denilmektedir.

Son olarak, yıllık ücretli izinde zamanaşımı 5 yıl

olup, Yargıtay 9. HD'nin 20.11.1997 T. ve 15366/19470, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2000 T. ve 2000/9-1079 E., 2000/1103 sayılı kararlarında belirtildiği üzere; "...bizmet akdinin feshi ile doğan yıllık izin ücreti alacağıının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir." denilmektedir.

Değişen günümüz şartlarında artık ülkemizdeki işçilerin ve ailelerinin de beklentileri bu değişime paralel olarak gelişmekte, dinlenme olgusu batı toplumlarındaki düzeyde olmasa bile belli düzeye geldiğinden, bu kesimde sadece ücret değil, dinlenme hakkını kullanmak istemektedir. Yıllık ücretli izin ve hafta tatilinin yanısıra, ulusal ve dini bayramların da tatil günlerinden sayılması, örf ve adetlerine son derece bağlı bir toplum olarak, işçilerimizi memnun eden diğer bir husustur.

### DİPNOTLAR

- 1 MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku sh.707.
- 2 TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:17, Sayı:4-5 sh.55.
- 3 İŞVEREN Cilt: XXXV, Sayı:2 sh.15.
- 4 TEKSTİL İŞVEREN, Sayı: 157 sh.17.
- 5 KILIÇOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Sh.441.
- 6 SOYER, İş ve Hukuk Dergisi, Cilt:II, Sayı:4 Sh.563.
- 7 AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin Sh.269.
- 8 KAMU İŞ, 2000 – 2005 Yargıtay Kararları, Sh.445.
- 9 SÜZEK, İş Hukuku, sh:650.
- 10 TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, Sh.50.
- 11 AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin Sh.400.
- 12 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Sh. 335.
- 13 GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2 Sh.1598.

## Hasip KURT

Arçelik A.Ş. Endüstriyel İlişkiler Yöneticisi

# Performans Yönetim Sistemi

## Genel Hatlarıyla Performans Yönetim Sistemi

Performans yönetim sistemi çalışanların performansının, potansiyellerinin ve gelişim ihtiyaçlarının düzenli olarak ölçülmesine ve değerlendirilmesine olanak sağlayan; sonuçları insan kaynakları uygulamalarında veri olarak kullanılan sistematik bir programdır.

İş görme süreci içinde çalışanın üretime kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi kendi performansını oluşturur. Birim zamanda harcadığı emek sonucu olarak ortaya çıkan üretim, çalışanın verimliliğini belirler.

Performansı yüksek olan çalışanın verimliliğinin de yüksek olması beklenir. Performans düzeyi, işçinin kendi çabasıyla ilgili bir konu olmasına rağmen, verimlilik düzeyi tek başına belirleyeceği bir sonuç değildir. Makine, donanım, teknoloji ve üretim ortamına bağlı çeşitli nedenler verimliliği düşürebilir ya da yükseltebilir.

Performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir neden oluşturabilmesi için, belirli objektif ölçütler konulması ve bunların işçi tarafından bilinmesi gereklidir. Performans modelinin, çalışanın başarısızlığını belgelendiren bir model olmaktan çok, çalışanları başarıya özendiren, onları ödüllendiren bir sistem olması gerekir.

### Performans Sisteminin Amacı:

- Çalışanın hem bireysel hem ekip içindeki performansını artırmak,
- Verimliliği ve kaliteyi yükseltmek,
- Çalışanın motivasyonunu artırmak,

- Çalışanın, iş hayatının devamına objektif bir sistemle karar vermek,
- Çalışma barışını korumaktır.

### Performans Sisteminin Özellikleri:

#### Basit olmalı!

- Anlaşılabilir bir değerlendirme skalası kullanılmaktadır.
- Basitçe hesaplama yapılan bir tekniği vardır.
- Kolay değerlendirilebilir form kullanılmaktadır.

#### Ölçülebilir olmalı!

- Sayısal değerlendirme yapılır.
- Gösterge ve yetkinlikler puanlandırılır.
- Hedefler ölçülebilmelidir.

#### Adil olmalı!

- İlk değerlendirme, çalışanın ilk amiri tarafından yapılır.
- Bir üst amirin onayı alınır.
- Çalışana bildirim yapılır. Çalışanla mutabakata varılır.

#### Esnek olmalı!

- Boyut ağırlıkları, işletme ve işin yapılış şekline göre değişkendir. Yapılan işe göre boyut belirlenir.
- Formun hedef kısmı tercihe bağlıdır.
- Değerlendirmeler yılda iki kez, şirketçe belirlenen tarihlerde yapılır.

#### Göstergeler:

**İş Bilgisi:** İşin gerektirdiği bilgi, beceri ve deneyim ile işle ilgili ekipman ve malzeme kullanımına vakıf olunmasıdır.

**İşin Kalitesi:** İşin standartlara uygun, tam ve gerektiği şekilde hatasız yapılmasıdır.

Performans yönetim sistemi; çalışanın başarısızlığını belgelendirmekten çok, verimliliğini artıran, başarıya özendirilen ve ödüllendiren bir sistem olmalıdır.

**Verimlilik:** Hizmet veya üretimdeki sürati ve çalışma temposuna uyumdur.

**Sorumluluk:** İşe bağlılığı ve işini benimsemesi, sorumluluk alma kapasitesi ve işi zamanında sonuçlandırması ile kullandığı malzeme, ekipman ve çevresine karşı gösterdiği özendir.

**Yönetmeliklere Uyum:** İşyeri kurallarına ve talimatlarına uyum, devamsızlık durumu, normal ve fazla mesailerde hazır bulunma, işyeri sağlık ve güvenlik şartlarına gösterdiği titizlik konularını içerir.

**Yetkinlikler:**

**Grup İçi/Gruplar Arası İşbirliği:** Ekip içi ve dışı çalışma arkadaşlarıyla birlikte hareket ederek işbirliği içinde verimliliğin artırılmasına katkı sağlar.

**İletişim ve Etki Yaratma:** Karşısındakileri dikkatle dinler, kendini etkili bir şekilde ifade eder. Çalışma arkadaşları ve amiri ile karşılıklı saygıya dayanan iyi ilişkiler kurar.

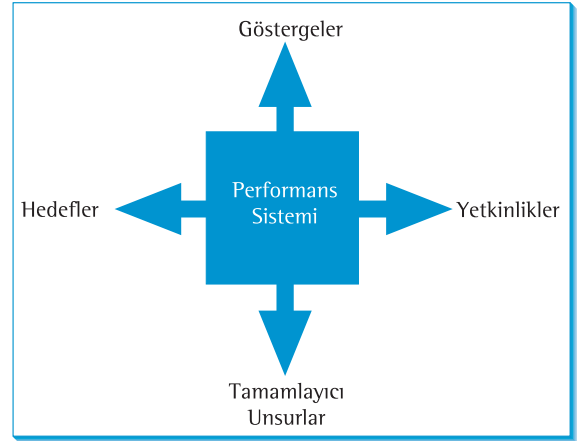
**Sonuç Odaklılık:** Amirinin yönlendirmesi doğrultusunda, gerektiğinde inisiyatif kullanarak yetkisi dahilinde hızlı bir şekilde etkin kararlar alır ve karşılaştığı engelleri aşarak sonuca ulaşır. Yetkisini aşan durumlarda ilgililere haber verir.

**Kendini ve Ekibini Geliştirme:** Yaptığı işin kalitesini, verimliliğini yeni fikirler üreterek iyileştirmeye, kendisini ve içinde bulunduğu ekipleri geliştirmeye gayret gösterir ve bilgiyi paylaşır.

**Hedefler**

• Çalışanın doğrudan sorumlu olduğu en fazla 3 hedef tespit edilir.

Performans Sisteminde Dört Ana Boyut Vardır



• Mevcut Durum, Hedef, Gerçekleşen Değer göz önüne alınarak puanlandırılır.

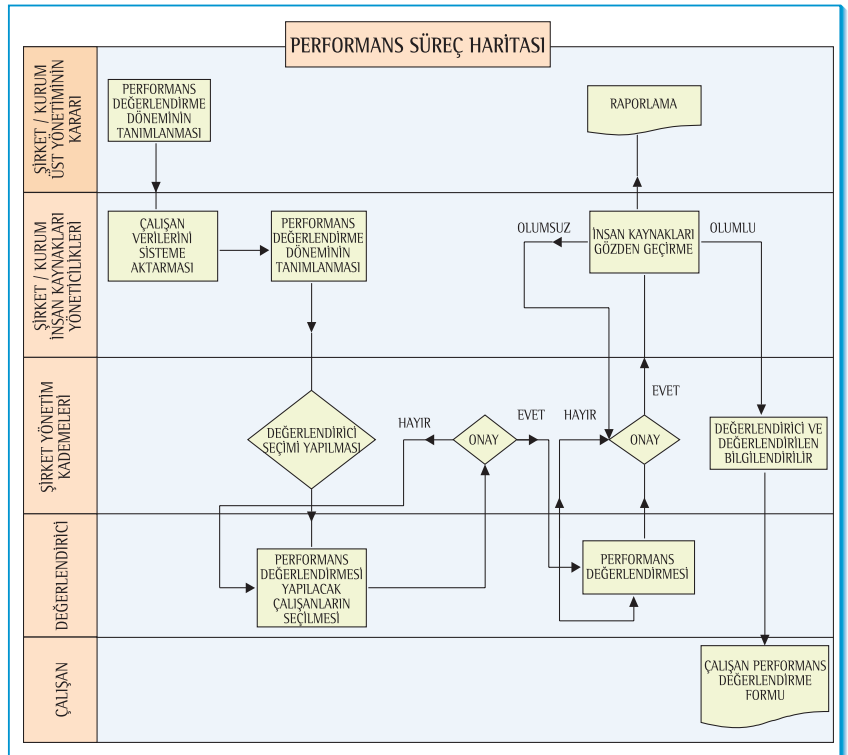
**Tamamlayıcı Unsurlar:**

- Devamsızlık,
- Uyarı,
- Ödül,
- Eğitim ve Öneriler

Belirlenen performans boyutlarına göre performans puanının hesaplanması;

Varsayalım ki işin gereği olarak; göstergeler, %60 oranında önemli olsun.

Performans Yönetim Sürecinin Başlatılması



Bu duruma göre;

Tablo 1: Göstergeler

% 60 GÖSTERGELER		DEĞERLENDİRME SKALASI					SOMUT ÖRNEKLER (1 ve 5 için)
		1	2	3	4	5	
İŞ BİLGİSİ	Boyutlara verilen puanların ortalaması alınır; bulunan ortalama boyut ağırlığı ile çarpılır.			3			
İŞİN KALİTESİ			2				
VERİMLİLİK			2				
SORUMLULUK			2				
YÖNETMELİKLERE UYUM			2				
GÖSTERGELER TOPLAMI			11				

Yukarıdaki tabloda her bir boyutun karşılığı için çalışanın yöneticisi tarafından 1 ile 5 arasında puan verilir. Puanların toplamı alınarak aritmetik ortalaması bulunur. Aritmetik ortalama belirlenen boyut ağırlığı ile çarpılarak boyut puanı bulunur.

#### Örnek;

İş bilgisi	: 3
İşin kalitesi	: 2
Verimlilik	: 2
Sorumluluk	: 2
Yönetmeliklere uyum	: 2
<b>Toplam</b>	<b>: 11</b>

Aritmetik ortalama;  $11/5 = 2,2 \times$  Boyut ağırlığı (%60)  $0,6=1,32$  puan.

Tablo 2: Yetkinlikler

% 40 GÖSTERGELER		DEĞERLENDİRME SKALASI					SOMUT ÖRNEKLER (1 ve 5 için)
		1	2	3	4	5	
Gruplararası İşbirliği	Boyutlara verilen puanların ortalaması alınır; bulunan ortalama boyut ağırlığı ile çarpılır.			3			
İletişim ve Etki Yaratma			2				
Sonuç Odaklılık					3		
Kendini Geliştirme				2			
GÖSTERGELER TOPLAMI			10				

Yetkinliklerin önemini de işin gereği olarak %40 kabul edelim.

#### Örnek;

Gruplar arası iş birliği	: 3
İletişim ve etki yaratma	: 2
Sonuç Odaklılık	: 3
Kendisini Geliştirme	: 2
<b>Toplam</b>	<b>:10</b>

Aritmetik ortalama;  $10/4 = 2,5 \times$  Boyut ağırlığı (%40)  $0,4=1$  puan.

Bu yöntemle oluşturulan puanlama, yetkinlikler

boyutu içinde yapıldıktan sonra diğer iki performans boyutu için 5'li skalaya göre belirlenen puanlar Performans değerlendirme formuna işlenerek genel değerlendirme yapılır.

### Performans Değerlendirme Formu

Dönem:		
Değerlendirilen:		
Bölümü:		
Görevi:		
Ham Puan: / Puan:		
Göstergeler		
Kriter	Performans Puanı	
İş Bilgisi	Gelişmeye Açık	
İşin Kalitesi	Başarılı	
Verimlilik	Başarılı	
Sorumluluk	Çok Başarılı	
Yönetmeliklere Uyum	Çok Başarılı	
Göstergeler Toplamı:		
Yetkinlikler		
Kriter	Performans Puanı	
Grup İçi / Gruplararası İşbirliği	Başarılı	
İletişim ve Etki Yaratma	Gelişmeye Açık	
Sonuç Odaklılık	Başarılı	
Kendini ve Ekibini Geliştirmeye	Çok Başarılı	
Yetkinlikler Toplamı:		
Hedefler		
Hedefler Toplamı:		
Tamamlayıcı Unsurlar		
Tamamlayıcı Unsurlar Toplamı:		
DEVAMSIZLIK, UYARI, ÖDÜL, EĞİTİM VE ÖNERİLER		
Uyarılar:		
Toplam Devamsızlık:		
Ödüller:		
İş Kazaları:		
Eğitimler:		
Verdiği Öneri Sayısı:		
Verdiği Öneri Detayı:		
Alınacak Eğitimler:		
Çalışan ile İlgili Düşünceler:		
Değerlendiren İmza	Yönetici İmza	Çalışan İmza

### Performans Notu

Performans Puanı	Performans Notu	Açıklama
5	A	Üstün Başarılı
4	B	Çok Başarılı
3	C	Başarılı
2	D	Gelişmeye Açık
1	E	Yetersiz

### Değerlendirme Sonuçları

“Yetersiz” puan alan çalışanlar yöneticileri tarafından performansları konusunda sözlü olarak uyarılır.

9 performans kriterinden bir değerlendirme dönemi içinde 5 veya daha fazla “Yetersiz” veya 2 dönem üst üste Performans Notu “Yetersiz” alan çalışanın iş akdi, yöneticisi ve İnsan Kaynakları Bölümü'nce gözden geçirilir.

Değerlendirme sonucu genel değerlendirmesi “Üstün Başarılı” çıkan çalışanlar şirket kuralları çerçevesinde ödüllendirilir.

Değerlendirme sonucu, terfi ve tayinlerde belirleyici olur.



Doç. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# 4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)

## T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2006/9-613

**Karar No** : 2006/644

**Tarih** : 11.10.2006

### ÖZET

Çalışma koşullarının hukuki temelleri; Anayasa, yasa hükümleri, toplu iş sözleşmesi ve işverenin yönetim hakkıdır. Taraflar yapacakları değişiklik sözleşmesi ile emredici yasa hükümlerine ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik gerçekleştirebilirler. İşveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin edimini tür, yer ve zaman olarak şekillendirebilir.

1475 sayılı Kanunda çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı özel olarak düzenlenmemekle birlikte, işverence çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirildiği hallerde, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı tanınmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu ise çalışma koşulla-

rında esaslı değişiklik olması durumunu 22. maddesi ile özel olarak düzenlemiş ve bir prosedüre bağlamıştır.

1475 sayılı Kanun zamanında yapılan iş sözleşmelerinde, çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutan kayıtların, 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmayacağına ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, bu kayıtlar geçerli olacaktır. Bununla birlikte iş sözleşmelerindeki bu tür değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Bu bağlamda işyeri değişikliği, iş, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından değişiklik getirmedikçe geçerli olmaktadır.

Somut olayda; davalı şirketçe, geçerli değişiklik kaydına istinaden İstanbul'da aynı şartlar ve unvan ile işe başlaması istenmesine rağmen, işe başlamayan davacı işçinin iş akdinin feshi, haklı bir fesih olup, davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir.

### KARAR

1- Taraflar arasındaki "alacak" davasından

dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ankara On-dördüncü İş Mahkemesi)'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.12.2004 gün ve 2003/1354 E.2004/1328 K. sayılı kararın incelemesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 09.11.2005 gün ve 4540-35429 sayılı ilamı ile; (...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava iş sözleşmesinin haksız feshinden doğan tazminat ve alacak davasıdır.

Mahkemece istekler kısmen hüküm altına alınmış, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı dava dilekçesinde, Ankara'daki davalı işyerinde yazılım uzmanı olarak çalışırken İstanbul'daki işyerine gönderildiğini, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince bu değişikliği kabul etmeyince iş sözleşmesinin aynı Kanununun 25/2-g maddesi gereğince feshedildiğini ifade etmiştir.

Davalı işveren işçinin işyerini aralarında yapılmış iş sözleşmesinin beşinci maddesine göre her zaman değiştirebileceğinden söz ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece nakil eyleminin 22. maddeye aykırı olduğu kabul edilmiş, kıdem ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarına hükmedilmiştir.

Uyuşmazlık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin somut olaya uygulanma şeklinin yorumundan kaynaklanmaktadır.

Söz konusu maddeye göre yapılan fesihler öğreti ve yargı kararlarında yetkisizlik adıyla değişiklik fesihleridir.

İş sözleşmesinde çalışma koşullarının değiştirilmesinin saklı tutulması ise saklı tutma kayıtlarıdır. Genişletilmiş yönetim hakkı da denilebilir.

Değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Başka bir anlatımla yargısal denetime tabidir. Söz konusu kayıtlar dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.

Öte yandan değişiklik kayıtları 1475 sayılı Kanun zamanında düzenlenmiş olsa ve 4857 sayılı Kanun zamanında fesih olması durumunda da bu kayıtlar geçerlidir. 4857 sayılı Kanunun

önceki kanun zamanında yapılan sözleşmelere uygulanması gerekeceği hakkında özel bir madde bulunmamaktadır.

Somut olayda, iş sözleşmesi 01.11.2002 tarihinde yapılmıştır. Sözleşmenin beşinci maddesine göre, "Şirket, işlerinin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara'da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde ve dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabilir."

Bu bir değişiklik kayıdır.

Şirket genel merkezi(nin) İstanbul'da faaliyet göstereceği gerekçesi objektif bir gerekçedir. Dürüstlük kuralına aykırı bir değişiklik de bulunmamaktadır.

18.09.2003 tarihinde yapılan fesih, haklı bir fesihtir. Değişiklik kaydı fesih tarihinde de geçerlidir. Kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı vekili.

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

Dava, iş sözleşmesinin haksız feshinden kaynaklanan işçilik alacakları davasıdır.

Davacı, davalıya ait Ankara'da bulunan işyerinde yazılım uzmanı olarak çalışmakta iken, şirket merkezinin İstanbul'a taşındığı gerekçesi ile, İstanbul'daki yeni işyerinde göreve başlamasının istendiğini, kendisinin yapılmak istenen bu uygulamanın iş koşullarında esaslı değişiklik oluşturduğunu belirterek kabul etmediğini bildiren bir ihtarname çektiğini, işverence süresinde işe başlamadığı gerekçesi ile iş akdinin ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedildiğini savunarak, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, resmi ve dini tatil ücreti ile yıllık ücretli izin alacağını talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacı ile aralarındaki iş sözleşmesinin 5. maddesinde davacının Türkiye'nin her yerinde çalıştırılabileceği kaydının bulunduğunu, Ankara'da bulunan şirketlerini İstanbul'a taşıdıklarını, Ankara'da davacının çalışabileceği

şirketlerine ait herhangi bir işyerinin de kalmadığını, davacının süresi içinde İstanbul'daki işyerinde işe başlamadığını, bu nedenle iş akdinin feshinin haklı olduğunu ileri sürerek, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemece yapılan nakil olgusunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine aykırı olduğu kabul edilerek bir kısım işçilik alacaklarına hükmedilmiştir.

Özel Dairece; şirket genel merkezinin İstanbul'da faaliyet göstereceği gerekçesinin objektif bir gerekçe olduğu, dürüstlük kuralına aykırı bir değişikliğin de bulunmadığı, iş akdinin feshinin haklı olduğu sonucuna varılarak; ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerektiği belirtilerek karar bozulmuş; mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Hemen belirtelim ki, genel anlamda çalışma koşulları iş görme ediminin ifa edileceği, iş ilişkisinin tabi olduğu tüm koşulları ifade eder. İşin ifa yeri, ifa zamanı, ücret, çalışma süreleri, yıllık ücretli izin süreleri gibi işin ifa sürecine ilişkin hususlar çalışma koşullarını oluştururlar (Prof. Dr. Münir Ekonomi, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.158).

Çalışma koşullarının hukuki temelleri; Anayasa, yasa hükümleri, toplu iş sözleşmesi ve işverenin yönetim hakkıdır. Taraflar yapacakları değişiklik sözleşmesi ile emredici yasa hükümlerine ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olmak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik gerçekleştirebilirler. İşveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin edimini tür, yer ve zaman olarak şekillendirebilir. (Prof. Dr. Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s.43 vd.)

1475 sayılı Kanunda çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı özel olarak düzenlenmemekle birlikte, işverence çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirildiği hallerde, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı tanınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu ise çalışma koşullarında esaslı değişiklik olması durumunu 22. maddesi ile özel olarak düzenlemiş ve bir prosedüre bağlamıştır.

1475 sayılı Kanun zamanında yapılan iş sözleşmelerinde, çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutan kayıtların, 4857 sayılı Kanu-

nun yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmayacağına ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, bu kayıtlar geçerli olacaktır. Bununla birlikte iş sözleşmelerindeki bu tür değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Bu bağlamda işyeri değişikliği iş, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından değişiklik getirmediğiçe geçerli olmaktadır. Öğreti görüşleri ve Yargıtay uygulamaları da ilke olarak bu merkezdedir.

Buna göre, işyerinin değiştirilmesine ilişkin bu tür kayıtlar kural olarak geçerlidir.

Somut olayda davacı, davalıya ait işyerinde 24.03.2000 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Değişiklik kaydı içeren sözleşme ise 01.11.2002 tarihinde düzenlenmiştir. Bu hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde, "şirketin işlerin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara'da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde veya dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabileceği" yönünde kayıt bulunmaktadır. Bu kayıt geçerli olduğu gibi, şirket merkezinin şirket yönetim kurulunca alınan 04.08.2003 tarihli kararla Ankara'dan İstanbul'a taşınması objektif bir gerekçe olup, emredici normlara ve hakkaniyete aykırı bir durum söz konusu değildir. Bu atamanın dürüstlük kuralına da aykırı olarak yapıldığı yönünde dosyada bir delil bulunmamaktadır.

Bu itibarla; davalı şirketçe, geçerli değişiklik kaydına istinaden İstanbul'da aynı şartlar ve unvan ile işe başlaması istenmesine rağmen, işe başlamayan davacı işçinin iş akdinin feshi, haklı bir fesih olup, davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir.

Bu durumda, 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

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince (BOZULMASINA), istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 11.10.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. OLAY

**A.** Davaya konu olayda davacı işçi, davalı işverene ait işyerinde 24.03.2000 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Karar metninden net olarak anlaşılacakla birlikte taraflar arasındaki sözleşme 01.11.2002 tarihinde yenilenmiş ve bu sözleşmenin 5. maddesinde “Şirket, işlerinin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara’da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde ve dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabilir” hükmü ile işveren işçinin işyerini değiştirme yetkisini saklı tutmuştur.

Davalı işverenin Ankara’daki işyerinde yazılım uzmanı olarak çalışmasını sürdüren davacı işçinin işyeri, şirket merkezinin İstanbul’a taşındığı gerekçesi ile değiştirilmek istenmiş; davacı bu uygulamanın iş koşullarında esaslı değişiklik oluşturduğu gerekçesi ile değişikliği kabul etmemiştir. Davalı işveren ise, iş sözleşmesinin 5. madde hükmü ve buna dayalı olarak yaptığı işyeri değişikliği talebine rağmen süresinde işe başlamayan işçisinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II-g hükmüne göre ihbarsız ve tazminatsız fesih etmiştir.

Bu gelişme üzerine davacı işçi, feshin İş K. m. 22 hükmüne aykırı olduğu gerekçesi ile İş K. m.17 vd. yer alan hükümlere dayalı olarak işveren aleyhine dava açmış, yerel mahkeme de bir kısım işçilik haklarına hükmetmiştir.

Yerel mahkeme kararının temyizi üzerine Yargıtay 9. H.D. bu kararı bozarak, feshin haklılığı sonucuna varmış; kararın gerekçesinde “... şirket genel merkezinin İstanbul’da faaliyet göstereceği gerekçesinin objektif bir gerekçe olduğu; dürüstlük kuralına aykırı bir değişikliğin bulunmadığını” belirterek feshin haklı olduğuna; dolayısıyla yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir.

Yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine, direnme kararı davalı işverence temyiz edilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, direnme kararını, özel dairenin ortaya koyduğu gerekçelere benzer hususları ortaya koyarak bozmuş; feshin haklılığına ve davacının işçilik haklarına ilişkin taleplerinin reddi gerektiğine karar vermiştir.

**B.** İncelenecek karar, tespit edebildiğimiz kadarı ile iş sözleşmesinde işverene tanınan değişiklik yapma yetkisi-değişiklik kaydı-açısından 4857 sayılı Kanun döneminde Hukuk Genel Kurulu tarafın-

dan verilmiş ilk karar olması ve Hukuk Genel Kurulu’nun, daha önce 9. H.D. tarafından kullanılmayan bazı ölçütler getirmesi bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca karar, 4857 sayılı Kanun’dan önceki dönemde iş sözleşmelerine konulan değişiklik kayıtlarının, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki durumunu ortaya koyması yönünden dikkat çekicidir.

## 2. GENEL OLARAK

**A.** Karar incelememizde öncelikle işverene tanınan “çalışma koşullarında değişiklik yapma” yetkisini saklı tutan kayıtların geçerliliği ve bağlayıcılığı ele alınacak; bunun sonrasında da bu kayıtların uygulanma koşullarına değinilecektir. Kararla bağlantılı olması sebebiyle İş K. m. 22’de yer alan “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” üzerinde durulacak ve hükmün değişiklik kayıtları ile ilişkisi incelenecektir. Ayrıca iş sözleşmesinde eski kanun döneminde düzenlenen kayıtların, 4857 sayılı Kanun dönemindeki durumu da değerlendirilecek; böylece incelemeye konu karar hakkında kişisel görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

**B.** Ekonomik ve teknolojik değişimlere bağlı olarak uygulamaya konulan yeni üretim tekniklerinin çalışma yaşamını ve dolayısıyla iş hukukunu etkilememesi mümkün değildir. İşletmeler rekabet güçlerini artırmak ve daha verimli hale gelebilmek için tüm üretim araçlarını ve bu arada işgücünü daha esnek bir biçimde kullanmak istemektedirler. Değişen piyasa koşullarına uyum sağlamak ancak daha esnek düzenlemelerle mümkün hale gelmekte; iş ilişkisi kurulurken öngörülemeyen ancak sonradan ortaya çıkabilecek sorunlarla, esnek hükümler sayesinde başa çıkılabilmektedir<sup>1</sup>.

Özellikle, belirsiz süreli iş sözleşmeleri kurulurken ekonomik ve teknolojik gelişmeleri önceden görmek mümkün olmadığından, gelecekte olabilecek değişimlere başlangıçta kararlaştırılan koşulların uyarlanabilmesi büyük önem taşımakta ve taraflara tanınan değişiklik yapma yetkisi sayesinde, işçi-işveren ilişkilerinde emredici kurallar ve katı düzenlemeler yerine, taraf iradelerine öncelik tanınarak çalışma koşullarının değişen şartlara kolay, hızlı ve esnek biçimde uyumunun sağlanmasına çalışılmakta; bu anlamda iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisini saklı tutma kayıtları önemli bir fonksiyon ifa etmektedir<sup>2</sup>.

## Değişikliği saklı tutma kayıtları 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hemen tüm kesimlerce geçerli ve bağlayıcı kabul edilmiştir.

Uygulamada, iş sözleşmesi yapan tarafların, çalışma yaşamının doğasından kaynaklanan ve beklenmedik durumlara sözleşmenin uyumunu sağlamak, ayrıca sözleşmeyi sona erdirmeksizin ayakta tutabilmek için sonradan değişiklik yapma hakkını saklı tuttukları sıkça rastlanan bir durumdur. Belirtilen uygulamaya eski 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, yeni 4857 sayılı Kanun döneminde de sıklıkla başvurulduğunu söylemek mümkündür. Aslen karar incelememize konu olayda da, 1475 sayılı Kanun döneminde taraflarca iş sözleşmesine konulan ve işverene işyeri değişikliği yapma yetkisi veren bir kayıt bulunmakta ve sözleşme 4857 sayılı Kanun döneminde sona ermiş bulunmaktadır.

Değişikliği saklı tutma kayıtları 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hemen tüm kesimlerce geçerli ve bağlayıcı kabul edilmiştir. 1475 sayılı Kanun'a göre, işverence iş (çalışma) şartları esaslı bir tarzda değiştirilir, başkalaştırılır veya uygulanmaz ise bu durum işçinin iş sözleşmesini derhal feshi bakımından haklı bir sebep oluşturmakta ve işçi (koşulları varsa) diğer haklarıyla beraber kıdem tazminatını da alabilmekteydi. Ancak, o dönemde iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliği gibi kaynaklarda işverene değişiklik yapma hakkının tanındığı/saklı tutulduğu durumlarda, işverenin bu kayda uygun olarak iş sözleşmesinde yaptığı değişiklikler dolayısıyla, değişikliğe muvafakat veren işçinin derhal fesih hakkının bulunmadığı kabul ediliyordu<sup>3</sup>. Yine aynı dönemde, işverene tanınan değişiklik yapma yetkisinin sınırsız olmadığı; iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisine sahip işverenin bu hakkını her hak gibi objektif iyiniyet kurallarına uygun bir biçimde kullanması gerektiği öğretisi ve Yargıtay tarafından ortak bir biçimde dile getirilmekteydi<sup>4</sup>. Ekleyelim ki, tüm bu hususlar, iş sözleşmesi tarafları arasındaki denge ve düzen unsuruna müdahale niteliği taşıyan esaslı değişiklikler bakımından söz konusu olmakta idi; zira bunlarla işverenin yö-

netim hakkı genişletilmekte ve bu durum ancak işçinin muvafakati ile mümkün olabilmekte idi<sup>5</sup>. Yoksa, iş sözleşmesinin esaslı olmayan unsurları işverenin yönetim hakkı kapsamında yer aldığından, bunlar için değişiklik hakkının saklı tutulmasına gerek bulunmamakta idi<sup>6</sup>.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, değişikliği saklı tutma kayıtlarının uygulanmasına ilişkin esaslar bu şekilde oluşmuş iken, 4857 sayılı Kanun döneminde de benzer uygulamalara, yani değişiklikleri saklı tutma kayıtlarına aynı yaygınlıkla rastlanmaktadır.

**C.** Değişikliği saklı tutma kayıtları her iki kanun döneminde de sıkça başvurulmuş bir uygulama olmasına rağmen, 4857 sayılı Kanunun 22. maddesinin varlığı sebebiyle bu kayıtların geçerliliği konusu öğretilerde yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Tartışmaların kaynağını 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında yer alan ve "... işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde ... yukarıdaki (İş K. m. 22/I) hükmü uygulanmaz" ifadesinin kanunlaşma sürecinde metinden çıkarılması ve Kanuna alınmaması oluşturmaktadır. Tasarıda yer alan bu hükmün 22. madde metnine alınmaması karşısında işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının hukuken mümkün olmadığı dile getirilmiş<sup>7</sup>; ancak öğretilerde baskın görüş<sup>8</sup> ve bu arada Yargıtay<sup>9</sup> aksi görüşte birleşmiştir.

Bu aşamada belirtelim ki, bize göre de iş sözleşmelerinde işverene tanınan ve sonradan değişiklik yapma yetkisi tanıyan değişiklik kayıtları önceki dönemde olduğu gibi bugün için de geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir<sup>10</sup>. Ancak kanımızca bu geçerlilik ve bağlayıcılık mutlak nitelik taşımamakta; bir takım koşullar ve uygulama esaslarının bulunması halinde benimsenebilir olmaktadır. O halde hangi tür kayıtların, hangi koşullarla geçerli olabileceğinin incelenmesi gerekir.

**D.** Öğreti ve uygulamada işverenin iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapabileceğine ilişkin kayıtların bağlayıcılığı ve geçerliliği genel kabul görmekle birlikte; bu konuda Eyrenci-Taşkent-Ulucan'ın yaklaşımlarının baskın bir biçimde benimsendiğini söylemek mümkündür. söz konusu yaklaşıma göre; iş sözleşmesinde genel bir biçimde, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabileceğini öngören bir düzenleme geçerli görülmez. İşçinin önceden göremediği, bilemediği bir konuda işvere-

ne tasarruf etme yetkisi verdiği; çalışma koşullarında yapılacak değişikliği kabul ettiği ve iradesinin bu şekilde oluştuğu söylenemez. Buna karşılık, iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki kaynaklarda “somut olarak” iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; sözcüğü, işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği öngörülmüş ise bunun hukuka uygun olacağı açıktır<sup>11</sup>.

**E.** Yargıtay’ın konuya ilişkin yaklaşımı da, doktrindeki baskın görüşten çok farklı görünmemektedir. Yargıtay, özellikle işyeri değişikliğine ilişkin işvereni yetkilendiren iş sözleşmesi kayıtlarının, aşağıda ele alacağımız bazı sınırlamalarla, geçerli olduğunu kabul etmektedir<sup>12</sup>.

**F.** Bu arada doktrinde Güzel ile başlayan<sup>13</sup> ve yakın zamanda Narmanlıoğlu tarafından dile getirilen görüşe göre, İş Kanunu m. 22 düzenlemesi kapsamında işverene değişiklik yapma yetkisi veren kayıtların bağlayıcılığından söz edilemez. İşletme ge-

hakkı iş sözleşmesinin yapısı gereği salt çerçeve olarak belirlenmekte, tüm ayrıntıları ile saptanamamakta; iş sözleşmesinden doğan bu hakkın kapsamı gelişen ve değişen ihtiyaçlar karşısında genişleyebilmektedir. İşveren yönetim hakkı ile, işçinin işgörmeye borcunun tür, yer ve zamanını şekillendirebilmektedir. Bu bağlamda işverenin işçisini işyeri içinde aynı değer ve ücret düzeyinde başka bir işe vermesi; iş süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini değiştirmesi, işyerindeki bir atölyeden başka birine nakletmesi yönetim hakkı sınırları içinde kalmakta; ancak kuşkusuz her hak gibi yönetim hakkı da dürüstlük kuralına (MK. m. 2) uygun biçimde kullanılmak zorundadır<sup>16</sup>. İşverene tanınan yönetim hakkı, onun çalışma koşullarının belirlenmesi ve değiştirilmesinde yatay bir alanda hareket etmesine imkan tanımakta<sup>17</sup>; Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında<sup>18</sup> somutlaştırıldığı gibi yönetim hakkının kullanılmasında işçinin onurunu kırıncı davranışlardan kaçınılması, iş icaplarının,

## İşçi tarafından muvafakat verilmeyen esaslı değişiklikler yönetim hakkı kapsamını aştığından işverence tek taraflı olarak gerçekleştirilemez.

rekleri, tarafların irade özerkliği ve esnekleşme düşüncesine uygun bulmadığımız için benimsemediğimiz bu görüşe göre, somut ya da soyut olsun, işverene peşinen esaslı değişiklik yapma imkanı veren her düzenleme İş K. m. 22’nin emredici hükmüne aykırı olacaktır. 4857 sayılı Kanun’da, işverenin çalışma şartlarında değişiklik yapma imkânını saklı tutabilmesine dayanak olabilecek, açık ya da örtülü bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucu, tasarıdaki ifadeyi bilinçli olarak ve İş K. m. 22’de yer alan yöntemle bağdaşmayacağı gerekçesi ile almamıştır. İş Kanunu, m. 22 hükmü ile iş ilişkisinin devamı sırasında çalışma şartlarında değişiklik ihtiyacının giderilmesi yöntemi belirlenmekte; bu yöntemi başlangıçta, sözleşmenin yapılması sırasında engelleyecek düzenlemelere açık kapı bırakmamaktadır<sup>14</sup>. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanun kapsamında değişiklik kayıtları geçerli ve bağlayıcı olmayacaktır.

### 3. KONUYA İLİŞKİN ESASLAR

**A.** İş sözleşmesi, işçinin işgörmeye, işverenin emir ve talimatlarına uyma borcuna karşılık; işverene de yönetim hakkını<sup>15</sup> tanımaktadır. İşverenin yönetim

çalışma teamülünün ve çevre anlayışının dikkate alınması gerekmektedir.

İş sözleşmesi ve buna bağlı olarak iş ilişkisi bakımından ortaya çıkabilecek önemli bir sorun işverence yönetim hakkını aşacak şekilde ve tek taraflı değişiklikler yapılması halidir. İş sözleşmesinde, ahde vefa ilkesi gereği kural olarak işverenin bu nitelikteki değişiklikleri yapma yetkisi bulunmaz. Zira bu tür değişiklikler iş ilişkisinde denge ve düzen unsuruna müdahale eden, çalışma koşullarında dikey nitelikli değişimlere yol açan “esaslı değişikliklerdir.”<sup>19</sup> Sözleşme ilişkisinin esasını ilgilendiren ve özellikle işçinin aleyhine nitelik taşıyan bu tür değişiklikler karşısında işçinin korunması önemli bir zorunluluktur. Bu bağlamda, işçi tarafından muvafakat verilmeyen esaslı değişiklikler yönetim hakkı kapsamını aştığından işverence tek taraflı olarak gerçekleştirilemez. Başka bir anlatımla; başlangıçta ya da sonradan iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi vb. ile işverene iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapma yetkisi tanınmadıkça, işveren iş sözleşmesinde salt yönetim hakkına dayanarak tek taraflı ve esaslı değişiklikler yapamaz. Buna karşın, taraflarca kararlaştırılan bu tip hüküm-

## Eğer işverene tanınmış bir değişiklik yapma yetkisi yoksa, yani iş sözleşmesinde değişiklik kaydı bulunmuyorsa bu durumda İş K. m. 22'de belirtilen usule uymak zorunludur.

lerle işverenin yönetim hakkı işçinin rızası ile genişlemekte; işveren buna dayanarak çalışma yeri, çalışma konusu, ücret ve benzeri hususlarda tek taraflı ve esaslı değişiklikler yapabilmektedir<sup>20</sup>. Bu tür hükümlerle işverenin yetkilendirilmesinde, aşağıda ele alınacak sınırlara uyulması koşuluyla hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

**B.** Tam da bu noktada, İş K.m. 22'de yer alan değişiklik feshi ile işverenlere iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapma hakkını veren değişiklik kayıtları arasındaki ilişkiye değinmek gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Alman hukukundan esinlenen hükmüne<sup>21</sup> göre, "İşveren, iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci maddede hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişi etkili olarak yürürlüğe konulamaz."

Kanun bu hükmü ile eski 1475 sayılı İş Kanununda yer alan ve iş koşullarında esaslı değişiklik yapılması halinde işçiye derhal fesih hakkı ve dolayısıyla sözleşmeyi sona erdirip kıdem tazminatı alma olanağı tanıyan yaklaşımdan vazgeçmiştir. Bunun yerine 4857 sayılı Kanunun temel prensiplerinden "feshin son çare olması" prensibine uygun olarak iş sözleşmesinde esaslı değişikliğin an-

cak işçinin oluru ile gerçekleştirilebilmesi; işçinin değişikliği kabul etmemesi halinde ise, işverene fesih yetkisi tanınarak işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenebilmesi; hatta iş güvencesi olanaklarından yararlanabilmesi hakları tanınmıştır. Böylece işçiye 1475 sayılı Kanun dönemine göre daha avantajlı seçenekler sağlanmıştır<sup>22</sup>.

Dikkat edilecek olursa, İş K.m. 22'de taraflarca iş sözleşmesine konulabilecek değişiklik kayıtlarına hiç değinilmemiş; maddede, bu tür kayıtların bulunmadığı hallerde iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerin hangi usulle gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. Aslen, söz konusu kayıtlarla işveren önceden yetkilendirildiğinden, böyle bir durumda özel bir usul getirilmesine gerek olmadığı da söylenebilir.

**C.** Bu aşamada ikili bir ayırımı gitmek gereklidir. Eğer taraflar iş sözleşmesi ve eki niteliğindeki belgelerde, işverene iş sözleşmesinde işyeri, iş, ücret ve benzeri konularda esaslı değişiklik yapma hakkını tanımışlarsa; başka bir ifade ile iş sözleşmesinde işverene tanınmış değişiklik kaydı varsa; artık İş Kanunu m. 22'de getirilen usule uyulmayacak, sözleşmede yer alan bu kaydın uygulamasının hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. İşverenin kendisine tanınan değişiklik yetkisini kullanarak sözleşmede esaslı değişiklik yapması, örneğin işçinin işyerini değiştirmesi halinde, çalışma koşullarının değiştirildiğinden değil, olsa olsa uygulandığından söz edilebilecektir. Zira, iş sözleşmesinin tarafı olan işçi bu değişiklik yetkisini işverene peşinen tanınmış, işe girip çalışmaya başlamıştır ve çalışmanın dayandığı iş sözleşmesi bu koşulu içermektedir. İşveren değişiklik kaydı ile değiştirici yenilik doğuran bir hakkı kullanarak yeni bir hukuki durum yaratmakta; ama sözleşmenin kendisi değişmemektedir<sup>23</sup>.

Buna karşın eğer işverene tanınmış bir değişiklik yapma yetkisi yoksa, yani iş sözleşmesinde değişiklik kaydı bulunmuyorsa bu durumda İş K. m. 22'de belirtilen usule uymak zorunludur.

Özetle, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisinin tanındığı durumlarda İş K. m. 22'deki usule uymak gerekmezken; böyle bir yetkinin tanınmadığı hallerde iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliğe gitmek isteyen işveren İş K. m. 22'deki usule uymak zorundadır. Şu halde, iş sözleşmelerinde değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların geçerliliği ve uygulanması konusunda 1475 sayılı Kanun dönemi ile 4857 sayılı Kanun

dönemi arasında (4857 sayılı Kanun, önceki kayıtların geçerli olmadığını da düzenlemediğine göre), herhangi bir fark olmadığını söylemek yanlış olacaktır. Başka bir anlatımla, işverene iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtlar, 1475 sayılı Kanun döneminde ya da 4857 sayılı Kanun döneminde olsun, aynı esaslarla ve geçerli olarak uygulanmaya devam edilecektir. İş Kanunu m. 22 hükmünün bu kayıtlar karşısında uygulanma imkanı bulunmamaktadır<sup>24</sup>.

**D.** İş Kanunu m. 22'deki değişiklik feshi ile işverene önceki Kanun yürürlükte iken tanınan değişiklik yapma yetkisine ilişkin kayıtlar arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Başka bir anlatımla 1475 sayılı Kanun döneminde yapılan iş sözleşmeleri ya da benzer kaynaklarla işverene tanınan yetkinin 4857 sayılı Kanun karşısındaki durumu incelenmelidir.

Bu konu ilk kez Yargıtay'ın, 4857 s. İş K. m. 22'nin uygulanması ile ilgili olarak 2004 yılında ver-

su kayıtlarla İş K.m. 22 hükmü, yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı gibi farklı hususları düzenlemektedir. Kaldı ki, bunlar aynı konuya ilişkin olsa bile, sonradan yürürlüğe giren kanun hükmü mutlak emredici/yasaklayıcı bir norm getirmediği sürece, önceki iş sözleşmesi-toplu iş sözleşmesi vb. hükümlerini bertaraf etmez; bu durumda daha lehe olan hükmün uygulanması da söz konusu olmaz. Kanun hükümleri yanında, buna aykırı olmayan sözleşme hükümleri ve dolayısıyla değişiklik kayıtları da varlıklarını sürdürür<sup>28</sup>.

**E.** Bir kez taraflarca iş sözleşmesiyle işverene tanınmış değişiklik yapma kayıtlarının geçerliliği ve bağlayıcılığı kabul edildikten ve bu durumun İş K. m. 22'den bağımsız olduğu saptandıktan sonra; artık söz konusu kayıtların kapsam ve içeriğinin denetimine değinmek gerekir. Bu aşamada belirtilmelidir ki, İş K. m. 22 hükmü ile getirilen yöntemin işçiyi koruyan düzenlemesi karşısında, deği-

## İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmek durumundadır.

diği (ilk) karar<sup>25</sup> sebebiyle gündeme gelmiştir. Karara konu olayda, sona eren ama art etkisi süren bir toplu iş sözleşmesi ile işverene işyeri değişikliği yapma yetkisi tanınmıştır. Bu arada 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş ve kısa bir süre sonra işveren, kendisine tanınan yetkiye dayalı olarak işyeri değişikliği teklif etmiş; işçi değişikliği kabul etmeyince işçinin iş sözleşmesini 24.06.2003 tarihinde (yani İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra) fesih etmiştir. Yargıtay, söz konusu kararında "...fesih 24.06.2003 tarihinde gerçekleştiğine göre, TİS hükmü (yani değişiklik kaydı) değil, 'lehe olan' 4857 sayılı İş Kanunu (m. 22) hükümleri uygulanmalıdır" gerekçesini ortaya koymuştur. Kararın gerekçesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, sonuç hukuka uygun bulunmuş; ama özellikle değişiklik kaydına ilişkin hüküm ile İş Kanunu m. 22 arasında "daha lehe olan hüküm" değerlendirmesi kabul görmemiştir<sup>26</sup>. Ancak Yargıtay'ın bu konuda ısrarcı olmayarak sonraki kararlarında isabetli biçimde bu gerekçeden uzaklaştığı görülmüştür<sup>27</sup>.

Kanımızca da, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce taraflarca kararlaştırılmış değişiklik kayıtları ile İş Kanunu m. 22 arasında öncelik-sonralık; lehe olmayan hüküm ilişkisi kurulamaz. Zira, söz konu-

şiklik kayıtlarının hukuka uygunluğunun denetiminde, önceki döneme göre daha dikkatli olmak gerektiğini düşünmekteyiz.

İş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapma yetkisi veren değişiklik kayıtları ile işverene yönetim hakkını genişletme (örneğin işyerini değiştirme); geri alma (örneğin işçiye sağlanan bir edimden cayma); bağlayıcı olmama (örneğin işverence sağlanan bir edim sebebiyle işyeri uygulamasının iş koşulu haline gelmesini önleme); işçiye sağlanan bir edimi belirli süreli uygulama veya bir konuda toplu iş sözleşmesine atıfta bulunma yetkileri tanınmaktadır<sup>29</sup>.

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren bu tür kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmek durumundadır. Bunlardan ilki içerik denetimi; ikincisi ise kullanım denetimidir. İçerik denetiminde, söz konusu kaydın içeriğinin hukuka uygunluğu ele alınırken; kullanım denetiminde bu hakkın MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir.

a) Genel bir ifade ile işverene sağlanan tek taraflı değişiklik yetkisinin çoğunlukla işçinin gerçek rızasına dayanmadığı; iş arayan ve iş sahibi olmak



isteyen işçinin bu tür değişiklik kayıtlarını kabul etmeye mecbur kaldığı söylenebilir<sup>30</sup>. Bu tür kayıtlar genellikle işverenin bağımlılık unsurunu ve ekonomik gücünü kötüye kullandığı kayıtlardır<sup>31</sup>. İşverenin iş sözleşmesinin kuruluşu sırasında işçiye dayattığı bu hükümlerin/kayıtların salt akit serbestisi çerçevesinde ele alınması iş hukukunun temel gerekleri ile de çelişebilir; ayrıca bu kayıtlar işçinin bireysel ve aile yaşamını derinden etkileyebilir<sup>32</sup>. Bunlara ek olarak değişikliği saklı tutma kayıtlarının bulunması halinde İş Kanunu m. 22'deki işçiyi nispeten koruyucu hükümlerden yararlanılmaması da; söz konusu kayıtların içerik denetimine tabi tutulması ve en azından bu yolla işçinin korunmasını zorunlu kılmaktadır<sup>33</sup>.

Çalışma yaşamının doğası ve irade özgürlüğü çerçevesinde geçerliliği kabul edilen değişiklik kayıtlarının içeriği en başta işçinin anayasal özgürlüklerine; kanunların emredici hükümlerine ve iş-

yerlerinde çalıştırılması öngörülmüş ise ancak bu durumda kaydın hukuka uygun olduğu kabul edilecektir<sup>38</sup>.

Bu aşamada içerik denetiminin pozitif dayanağı ile ilgili olarak Süzek'in yaklaşımına da kısaca değinmek gerekir. Süzek, değişiklik kayıtlarının içerik denetiminin hukuki dayanağının saptanması ve pozitif hukuk bakımından doktrinde ileri sürülen görüşleri saygın bulmakla beraber; olması gereken hukuk açısından mevzuatımızda yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacını dile getirmektedir. Yapılacak böyle bir düzenlemeyle iş sözleşmelerinde -en azından genel iş koşullarında- yer alan işverenin değişiklik yetkisini saklı tutma kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulmasına olanak tanınmalıdır<sup>39</sup>.

b) İçerik yönünden hukuka uygunluğu kabul edilen değişiklik kayıtlarının kullanım denetiminden de geçmesi gerekir. Kullanım denetimi kavra-

## Kullanım denetimi kavramı, değişikliği saklı tutma kaydı ile işverene tanınan hakkın somut olaydaki kullanım tarzına odaklanmaktadır.

çinin kişilik hakları ile toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olmamalıdır<sup>34</sup>. Öte yandan, söz konusu kayıtlar iş sözleşmesine konulurken/eklenirken işçinin iradesi hata, hile ve ikrah gibi sebeplerle; özellikle gabinle sakatlanmamış olmalıdır. Bunun yanında değişiklik kayıtlarında işçi aleyhine sosyal ve ekonomik açıdan büyük farklar; orantısızlıklar bulunmamalıdır<sup>35</sup>.

İşverene tanınan değişiklik kayıtlarının içerik bakımından kanuna karşı hile niteliğini de taşıması gerekir. Bu tür kayıtlar eğer kanunun yasakladığı bir sonuca bu kayıt sayesinde ulaşma imkanı veriyorsa, kanuna karşı hile niteliğinde olduğundan geçersiz sayılacaktır<sup>36</sup>. Öte yandan öğretide Süzek tarafından haklı biçimde ifade edildiği üzere, bu kayıtların dar biçimde yorumlanması gerekir<sup>37</sup>.

Son olarak, yukarıda da değinildiği gibi; değişiklik kaydının işverene genel bir biçimde, iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceğini içeren soyut yetki vermesi de kabul edilmeyecek; tam tersine iş sözleşmesi ve bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; örneğin, işçinin işverene ait değişik iş-

yerinde çalıştırılması öngörülmüş ise ancak bu durumda kaydın hukuka uygun olduğu kabul edilecektir<sup>38</sup>.

mı, değişikliği saklı tutma kaydı ile işverene tanınan hakkın somut olaydaki kullanım tarzına odaklanmaktadır<sup>40</sup>. Bu bağlamda, yapılacak denetimin kapsamına dürüstlük kuralı (MK. m. 2), ayrımcılık yasağı ve hakkaniyet denetimi gibi unsurlar girmektedir.

Dürüstlük kuralı, MK. m. 2'de ifadesini bulan ve herkese haklarını kullanırken dürüst davranma yükümlülüğü getiren ilkedir. Bu bağlamda işveren de kendisine tanınan değişiklik yapma hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmak zorundadır. Zira, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz ve işverenin dürüstlük kuralına aykırı biçimde yaptığı değişiklik işçiyi bağlamaz. MK. m. 2'ye uygun biçimde kullanılmayan ve dolayısıyla işçi bakımından bağlayıcı olmayan değişikliğe dayalı fesihler haksız ya da geçersiz fesih niteliği taşırlar<sup>41</sup>.

İşverence uygulanan ve değişiklik kaydına dayanan değişikliklerin MK. m. 2'ye uygunluğunun saptanmasında işverenin fesih hakkını kötüniyetle kullandığının belirlenmesi için geliştirilen ölçütler kıyasen uygulanabilir. Özellikle, işverenin zarar verme, cezalandırma gibi niyetlerle hareket ettiği-

nin anlaşıldığı durumlarda; işverenin hiçbir gereklilik yokken değişiklik yetkisini kullanması halinde ve benzer çelişkili davranışlarında dürüstlük kuralına aykırı davrandığı ve hakkını kötüye kullandığı kabul edilebilir<sup>42</sup>.

Yargıtay'ın da konuya ilişkin bir çok kararında işverene tanınan değişiklik yapma yetkisinin MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiğini; söz konusu yetkinin keyfi ve kötüye kullanıldığı durumlarda, işverenin feshinin haksız ya da geçersiz olduğuna hükmettiğini söylemek mümkündür<sup>43</sup>.

MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı dışında, işverene tanınan değişiklik yapma yetkisi kaydının kullanılması hakkaniyete uygunluk denetimine de tabi tutulabilir. Genellikle Yargıtay'ca kullanılan bu ölçüte göre, hukuki ilişki taraflarının özellikle işçinin özel durumunun dikkate alınması ve buna uygun olarak ölçülü davranılması; özetle somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi söz konusu olur<sup>44</sup>. Gerçekten de dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılan bir hak, somut olay bakımından adalet duygularını incitebilir. Örneğin, 10 yıl önce bekar iken işçi tarafından işverene tanınan işyeri değişikliği yetkisi, somut bir olayda evli ve okula giden iki çocuğu bulunan aynı işçi bakımından hakkaniyete uygunluk sorusunu gündeme getirebilir<sup>45</sup>. Bu anlamda değişiklik kayıtlarına ilişkin hak kullanılırken işçinin işinin ve mesleğinin niteliği, kaydın sözleşmeye konduğu dönemde tarafların durumu, işçinin yaşı ve ailevi durumu, işçinin kazanılmış haklarına saygı gösterilip gösterilmediği, değişikliğin gerekliliği ve son çare olup olmadığı; değişiklikle işçinin ücret ve mesleki durumunda geriye gidiş olup olmadığı araştırılmalıdır. Bunun yanında işçide yaratılan güvenin; örneğin çok uzun zamandır kullanılmayan yetkinin artık kullanılmayacağına yönelik inancın korunup korunmadığına da dikkat edilmesi gerekir<sup>46</sup>.

Ekleyelim ki, iş sözleşmesine konulan değişiklik kayıtlarına ilişkin hususlarda sonradan ortaya çıkan koşullar kaydın kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla işçiyi bağlamayacaktır. Örneğin sözleşme yapılıp, değişiklik kaydı üzerinde anlaşılardan sonra açılan yeni bir işyeri/şube bakımından kayıt kural olarak işçiyi bağlamayacaktır<sup>47</sup>.

**F.** Son olarak, geçerli bir kayda dayalı olarak işverence gerçekleştirilen değişikliğin sonuçlarını da

ele almak gerekir. Bu aşamada ikili bir ayırma gitmek yararlı olacaktır. Eğer işçi içerik yönünden hukuka uygun olan ve dürüstlük kuralı ile hakkaniyete uygun biçimde kullanılan değişiklik kaydına uyar ise, iş sözleşmesi bu değişikliğe rağmen aynen devam eder yani ortaya yeni bir sözleşme çıkmaz. Tarafların arasındaki iş sözleşmesi yeni koşulla (örneğin yeni işyerinde) yürürlüğünü sürdürmeye devam eder.

Buna karşılık işçinin belirtilen özellikleri taşıyan bir değişikliğe uymaması onun işgörmeye borcuna aykırılık oluşturur ve işveren, olayın özelliğine göre "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" (İş K. m. 25/II-h) ya da "izinsiz ve mazeretsiz devamsızlık" (İş K. m. 25/II-g) gerekçesi ile derhal fesih hakkını kullanabilir<sup>48</sup>. Bu tür fesih işçinin kıdem ve ihbar tazminatı haklarını ortadan kaldırıp onu ciddi biçimde mağdur edeceğinden; işverenin, İş K. m. 18'e dayanarak ve işçinin davranışlarına bağlı geçerli sebep dolayısıyla süreli feshi gidebileceği de kabul edilmelidir<sup>49</sup>. Ekleyelim ki, haklı sebebe dayalı derhal fesihlerde ve geçerli sebebe dayalı süreli fesihlerde, fesih nedeninin açıkça ortaya konması, feshin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Ancak, her iki tür fesihte de işçinin İş K. m. 20-21 veya İş K. m. 25/son hükmüne dayanarak feshin geçersizliği/haksızlığı gerekçesiyle işe iade davası açabileceği açıktır.

#### 4. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun incelememişe konu 11.10.2006 tarih ve 2006/3-613E.-2006/644K. sayılı kararı yukarıda ele alınan hususlar çerçevesinde değerlendirildiğinde ulaşılan bulgular şunlardır:

**A.** Genel Kurul, hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak biçimde işverene iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtları geçerli ve bağlayıcı kabul etmiştir. Bu, 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan tereddütleri ve öğretide bazı yazarlarca ileri sürülen aksi görüşleri ortadan kaldıracak önemli bir içtihatır.

**B.** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu kararında, 9.H.D.'nin 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 22. madde ile ilgili olarak verdiği ilk kararda yer alan, değişiklik kaydı ile İş K. m. 22 arasın-

daki ilişkide “daha lehe olanın uygulanması gerektiği” yönündeki içtihadına itibar etmemiştir. Aslen, 9.H.D.’si de 2004 yılında verdiği bu kararda kullandığı “daha lehe olan” düzenlemenin uygulanması ölçütünü terk etmiş; Hukuk Genel Kurulu, 9. H.D.’nin sonraki kararlarıyla uyumlu bir biçimde, değişiklik kaydı ile İş K. m. 22 arasında, lehe olanın uygulanması gibi bir tartışmaya girmemiştir ki, kanımızca bu yaklaşım son derece isabetli olmuştur.

**C.** Değişiklik kaydının geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul eden Genel Kurul, bu konuda daha önceki kararlarda rastlanmayan bir gerekçe ortaya koymaktadır. Bir başka anlatımla, önceki dönemde geçerli ve bağlayıcı olduğu kabul edilen değişiklik kayıtlarının 4857 sayılı Kanun döneminde de aynı etkiye sahip olacağı ifade edilmiş; buna gerekçe olarak da 4857 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra, önceki dönemde düzenlenmiş değişiklik kayıtlarının geçerli olmayacağına dair özel bir düzenleme olmadığı belirtilmiştir. Genel Kurulun soruna pozitif hukuk bakımından getirdiği çözümün ve ortaya koyduğu gerekçenin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, irade özerkliği ve değişiklik kaydı ile İş K. m. 22 arasında bağlantı bulunmaması gibi hususların da ilave edilmesi halinde, karar gerekçesi daha zengin olabilirdi diye düşünmekteyiz.

**D.** Genel Kurulun kararında, davacı işçinin somut olay yönünden İş K. m. 22’nin uygulanması gerektiği iddiasına itibar etmemesi de yerinde olmuştur. Zira, yukarıda da ayrıntılı biçimde incelediğimiz gibi; işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren kayıtların bulunması halinde İş K. m. 22’nin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda Genel Kurulun, işçinin İş K. m. 22’nin uygulanması gerektiğine yönelik itirazını kabul etmeyen 9.H.D.’nin kararını benimsemesini yerinde bulmaktayız.

**E.** Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı incelendiğinde Genel Kurulun değişiklik kaydını içerik denetimine tabi tuttuğu; hatta bunu yaparken öğretilerdeki görüşlere yer verdiği de görülmektedir. Genel Kurula göre, taraflar anlaşarak hukuka uygun bir içerikle değişiklik kaydı düzenleyebilirler. Bu bağlamda Genel Kurul, “şirketin işlerinin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara’da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde veya dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabilir” kaydını içerik bakımından hukuka uygun ve

geçerli bulmuştur. Kanımızca, somut olayda bir bütün olarak bu kaydın kapsamı ve oldukça genel nitelik taşıması, geçerlik yönünden tartışılabilir. Zira, iş sözleşmesinin 5. maddesindeki değişiklik kaydı özellikle “... ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi ... dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabilir” ifadesi yönünden tartışılabilir. Buna karşın somut olay bakımından, Ankara’dan İstanbul’a nakil, değişiklik kaydının tartışma götürmeyecek biçimde geçerli sayılması gereken bölümünü kapsamaktadır. Belki de bu yönden Genel Kurul, değişiklik kaydındaki ifadeyi bir bütün olarak ve ayrıntıya inerek değerlendirmemiştir.

**F.** Genel Kurul kararında, değişiklik kaydına dayalı olarak kullanılan değişiklik yapma hakkının (nakil yapma hakkı) MK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına uygunluğu da denetlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu, davalı şirket yönetim kurulunca Ankara’daki işyerinin bütünüyle kapatılıp şirket merkezinin İstanbul’a taşınması ve buna bağlı olarak işçinin işyerini değiştirmesine yönelik talebin gerekçesini objektif ve dürüstlük kuralına uygun bulmuştur. Genel Kurulun bu görüşüne katılmaktayız.

**G.** İncelememize konu olan Hukuk Genel Kurulu kararında, Genel Kurulun değişiklik kaydını hakkaniyet denetimine tabi tuttuğu da görülmektedir. Karara göre geçerli bir değişiklik kaydına bağlı olarak Ankara’dan İstanbul’a nakli istenen (ve bu değişikliği kabul etmeyen) işçinin aynı şartlar ve unvanla işe başlamasının istenmesi hakkaniyete uygundur ve buna rağmen işe başlamayan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı bir fesih olup davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir.

## 5. SONUÇ

Yukarıda verdiğimiz bilgiler, ortaya koyduğumuz gerekçeler ve yaptığımız incelemeler sonucunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu karara katılmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Kübra Doğan YENİSEY, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, C.2, İstanbul, 2001, s.1175; Nağme N. HOZAR, “İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi”, SİCİL, Haziran, 2006, s.85.
- 2 Mustafa ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.243-244.

- 3 Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, İş Hukuku, B.3, Eskişehir, 2002, s.82; Ayrıca bkz. Ünal NARMANLIOĞLU, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?", SİCİL, Eylül 2006, s.9 vd.; YENİSEY, s.1178-1179; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, B.2, İstanbul, 2005, s.496.
- 4 Gülsevil ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, S.5, Eylül, 2004, s.56.
- 5 ALPAGUT, s.56-57; ALP, s.264.
- 6 SÜZEK, s.499; Ayrıca iş sözleşmesinin esaslı unsurlarında değişiklik kavramı için bkz. Sarper SÜZEK, "Değişiklik Feshi", TİSK-Akademi, C.1, S.1, 2006, s.10.
- 7 Ali GÜZEL, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, s.120; NARMANLIOĞLU, s.15 vd.
- 8 ALP, s.257; ALPAGUT, s.59; HOZAR, s.85; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, B.19, İstanbul, 2006, s.234; Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliğiyle Feshi, İstanbul, 2003, s.97; Bekir UZUN, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", SİCİL, Haziran, 2006, s.54 vd.; Ayrıca bkz. ve krş. Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006, s.180-181; Savaş TAŞKENT, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, 2006, s.79.
- 9 Bkz. Yargıtay 9. H.D.'nin T.27.12.2004, E.2004/20848, K.2004/29320 s.Kararı; Yarg. 9.H.D., T.04.04.2005, 2005/9605E., 2005/11820 K. s. Kararı, Yarg. 9. H.D.T. 19.04.2005, 2004/18827 E. 2005/13746 s. kararı için bkz. Gülsevil ALPAGUT, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006, s.50 vd.; ayrıca bkz. HOZAR, s.88 vd.nda yer alan kararlar.
- 10 UZUN, s.53; ENGİN, s.317.
- 11 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.181; HOZAR, s.91; YENİSEY, s.1192 vd.; TAŞKENT, s.79; ÇELİK, s.234; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.61; SÜZEK, "Değişiklik...", s.16.
- 12 Bkz. HOZAR, s.88 vd.'nda yer alan kararlar; ayrıca bkz. ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.62 vd.nda yer alan kararlar; TAŞKENT, s.79-80.
- 13 GÜZEL, s.120 vd.
- 14 NARMANLIOĞLU, s.15-18.
- 15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- 16 ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.51; SÜZEK, İş..., s.66; YENİSEY, s.1177; ÇELİK, s.234, dn.113'deki yazarlar.
- 17 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.56; TAŞKENT, İşverenin..., s.118.
- 18 Yarg.9.H.D. T.15.11.1971, E.1971/17614, K.1971/22586, İş ve Hukuk Dergisi, S.75, s.22 vd.; Ayrıca bkz. Yarg.9. H.D., T.16.10.1996, E.1996/8637, K.1996/19563, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Kamu-İş, Ankara, 1998, s.134-135.
- 19 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.57.
- 20 YENİSEY, s.1178; TAŞKENT, "İş...", s.79; UZUN, s.55.
- 21 Ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, s.257 vd.; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.51 vd.
- 22 ÇELİK, s.232; SÜZEK, İş..., s.496 vd.; UZUN, s.56 vd.; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.57 vd.; ayrıca bkz. Nizamettin AKTAY, Kadir ARICI-E.Tuncay Kaplan SENYEN, İş Hukuku, Ankara, 2006, s.198.
- 23 TAŞKENT, "İş...", s.80; ALP, s.259.
- 24 Aynı görüş ALP, s.262; SÜZEK, "Değişiklik...", s.15; Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, B.2, C.1, Ankara, 2006, s.863; Aksi görüş NARMANLIOĞLU, s.14; GÜZEL, s.120 vd.
- 25 Yarg.9.H.D., T.26.1.2004, E.2003/23105, K.2004/1204, Çimento İşveren Dergisi, S.5, Eylül 2004, s.52-53.
- 26 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.61-62; ÇELİK, s.234; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.62; TAŞKENT, "İş...", s.78.
- 27 Bkz. ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.63, dn.28-29-30'daki kararlar.
- 28 ALP, s.262-268.
- 29 ALP, s.262-268.
- 30 ALP, s.259.
- 31 UZUN, s.55; YENİSEY, s.1180; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60.
- 32 YENİSEY, s.1181.
- 33 ALP, s.259; SÜZEK, "Değişiklik...", s.18.
- 34 YENİSEY, s.1184-1188; UZUN, s.55; HOZAR, s.91; SÜZEK, "Değişiklik...", s.21.
- 35 YENİSEY, s.1182; HOZAR, s.90-91; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.61; ENGİN, s.97.
- 36 İçerik denetiminde kanuna karşı hile ölçütünün uygulanmasının eleştirisi için bkz. ALP, s.257 vd.
- 37 SÜZEK, "Değişiklik...", s.18.
- 38 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.181; UZUN, s.55; TAŞKENT, "İş...", s.79-80; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60; ÇELİK, s.234.
- 39 SÜZEK, "Değişiklik...", s.21-22.
- 40 ALP, s.401-402.
- 41 AKYİĞİT, s.864; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60.
- 42 ALP, s.401-402.
- 43 Yarg.9.H.D., T.27.12.2004, E.2004/20848, K.2004/29320; Yarg.9.H.D., T.04.04.2005, E.2005/9605, K.2005/11820 (ÇANKAYA-GÜNAY-GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.598-600); Yarg.9.H.D., T.06.02.2006, e.2006/835, K.2006/2400 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.2006/10, s.683-685).
- 44 ALP, s.402 vd.
- 45 YENİSEY, s.1193.
- 46 YENİSEY, s.1192-1194; ALP, s.411.
- 47 Murat ŞEN, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005, s.173; YENİSEY, s.1195; HOZAR, s.91.
- 48 ALPAGUT, "İş Kanununun", s.63-64; SÜZEK, "Değişiklik...", s.22.
- 49 Aynı görüş SÜZEK, "Değişiklik...", s.22.

Doç. Dr. E. Murat ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler

## T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2006/9-374

**Karar No**: 2006/382

**Tarih** : 14.06.2006

### DAVA

Taraflar arasındaki “fazla çalışma ve vardiya primi alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 19.04.2005 gün ve 2004/1716 E.-2005/248 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 03.10.2005 gün ve 2005/25340-32184 sayılı ilamı ile; (...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

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

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile

davalı idare bünyesinde radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır.

İstek konusu dönem 15.02.2001-23.12.2004 tarihleri arasındadır.

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

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

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

Aynı Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükümüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal

haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi, kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı, gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplamak gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışma bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

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

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

## **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

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

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

1- Davacı İzmit.... ve .... istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız çalıştığını, haftada 3 ya da 4 gün nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelene kadar dinlendiğini ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket, ileri sürüldüğü gibi davacının...istasyonunda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını, davacıya mevzuata uygun olarak yıllık izinlerinin de nöbet dönemine denk gelecek şekilde kullandırıldığını, davacının istemlerinin haksız olduğunu cevaben bildirmiştir.

Mahkemece, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçları için 5 saatlik sürenin düşürülmesi sonucu günlük 19 saat çalıştığının kabulü ile buna göre hesaplanan bilirkişi raporunu benimseyerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel dairece yukarıya aynen alınan gerekçelerle hüküm bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının davalı şirkete ait radyolink istasyonunda işyerinin meskun mahal dışında bulunması ve ulaşım zorluğu

gibi zorunlu nedenler dolayısıyla bazı haftalarda 3 gün, bazı haftalarda ise 4 gün işyerinde kalarak çalıştığı, haftanın diğer günlerinde ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır.

Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku vesair zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için geçen zaman dışında günde 14 saat çalışabileceği Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 Esas, 2006/144 karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin düzenlemenin Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ile ilgili 6. maddesi;

“a) Çalışan personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşuluyla İl Telekom yöneticisinin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabilir.

b) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşmaz.

c) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi yapılan bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

d) Fazla çalışma yapan personel isterse bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabilir” hükümlerini içermektedir.

1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü gerekir. Davacının günde

14 saat çalıştığı kabul edildiğinde, haftada 3 gün çalıştığında, haftalık çalışma süresi 42 saat olacaktır. Bu haftalarda fazla mesai yapıldığı kabul edilemez. Dört gün çalışılan haftalarda ise, haftalık çalışma 56 saat olup, davacının bu haftalarda, haftada 11 saat fazla mesai yaptığının kabulü gerekir. Mahkemenin hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda 1475 sayılı Yasa Döneminde günlük 7,5 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü hatalıdır.

4857 sayılı Yasa döneminde ise; günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftalık 9 saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazla çalışma saati olarak kabulü gerekir.

Bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresi; haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftalık 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemez.

Bu çalışma şekline göre; davacının fazla mesai çalışma alacağının saptanması için bilirkişiden Yargıtay denetimine elverişli ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde fazla çalışma alacak isteği ile ilgili hüküm kurulması hatalı olup kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmektedir.

2- Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü de doğru görülmemiştir.

## SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## 1. GENEL OLARAK

Türk Telekomünikasyon AŞ.'ye ait radyolink istasyonlarında vardiyalı çalışan işçilerin fazla çalışma ücreti talebiyle açtıkları davalara ilişkin olarak 9. HD'ye ve HGK.'ya ait bir dizi karar İş Kanunu'nun çalışma sürelerine ilişkin hükümlerini yeniden değerlendirme olanağı sunmaktadır.

Yargıtay 9. HD., HGK. kararına konu olan ve aynı konudaki diğer iki kararında (Y.9.HD. 16.6.2005, E. 24384, K. 26172; 7.11.2005, E. 31886, K. 35313)<sup>1</sup>, davacının çalışma düzeni HGK.'ya göre farklı değerlendirilerek farklı sonuçlara varmaktadır.

Söz konusu kararlarda, işçilerin ayda on gün ve günde 24 saat süre ile çalıştıkları, normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçinin kalan sürede diğer işçinin çalıştığının varsayılacağı, çalışılan bu süre içinde bir saatin zorunlu ihtiyaçlara harcandığı, günlük çalışma süresinin 11 saati aşmadığı, bu durumda haftada çalışılan sürenin 77 saat edeceği, ikinci haftaya sarkan üç günde 33 saat çalışıldığı tespitleri yapılmakta, işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışmasının 32 saatten hesaplanmasının gerektiği, ikinci haftaya sarkan üç günde haftalık 45 saati aşan bir çalışması olmadığından bu günler için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği, 4857 sayılı Kanun dönemi için günde 11 saati aşan çalışması bulunmadığı, on gün çalışıp kalan yirmi gün dinlendiği için örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğu, bu dönem için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

## II. DEĞERLENDİRME

Tüm kararlar birlikte incelendiğinde, radyolink istasyonlarında personel yetersizliği nedeniyle günde üç vardiya oluşturulamadığı için işçilerin günde iki vardiya olarak ve bir ay içinde her bir istasyona göre değişen gün sayısında çalışıp geri kalan günler dinlendikleri, ücretlerinin otuz gün üzerinden ödendiği, dava konusu çalışmaların bir bölümünün 1475 sayılı Kanun döneminde, bir bölümünün 4857 sayılı Kanun döneminde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 9. HD. ile HGK. kararlarında, davaya uygulanacak hukuki esaslar konusunda görüş birliği olduğu, ancak, günlük çalışma süresi ile ardı ardına çalışılan gün sayısı konusunda farklı tespitlerde bulduklarından farklı sonuçlara vardıkları görülmektedir.

Davacının günlük fiili çalışma süresinin 9. HD. tarafından tespit edildiği gibi on bir saat mi, yoksa HGK. tarafından tespit edildiği gibi on dört saat mi olduğunu, bunun gibi, davacının bir ay içinde kaç gün ard arda çalıştığını belirlememize olanak bulunmamaktadır. Esasen, karar gerekçelerini yasal esaslar açısından incelemeyi amaçladığımızdan, günlük çalışma süresinin tespitindeki bu farklılık dava sonucuna etkili olsa da, incelememiz bakımından, bir önemi bulunmamaktadır. Giderek, İş Kanunu'nun ilgili hükümlerini değişik ihtimalleri dikkate alarak incelememize olanak sağlamaktadır. Burada önce, 9. HD.'nin, daha sonra HGK.'nın kararını ele alacağız.

### 1. Olağan Çalışma Düzeninden Denkleştirme Esasına Geçiş Sorunu

Yargıtay 9. HD., davacının diğer bir işçi ile nöbet tutarak günde bir saati zorunlu ihtiyaçlar için olmak üzere on iki saat ve bir ayda on gün sürekli çalışıp yirmi gün dinlendiğini kabul ederek gerekçesini oluşturmaktadır.

Davacının 1475 sayılı Yasa döneminde geçen çalışması konusunda Yargıtay 9. HD.'nin fazla çalışmayı haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımladığı, HGK.'nın da bu tanımlı izlediği görülmektedir. Gerçekten, 1475 sayılı Yasa fazla çalışmayı günlük çalışma süresinin aşılması olarak tanımladığı halde Yargıtay o dönemde geliştirdiği içtihatıyla fazla çalışmanın tespitinde haftalık çalışma süresini esas almaktaydı. Nitekim, 4857 sayılı Yasa ile Yargıtay içtihadı yasa hükmü haline gelmiştir.

4857 sayılı Yasa döneminde bir ay içinde on gün çalışan ve yirmi gün dinlenen işçinin örtülü bir denkleştirme esasına göre çalıştığını kabul etmektedir. İş Kanunu m. 63/II, denkleştirme esasının tarafların anlaşması ile uygulanabileceğini hükme bağladığından, işveren denkleştirmeyi yönetim hakkına dayanarak tek taraflı uygulayamaz, işçinin onayı gerekir. Bu onay işçi tarafından iş sözleşmesi yapılırken başlangıçta verilebileceği gibi, toplu iş sözleşmesi ile de işverene böyle bir yetki tanımlanabilir<sup>2</sup>.

İş sözleşmesi yapıldıktan sonra olağan çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçilmesi halinde işçinin onayının nasıl alınacağı, diğer deyimle zımni onayın mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Yargıtay, "örtülü bir denkleştirme"nin varlığı



## Denkleştirme esasına geçişin iç yönetmelik değişikliğiyle açıkça düzenlenmesi ve işçilerin bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceği yönteminin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız.

ğını kabul etmekle zımni kabulün yeterli olacağını benimsemektedir. Yasada yer alan ve herhangi bir şekil şartını aramayan “ tarafların anlaşmasıyla” ibaresinin de zımni kabule yasakoyucu tarafından izin verildiği biçiminde yorumlanması düşünülebilir.

Bununla birlikte, sonradan yapılacak tek taraflı bir değişikliğin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olacağı kanısındayız. Gerçekten, denkleştirme esas, öncelikle İş K. m. 66/c de hükme bağlanan, işçinin çalışmayı bekleyerek boş geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı, dolayısıyla ücrete hak kazanacağı kuralının istisnası olduğu gibi, İş K. m. 41 ile hükme bağlanan haftalık 45 saatin üzerinde çalışma halinde işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kuralının da istisnasıdır. İş Kanunu m. 66/c, işletme riskinin işverenin üzerinde olduğu esasına dayanır. İşletme riskinin gerçekleştiği durumlarda, diğer deyimle piyasa dalgalanmaları, sipariş alamama gibi işletme faaliyetini etkileyen, umulmayan hallerde işgörmeye alacağını kabul edemeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve çalışmaya hazır olan işçi karşısında ücret borcu devam eder (BK. m. 325).

Denkleştirme esas ile yasakoyucu, Borçlar Kanunu'na dayanan bu temel esasın işletmeler üzerinde oluşturduğu mali yükü ortadan kaldırarak ücretin fiili çalışmanın karşılığı olması ilkesini hakim kılmaya çalışmaktadır. Böylece, mal ve hizmet üretiminin dalgalandığı hallerde ve sektörlerde, işverenin fiili çalışma yapılmayan zamanları fazla çalışma yapılan zamanlarla denkleştirerek fiilen yapılan işin karşılığı ücret vermesine olanağını tanımaktadır.

İş Kanunu m. 41, haftalık 45 saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak nitelermekte ve ancak denkleştirme esasının uygulandığı halleri bu kuralın istisnası olarak kabul etmektedir. Öğretide de

kabul edildiği gibi, fazla çalışmada kural fazla çalışma ücretine hak kazanılmasıdır. Telafi dinlenmesi, İş. K. m. 41/IV ve denkleştirme esas bu kuralın istisnalarıdır.

İş sözleşmesinin başından itibaren olağan çalışma koşullarının uygulandığı bir iş ilişkisinde işçi, 45 saatin üzerinde çalıştığı haftalarda genel kural gereği fazla çalışma ücretine hak kazanır. İş yoğunluğunun düşük olduğu dönemlerde de yine genel kural gereği fiilen çalışmaya bile çalışmaya hazır olduğu için ücret alacağı doğacaktır. Böylece aylık olağan ücreti yanında % 50 zamlı ücret alacağı doğmaktadır.

İşin devamı sırasında denkleştirme esasına geçilmesiyle işçi fazla çalışma yapmasına rağmen o güne kadar aldığı fazla çalışma ücretini alamaması kanımızca iş koşullarında esaslı eşşikliklerdir. Her şeyden önce, fazla çalışma işçi sağlığı ve özel yaşamın korunması gerekçeleriyle yasa tarafından işçinin rızasına bağlı tutulmuştur<sup>3</sup>. Karşılığında % 50 zamlı ücret ödendiği halde, olağan fazla çalışmanın işçinin açık rızasına bağlı olduğu düşünüldüğünde, denkleştirme esasına geçildiğinde bir yandan bazı haftalarda yine fiilen fazla çalışması öngörülen, diğer yandan buna ilişkin ücreti alamayacak olan işçi bakımından bu değişikliğin esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir. Somut olaydaki gibi, salt yeni yasanın yürürlüğe girmesi olgusu da esaslı değişiklik niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Ancak, esaslı değişikliğe ilişkin olarak İş K. m. 22'de düzenlenen usulün uygulanması pratik olmayabilir. Diğer yandan, denkleştirme esas, Yasanın işgücü maliyetini düşürmek amacıyla işverene tanıdığı bir olanaktır. Bu gerekçelerle, iş ilişkisinin devamı sırasında denkleştirme esasına geçişin iç yönetmelik değişikliğiyle açıkça düzenlenmesi ve işçilerin bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceği, bu yöntemin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız.

## 2. Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Hafta Tatili

Yargıtay 9.HD.'nin kararında göze çarpan eleştiriye açık bir diğer konu, haftalık çalışma süresi hesaplanırken, hafta tatiline ilişkin emredici hükümlere hiç değinilmeden davacının günde 11 saatten yedi gün ve toplam 77 saat çalıştığının kabul edilmiş olmasıdır.

Hafta tatilini düzenleyen İş K. m 46, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili verileceğini hükme bağlamaktadır. 63. maddeye göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saat olup, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak üzere dağıtılabilir.

1475 sayılı eski İş Kanunu'nun hafta tatilini düzenleyen 41. maddesinde ise haftanın tatilden önceki altı iş gününde çalışmış olan işçilere ücretli hafta tatili verileceğini hükme bağlamakta, böylece, haftanın çalışılan gün sayısını açıkça belirtmekte idi. Yeni yasada haftanın çalışılan gün sayısının belirtilmemesi, bir an için hafta tatili ile ilgili esasların değiştiğini akla getirirse de, İş K. m. 46 yedi günlük süre içinde en az yirmi dört saat hafta tatili verilmesi gereğini açıkça düzenlemektedir. 4857 sayılı Yasa'da altı iş günü çalışmış olma koşulunun aranmamasının nedeni, yine 63. maddede düzenlenen denkleştirme esasına göre yoğunlaştırılmış iş haftasından sonra gelen ve eksik gün çalışılan haftalarda, eksik çalışmaya rağmen işçilerin ücretli hafta tatiline hak kazanmalarını güvenceye almaktır<sup>4</sup>. Bu nedenle, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de işçilere hafta tatili verilmesi yasal zorunluluktur.

17.3.1981 tarih ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun m. 3 ve 2.1.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanuna göre, hafta tatilinin kural olarak Pazar günü olduğunu hükme bağlayarak, altı günden fazla çalıştırma yasağını düzenleyerek sürekli çalışılan ve 4. maddede sayılan işyerlerinde Pazar günü çalışmak zorunda olan işçilere münavebe suretiyle haftada birer gün günü izin verilmesi zorunluluğunu düzenlemektedir (m. 4/E). Buna göre, işin niteliği gereği faaliyetin yedi gün devam ettiği işyerlerinde Pazar günü tatil yapmadan çalışacak olan işçiye Pazar gününden önce hafta tatili verilmesi, böylece işçinin yedi günlük süre içinde bir gün dinlendirilmesi gerekir.

Yargıtay'ın, davacının on gün çalıştıktan sonra yirmi gün gibi uzun bir süre dinlenecek olması nedeniyle hafta tatiline ilişkin düzenlemeyi dikkate almadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, İş K. m.

46/I karşısında denkleştirme esasının uygulandığı hallerde dahi yedi günlük zaman dilimi içinde işçiye bir gün tatil verilmesi yasal bir zorunluluktur ve bu emredici kuralın istisnası mevzuatta düzenlenmemiştir. Yargıtay 9. HD.'nin, davacının ilk hafta yedi gün ve toplam 77 saat çalıştığı tespitine rağmen, dava sonucuna da etkili olan hafta tatilinde çalışma olgusuna değinmemesi İş Kanunu ve ilgili mevzuatla bağdaşmamaktadır. Yasanın emredici hükmü gereği, yedi günlük süre içinde hafta tatili olması gereken bir gün gerçekleştirilen 11 saatlik çalışmanın yasaya aykırı fazla çalışma olarak değerlendirilmesi ve fazla çalışma ücretine hükmedilmesi, denkleştirme süresine ilişkin hesabın kalan haftalık 66 saat üzerinden yapılması gerekirdi.

### 3. Denkleştirme Esası Uygulamasında Günlük Çalışmanın Azami Sınırının Aşılması

Davacının 4857 sayılı Yasa döneminde geçen çalışmaları bakımından HGK. farklı tespitlerde bulunmaktadır. Davacının günde 14 saat ve birinci hafta üç, ikinci hafta dört gün çalıştığını kabul eden HGK, haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa bile günlük on bir saati aşan çalışmanın fazla çalışma sayılacağını tespit etmektedir.

Bunun gibi, HGK.'nin denkleştirme esasına ilişkin tespiti de dikkat çekicidir. HGK., günlük 11 saatin üzerindeki çalışmalar dışında kalan, üç gün çalışılan ilk hafta günlük 11 saatten 33 saat, dört gün çalışılan ikinci hafta ise günlük 11 saatten 44 saat çalışıldığı ve haftalık 45 saat aşılmadığından denkleştirmeden söz edilemeyeceği sonucuna varmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun tespitlerine tümüyle katılmaktayız. Gerçekten, günlük çalışmanın azami sınırı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin emredici mutlak bir sınırdır. Fazla çalışma yapılan hallerde de günlük çalışmanın toplam süresi 11 saati aşamaz<sup>5</sup>.

Her ne kadar İş K m. 41, fazla çalışmayı haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmalar olarak tanımlamakta ise de, 63/II ile günlük 11 saat çalışma sınırı konulduğu gibi, denkleştirme esasının uygulanmasında haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı hükme bağlanmaktadır. Her iki sınır birlikte değerlendiril-

diğinde, 11 saat sınırının mutlak emredici olduğu, bu sınırın üzerinde yapılan çalışma hukuka aykırı olduğu için haftalık 45 saatin hesabında dikkate alınmayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bu yasağa rağmen 11 saati aşan çalışma yaptırılırsa işçinin korunması ilkesi gereği yasaya aykırı çalışmalara hukuki sonuç bağlanır. Günlük çalışma süresinin azami sınırını aşan çalışmalarda işçi, haftalık çalışma süresine bakılmaksızın fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır<sup>6</sup>.

Denkleştirme esasının uygulanmasında da günlük 11 saate kadar olan, hukuka uygun çalışmalar dikkate alınacaktır. Bu bakımdan HGK.'nın, üç gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saatten haftada 33 saat, dört gün çalışılan haftalarda haftada 12 saat çalışmasını günlük azami çalışma süresini aşan çalışmalar olarak değerlendirip fazla çalışma ücretine hükmetmesi yasaya uygundur.

## SONUÇ

Yargıtay 9. HD. ve HGK. kararları çalışma süresinin düzenlenmesine ilişkin önemli noktalara değinme olanağı tanımaktadır. İncelememizde vardığımız ilk sonuca göre, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişiklidir. Yasada yer alan " tarafların anlaşması" ifadesi işçinin zımnî onayını kapsamamaktadır. Denkleştirme esasının sözleşmeler veya iç yönetmelikte açıkça düzenlenmesi gerektiği, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçişin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olup yönetmelik değişikliğiyle gerçekleştirilmesinin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız. 9. HD.'nin olayda "örtülü bir denkleştirmenin" varlığını kabul etmesi eleştiriye açıktır.

Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde yasanın çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin mutlak emredici hükümleri dikkate alınmak zorundadır. HGK. bu konuda isabetli sonuçlara varmakta, 9. HD. ise hafta tatili konusunda yasa ile çelişmektedir.

Öncelikle, günlük 11 saati aşan çalışmalar emredici hükme aykırı olduğu için haftalık çalışma süresinin tespitinde ve denkleştirme esasının uygulanmasında dikkate alınmaz. Haftalık çalışma 45 saatin altında kalsa bile günlük 11 saati aşan hukuka aykırı çalışmalarda işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır.

Hafta tatili de mutlak emredici hükümlerle düzenlendiğinden, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de işçiye çalışılan haftalarda bir gün hafta tatili verilmelidir. Hafta tatili olması gereken bir günlük hukuka aykırı çalışma denkleştirmenin hesabında dikkate alınmaz, bu durumdaki işçi bir günlük çalışması için fazla çalışma ücretine hak kazanır.

## DİPNOTLAR

- 1 Kazanci.com.tr.
- 2 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 606; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 162.
- 3 Süzek, 626-627.
- 4 Süzek, 641; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 188-189.
- 5 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 163; Süzek, 606, 628.
- 6 Bkz. Süzek, 628.

Doç. Dr. Murat ŞEN

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları

## 1. GİRİŞ

1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde çalışma koşullarında esaslı değişiklik konusu, öğretide farklı yönde ileri sürülen görüşlere rağmen<sup>1</sup>, Yargıtay'ca işçinin aleyhinde sonuçlar doğuracak tarzda yorumlanmıştır<sup>2</sup>. Gerçekten o dönemde, işçinin çalışma koşullarında işveren tarafından tek taraflı olarak yapılan bir değişiklik karşısında, işçinin altı işgünü içinde haklı fesih hakkını kullanmaması<sup>3</sup>, değişikliğin zımni (örtülü) olarak kabul edildiği varsayımına dayanıyor ve değişiklik hukuken de gerçekleşmiş gibi hüküm kuruluyordu<sup>4</sup>. Şayet işçi bu süre zarfında iş sözleşmesini haklı olarak feshederse, bu takdirde de, ihbar tazminatına hak kazanıyordu<sup>5</sup>. Her iki yönüyle de işçinin aleyhine sonuç doğuran bu durum, öğretide, işverene ait olan işletme riskinin işçi üzerine yıkılması olarak değerlendiriliyordu<sup>6</sup>.

Eski dönemde bu yöndeki işçi aleyhine sonuç doğuran çalışma koşulu değişiklikleri, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde, işçinin lehine olacak tarzda yeniden düzenlenmiştir. İşveren açısından bir esneklik yöntemi, işçi yönünden ise bir iş güvencesi

aracı olan çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin İş Kanunu'nun 22. maddesindeki yeni düzenleme ile iş ilişkisinin sürdürülmesi amaçlanmış, şekil ve esasa ilişkin yeni bir anlayış getirilmiştir<sup>7</sup>. Bu anlayışta, çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin ancak işçinin yazılı şekildeki rızası ile gerçekleşebileceği esas alınmış ve bunun reddedilmesi halinde işletme riskini üzerine alan işverene fesih hakkı tanınmıştır. İşçinin yazılı kabulüne dayanmayan esaslı değişikliklerin ise hukuken gerçekleşmemiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Ne var ki Yargıtay, 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 22. maddesi ile işçi yararına olarak getirilen bu yöndeki açık düzenlemeye rağmen, verdiği yeni tarihli bir kararında 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadını sürdürür tarzda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olan işyeri değişikliğine karşı işçinin altı işgünü içinde itiraz etmemesini değişikliği kabul (zımni kabul) olarak değerlendirmiştir. Bu açıdan son derece ilginç olan ve Kanun'daki hükme açıkça aykırılık teşkil ettiği düşünülen bu kararın metnine, öneminden ötürü aşağıda yer verilecektir.

Bu çalışmada, öncelikle sözü edilen kararın metni verilecek, sonra karar metni ile sınırlı kalınarak, çalışma koşullarında yapılacak bir değişikliğin hangi

prosedüre (yönteme) bağlı olarak yapılabileceği ele alınacak ve bunun değişik ihtimallerde meydana gelecek hukuki sonuçları ayrıntılı olarak incelenecektir.

## II. YARGITAY KARARI

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/27701

**Karar No** : 2005/30370

**Tarih** : 19.09.2005

#### DAVA

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

#### KARAR

Davacı, davalı işverenin, işyeri değişikliğinde toplu iş sözleşmesinin 23. maddesindeki hükme aykırı hareket etmesi nedeni ile yaptırım olarak öngörülen tazminatın tahsilini talep etmiştir.

Davalı, yönetim hakkı gereği takdir hakkını kullandığını, ayrıca verildiği yerin yeni oluşturulan birim olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde düzenlenen işyeri değişikliğinde, kurala aykırı dayandığı, cezai şart niteliğindeki tazminatı ödemesi gerektiği kabul edilerek, belirlenen miktar, Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca takdiri indirim tabii tutularak, gerekçede 3.500.YTL alacağın varlığı kabul edildiği halde, hükümde 4.000. YTL tazminatın tahsiline karar verilmiştir. Faiz de kısa kararda 22.02.2005 tarihinden itibaren uygulanmış iken, gerekçeli kararda 10.02.2005 tarihinden yürütülmüştür. Bu hususlar bozma nedenidir.

Diğer taraftan uyuşmazlığa konu edilen ve hükme dayanak yapılan toplu iş sözleşmesi 01.03.2002-28.02.2005 tarihleri arasında yürürlükte olup, anılan sözleşmenin imzalanmasından ve yürürlüğe girmesinden sonra İş Hukuku mevzuatında değişiklik olmuş ve 20.06.2003 tarihinde<sup>8</sup> 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş

Kanunu'nun 22. maddesinde "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlığı adı altında "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz." düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme davacının işyeri değişikliğinin yapıldığı 04.05.2004 tarihinde yürürlüktedir. Dava, 22.02.2005 tarihinde işlemde, 9 ayı aşkın süre sonra açılmıştır. Davacı, bu düzenlemeye göre, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olan, işyeri değişikliğine karşı 6 gün<sup>9</sup> içinde itiraz etmemiştir. Davacı, işlemi kabul etmiştir. İşverenin işyeri değişiklik işlemi geçerli hale gelmiştir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, cezai şart tazminatının reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Kabule göre de, cezai şart gerekçede 3.500.-YTL olarak belirlendiği halde, hükümde 4.000.-YTL'ye karar verilmesi, faizin başlangıç tarihinde kısa karar arasında çelişki yaratılması da açık bozma nedenidir.

#### SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.09.2005 gününde oybirliği ile karar verildi<sup>10</sup>.

### III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Sorunun Tespiti

1. Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçi davalı işverene ait işyerinde çalışırken, işveren tarafından işyeri değiştirilmiş; bunun üzerine işçi de dava açarak toplu iş sözleşmesinin 23. maddesindeki hükme dayanmış ve işyeri değişikliği halinde yaptırım olarak öngörülen tazminatın tahsilini talep etmiştir. Davalı işveren ise, verdiği cevap layihasında, TİS'nin 23. maddesine aykırılık bulunmadığını, yönetim hakkı gereği takdir hakkını kullandığını ve işçinin yeni işyerinin yeni oluşturulan bir birim olduğunu ifade etmiştir.

Yerel mahkeme, davalı işverence işçinin işyeri değişikliğinin, toplu iş sözleşmesinin 23. maddesindeki hükme aykırı olduğunu; bu nedenle de söz konusu maddede öngörülen cezai şart niteliğindeki tazminatı ödemesi gerektiğini hüküm altına almış; söz konusu cezai şart miktarının yüksek olduğunu öngörerek, Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca cezai şart miktarını indirmiştir. Ancak, verdiği kararın gerekçesinde 3.500.YTL alacağın varlığını kabul etmiş, hükümde ise 4.000.YTL tazminatın tahsiline hükmetmiş; benzer şekilde, faiz konusunda da, gerekçeli kararda 10.02.2005 tarihinden itibaren faiz yürütülmesine; kısa kararda ise 22.02.2005 tarihinden itibaren faiz uygulanmasına karar vermiştir.

Temyiz Mahkemesi ise, uyuşmazlığa konu edilen ve hükme dayanak yapılan toplu iş sözleşmesinin 01.03.2002-28.02.2005 tarihleri arasında yürürlükte bulunduğunu; TİS'nin imzalanmasından ve yürürlüğe girmesinden sonra İş Hukuku mevzuatında değişiklik olduğunu ve 10.06.2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiğini ifade etmiş; söz konusu İş Kanunu'nun 22. maddesinde "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlığı adı altında uyuşmazlığa konu husus hakkında yeni bir düzenleme getirildiğini ve bu düzenlemenin davacı işçinin işyeri değişikliğinin yapıldığı 04.05.2004 tarihinde de yürürlükte olduğunu belirtmiştir.

Bunun yanı sıra, Yargıtay, davacı işçinin, işyeri değişikliği konusundaki uyuşmazlığa ilişkin davayı, değişiklik işleminden 9 ay 18 gün sonra yani 22.02.2005 tarihinde açtığını; İş Kanunu'nun 22.

**Esaslı değişikliğin yapılmasından itibaren altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmemesi halinde bunun zımni kabul mü yoksa zımni red mi sayılacağına tespiti önem taşımaktadır.**

maddesindeki düzenlemeye göre, davacı işçinin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olan işyeri değişikliğine karşı 6 işgünü içinde itiraz etmesi gerektiği halde etmediğini; bu yönüyle davacı işçinin, değişiklik işlemini kabul ettiğini vurgulamış, işverenin işyeri değişiklik işleminin geçerli hale geldiğini ifade etmiş; somut bu maddi ve hukuki olgulara göre de, cezai şart tazminatının reddi yerine, yazılı şekilde kabulünün hatalı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, işçinin işverenin işyerini değiştirmesi işlemine 6 gün içinde itiraz etmemesi nedeniyle değişikliğin geçerli hale geldiğini belirtmesinin yanı sıra yerel mahkemenin gerekçesinde 3.500.-YTL olarak belirlediği cezai şart miktarını hükümde 4.000.-YTL olarak yazıp karar vermesi ile faizin başlangıç tarihini gerekçe ile kısa kararda çelişkili yazmasının açık bozma nedeni olduğunu ifade etmiş ve temyiz olunan kararın bozulmasına oybirliği ile karar vermiştir.

2. Yargıtay'ın kararından anlaşıldığına göre, dava konusu uyuşmazlık, işverenin işçinin çalışma koşullarını değiştirmesinin yöntemine ilişkindir. Bu bağlamda, esaslı değişikliğin yapılmasından itibaren altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmemesi halinde bunun zımni kabul mü yoksa zımni red mi sayılacağına tespiti önem taşımaktadır.

İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında değişikliğin yöntemi açıklanmıştır. Buna göre, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren de-

ğişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir...”

Sözü edilen bu düzenlemeden anlaşıldığına göre, çalışma koşulunu değiştirmek isteyen işveren değişiklik önerisini yazılı olarak yapmak zorunda olup bu öneri işçi tarafından 6 işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilirse çalışma koşulu değiştirilmiş olur. Bu usule uygun olarak yapılmayan değişiklik ise işçiyi bağlamaz. Durum bu iken; Yargıtay’ın, İş Kanunu’nun 22. maddesindeki bu düzenlemeden hareket ederek, 6 işgünü içerisinde işçinin değişiklik işlemine itiraz etmemesini işyeri değişikliğine rıza göstermesi olarak değerlendirmesi, gerçekten üzerinde durulması gereken bir konudur.

Bu açıdan, öncelikle çalışma koşullarında değişikliğin hangi usul öngörülerek yapılabileceği ele alınacak, daha sonra ise somut olayla ilgili değerlendirmeye geçilecektir.

## B. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Yöntemi

### 1. Çalışma Koşulunda Esaslı Değişiklik İçin Gerekli Şartlar

İş Kanunu, çalışma koşullarında esaslı değişikliği 22. maddesindeki özel bir hükümlerle düzenlemiş ve 1475 sayılı Kanun’dan tamamen farklı bir usul öngörmüş ve belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasını amaçlamıştır. Buna göre, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesi için; 1. İş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan esaslı bir çalışma koşulunun bulunması; 2. Bu çalışma koşulunu değiştirme önerisini işverenin yazılı olarak yapması; 3. Öneriyi işçinin altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi gerekir.

Somut olay açısından önem taşıyan husus, çalışma koşulunu değiştirme önerisini işverenin yazılı olarak yapması ve öneriyi işçinin altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi olduğu için bu şartlar üzerinde ayrıca durmak gerekir.

### a. Çalışma Koşulunu Değiştirme Önerisini İşverenin Yazılı Olarak Yapması

Çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılabilmesi için, değişiklik önerisinin işverenden gelmesi ve bunun yazılı olarak yapılması gerekir. Buradaki yazılı şekil basit (adi) yazılı şekil olup işverenin değişiklik önerisini açıkça yansıtması ve işverenin veya yetkili işveren vekilinin imzası ile işçiye sunulduğu tarihi taşıması gerekir<sup>11</sup>. Ancak ne var ki işverenin yazılı bildirimde bulunduğu, bu bildirimde değişikliğin sebep ve sonuçlarını açıklama yükümlülüğü altında değildir<sup>12</sup>. İşverenin çalışma koşulunda değişiklikte bulunduğunu belirttiği bildiriminde, değişikliğin sebep ve sonuçlarını belirtmek zorunda olmaması, söz konusu düzenleme açısından bir eksiklik olarak kabul edilmelidir<sup>13</sup>.

Kanun, işveren tarafından değişiklik önerisinin yazılı olarak yapılmasını aramıştır. Hükümde açıkça “...yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan... değişiklikler işçiyi bağlamaz” denildiğine göre buradaki yazılı şekil, yani işverenin değişiklik önerisini yazılı olarak yapması, bir geçerlilik koşuludur<sup>14</sup>.

Ayrıca burada işçiye bildirimden söz edildiğinden, işverence yapılacak değişiklik önerisi, birden çok işçiye yöneltilecekse, bunun işçilere ilan gibi genel bir duyuru şeklinde değil, her bir işçiye ayrı ayrı ve İş Kanunu’nun 109. maddesindeki usule uygun olarak yapılması gerekir<sup>15</sup>. İş Kanunu’nun 109. maddesi gereğince, yasada öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gereklidir. Böylece işçinin değişikliği kabul iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması sağlanmakta, işçinin aslında razı olmadığı bir değişikliği zımnen kabul ettiği iddiasının önüne geçilmektedir. 1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay uygulamasında söz konusu olan isabetsiz tarzdaki zımni kabul uygulaması göz önüne alındığında, böyle bir şekil düzenlemesi ile zımnen kabul iddiasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

İş Kanunu’nun 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki “İşveren, ... çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir.” ifadesi, yanlış anlaşılmaya da uygun bir düzenlemedir. Zira bu ifade ile, işverenin esaslı değişiklik yapmak

## İşveren çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirebilirse de, bu değişikliğin işçi açısından bağlayıcı olabilmesi, ancak işçinin rızası ile mümkündür.

istememesi halinde işçiye yazılı olarak bildirim yapmasının şart ve yeterli olacağı gibi bir anlam da ortaya çıkmaktadır. Ancak, ifadenin devamındaki ikinci cümlede “Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz” denilerek işçi açısından bağlayıcı olmayan bir çalışma koşulu değişikliğinin gerçekleştiğinden söz edilmeyeceğine vurgu yapılmıştır. Madde gerekçesinde yer alan “işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapmak istemesi” ve “değişiklik önerisi” gibi ifadeler de bu durumu açıklığa kavuşturmaktadır<sup>16</sup>. Başka bir söyleyişle, bu hükümlerle, işverenin iş sözleşmesinde tek taraflı olarak değişiklik yapması değil, değişiklik istemesi ve bu amaçla değişiklik önerisinde bulunması söz konusudur. İşçi bakımından yazılı olarak kabul edilmeyen bu değişiklik önerisi, reddedilmiş olacak ve çalışma koşulu değişikliği gerçekleşmeyecektir. Değişikliğin işçiyi bağlamaması ifadesi, açık bir ifade değildir ancak bununla işçi bakımından değişikliğin hüküm ifade etmeyeceği anlatılmak istenmiştir<sup>17</sup>.

Bu hükümlerle, açıkça, işverenin tek taraflı olarak esaslı bir çalışma koşulu değişikliği yapmasının önüne geçilmiş ve çalışma koşullarında işveren tarafından esaslı tarzda bir değişikliğin ancak işçinin değişikliği altı işgünü içinde ve yazılı bir şekilde kabul etmesi halinde mümkün olacağı; altı işgünü içinde kabul edilmeyen bir değişikliğin ise, işçi bakımından hüküm ifade etmeyeceği ortaya konulmuş olmaktadır. Değişikliğin hukuken yapılmış kabul edilmediği durumlarda ise, ya sözleşme eski çalışma koşullarıyla devam edecek veya işveren tarafından bildirimli olarak feshedilecektir<sup>18</sup>. İşveren çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirebilirse de, bu değişikliğin işçi açısından bağlayıcı olabilmesi, ancak işçinin rızası ile mümkündür<sup>19</sup>. Şu halde, maddede öngörülen usule göre, çalışma koşullarında yapılacak esaslı bir değişiklik ancak durumun işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin bu-

nu altı işgünü içinde yazılı olarak kabulü ile gerçekleştirilebilir.

### **b. Değişiklik Önerisini İşçinin Altı İşgünü İçerisinde Yazılı Olarak Kabul Etmesi**

#### *aa. Değişiklik Önerisinin Yazılı Şekilde Kabul Edilmesi*

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak isteyen işveren, durumu işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirimden sonra esaslı değişikliğin gerçekleşmesi için işçinin değişiklik önerisini altı işgünü içerisinde, yazılı olarak kabul etmesi şarttır<sup>20</sup>. Buradaki yazılı şekil, basit (adi) yazılı şekil olup, ayrı bir belge olarak ya da işverenin yazılı önerisini içeren belgenin altına düşülen (ve işçinin bunu kabullendiğini belirten imza ve tarihi içeren) bir kayıt olarak da gerçekleştirilebilir<sup>21</sup>.

İşveren tarafından yazılı olarak bildirilmeyen ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. Hükümün ifade tarzından, işverenin yazılı bildiriminin de işçinin yazılı kabulünün de, emredici olarak düzenlendiği ve geçerlilik koşulu olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır<sup>22</sup>. Yargıtay da, çoğu kararlarında aynı yönde içtihat geliştirmiş ve işçinin değişikliğe ilişkin yazılı kabulünü “çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik işçinin yazılı kabulüne bağlıdır.”<sup>23</sup> demek suretiyle bir geçerlilik koşulu olarak görmüştür<sup>24</sup>. Ancak bazı kararlarında ise, yazılı kabul olmaksızın da değişikliğin gerçekleşebileceğini esas almıştır<sup>25</sup>.

#### *bb. Değişiklik Önerisinin Altı İşgünü İçerisinde Kabul Edilmesi*

Yasa koyucu işçinin korunmasına yönelik olarak ona asgari altı işgünlük bir düşünme süresi tanımıştır<sup>26</sup>. Böylece işveren tarafından önerilen değişikliğin üzerinde etraflıca düşünme olanağı sağlanmış, acele ile bir değişikliğe zorlanarak zarar görmesi önlenmiş; hatta bu düşünme süresiyle taraflar arasında bir görüşme yapılması olanağı da tanınmıştır. Gerçekten de işçinin, işverenin önerdiğinden daha farklı bir değişiklik önerisini altı işgünü içerisinde işverene sunması mümkündür. Örneğin, işçinin işyerinin değiştirilmesini gerektiren bir çalışma koşulu değişikliğinde, işverenin işçiyi Ankara'daki işyerine görevlendirmeyi önermesi karşısında, işçinin, diğer şartları da dikkate alarak, An-



talya'daki işyerine görevlendirilmeyi istemesi de pekala mümkündür. Bu öneriler üzerinde, sözü edilen altı işgünlük süre içerisinde işçi ile işveren görüşmeler yapılabilir.

Diğer taraftan altı işgünlük süre ile, sadece işçiye bir düşünme süresi tanınıp onun yararı amaçlanmış değil; aynı zamanda işverenin de daha uzun bir süre için belirsizlikten kurtarılması sağlanmıştır<sup>27</sup>.

İşçiye kabul beyanı için altı işgünlük bir süre tanınması ile Borçlar Kanunu'nun 3. maddesi anlamında bir süre belirlenmiş olmaktadır. Buna göre, "Kabul için bir müddet tayin ederek başka kimseye bir akdin yapılmasını teklif eden kimse bu müddetin hitamına kadar icabından dönemez. Bu müddet bitmeden evvel kabul haberi kendisine yetişmezse icap ile bağlı kalmaz". Şu halde işveren altı işgünlük süre doluncaya kadar değişiklik önerisi ile bağlı bulunmaktadır.

İş hukukunun çoğu kurallarında olduğu gibi buradaki altı işgünlük düşünme süresi de nisbî emredici bir düzenlemedir<sup>28</sup>. İşverenin isteğiyle tek taraflı olarak ya da bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile uzatılabilir. Dolayısıyla taraflar bu süreyi artırmaları ama azaltamazlar. Bu açıdan, toplu iş sözleşmesinde veya bireysel iş sözleşmesinde bu süre daha uzun tespit edilebileceği gibi işveren de tek taraflı olarak daha uzun bir süreyi öngörebilir. Örneğin, işveren esaslı değişiklik yapacağı konuyu işçiye bildirmiş ve buna ilişkin cevabını on işgünü içerisinde vermesini istemiş ise, bu takdirde daha uzun olarak tespit edilmiş olan bu sürenin esas alınması gerekir.

Buna karşılık altı işgünlük süre, işveren tarafından tek taraflı olarak ya da tarafların önceden anlaşması ile kısaltılamaz. İşverenin bu süreyi tek taraflı olarak kısaltması mümkün olmadığı gibi, toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmesi ile de bu sürenin altında bir sürenin tespiti olanaksızdır. İşçiye örneğin hemen veya üç gün içinde kabul etmemesi durumunda feshin geçerlilik kazanacağı şeklinde bir bildirim yapılması geçerli görülmez. İşçi altı işgünlük süreye ilişkin bu hakkından önceden feragat edemez<sup>29</sup>. Fakat işçi, bu süreyi kullanma aşamasında kısaltabilir. Örneğin öneriden iki işgünü sonra işverene cevap vermesi halinde altı işgünlük sürenin dolmasını beklemeye gerek yoktur.

Kanun açıkça altı "işgünü"nden söz ettiğine göre, burada işgünleri dikkate alınarak sürenin hesaplanması gerekir. Cumartesi, İş Hukuku bakımından işgünü olduğundan, Cumartesi günü de hesaba dahil edilir<sup>30</sup>. Örneğin, işverenin yaptığı esaslı bir değişiklik yazılı olarak işçiye 22.02.2005 tarihinde bildirilmiş ise, işveren bu önerisiyle 01.03.2005 günü mesai bitimine kadar bağlı kalacak; bu süre içinde kabul edilmesi halinde, değişiklik (sözleşmesi) gerçekleşmiş olacaktır. Böylelikle, içeriği değişmekle birlikte işçi ve işveren arasında en başta kurulmuş olan iş ilişkisi varlığını korumaya devam edecektir.

Kanun koyucu, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde çalışma koşullarında değişik konusunda işçinin yeterince korunmamasına karşı hem süre hem de şekil açısından bu tür işçiyi koruyucu şartlar getirmiş ve işçinin haklarını garantiye almaya çalışmıştır.

### c. Değişiklik Önerisini İşçinin Kabul Etmemesi (Reddetmesi)

Kanun, işverenin değişiklik önerisini kabul etmemeyen işçinin, bu yöndeki kararını iki şekilde açıklayabileceğini ortaya koymaktadır. Bunun ilk yolu, altı işgünlük süre içinde açıkça yazılı olarak kabul etmediğini belirtmesi; diğeri ise altı işgünlük süreyi susarak (sükût ederek) geçirmesidir.

#### aa. Değişikliğin Açıkça Reddedilmesi

Kanun "...işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz" demek suretiyle, değişikliğin kabul edilmesinin ilk yolunun altı işgünü içerisinde (yazılı veya sözlü olarak) kabul edilmediğinin bildirilmesi olduğunu ifade etmektedir. Böylece, işçi, işverenin yaptığı çalışma koşulu değişikliğini açıkça reddetmiş olmaktadır.

#### bb. Değişikliğin Zımnen Reddedilmesi (Altı İşgünlük Sürenin Sessiz Geçirilmesi)

İşçinin, değişiklik önerisini kabul etmemesinin ikinci yolu ise, altı işgünlük süreyi sessiz geçirecek herhangi bir cevap vermemesidir<sup>31</sup>. Başka bir ifadeyle, değişiklik önerisini kabul etmeme (reddetme), açıkça kabul edilmediğinin belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, susması biçiminde zımni de olabilir<sup>32</sup>. Kanun'un "...işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler

işçiyi bağlamaz” tarzındaki ifadesi, işçinin susması (sükût etmesi) durumunda bunun ret anlamına geleceğini belirtmekte ve zımni reddin ölçüsünü ortaya koymaktadır<sup>33</sup>. Bu açıdan, Kanun’a göre sükût ikrardan gelmediği yani reddetme anlamına geldiği için işçinin yazılı olarak reddetmesine mahal yoktur<sup>34</sup>. Fakat, Yargıtay, isabetsiz olarak, inceleme konusu yapılan ve yukarıda metni verilen kararda olduğu gibi<sup>35</sup>, benzer bir diğer uyuşmazlıkta da, ikramiye ve yemek yardımının kaldırılmasına tüm işçilerin karşı çıkmaması suretiyle bir işyeri uygulaması oluştuğuna, dolayısıyla zımni kabul yoluyla çalışma koşulu değişikliğinin gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır<sup>36</sup>.

Görüldüğü üzere, altı işgünlük süre, işçi yönünden sessiz geçirildiği takdirde ayrı bir önem taşır ve işçinin değişiklik önerisini reddettiği anlamına gelir<sup>37</sup>. Bu sonuç, 4857 sayılı İş Kanunu’nun öngördüğü önemli yeniliklerden biridir. Bilindiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, Yargıtay, çalışma koşulunda yapılan bir değişiklik halinde işçinin altı işgünü içerisinde sözleşmeyi fesih yoluna gitmemesini (yani sürenin sessiz geçirilmesini), değişikliği kabul ettiği (zımni kabul) şeklinde yorumlayan bir içtihat geliştirmiş idi<sup>38</sup>. Artık bu içtihat, 22. maddedeki işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin geçerli olmadığı yönündeki hükümlerle uygulanma olanağını kaybetmiştir. Yeni düzenlemenin eski Kanundakinden temel farkı bu noktadadır<sup>39</sup>. Böylece tekrar, irade beyanlarının yorumunda susmanın kural olarak kabul anlamına gelmeyeceği şeklindeki temel ilkeye geri dönmüştür<sup>40</sup>.

Görüldüğü üzere, bu düzenlemeyle önceki dönemde yapılan büyük hata düzeltilmiş olmakta ve işçinin değişiklik karşısında susması, artık onun değişikliği zımnen kabul ettiği anlamında yorumlanamamaktadır. Başka bir ifadeyle, İş K. m.22, çalışma koşulu değişikliği için zımni kabulü esas almamakta (kabul etmemekte), değişikliğin bağlayıcı olması için ancak işçinin açıkça yazılı kabulünü aramaktadır. Buna göre de, çalışma koşulunda değişiklik istemeyen işçinin, işveren tarafından yapılan değişiklik önerisini kabul etmediğini ya açıkça belirtmesi ya da altı işgünü içerisinde herhangi bir cevap vermemesi (zımnen reddetmesi) gerekir.

Şu halde, esaslı değişikliği altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmeyen işçi söz konusu değişik-

## **İşçinin altı işgünü geçtikten sonra açıklayacağı değişiklik, eğer işveren tarafından kabul ediliyorsa, geçerli sayılmalıdır.**

lik ile bağlı değildir. Buna karşılık, altı işgünlük süre bir hak düşürücü süre olmadığı için<sup>41</sup> işçinin altı işgünü geçtikten sonra açıklayacağı değişiklik, eğer işveren tarafından kabul ediliyorsa, geçerli sayılmalıdır<sup>42</sup>.

Bu arada belirtmekte yarar vardır ki, işçinin rızası alınmadan yapılan bir esaslı değişiklik, çalışma koşulunda değişiklik değildir; o, sözleşmenin ihlali niteliğini taşıyan bir değişikliktir<sup>43</sup>. Ancak, işveren tarafından yapılan değişiklik esaslı nitelik taşımayan (örneğin, işçinin mesleği ile ilgili olan ve ücret kaybına yol açmayan, çalışma koşullarını ağırlaştırmayan) bir değişiklik ise, işçinin bunu reddetmesi, yeni koşullara göre işi ifa borcuna aykırılık, diğer bir anlatımla işçi yönünden akdî kusur yani sözleşmenin kusurlu ihlali anlamına gelir<sup>44</sup>. Bu son durumda işveren sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkına sahiptir. Eğer işçi işi reddetmenin yanında bir de çalışmayı bırakarak işyerini terk etmişse bu durumda istifadan söz edilir<sup>45</sup>.

## **2. İşverenin Esaslı Değişiklik Önerisinin Kabul Edilmemesinin (Reddinin) Hukuki Sonuçları**

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak isteyen işveren, işçinin bu değişikliğe rıza göstermemesi halinde önündeki üç ihtimalden birini deneyecektir. Bunlardan biri değişiklikten vazgeçmesi ve sözleşmenin eski şartlarla aynen devam etmesi; diğeri, sözleşmeyi feshetmesi; üçüncüsü ise, sözleşmenin eski şartlarla devamına razı olmayıp fesih yolunu da kullanmadan çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği uygulamaya koymasındır.

Bu ihtimallerden, fesih yolunun kullanılması dışındaki iki duruma ayrıca değinmekte yarar vardır.

### *a. Sözleşmenin Eski Şartlarla Devamı*

İşveren tarafından çalışma koşullarında yapılan esaslı değişikliği işçi Kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde kabul etmez ise, işveren değişiklikten vazgeçip eski şartlarla sözleşmenin devamına razı olabilir. Bu takdirde, çalışma koşullarında herhangi bir değişiklik yapılmış olmayacak, sözleşme es-

ki koşullarda devam edecektir. Başka bir anlatımla, işveren işçiye çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisinde bulunmuş, işçi bunu kabul etmemişse, eğer işveren İş K. m.22 uyarınca iş sözleşmesini feshetmeyi düşünmezse taraflar arasında iş sözleşmesi aynen devam edecektir<sup>46</sup>.

#### *b. Sözleşmeye Değişikliğin Uygulanması*

İşveren işçiye çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisinde bulunmuş fakat işçi bunu kabul etmemişse, değişiklik gerçekleşmez ve işçi eski çalışma koşullarıyla çalışmasına devam eder. Bu takdirde işverenin İş K. m.22 uyarınca iş sözleşmesini fesih (değişiklik feshi) yolunu kullanması gerekir. Ancak işveren hem fesih yolunu kullanmaz hem de değişikliği uygulamaktan vazgeçmez ise yani değişikliği uygulamaya koyarsa, bu ihtimalde işçinin sahip olduğu olanağın ne olduğu Kanun'un 22. maddesinde düzenlenmemiştir<sup>47</sup>.

Böyle bir durumda, işverenin çalışma koşulu değişikliği yapan davranışı iş sözleşmesinin (khususlu) ihlali yani işverenin bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi anlamına gelir ve bunun hukuki sonuçları uygulanır<sup>48</sup>. Bu gibi hallerde duruma göre, BK. m.325'teki iş sahibinin (işverenin) temerrüdü<sup>49</sup> (BK.m.90'daki alacaklı veya BK.m.101'deki borçlu temerrüdü) hükümlerinin uygulanması düşünülebileceği gibi işverenin değişiklik yaptığı konuya ilişkin (varsa) özel yaptırımların da uygulanması mümkündür. Dolayısıyla şartları oluşmuşsa, işçi, işverenin temerrüdü hükümlerine dayanarak talepte bulunabileceği gibi sözleşmeyi haklı nedenle feshetme veya fesih yolunu düşünmeden diğer yaptırımların uygulanmasını isteme hakkına da sahiptir. Bunun gibi, işverenin eski tutumunun bir fesih iradesi olarak algılanması ve yazılı yapılmadığı için de geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olması da mümkündür. Örneğin, işveren işçinin ücretinde tek taraflı olarak bir indirim yapmışsa, bu çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğu için, işçinin önünde değişik alternatifler vardır. İsterse işverenin temerrüdüne dayanabilir. İsterse ücretinin ödenmesini mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte talep edebilir veya işini görmekten kaçınabilir (İş K. m.34). İsterse de İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (f) alt bendindeki "çalışma şartları uygulanmazsa" hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>50</sup>.

Sözü edilen hukuki sonuçları ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

#### *aa. İşverenin Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanması*

İşçinin yazılı kabulü (rızası) olmaksızın çalışma koşulunu değiştirerek bunu uygulamaya koyan işverene karşı, ilk olarak "işverenin temerrüdü" hükümlerine dayanılabilir. İşveren tarafından yapılan esaslı değişiklik önerisini kabul etmeyen ve anlaşmaya yanaşmayan işçinin, işverenin değişiklikte ısrarlı olması ve değişikliği uygulamaya koyması durumunda, işverenin icabının (önerisinin) niteliğine göre ya borçlu ya da alacaklı temerrüdü söz konusu olur.

Örneğin, işveren, işyerinin mali sıkıntısını gerekçe göstererek randıman priminin bir süre uygulanmaması yönünde bir öneriyi işçiye iletse ve işçi de bu öneriyi kabul etmese, buna rağmen işveren randıman primlerini ödemezse "borçlu temerrüdü" oluşur. Zira, BK.m.101'e göre, borçlunun temerrüdü için borcun muaccel ve ifası mümkün olması halinde borçluya ihtarda bulunulması ile (bazen örneğin BK.m.101/II'de belirtildiği gibi ifa gününün önceden belli olduğu hallerde alacaklının ihtarda bulunmasına gerek de yoktur) borçlu temerrüde düşer ve bunun hüküm ve sonuçları ortaya çıkar<sup>51</sup>. Burada ücret ödeme borcu işverenin temel borçlarından olup bu borcunu yerine getirmediğinde borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Buna karşın, işverenin işi bir hafta tatil etme şeklindeki önerisinin işçi tarafından reddedilmesine rağmen, işyerini bir hafta tatil etmesi ise "alacaklı temerrüdü"nü oluşturur. Zira BK.m.90'a göre, edim usulüne uygun şekilde arzedilmiş olduğu halde alacaklı ifayı haksız olarak kabulden kaçınmış ise alacaklı temerrüdü gerçekleşir<sup>52</sup>. Burada işveren iş görme alacaklısı olduğuna göre, işi kabulde temerrüt ettiği için işverenin temerrüdü (alacaklı temerrüdü) söz konusu olur. BK. m.325 "İş

**Değişikliğe onay vermeyen işçinin değişikliğe uymaya zorlanması halinde, borçlu veya alacaklı (işveren) temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir.**

sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir” demek suretiyle işverenin temerrüdünü düzenlemiştir. İşverenin temerrüdü için, işçinin işin ifasını teklif etmesi, işin ifasının mümkün bulunması ve işverenin teklif edilen iş ifasını haklı bir neden olmaksızın reddetmesi (kabulden kaçınması) gerekir<sup>53</sup>.

Görüldüğü üzere, değişikliğe onay vermeyen işçinin değişikliğe uymaya zorlanması halinde, borçlu veya alacaklı (işveren) temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir<sup>54</sup>.

Belirtelim ki, aradan yıllar geçtikten sonra dava zamanaşımı süresinin dolmasına kadar, işçinin işverenin temerrüdüne dayanarak bir talepte bulunması mümkündür. Ancak işçinin çalışmadığı halde işverenden isteyeceği bu tür tazminatlar (ücretler) dürüstlük kuralına uymadığı itirazıyla karşılaşılabilecektir.

#### *bb. Değişikliğe İlişkin Özel Yaptırımların Uygulanması*

İşverenin temerrüdü hükmünün yanı sıra, işverenin değişiklik yaptığı çalışma koşuluna ilişkin olarak Kanun’da özel bir düzenleme söz konusu ise, işçi o düzenlemedeki hükümlere de dayanabilir.

Örneğin, işverenin işçinin ücretinde tek taraflı indirim yapması ve söz konusu ücretini eksik ödemesi halinde, işçi, İş Kanunu’nun 34. maddesindeki “ücretin gününde ödenmemesi” kenar başlıklı hükme dayanabilir. Buna göre, “Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır”. Görüldüğü üzere, ücret konusunda yapılan bir esaslı değişiklik halinde, Kanun’da öngörülen hüküm çerçevesinde, işçi isterse işini görmekten kaçınabilir; isterse, ücretin eksiksiz olarak ödenmesini mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte talep edebilir.

#### *cc. İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkını Kullanması*

İşveren tarafından yapılan ve işçi tarafından kabul edilmeyen bir çalışma koşulu değişikliği karşı-

sında, işçinin diğer bir imkânı da, haklı nedenle derhal fesih yolunu kullanmasıdır. Gerçekten, İş Kanunu’nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (f) alt bendinde yer alan “çalışma şartları uygulanmazsa” şeklindeki hükme dayanarak iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesi de mümkündür<sup>55</sup>. Bu fesih haklı nedene dayanacağına göre, iş sözleşmesinin işçi tarafından, değişikliğin yapıldığı tarihten itibaren altı işgünü içerisinde feshedilmesi gerekir (İşK. m.26/I).

Bu durumda işçi, ihbar tazminatı alma hakkı olmaksızın sadece (diğer şartları da gerçekleşmişse) kıdem tazminatı alma hakkına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla, işçinin ihbar tazminatı alma yolunu kapatan 24/II (f) hükmüne dayanarak iş sözleşmesinin ortadan kalkması çoğu zaman en son ihtimal olarak düşünülecektir. Aynı şekilde, işinden yoksun kalmak istemeyen bir işçinin de bu yolu kullanmayı en son isteyeceği açıktır.

#### *dd. İşverenin Eski Koşullarla Sözleşmeyi Devam Ettirmesinin Bir Fesih İradesi Olarak Algılanması*

İşinden ve ihbar tazminatından yoksun kalmak istemeyen işçinin, altı işgünü içinde sözleşmeyi feshetmemesi durumunda, sözleşme, değişiklikten önceki şartlarla devam edecektir. Buradaki sorun sözleşmenin hangi süreye kadar devam ettiğinin kabul edileceği ya da işverenin değişikliğe rağmen eski tutumunun bir fesih iradesi olarak algılanıp algılanmayacağıdır.

Aradan yıllar geçtikten sonra, işçinin işverenin temerrüdüne dayanan taleplerle işverenin karşısına çıkması ihtimal dahilindedir. Burada dava zamanaşımı süresinin dolmasına kadar, işverenin bundan sorumlu tutulması ve altından kalkılması zor tazminatlara mahkûm edilmesi, çalışmadığı halde işçi tarafından ücret talep edilmesi gibi dürüstlük kuralı ile pek bağdaşmayan ihtimaller akla gelecektir. Böyle bir sonuç, ya Kanun’a aykırı hareket eden işverenin cezalandırılması düşüncesine dayandırılacak ya da işverenin eski koşullarla sözleşmeyi devam ettirmesi yönündeki davranışı bir fesih olarak değerlendirilecektir.

İşverene ait bir işyerinde çalışmakta olan işçinin çalıştığı işyeri, işveren tarafından geçerli bir nedene dayanılarak değiştirilmek istendiğinde, işçinin, yeni işyerinde çalışmayı kabul etmemesi halinde işveren, ya iş sözleşmesini 22. maddenin öngördüğü şekilde (değişiklik feshi yoluyla) sona erdirecek

ya da değişiklik yapmadan eski koşullarla sözleşmeyi devam ettirecektir. Fakat işveren hem sözleşmeyi feshetmez, hem de eski koşullarla çalışmasını kabul etmezse, işçi de sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkını kullanmazsa ne olacaktır? Bu durumda, işverenin işçiyi eski koşullarla çalışmak için işyerine almaması bir fesih iradesi olarak mı kabul edilecek, yoksa işverenin temerrüde düştüğü mü varsayılacaktır?

Kanaatimizce, böyle bir durumda, işçinin eski koşullarla çalışmasına izin verilmediğini gösteren davranışın işveren tarafından yapılmış bir fesih iradesi olarak kabul edilmesi ve yazılı yapılmadığı için de geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına bağlı tutulması hakkaniyete daha uygundur<sup>56</sup>.

Konuyu bir örnekle açıklamakta yarar vardır. 19.02.2007 tarihinde işyeri değişikliği şeklinde bir çalışma koşulu değişikliği önerisi yapılmış ancak işçi 26.02.2007 tarihi akşamına kadar değişiklik önerisini kabul etmemiş ise, değişiklik hukuken gerçekleşmediği için işçinin eski koşullarla çalışmasını sürdürmesi gerekir. Ancak işveren işçinin 27.02.2007 tarihinden itibaren eski koşullarla çalışmasına izin vermez yani işçiyi eski işyerine almaz; işçi de bu tarihten itibaren altı işgünü içerisinde İş K.m.24/II, (f)'deki "çalışma şartları uygulanmazsa" hükmüne dayanarak sözleşmeyi haklı nedenle fesih yolunu düşünmezse; bu takdirde işverenin bu davranışı bir fesih olarak mı değerlendirilecek yoksa çalışma koşulu değişikliği gerçekleşmediği için işverenin temerrüdüne mi dayanılacaktır?

Burada, Kanun'a aykırı hareket eden işverenin cezalandırılması düşüncesiyle, dava zamanasını süresinin dolmasına kadar, işverenin bundan sorumlu tutulması, altından kalkılması zor tazminatlara mahkûm edilmesi ve çalışmadığı halde işçinin ücret talep etmesi gibi sonuçlar doğurabilecek olan işverenin temerrüdüne dayanılması dürüstlük kuralı ile pek bağdaşır görünmemektedir. Bunun için hakkaniyete daha uygun olan yolun, işçinin eski koşullarla çalışmasına izin verilmediğini gösteren davranışın işveren tarafından yapılmış bir fesih iradesi olarak kabul edilmesi ve yazılı yapılmadığı için de geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına bağlı tutulması olduğu söylenebilir. Buna göre de, örnekteki olayda, işverenin işçinin eski koşullarla çalışmasına izin vermediğine ilişkin 27.02.2007 tarihindeki işyerine almama şeklindeki davranışı, o

tarih itibariyle, işveren tarafından yapılmış bir fesih iradesi olarak kabul edilmelidir. Bu takdirde iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli ve haklı bir nedene dayanmaksızın feshedilen işçinin, İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, feshin geçersizliği için dava açıp geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına dayanması gerekecektir. Bu arada, işverenin fesih iradesi yazılı yapılmadığı için, bir aylık hak düşürücü olan dava açma süresinin de işlemeyeceğini belirtmekte yarar vardır<sup>57</sup>.

## C. Somut Olay Açısından Değerlendirme

### 1. İşyeri Değişikliğinin Esaslı Değişiklik Olup Olmadığı

Davacı işçinin davalı işverene ait işyerinde çalışırken, işveren tarafından, işçinin onayı alınmaksızın işyerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik<sup>58</sup>. Bu konuda işverenin yönetim hakkına dayanarak değişiklik yapabilmesi söz konusu değildir<sup>59</sup>.

### 2. 1475 Sayılı İş Kanunu Döneminde Yapılmış Cezai Şarta İlişkin Düzenlemenin 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Döneminde Geçerli Olup Olmadığı ve 4857 Sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı

1475 sayılı Kanun döneminde rastlanan uygulamada, özellikle toplu iş sözleşmeleri ile, bir esaslı değişiklik olan işyeri değişikliğinin sınırlandırılması veya önlenmesi amacıyla cezai şart<sup>60</sup> kararlaştırılması yoluna gidilmekteydi. Somut olay açısından da, aynı durum söz konusu olup, işyeri değişikliği halinde 01.03.2002-28.02.2005 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 23. maddesine göre cezai şart ödemesi kararlaştırılmıştır. Ancak öngörülen cezai şart niteliğindeki tazminat miktarının yüksek görüldüğü durumlarda Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca hakim, cezai şart miktarını indirebilir ki, olayda da miktarın yüksekliğinden dolayı bir indirime gidilmiştir.

Toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu dönemde 4857 sayılı Kanun kabul edilerek, esaslı değişikliğe ilişkin olan "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlığı adı altında

yeni bir düzenleme getiren 22. madde kabul edilmiştir. Böylelikle, uyuşmazlık konusu olayda, bir taraftan 22. madde ile getirilen ve işçi lehine olan düzenleme bulunmakta, diğer taraftan ise, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan esaslı değişiklik halinde uygulanacak olan cezai şartta ilişkin hüküm yer almaktadır. 22. madde bu konuda işçi lehine olan bir usul getirdiğine göre uygulama imkanı bulacak, işçinin bu tür bir değişiklik halinde ödenecek cezai şartı da kazanılmış (müktesep) hak olarak değerlendirilecektir.

Bilindiği üzere, taraflar arasındaki iş ilişkisi, yürürlükte bulunan iş hukuku kurallarına bağlıdır. Buna göre, iş ilişkileri, kuruldukları andan sonra yürürlüğe girecek olan mevzuat değişikliklerinden etkilenirler. Bu itibarla, her iş ilişkisinin, sadece kurulduğu anda yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine bağlı kalacağı söylenemez. Ancak, sonradan yürürlüğe girecek olan mevzuat hükümlerinin, mevcut sözleşmelere uygulanabilmesi için, bunların işçi lehine olan düzenlemeler içermesi gerekir. Çünkü, mevcut sözleşme hükümleri, işçi lehine olmayan düzenlemeler karşısında kazanılmış hak oluşturur<sup>61</sup>.

### 3. İşçinin Çalışma Koşulu Değişikliğini Kabul Edip Etmediği

Davacı işçi, işyeri değişikliği konusundaki uyuşmazlığa ilişkin davayı, değişiklik işleminden 9 ay 18 gün sonra yani 22.02.2005 tarihinde açmış olup, dava açtığı tarih itibarıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi yürürlükte. Söz konusu düzenlemeye göre, "işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." Dolayısıyla, çalışma koşulundaki değişiklik ancak işçinin açıkça kabul ettiğine ilişkin yazılı bir belge ile yapılabilir; bu açıdan işçinin altı işgünlük süre içerisinde cevap vermemesi, değişikliği reddetmesi (yani kabul etmemesi) anlamına gelir.

Durum bu iken, Yargıtay'ın, davacı işçinin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olan işyeri değişikliğine karşı 6 işgünü içinde itiraz etmesi gerektiği halde etmemesini, çalışma koşulu değişikliğini kabul etmesi (yani zımni kabul) olarak değerlendirmesi son derece isabetsiz bir yaklaşımdır. Yüksek mahkemenin çalışma koşulundaki değişikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğini değil, buna

hangi hukuki sonucun bağlanacağını tartışması gerekirdi. Başka bir anlatımla, işyeri değişikliğini kabul etmeyen işçinin, "işverenin temerrüdü" hükmüne mi yoksa "değişikliğin uygulamaya konulduğu tarih itibarıyla işverenin iş sözleşmesini feshetmiş sayılacağı"na mı dayanacağını tartışılması daha isabetli olurdu.

Temyiz mahkemesinin, davacı işçinin değişiklik işlemine itiraz etmeyerek değişikliği kabul etmiş sayıldığını belirten gerekçesine hiçbir şekilde katılma imkanı bulunmamaktadır.

Sonuçta Yargıtay isabetsiz (hatalı) bir gerekçeye dayanarak isabetsiz (hatalı) bir sonuca ulaşmıştır. Zira, altı işgünü içinde değişikliğe itiraz etmediği için, işverenin, işçinin işyerini değiştirmesi işleminin geçerli hale geldiğini karara bağlamış ve hukuken geçerli olarak yapılan bir işlemde de cezai şartta hükmedilemeyeceğini belirterek, yerel mahkemenin kararını isabetsiz bir şekilde bozmuştur.

## IV. SONUÇ

2003 tarihli ve 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun kabulünden sonra verilmiş olmasına rağmen Yargıtay'ın, işveren tarafından yapılan çalışma koşulu değişikliklerine, işçinin altı işgünü içerisinde itiraz etmemesini işyeri değişikliğine rıza göstermesi (zımni kabul) olarak değerlendiren bu içtihadı, eski Kanun dönemindeki uygulamayı sürdüren isabetsiz (ve hatalı) bir karardır. Karar, çalışma koşullarındaki esaslı bir değişikliğin altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmedikçe red (kabul edilmeme) anlamına geleceğini belirten İş Kanunu'nun 22. madde hükmüyle çelişmektedir.

Çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik, İş Kanunu'nun 22. maddesinde açıklanan yöntemle göre yapılmalıdır. Buna göre, işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek ve işçinin de bunu altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmesi suretiyle yapabilir. Eğer değişiklik bu şekilde yapılmamışsa, işçi değişiklik ile bağlı değildir. Bunun sonucunda da işveren ya değişikliği uygulamaktan vazgeçer ya da değişikliğin geçerli bir değişiklik olduğu düşüncesindeyse iş sözleşmesini geçerli nedene dayanarak fesheder.

Eğer işveren hem değişikliği uygulamaktan vazgeçmez hem de iş sözleşmesini fesih yoluna gitmez ise, yani değişikliği usulsüz bir şekilde uygu-

lamaya koyarsa, nasıl bir yöntem izleneceği 22. maddede öngörülmemiştir. Ancak bu konuda, işçinin “işverenin temerrüdü”ne dayanması da, değişiklik konusuna ilişkin (şayet varsa) Kanun’daki özel yaptırımların uygulanması da mümkündür. Bunun yanı sıra işçi, 24/II (f) hükmüne dayanarak haklı nedenle derhal fesih yolunu da kullanabilir. Hakkaniyete daha uygun olan çözümün ise, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, işverenin işçinin eski işini sürdürmesine imkan vermeyen davranışının bir fesih iradesi olarak algılanması ve fesih yazılı yapılmaması nedeniyle de geçersiz fesih hüküm ve sonuçlarına bağlı tutulması olduğu kanaatindeyim.

## DİPNOTLAR

- 1 1475 sayılı Kanun döneminde, öğretilerde, çalışma koşullarında tek taraflı esaslı değişiklik yapan işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşması nedeniyle işçinin sözleşmeye aykırı olan bu talimata uymak zorunluluğu bulunmadığı, örneğin nakledildiği yeni işyerine gitmek istememesi halinde sözleşmeyi fesih iradesinin bulunduğu söylenemeyeceği, aksinin kabulünün sözleşme hukukunun genel kurallarına aykırı olacağı ve bu durumda, işçiyi eski koşullarda çalıştırmayan işverenin gizli fesih iradesinin bulunduğu, sözleşmeyi zımnen feshettiği ya da işverenin BK. m.325’e göre temerrüde düştüğü ileri sürülmekteydi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s. 66-67; Murat Engin, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHFİM, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 318; M. Polat Soyer, “İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi, İş Şartlarında Esaslı Değişiklik, Hizmet Akdinin Zımnen Bildirimsiz Feshi-İhbar ve Kıdem Tazminatı” Karar İncelemesi, İHD, C. I, İstanbul 1991, s. 254; Sarper Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), İstanbul 2002, s. 505-506; Kübra Doğan Yenisey, “Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, 2001, s. 129.
- 2 Yargıtay kökleşmiş içtihadıyla, işverenin tek taraflı esaslı değişiklikte bulunması halinde işçinin buna uymak zorunda olduğuna hükmediyordu. Örneğin işçiyi başka bir işyerine nakletmesine rağmen işçinin bu işyerine gitmeyerek eski işinde çalışmaya devam etmek istemesi halinde sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş sayıldığını kabul ediyor, dolayısıyla işçi haklı nedenle feshetmiş sayıldığı için diğer şartları da gerçekleşmişse kıdem tazminatına hak kazanıyor ama ihbar tazminatı alamıyordu. İş şartlarındaki değişikliğe rıza göstermeyen işçinin bu davranışının bir fesih iradesi olarak değerlendirileceğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y9HD, 21.6.1990, E. 1990/7006, K. 1990/7675, Soyer, İşçinin İşverinin Değiştirilmesi, s. 251-252, 254; Y9HD, 31.5.1965, E. 4563, K. 4727, A. Baki Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, s. 356-357; Y9HD, 1.4.1991, E. 1991/13030, K. 1991/6735, TİD, Aralık 1991, s. 17; Y9HD, 25.3.1997, E. 1996/22847, K. 1997/5905, Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s. 701.
- 3 “...Davacı işçi, işverence 1.7.2001 tarihinde yürürlüğe konulan personel yönetmeliği hükümlerinin iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğunu ileri sürerek 6 işgünü içinde iş aktini fesih yoluna gitmemiştir. Böyle olunca, yeni personel yönetmeliği uygulanarak ihbar ve kıdem tazminatlarının işverence ödenmesi yerinde olup, ayrıca fark tazminatlarına hak kazanılması olanağı bulunmamaktadır.”, Y9HD, 11.3.2003, E. 2002/24912, K. 2003/3508; “Davalı işverenin bu uygulamasının, iş şartlarının işçi aleyhine olarak tek taraflı değiştirilmesi olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda davacının 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 16/II-e maddesi uyarınca akti haklı olarak fesih imkânı vardır. Ancak davacı işçi anılan yasanın 18. maddesinde öngörülen 6 işgünü içinde bu yola gitmemiştir. Böyle olunca davacı işçi bakımından 1.7.2001 tarihinden itibaren yeni personel yönetmeliğinin uygulanması gerekir. Buna göre ihbar ve kıdem tazminatlarının işverence yeni personel yönetmeliğinde belirlenen sürelerle göre hesaplanarak ödenmesi yerindedir.”, Y9HD, E. 2003/2695, K. 2003/15676, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (İBB) Bilgisayar Programı; YHGK, 13.1.1988, E. 1988/9-478, K. 1988/7, İBB; Y9HD, 07.10.2003, E. 2003/3161, K. 2003/16343, Tühis, C. 18, S. 4, Kasım 2003, s. 39-41.
- 4 Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28-29 Mayıs 2004, İstanbul 2004, s. 118; 1475 sayılı Kanun döneminde öğretilerde, işveren tarafından yapılan değişikliğin işçi tarafından açıkça istenmiş olmasının şart olmadığı; örtülü olarak da işçinin, bu işlere razı olduğu durumlarda aynı sonuca ulaşmak imkanının bulunduğu belirtiliyordu. Bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. B., İzmir 1998, s. 344.
- 5 “...sözleşmeyi haklı olarak da olsa fesheden işçinin ihbar tazminatı talebinde bulunamayacağı anılan İş Kanunu’nun 16. maddesi gereğidir.”, Y9HD, 29.2.2000, E. 1999/19940-K. 2000/2327, Cevdet İlhan Günay, Şerhli İş Kanunu, C. II, 2. B., Ankara 2001, s. 1511-1512; “...Davacının, bu şekildeki feshi 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 16/II-(e) maddesinde gösterildiği gibi iş şartlarının esaslı bir şekilde değiştirilmesi nedenine dayalı fesih olup aynı Yasanın 13. maddesi dışındaki fesihler için ihbar tazminatına hükmedilmeyeceğinden ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekir...”, Y9HD, 5.6.2002, E. 2002/2118, K. 2002/9520; Y9HD, 25.4.2001 E. 2001/4050, K. 2001/7078, Ercan Akyiğit, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları (2001-2003 Arasına Ait Seçkin Kararlar), C. I, İstanbul 2003, s. 635; Y9HD, 19.9.1996, 5577/17549, Günay, Şerh, s. 1536-1537; Y9HD, 14.2.1996, 29542/2221, Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2002, s. 546; Y9HD, 7.11.2000, 12077/15527; Y9HD, 10.11.1999, 9-947/924, İBB; Y9HD, 8.12.1994, 13108/17376; Y9HD, 27.3.2002 E. 2002/3945, K. 2002/5314, Y9HD, 10.10.1995, E. 1995/20830, K. 1995/30821, YKD, 1996/3, s. 396. Ayrıca bkz. Engin, s. 318 vd.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 68; Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 64.
- 7 Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 19. B., İstanbul 2006, s. 232; E. Tuncay Kaplan/Senayen, Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen İş Hukuku, Ankara 2006, s. 198; Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 2. B., Ankara 2004, s. 496; Güzel, s. 119; Engin, s. 321.

- 8 Kararda İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olarak 20.06.2003 yazılmışsa da, 4857 sayılı İş Kanunu, 22.05.2003 tarihinde kabul edilmiş ve 10 Haziran 2003 tarihli (S. 25134) Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 9 Kararda "gün"den söz ediliyorsa da Kanun'un açık hükmü gereği bunun "işgünü" olarak anlaşılması gerekir.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2005 tarih ve E. 2005/27701, K. 2005/30370 sayılı bu kararı, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Bilgi Bülteni-2006, Yıl: 9, Sayı: 52, s. 21'de ve Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 7, 2005/4, s. 158-159'da yayımlanmıştır.
- 11 Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. B., Ankara 2006, s. 868.
- 12 Alp, s. 68; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 196.
- 13 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 196.
- 14 Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 242; Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 425; Engin, s. 320; Sarper Süzek, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi, 2006/I, s. 23; Ömer Ekmekçi, "26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, İstanbul 2002, s. 72; Alp, s. 67.
- 15 Güzel, s. 120; Ekmekçi, s. 70; Çelik, s. 233; Alp, s. 68.
- 16 4857 sayılı İş Kanunu ve Gereçesi, (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri ile Birlikte), TİSK yayını, Ankara 2003, s. 128.
- 17 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s. 236.
- 18 Bkz. Engin, s. 320; Sarper Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 2. B., İstanbul 2005, s. 498.
- 19 Çelik, s. 232-233; Mollamahmutoğlu, s. 236; Engin, s. 321; Ekmekçi, s. 70.
- 20 Savaş Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan Bireysel İş Hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 180; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, s. 137.
- 21 Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, s. 868.
- 22 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 198; Engin, s. 320; Ekmekçi, s. 72; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 23-24; Alp, s. 59, 61, 67. Ancak öğretilde aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre, işçi, yazılı olarak iş değişikliğini kabul ettiğini bildirmemesine rağmen, yasal (altı işgünü) süre içerisinde çalışma koşullarındaki değişikliğe uyarak çalışır ise, bu kabul sayılacağı için buradaki yazılılık ispat kolaylığı sağlar, geçerlilik koşulu değildir. Bkz. Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu, s. 243. Aynı yönde bkz. Demir, s. 87.
- 23 "Davacı, hizmet aktinin haklı neden bulunmadığı halde davalı işveren tarafından sona erdirildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı alması talebinde bulunmuştur. Davalı ise, servis şoförü olarak çalışan davacının önce şehirlerarası araçlarda şoför olarak görevlendirildiği bunu kabul etmemesi üzerine işyerinde yakıt sorumlusu olarak görevlendirilip, bunu da kabul etmeyip işyerinde boş oturduğunu, bu sebeple hizmet aktinin haklı olarak sona erdirildiğini savunmuştur. İşyerinde çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yaratmamak koşuluyla işveren işçinin çalışma şartlarını değiştirmesi, işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir. Ancak çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik işçinin yazılı kabulüne bağlıdır. Mahkemece davacının şehir içi servis şoförlüğünden yakıt sorumluluğu görevine verilmesi çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yarattığı uzman bilirkişi vasıtasıyla belirlenmeden yazılı şekilde ihbar ve kıdem tazminatlarının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD, 28.09.2005, E. 2005/177, K. 2005/31540, Çalışma ve Toplum, C. 7, 2005/4, s. 150.
- 24 "Davacı, davalı işyerinde kepeç operatörü olarak çalıştığını, ancak seçimlerden sonra düz işçi olarak atandığını, bunu kabul etmediğine dair yazılı beyanda bulunduğunu belirterek, iş aktinin haklı neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatılmama tazminatı ve boşta geçen süre için ücrete karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, işyerinde kepeç operatörü kadrosu olmadığını, davacının geçici işçi olup görevlendirildiğini her birimde çalışması gerektiğini, iş aktinin yapmakla ödevli bulunduğu ödevlerin kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması ve devamsızlığı nedeniyle feshedildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, geçici işçi olan davacının iş aktinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/11 (g) ve (h) maddelerine göre feshinin haklı olduğu müstakil kepeç operatörü kadrosunun bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi belgelerden ve belediyenin çeşitli görevlendirme yazılarından davacının uzun yıllardan beri kepeç operatörü ve şoförlük yaptığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle işe girerken davacının geçici işçi olarak nitelendirilmesi bu gerçeği değiştirmez. Ayrıca davacının işinin değiştirilmesine 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesine göre yazılı muvafakati da yoktur. Şu durumda fesih haksızdır. Davanın kabulü gerekirken reddi hatalı olduğundan Dairemizce 4857 sayılı Yasanın 20/3 üncü maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.", Y9HD, 14.09.2005, E. 2005/21940, K. 2005/29885, Çalışma ve Toplum, C. 7, 2005/4, s. 170-171.
- 25 Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/27701, K. 2005/30370, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Bilgi Bülteni-2006, Yıl: 9, Sayı: 52, s. 21 ve Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 7, 2005/4, s. 158-159; Y9HD, 22.03.2005, E. 2004/14486, K. 2005/9433, Çankaya/Güven/Göktaş, s. 598.
- 26 Bkz. Güzel, s. 119.
- 27 Alp, s. 65-66; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 198-200.
- 28 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 199.
- 29 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 199.
- 30 Mollamahmutoğlu, s. 471.
- 31 Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 86; Çelik, s. 232; Ekmekçi, s. 70-71; Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, s. 868; O.G Çankaya/C.I. Günay/S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s. 62; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 94-95; Alp, s. 62; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 10. B., Konya 2004, s. 60; M. Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C. I, İş Hukuku, Ankara 2006, s. 73; Abbas Bilgili, İş Güvencesi hukuku İşe İade Davaları, 2. B., Adana 2005, s. 223; Sarper Süzek, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi, 2006/I, s. 23-24.
- 32 İş Kanunu Tasarısında ise (m.23/I) yazılı kabul ifadesine yer verilmemiş, esaslı değişikliğin gerçekleşmesi işçinin değişiklik önerisini on beş gün içinde kabulü koşuluna bağlı tutulmuştu. Bu yönüyle, tasarı açısından, işçinin kabulü açıkça olabileceği gibi, yeni çalışma koşuluna itiraz etmeyerek zımnen de olabilirdi. Bkz. Engin, s. 320.
- 33 Mollamahmutoğlu, s. 236-237; Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, s. 868. İş Kanunu Tasarısında 15 gün olarak tespit edilen bu sürenin, kanunda 6 işgünü ile sınırlandırılması, işçiyi hak kaybına uğratmamak ve çalışma ilişkisini işçi ve işveren açısından askıda ve sürüncemede bırakmamak düşüncesidir. Bkz. Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 201.



- 34 Mollamahmutoğlu, s. 236-237.
- 35 Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/27701, K. 2005/30370, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Bilgi Bülteni-2006, Yıl: 9, Sayı: 52, s. 21 ve Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 7, 2005/4, s. 158-159.
- 36 Y9HD, 22.03.2005, E. 2004/14486, K. 2005/9433, Çankaya/Güven/Göktaş, s. 598.
- 37 Çelik, s. 232; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 94; Alp, s. 62. Ancak kanaatimce, 22. maddenin açık hükmü karşısında isabetsiz olan öğretilerdeki bir görüşe göre, işçinin suskunluğunun değişikliğin kabulü anlamını taşımayacağı kural olarak benimsenmekle birlikte, işçinin, iş görme edimini çalışma koşullarında işverence yapılan değişiklikle ortaya çıkan yeni koşullara hiç itiraz etmeden uzunca bir süre yerine getirmesi halinde, dürüstlük kuralları gereğince, değişikliği kabul etmiş sayılacağı ve işçi yazılı olarak iş değişikliğini kabul ettiğini bildirmemesine rağmen, yasal (altı işgünü) süre içerisinde çalışma koşullarındaki değişikliğe uyarak çalışır ise bunun kabul sayılacağı; o halde de yazılılığın ispat kolaylığı sağlayıp, geçerlilik koşulu olmadığı ileri sürülmüştür. Alp, s. 74; Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu, s. 243.
- 38 YHGK, 13.01.1988, E. 1988/9-478, K. 1988/7, Çil, s. 425; Y9HD, 07.10.2003, E. 2003/3161, K. 2003/16343, Çil, s. 432-434; Y9HD, 11.03.2003, E. 2002/24912, K. 2003/3508, Çil, 448-450.
- 39 Ayrıca esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde fesih işlemi kendiliğinden geçerlilik kazanmamaktadır (MESS Akıllı Kitap İş Güvencesi, D8/003, Mart 2005). İşçinin değişiklik önerisini kabul etmemesi (reddetmesi) durumunda, "...işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir". Görüldüğü üzere, Kanun koyucu, bu hükümle sözleşmeyi fesih yetkisini açıkça çalışma koşulunu değiştiren işverene tanımış; böyle bir durumda sözleşmenin işçi tarafından feshi ile uğranılan hak kaybının da önüne geçmek istemiştir. Başka bir anlatımla, kanun koyucu işverenin çalışma koşulunda yaptığı değişikliği kabul etmeyen işçinin bu nedenle derhal haklı nedenle fesih yolunu kullanmasını arzulamamış, iş sözleşmesinin devamının işçi lehine olacağını düşünmüş, çalışma koşulunda meydana gelen değişikliğin işçinin rızası dışında gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.
- 40 Alp, s. 62; Susma genellikle zımni bir irade açıklaması anlamına gelmez. Hiç kimse kendisine yapılan teklife cevap vermediği için bu teklifi kabul etmiş sayılamaz. Kural susmanın bir irade açıklaması sayılamayacağı merkezinde olmakla beraber bazı istisnai durumlarda buna zıt bir çözüm şekli kabul edilir ve artık susma zımni bir irade açıklaması gibi karşılanır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993, s. 66; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 59.
- 41 Bkz. Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, s. 868.
- 42 Çil, s. 426; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 200.
- 43 Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 237; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 545; Süzek, İş Hukuku-2002, s. 503; Sarper Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Tühis Yayını, Ankara 1998, s. 230; Doğan Yenisey, s. 128.
- 44 Akdî kusur kavramı ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. B., İstanbul, 2003, s. 1017-1024.
- 45 Mollamahmutoğlu, s. 236.
- 46 Süzek, İş Hukuku, s. 498.
- 47 Mollamahmutoğlu, s. 237.
- 48 Süzek, İş Hukuku, s. 498; Mollamahmutoğlu, s. 236.
- 49 İşverenin temerrüdü için, işçinin işin ifasını teklif etmesi, işin ifasının mümkün bulunması ve işverenin teklif edilen iş ifasını, haklı bir neden olmaksızın reddetmesi (kabulden kaçınması) gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu, s. 401-406.
- 50 Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 498, 524; Mollamahmutoğlu, s. 237.
- 51 Borçlu temerrüdünün sonuçları için bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 304-308.
- 52 Ayan, s. 299-301.
- 53 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu, s. 401-406.
- 54 Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 237-238.
- 55 Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 498, 524; Mollamahmutoğlu, s. 237.
- 56 Aynı yönde bkz. Çelik, s. 201-202; Süzek, İş Hukuku, s. 498; Y9HD, 22.10.1998, 12387/15078, Sarper Süzek, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi, 1998, İstanbul 2000, s. 80-81; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. B., İstanbul 2005, s. 94.
- 57 Yargıtay da, sözlü feshi yeterli görmemekte, dava açma süresinin yazılı tebliğden itibaren başlayacağını esas almaktadır: "Davacı işçi, iş sözleşmesinin hamileliği sebebiyle raporlu olduğu sırada feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren sözleşmenin İş Kanununun 17. maddesi gereğince feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme davacının; adına banka ücret hesabına yatırılan tazminatları çektiği anda fesihden haberdar olduğunu ve bu durumda o tarihten dava tarihine kadar işe iade davası açması için gerekli bir aylık hak düşürücü süreyi geçirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıya yapılmış yazılı bir fesih tebligatı olmadığı görülmektedir. 4857 sayılı yasanın 19/1 maddesi, bildirim yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmesini bir zorunluluk olarak düzenlemiştir. Yine aynı yasanın 20/1 maddesi fesih tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine işe iade davası açılabilmesi düzenlemesini getirmektedir", Y9HD, 15.9.2005, E. 2005/23335, K. 2005/30197, Murat Şen, "İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildirimin Şekli, Süresi ve İspatı", EÜHFHD, C. X, S. 3-4, Erzincan 2006, s. 392-393.
- 58 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 135. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 134-144.
- 59 Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 137.
- 60 Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Veli Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s. 23 vd.
- 61 Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuk, İstanbul 1994, s. 40.

**Av. Mustafa AVCI**

Öz-İplik İş Sendikası Hukuk Müşaviri

# Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre

**T.C. YARGITAY 9. HUKUK  
DAİRESİ****Esas No** : 2006/17797**Karar No** : 2006/25426**Tarih** : 02.10.2006**KARAR ÖZETİ**

Geçerli nedenin bulunması durumunda; fesih hakkının kullanılması iş kanunu m.26'daki hak düşürücü süreye tabi değil ise de her hak gibi bu hakkın da objektif,hakkaniyete uygun ve makul bir süre içinde kullanılması gerekir. Dürüstlük kurallarına uygun süre içinde kullanılmaması feshi geçersiz hale getirir.

**DAVA**

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

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

**KARAR**

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

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının işyerinde çalışan diğer bir işçinin cep telefonundan kayıtlı olan bayanların telefonlarını alarak onları rahatsız ettiği, rahatsız edilen bayanlar ve cep telefonu alınan işçinin, davacıyı işverene şikayet ettiği, davacının telefonla aradığını kabul ettiği, davacının eyleminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi kapsamında kalmasa da, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

İşverenin, işçinin iş sözleşmesinin feshini gerektiren nedeni öğrendikten sonra, haklı neden bulunduğu takdirde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca 6 günlük hak düşürücü süre içinde fesih hakkını kullanması gerekir. Bu süre içinde kullanılmayan fesih hakkı, iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirir. İşverenin bu süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshetmesi, haklı nedeni bertaraf etse de, geçerli nedeni ortadan kaldırmayacaktır. Ancak bu sürenin de

objektif ve hakkaniyete uygun bir süre olması ve uzun süre geçtikten sonra feshetme hakkının bir baskı unsuru olarak kullanılmaması gerekir. Bir başka anlatımla kişiler haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin feshine konu edilen telefonla rahatsız etme olayının, fesih tarihi olan 25.07.2005 tarihinden yaklaşık 4 ay önce meydana geldiği, bu olay nedeni ile davacı işçinin savunmasının 25.04.2005 tarihinde alındığı ve iddiaya göre, davacı işçinin görev yerinin değiştirildiği anlaşılmaktadır. Bu olaydan sonra, davacı işçinin aynı eylemlere devam ettiği ve işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışları bulunduğu da kanıtlanmış değildir. Somut uyuşmazlıkta davalı işveren, fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uymamıştır. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

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

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2. Feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

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

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

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 54,90 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 400-YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak 02.10.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

## Kararın İncelenmesi

Uyuşmazlığa konu olayda; davacı işçinin işyerinde çalışan diğer bir işçinin cep telefonundan telefonda kayıtlı bayanların telefonlarını alarak rahatsız ettiği, rahatsız edilen bayanların ve cep telefonu alınan işçinin şikâyeti üzerine davacının da suçlamaları kabul ettiği hususlarında yerel mahkeme ve Yargıtay arasında herhangi ayrılık bulunmamaktadır.

Yerel mahkeme söz konusu olaydaki davacı eyleminin 4857 sayılı Yasa'nın 25/2 maddesi kapsamında kalmamakla birlikte işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna vararak davayı reddetmiştir.

Davacı işçinin temyiz başvurusu üzerine inceleme yapan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi olaya bir başka açıdan yaklaşarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 26'daki hak düşürücü sürenin somut uyuşmazlıkta olduğu gibi 4857/18. maddede düzenlenmiş geçer-

li fesih nedenleri açısından uygulama imkânı bulunmadığını kabul etmekle birlikte, genel nitelikteki hakların ve borçların dürüstlük kurallarına uygun kullanımını öngören Medeni Kanun m. 2'den hareketle, geçerli nedene dayalı fesihlerin dahi kullanımının belirli sürelerle bağlı olduğu sonucuna vararak, fesih hakkının makul süre içinde kullanılmamış olmasından dolayı yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varmıştır.

Yargıtay kararının değerlendirilmesinden önce Yargıtay'ı böyle bir sonuca götüren yasal duruma göz atmakta yarar görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "derhal fesih hakkını kullanma süresi" başlıklı 26. maddesi (1475/18) 24 ve 25'inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak al-

tı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkra öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.” düzenlemesini havi olup gerek m. 24/2 (işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı) gerekse m. 24/2 (işverenin derhal fesih hakkı) belirtilen hak düşürücü süreler içinde kullanılması öngörülmüş olup, fesih süresi içinde kullanılması durumunda haklı feshin sonuçlarını doğururken, anılan süreler aşıldıktan sonra kullanılması durumunda gerçekleştirilen fesih, Yargıtay kararında da işaret edildiği üzere bu defa haksız feshe dönüşecektir.

nına sahip olmasına karşın bu yola gitmeyerek işçiyi çalıştırmaya devam etmesi, belirli bir bekleme süresi sonunda; işçide iş sözleşmesinin bu nedene dayalı olarak feshedilmeyeceği yönünde bir güven oluşturacaktır. Muhatabında hareketsiz kalarak da olsa objektif çerçevede böyle bir durum oluşturduktan, sonraki bir aşamada ve aynı olaya bağlı olarak fesih yoluna gidilmesi güven nazariyesi açısından tartışmaya açık hale gelecektir. Yargıtay kararında da isabetli olarak belirtildiği gibi istenildiği zaman fesih hakkının kullanılabilmesinin kabulü, fesih hakkının işçi üzerinde uzunca bir süre baskı unsuru olarak kullanılmasına izin vermek anlamına gelecektir ki, bu durumun işçi ve ailesi üzerindeki olumsuz psikolojik etkilerini de göz ardı etmemek gerekir. Belirsizliğin sürmesinin işyeri ortamı

## İşverenin geçerli nedenle fesih imkânına sahip olmasına karşın bu yola gitmeyerek işçiyi çalıştırmaya devam etmesi, belirli bir bekleme süresi sonunda işçide, iş sözleşmesinin bu nedene dayalı olarak feshedilmeyeceği yönünde bir güven oluşturacaktır.

Oysa feshin geçerli nedene dayandırılmasını öngören, geçerli fesih nedenlerine dayalı işveren feshi, yukarıda ortaya konulan 4857/26. maddesi kapsamında olmadığı gibi, geçerli nedenlere dayalı fesih durumu için; geçerli fesih nedeni oluşturabilecek durumlar ve geçerli fesih nedenine dayanma zorunluluğu (m. 18) fesihte izlenecek usule (m. 19) ilişkin düzenlemelere yer verildiği halde, fesih hakkının kullanılabilmesi süre konusunda her hangi bir kayıt öngörülmemiştir. (4857/18 vd)

Böyle bir sürenin öngörülmemiş olması karşısında; geçerli nedenle fesih hakkının kullanımının bir süreye tabi olmadığı, işverence istediği bir zamanda, ilanihaye kullanılabilmesi sonucuna varılabilir mi? Soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Her şeyden önce, keyfi fesihleri engellemek-belirli çerçevede iş güvencesi sağlamak- amacıyla getirilmiş bir yasal düzenlemeden böyle bir sonuçta varmak amaca uygun olmayacaktır.

Şüphesiz böyle bir kabulü, iş sözleşmesinin taraflara yüklediği hak ve borçların niteliği, hukuki güvenlik, güven teorisi, genel hukuk ilkeleri ve yaşam gerçekleriyle bağdaştırmak da mümkün olmak gerekir. İşverenin geçerli nedenle fesih imkânı

ve çalışma ilişkilerine olumsuz yansımaları da söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, Yargıtay kararında işaret edilen şekliyle somut uyuşmazlıkta işverence geçerli fesih nedeninin mevcudiyetine karşın fesih yoluna gidilmeyerek eylem bir başka şekilde cezalandırılmış ise (davacı işçinin görev yerinin değiştirilmesinden söz edilmektedir) fesih hakkının kullanılmasından bir anlamda vazgeçilmiş olmakla ve aynı eylem nedeniyle ikinci kez cezalandırma kabul edilemeyeceğinden, bu ihtimalde makul kabul edilebilecek süre içerisinde de olsa geçerli fesih yoluna gidilemeyeceği kabul edilmelidir (9.HD. 21.10.1996/9717-1981 aynı eylem nedeniyle işçinin iki kez cezalandırılmasına cevaz verilemez. 9.HD. 7.4.1999/4669-6916 uyarı cezası verilen aynı eyleme dayanılarak aktin feshi yerinde değildir.)

4857 sayılı İş Kanunu'nun mevcut düzenlemesi karşısında, iki tarafın hak ve menfaatlerinin nasıl bağdaştırılacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Konuya doğrudan uygulanabilecek açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, zorunlu olarak objektif iyi niyet (doğruluk ve dürüstlük) kurallarına başvurmak gerekmektedir. Gerçekten de Mede-

## Yargıtay kararında da isabetli olarak belirtildiği gibi istenildiği zaman fesih hakkının kullanılabilceğinin kabulü, fesih hakkının işçi üzerinde uzunca bir süre baskı unsuru olarak kullanılmasına izin vermek anlamına gelecektir.

ni Kanun'un 2. maddesinde "Madde 2 - Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklinde formüle edilmiş bu kurallardan çözüme ulaşmanın gerekliliği ortadadır. Ancak, bunu yaparken Medeni Kanun 2. madde düzenlemesinin ikinci derecede uygulanması gereken bir hüküm olduğu, her olayı bu çerçevede değerlendirip, çözmeye çalışmanın hukuk güvenliğini ortadan kaldıracabilecek bir başka tehlike olduğu gerçeğini de göz ardı etmemek gerekir.

Peki tarafların menfaatlerini dengeleyecek makul ve kabul edilebilir süre ne olmalıdır, ölçüsü nedir? Şüphesiz adil, hakkaniyete uygun ve genel kabul görecektir böyle bir süreye ulaşmak hiç de kolay olmayıp, mahiyeti gereği çeşitli güçlükler barındırmaktadır. Her somut olayı özellikleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. İşçinin işyerindeki çalışma süresi, geçerli fesih nedeninin işin yürütümü ve işyerinde yol açtığı olumsuzluklara etki süresi, tüm yönleri ve sonuçlarıyla ortaya çıkma süreci, olayın vuku bulmasından sonrasına ait işveren tutum ve davranışları, aynı veya benzer mahiyetteki davranışların tekrarlanma durumu, eşit işlem yapma borcu vs...

Karara konu uyuşmazlık bakımından Yargıtay, telefonla rahatsız etme eyleminin meydana gelmesinden dört ay, işçinin savunmasının alınmasından üç ay sonra fesih yoluna gidilmiş olmasını, geçerli nedene dayalı feshin makul ve hakkaniyete uygun bir süre içinde kullanılmadığı şeklinde değerlendirmiştir.

Yargıtay'ca varılan sonuç isabetli ve önceki kararlarıyla uyumludur. "9.HD. 06.03.2006/3700-5540

Haklı nedene dayanmayan feshin geçerli nedene dayanması mümkün olup, geçerli nedenle feshin 4857/26'daki altı iş günlük süre değil, makul kabul edilebilir bir süre içinde yapılması yeterlidir. Uygun ve makul bir süre içinde yapılmamışsa salt bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı kabul edilir. Somut olayda geçerli nedenlerin bulunup bulunmadığı araştırılarak feshin geçersizliği ve işe iade talebinin kabul veya reddi gerekir." (Aynı yönde 03.04.2006/4727-8246).

Av. Ender KIZILRAY

MESS Hukuk Müşaviri

## Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi, İstifa Niteliğinde Değerlendirilemez

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/32532

**Karar No** : 2005/36295

**Tarih** : 16.11.2005

### DAVA

Davacı işçi, zorla istifa dilekçesi imzalatırıldığını ileri sürerek; feshin geçersizliği ile işe iadesine, işe başlatılmaması halinde tazminata ve boşa geçen süre ücretine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı işveren; davacının çalışma ortamına ayak uyduramaması sebebiyle iş sözleşmesini kendisinin sona erdirdiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece davalı savunmasına itibar edilerek, davanın reddine karar verilmiştir.

### KARAR

Davacının verdiği ayrılma dilekçesi istifa ni-

teliğinde değildir. Zira bazı koşullara bağlanmış, ayrıca davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiştir. İş sözleşmesi devam ederken alınan bu belgenin davacıyı iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak için alındığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple anılan belgeye itibar edilerek işe iade davasının reddedilmesi yerinde değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

### SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Ankara 2. İş Mahkemesinin 19.07.2005 tarih ve 795-706 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine,

3- Davacının yasal sürede işverene başvurusu ve işverence süresinde işe başlatılmaması

halinde ödenecek tazminatın davacının takdiren 4 aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine,

4- Davacının yasal sürede işe iade için başvurusu halinde kazanılacak olan, kararın kesinleştiği tarihe kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin tesbitine,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 350,00 YTL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- 50,00 YTL yargılama masrafının davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

8- Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine kesin olarak 16.11.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

## 1. Kararın Genel Olarak İncelenmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararında; davacının verdiği ayrılma dilekçesinin istifa niteliğinde olmadığı, zira bazı koşullara bağlanmış bulunduğu, ayrıca davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olduğu, iş sözleşmesi devam ederken alınan bu tarz bir belgenin davacıyı iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak için alındığının anlaşılması karşısında işe iade talebini reddeden yerel mahkeme kararını bozmuş bulunmaktadır.

Kararın gerekçe bölümünün çok detaylı ve aydınlatıcı olmamasına rağmen kararda üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz ve tartışılması gereken hususlar: İstifanın şarta bağlanıp bağlanamayacağı, bu tarz bir uygulamanın olayın somut koşulları ve taraf iradelerinin somut olaya münhasır biçimde derinlemesine irdelenerek bunun tarafların anlaşması (ikale) yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sayılıp sayılamayacağı, salt kıdem ve ihbar tazminatları tutarında bir ödeme yapılmış olmasının böyle bir olayda doğrudan muvazaa karinesi teşkil edip etmeyeceği, Yargıtay kararının öze inen biçimde ayrıntılı gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği ve nihayet Yargıtay'ın bu kararla tezat sayılabilecek farklı kararları ışığında kararın daha nesnel gerekçelere dayandırılmasının gerekip gerekmediğidir.

İncelememizin temel amacı, mevcut Yargıtay kararının yerinde olup olmadığından ziyade, Yargıtay kararının gereği gibi gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği, benzer bazı durumlarda somut olayın farklı hukuki kalıplarla bağdaşarak, taraf iradeleri karşısında, karşılıklı fesih anlaşması (ikale) sayılıp sayılamayacağı hususudur. Bu konu, benzer olaylarda, özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin aşılması amacı güdüldüğü yönündeki belli yargısal reflekslerin kırılması bakımından büyük önem taşımaktadır.

## II. İstifanın (Feshin) Şarta Bağlanıp Bağlanamayacağı

Yargıtay'ın kararında, yukarıda değindiğimiz üzere ve gerekçedeki sıralamaya göre üzerinde durmamız gereken ilk husus şarta bağlı fesih beyanının hukuken geçerli olup olmayacağı, böyle bir beyanın fesih sayılıp sayılamayacağı sorunudur. Borçlar hukuku anlamında fesih beyanı karşı tarafta ulaşmakla sonuç doğuran, tek taraflı, yenilik doğurucu (bozucu) bir irade açıklaması olduğundan şarta bağlanamayacaktır<sup>1</sup>.

Dolayısıyla Yargıtay'ın gerekçesinde belirttiği ilk husus mantık silsilesi içinde doğru kabul edilebilir. Yani, "kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi koşuluyla istifa ediyorum" yönündeki irade açıklamasının fesih olarak kabul edilemeyeceği yönündeki Yargıtay gerekçesinde yer alan ifadenin doğruluğu kabul edilmelidir.

Somut olayda, durumun ayrıntıları çok net biçimde açıklanmamış olmakla birlikte, doğru kabul edilebilecek bu yaklaşım benzer başka olaylarda gerçek fiili durumla örtüşmeyebilir. Kararda üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz husus, Yargıtay'ın aşağıda değineceğimiz benzer sayılabilecek kararlarında da göreceğimiz üzere, ilk tahlilde şarta bağlı tek taraflı fesih beyanı olarak algılanabilecek irade açıklamalarının aslında karşılıklı anlaşma (ikale) olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olgusudur. Bu bölümde buna kısaca örnek verilecek olursa, Yargıtay bazı kararlarında, "kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi koşuluyla iş sözleşmemin feshini talep ediyorum", yönündeki işçi beyanları ve talepleri doğrultusunda işverenin bu yolla gerçekleştirdiği fesihleri geçerli fesih olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Bu kararlarında Yargıtay, üstü örtülü biçimde, karşılıklı anlaşma yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi karinesine itibar etmiştir.

Yargıtay'ın yukarıda değinilen kararlardaki yorumunun, kıyasen ve somut olayın öznel koşullarına göre karara konu benzer olaylarda da, kabul görmesi gerektiği inancındayız.

### III. İş Sözleşmesinin Karşılıklı Anlaşma (Ortak İradelerin Örtüşmesi) Yoluyla Sona Erdirilmesi (İKALE)

Yargıtay'ın incelememize konu kararını değerlendirirken üzerinde temel olarak durmak istediğimiz hukuki kavram "ikale", yani sözleşmenin tarafların örtüşen, ortak iradeleriyle sona erdirilmesi, kavramıdır.

İkale basit biçimde, tarafların ortak ve örtüşen iradeleriyle, bir sözleşmenin (konumuz açısından da iş sözleşmesinin) tüm hüküm ve sonuçlarıyla, anlaşma dahilinde ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>.

Bilindiği gibi iş sözleşmeleri, İş Kanunu'nun özel niteliği gereği öngördüğü kurallar çerçevesinde, Borçlar Kanunu'nun genel düzenlemelerinden farklı kuruluş ve sona erdirmeye usullerine tabi özel nitelikte sözleşmelerdir. Bu durum, tabi oldukları özel nitelikteki Kanun'un ve düzenlediği özel sosyal alanın doğal gereği ve sonucudur. Buna rağmen; bu hukuki durum, iş sözleşmelerinin temelde daha geniş genel alanı düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerine de, yeri geldiğinde, tabi olmaları gerektiğini ortadan kaldırmaz.

Bu boyutuyla bakıldığında Borçlar Kanunu hükümleri gereğince tarafların serbest iradeleriyle tesis ettikleri bir akdi, yine serbest iradeleriyle her zaman sona erdirebilecekleri açıktır. Bu nedenle iş sözleşmelerinin de tarafların (işçi ve işveren) ortak iradeleriyle karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi her zaman mümkündür.

İkale, iş sözleşmesinden ve fesihden farklı bir kavram olup, yukarıda değinilen özellikleri itibarıyla Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir sözleşmedir. Bu anlamda, ikalenin (ikale sözleşmesinin) şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilecektir<sup>3</sup>. Bu nedenle ikale öğretide, bir "fesih-bozma sözleşmesi" olarak kabul görmektedir.

İkale, tabi olduğu Borçlar Kanunu hükümleri gereği zimni ya da açık şekilde yapılabileceği gibi, taraflarca istenildiği zaman gerçekleştirilebilir.

Önemli olan, ikale ister örtülü ister açık biçimde yapılsın, tarafların söz ve davranışlarından ortak istek ve amaçlarının iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin olduğunun anlaşılmasıdır<sup>4</sup>.

İkale bir sözleşme olması nedeniyle, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin hükümlerine tabidir. İkale, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri dairesinde hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulabilecektir. Böyle olunca ikale sözleşmesinin meydana gelmesi için temel hukuki kavramlar olan icap ve kabulün gerçekleşip gerçekleşmediği (B.K. m.3 vd.), sözleşmenin konusu (B.K. m. 19 vd.) ve irade sakatlıklarına ilişkin hükümler (B.K. 23 vd.), Borçlar Kanunu hükümleri dahilinde değerlendirilecektir.

İkale kanımızca, şekil serbestisi ilkesi dikkate alındığında, herhangi bir şekle tabi tutulmamak gerekir<sup>5</sup>. Hal böyle olunca, yani ikalenin bir şekle tabi olmaksızın, açık veya örtülü biçimde serbestçe yapılabilmesi karşısında, ikale sözleşmesinde taraf iradelerinin yorumlanması büyük önem taşımaktadır. Somut olaydan tarafların örtüşen iradelerinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi olduğu anlaşılabilirse, örneğimizde olduğu gibi sadece kıdem ve ihbar tazminatları tutarında bir ödeme yapılmasından hareketle, ikaleyi doğrudan geçersiz sayarak olayı fesih olarak değerlendirmemek gerekir. Bu gibi şartlı bir refleks işveren kadar işçi tarafından da hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek uygulamalara mahal verebilecektir. Yapılması gereken; iddia edilen irade fesadı hallerinin derinlemesine araştırılması ve bunların açıkça ispatlanmasının beklenmesi ve yargı kararı gerekçelerinin bu hususları bütünüyle kapsayacak biçimde detaylandırılarak ifadelendirilmesidir.

İkaleyle ilgili son olarak değinmek istediğimiz husus, bunun fesihden farklı bir yolla, karşılıklı bir sözleşmeyle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi yöntemi olduğundan, ikale sonrasında feshe ilişkin birtakım hukuki sonuçların doğmayacağıdır. Örneğin, iş hukuku normları gereği, kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanılamayacaktır. Buna karşılık ikale ile kıdem ve ihbar tazminatları tutarında ve hatta üzerinde hakların sağlanmasına ve taahhüt edilmesine hukuki açıdan bir engel bulunmamaktadır<sup>6</sup>. Hatta uygulama daha ziyade bu kabil hakların sağlanması yönünde gelişmektedir. Hal böyle olunca, salt bu gibi kalemlerle örtüşebilecek ödemelerden hareketle, ikaleyi fesih saymak eğiliminde olmak kanımızca doğru değildir.



#### IV. İş Kanunu'nda Yer Alan İş Güvencesi Hükümleri Ancak Fesih Halinde Uygulanabilir

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile hukukumuzda yeni kavramlar girilmiş ve iş ilişkisinin sona ermesinde "İş Güvencesi" olarak adlandırılan birtakım kayıt ve şartlar uygulamaya başlamıştır. "İş Güvencesi Hükümleri" olarak adlandırılacak bu hükümler Kanun' nun 18-21. maddeleri arasına dercedilmiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası; *"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."* hükmünü,

19. maddesi *"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..."* hükmünü,

20. maddesi ise *"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..."* hükmünü içermektedir.

Kanun'un ve düzenlemelerin açık ifadelerinden de anlaşılacağı gibi bu hükümler işveren feshine bağlı olarak uygulanabilecek hükümler olup, fesih dışındaki, örneğin ikale gibi, iş sözleşmesinin sona erme hallerinde uygulanamayacaktır.

Bu nedenle yukarıda değindiğimiz üzere iş sözleşmesini sona erdiren taraf iradelerinin, ayrı ayrı birer fesih iradesi mi, yoksa karşılıklı bir sona erdirme amacı taşıyan anlaşma iradesi mi olduklarının çok iyi irdelenmesi ve somut olaya özgü yorumla sonuca gidilmesi gerekmektedir.

Yapılacak yanlış değerlendirme ve varılacak somut olayın gerekleri dışındaki sonuçlar, taraflardan en az biri, bazı durumlarda her ikisi için de, zarar ve kayıplara yol açabilecek nitelikte olabilir.

#### V. Somut Olay ve Yargıtay Kararı'nın Hukuki Açından Değerlendirilmesi

Gerekçe kısmı çok aydınlatıcı olmamakla birlikte Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla davacı taraf davalı işverene kıdem ve ihbar tazminatlarının ödemesi halinde işten ayrılmak yönündeki iradesini ortaya koyan bir dilekçe vermiş bulunmaktadır. Yargıtay ise işçinin bu yöndeki iradesini ortaya koyan dilekçesi üzerine işverenin kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemiş bulunması, iş sözleşmesini anlaşarak sona erdirmek yönündeki işçi dilekçesinin şarta bağlanmış olduğu, ayrıca bu yazılı beyanın iş sözleşmesi devam ederken alınmış olması karşısında bunun iş güvencesi hükümlerini dolanmak maksadıyla gerçekleştirilmiş olduğuna ve hukuki durumun işveren tarafından gerçekleştirilmiş bir fesih sayılması gerektiğine karar vererek iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçlara hükmetmiştir.

Hemen belirtmek isteriz ki; aşağıda ortaya koyacağımız değerlendirme ve tespitlerimizle amacımız, somut Yargıtay kararının hukuki doğruluğunu tartışmaktan çok, benzer olaylarda daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi ve doğru sonuçlara ulaşılabilmesi için kanaatimizce dikkat edilmesi gereken hususların ortaya konulabilmesine elden geldiğince katkıda bulunabilmektir.

Yargıtay'ın bu kabil, hangi hukuki statüye tabi olduğu konusunda çelişkiye düşülebilecek hukuki ihtilaflara ilişkin kararlarında kanaatimizce ilk yapması gereken, tarafların irade beyanlarını yine taraflardan birinin fesih beyanına indirgeme çabasından sıyrılarak, sağlam gerekçelerle ikale gibi olayı karşılayabilecek benzer hukuki kurumları da gerekçeli olarak kararlarında tartışmasıdır.

Gerçekten, mevcut olayımızda ya da bu olayda olmasa bile benzer olaylarda tarafların örtülü ikale sözleşmelerinin varlığı söz konusu olabilir. Yargıtay, ne yazık ki konuya ilişkin kararlarında bu hukuki durumun varlığını tartışma gereği duymadan, muvazaa ve irade fesadı veya yarattığı bazı muvazaa karinelerini (kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesinde olduğu gibi) klişe biçimde dayanak yaparak, taraf iradelerini taraflardan birinin feshi eksenine oturtma çabasında ısrar etmektedir. Ne yazık ki Yargıtay, bu hatalı refleksini dahi sağlam ve tutarlı hukuki gerekçelere oturtmamaktadır.

Mevcut olayda; işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi koşuluyla iş sözleşmesini sona erdirmek istediği yönündeki iradesini ortaya koyan dilekçesi kendisinin fesih beyanı olarak kabul edilemez, fesih beyanı şarta bağlanamaz. Öte yandan yine mevcut olayda bu beyan üzerine işverenin tek yanlı fesih iradesini ortaya koyan yazılı veya sözlü bir fesih beyanı da söz konusu değildir. Buna rağmen fiili durumda kıdem ve ihbar tazminatlarının işverence ödenmesiyle iş sözleşmesi sona ermiş bulunmaktadır. Ortada sarıh bir fesih iradesi ve beyanı olmadığına göre feshe bağlı hukuki sonuçlara da hükmedilmemesi gerekir. Ne var ki Yargıtay salt işçi beyanına dayanarak, herhangi bir irade fesadı halinin ispatlanamamış olmasına rağmen (hatta karardan anlaşıldığı kadarıyla bunun derinlemesine irdelenmesine gerek duyulmadan), kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmiş olması dayanıklı muvazaa karinesine dayanarak iş güvencesinin hu-

bir işveren feshinden çok örtüşen iradeler doğrultusunda iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olduğunu kabul etmiş gibi görünmektedir. Ne var ki durumu ikale gibi benzer hukuki kavramlar dahilinde değerlendirmek yerine taraflardan birinin feshi temeline oturtmak kolaycılığında ısrar etmektedir.

Yargıtay hemen yukarıda değindiğimiz kararında, isabetli bir biçimde, koşullu olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesini talep eden işçinin beyanının irade fesadı ile alınmış olup olmadığının ispat edilmesini aramış bulunmaktadır. Buradan hareketle, gerek incelediğimiz kararda gerekse hemen yukarıda değindiğimiz kararlara konu olan olaylara benzer olaylarda dikkat edilmesi gereken husus, bu taraf iradelerinin örtülü bir ikale sayılıp sayılmayacağını değerlendirmek ve bundan sonra taraf iradelerinin irade fesadı halleri olmadan sağlıklı biçimde tesis edilip edilmediğini tespiti çalışmaktır. Böyle bir durum söz konusu değil ise iş sözleşmesinin artık, fesih ile de-

## Geçerli fesih nedenleri arasında ne Yasa metninde ne de gerekçesinde “işçinin koşullu talebi doğrultusunda iş sözleşmesinin feshedilmesi” sayılmış değildir.

kuki sonuçlarına (işveren açısından yaptırımlarına) hükmetmiş bulunmaktadır.

Ortada hukuk tekniği anlamında bir fesih bulunmadığına göre feshin hukuki sonucu olan iş güvencesi hükümleri dairesinde karar vermeye ve buna bağlı ücret ve tazminatlara hükmetmeye imkân bulunmadığı kanaatimizce açıktır. Nitekim Yargıtay; benzer bir olayda bu kararıyla tamamen tezat teşkil edecek biçimde bir karar vermiştir. Söz konusu olayda Yargıtay; işçinin, “...kıdem ve ihbar tazminatı tutarı ile diğer sosyal haklarımın tarafıma ödenmesi halinde ayrılabileceğimi...arz ederim.” şeklindeki dilekçesi karşısında iş sözleşmesinin feshedilmesini istediği, anılan dilekçenin baskı altında alındığı iddiasının ise kendisince kanıtlanamamış olması karşısında, davacı işçinin isteği ile gerçekleşen feshin geçerli olduğu yönünde bir karar tesis etmiştir<sup>7</sup>. Yargıtay’ın bu kararında da sonuç kanımızca doğru sayılabilecek ise de teknik bir gerekçelendirme ve dayanak eksikliği söz konusudur. Zira geçerli fesih nedenleri arasında ne Yasa metninde ne de gerekçesinde “işçinin koşullu talebi doğrultusunda iş sözleşmesinin feshedilmesi” sayılmış değildir. Aslında Yargıtay da gerçek

çil, örtüşen karşılıklı taraf iradeleriyle sona erdirildiğini kabul etmek gerekecektir.

Örtüşen (özellikle de zımni olan) taraf iradelerinin sağlıklı biçimde tesis edilip edilmediği, irade fesadı hallerinin söz konusu olup olmadığı tespiti yapılırken iş hukuku ve bu hukuk dalının düzenlediği alanın özellikleri ve işçi işveren ilişkilerinin öznel nitelikleri elbette dikkate alınacaktır. Bu kapsamda işverenin hukuki ilişkideki konumu, işçiyi kollama ve gözetme borcu ve bu kapsamda ikalenin sonuçları konusunda işçiyi gerekli düzeyde aydınlatıp aydınlatmadığı gibi doktrincede de ifade edilen öznel kaygılar mutlaka gözetilecektir<sup>8</sup>. Fakat diğer taraftan unutulmamalıdır ki çalışanların eğitim durumları ve mevcut sosyal-kültürel altyapıları kadar ülkemizde geniş bir işveren kesiminin de aynı konulardaki potansiyelleri ortadadır. Bu değerlendirmeler yapılırken bu gerçek yanında bugün Yargıtay’ın iş yükünün ezici bir bölümünü işe iade davalarının oluşturduğu ve işe iade davasının artık işçi kesimi tarafından da, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecek biçimde, istismar edilmeye başlandığı gerçeğini göz önünden uzak tutmamak gerekir.

Uyuşmazlık konusu olaylarda işverenin iş güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla gerçekleştirdiği örtülü eylemler ve işçi açısından irade fesadı halleri sağlıklı bir değerlendirmeye kolaylıkla ayıklanabilir. Nitekim Yargıtay pek çok kararından somut gerekçelerle ve sağlam delillerle bu gerçeği net biçimde tespit ederek bu doğrultuda kararlar vermiş ve işçi açısından adil sonuçlara ulaşmış bulunmaktadır. Yargıtay'ın; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı engellemek amacıyla imzalatılan belgelerin geçersiz olduğu<sup>9</sup>, ihbar-kıdem tazminatı ödeme koşuluyla istifaya zorlama karşısında işçinin iradesinin fesih yönünde olmadığı<sup>10</sup>, istifa dilekçesinin işverenin feshinden sonra verilmiş ve ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması karşısında sözleşmenin işverence feshinin kabulünün gerektiği, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmenin geçerli olmadığı<sup>11</sup>, işe iade davası açma hakkını ortadan kaldıran protokolün geçersiz olduğu<sup>12</sup> şeklindeki kararlarında işçi iradesini fesata uğratan işlemler ve iş güvencesi hükümlerini dolanma kastı irdelenmiş ve somut vakıalar karşısında bunlar kolaylıkla tespit edilmiş bulunmaktadır.

Buna karşılık incelediğimiz kararda, belki sonuçta adil bir neticeye ulaşılmış olsa bile, Yargıtay'ın irade fesadı hallerini araştırdığı ve irdedeğine dair gerekçede somut ifadeler yer almamaktadır. Salt kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmiş olması gözetilerek olay işverenin geçersiz feshi temeline oturtulmuştur. Oysa yine yukarıda değindiğimiz bu kararlar çelişen kararda Yargıtay irade fesadı hallerini aramış ve feshin geçersiz olduğuna hükmetmiş olmasına rağmen olayı yine işveren feshi temeline oturtma kolaycılığına gitmiştir.

Ne var ki; her iki karara konu olayda tarafların belli şartlar dahilindeki anlaşma ve örtüşen iradeleriyle iş ilişkisinin sona erdirilmesi yönündeki hukuki emareler açıklıkla göze çarpmaktadır. Bu itibarla irade fesadı halleri söz konusu değilse bu olaylarda salt kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmiş olması nedeniyle işveren feshine ve bunun geçersizliğine hükmetmek doğru değildir. Kaldı ki değindiğimiz bu kararlar çelişik ikinci kararda Yargıtay, kıdem ve ihbar tazminatlarının işçinin talebiyle ödenerek sözleşmenin feshini geçerli saymıştır. Hemen belirtmek gerekir ki kıdem tazminatının ödenme koşulları arasında talep ve karşılıklı

anlaşma koşulu bulunmadığı gibi, tarafların anlaşması ile işveren feshi gibi geçerli bir fesih nedeni de mevzuatımızda yer almamaktadır.

İkale sözleşmesinin içeriğine kıdem ve ihbar tazminatı tutarında ve hatta bunların üzerinde işçiye sağlanacak haklara yer verilmesine kanunen herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>13</sup>. İncelediğimiz olaylarda zımni ikale iradesi kanımızca ağırlık kazanmış bulunmaktadır. Bu tür olaylarda andığımız türden kıdem ve ihbar tazminatı tutarındaki işveren ödemeleri mukabilinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi iradelerinin varlığı kabul edilmeli, en azından göz önünde bulundurulmalı ve karar gerekçelendirilirken bu hususlar da gözetilerek olaylar bu hukuki statü kapsamında ele alınmalıdır. Somut olaylardaki işçi beyanları ikale sözleşmesi için icap ve işverenin anılan kabilden ödemeleri de kabul olarak değerlendirilebilmelidir. Zaten Yargıtay da yukarıda andığımız bir kararda kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olmasına rağmen herhangi bir irade fesadı ispatlanamamış olduğundan iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde bir sakatlık görmemiş ve fakat yine de bunun bir işveren feshi olduğuna hükmetmiştir.

Böyle örtülü ikale iradesinin belirgin biçimde göze çarptığı durumlarda kanımızca tarafların bu iradeleri öncelikle irdelenmeli, herhangi bir irade fesadı hali söz konusu değilse tarafların bu iradelerine itibar edilmelidir. Böyle bir yaklaşım özellikle bilgi birikimi hukuki işlemin sonuçlarını bilmesini gerektirecek nitelikteki çalışanlarla işverenler arasındaki örtülü ikale iradelerinin değerlendirilmesinde kaçınılmaz olacaktır. Örneğin beyaz yakalı çalışanlardan müdür, teknisyen gibi eğitimi yüksek çalışanların ortaya koydukları iradeleri ile iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçları bilmeleri kendilerinden doğal olarak beklenebilecektir<sup>14</sup>. Bu itibarla özellikle bu kabil çalışanlarla işverenler arasındaki uyuşmazlıklarda, benzer somut olayların varlığı halinde karşılıklı anlaşma iradesi öncelikle ele alınmalıdır. Bunun gibi ülkemizde azımsanmayacak sayıda işveren de hukuki işlemlerinin sonuçları hakkında yeter derecede bilgi düzeyinde sahip bulunmayabilir. Gerek kendisinin gerekse işçisinin iradesi iş sözleşmesinin anlaşmayla sona erdirilmesi iken, bu yargısal yorum karşısında kıdem ve ihbar tazminatı tutarında bir ödeme yapmasının kendisi açısından sakıncalı hukuki sonuçlar doğurabileceği

nin ayırında olmayabilir. Bu itibarla somut olayın içeriğinde baskı, zorlama ve benzeri irade fesadı halleri söz konusu olmamasına rağmen salt kıdem ve ihbar tazminatı tutarındaki ödemeler karşısında hukuki durumun işveren feshi olarak değerlendirilmesi yönündeki muvazaa karinesi yaratılması kanımızca doğru bir hukuki uygulama değildir. Her somut olayda öncelikle tarafların iradelerinin ne olduğu hususuna öncelikle değer verilmeli, somut olayda müphem hususların varlığı ile belli yükümlülüklerin ihlali ve yasayı dolanma amacının açık ve anlaşılır biçimde söz konusu olması hallerinde ancak taraf iradeleri dışındaki bir fesih çözümüne ulaşılmalıdır.

## VI. Sonuç

Ele aldığımız ve değerlendirmeye çalıştığımız Yargıtay kararı ve değindiğimiz üzere bununla çelişen diğer kararın somut olaya özgü biçimde doğru olup olmadığından öte, benzer olaylarda örtülü taraf iradelerinin ikale yani anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi olduğu yönünde ciddi emareler varsa tarafların bu örtülü iradelerinin öncelikle aydınlatılması yoluna gidilmelidir.

Benzer olaylarda ve özellikle bu benzer olayların tarafı işçi ve işverenlerin, işlemin hukuki sonuçlarını bilmelerinin kendisinden doğal olarak beklenebileceği bilgi birikimi ve tecrübeye sahip olmaları durumunda fesih sonucuna ulaşma çabası ve kolaylığından kurtulmak gerekmektedir. Benzer somut olaylarda taraf iradelerinin ikale kurumunu karşıladığı açıkça görülebiliyor ise olay bu hukuki statü içinde değerlendirilmeli ve kararlar ile gerekçeleri açık ve ilerisi için yol gösterici biçimde bu temele dayandırılmalıdır.

Olayların içeriğinden açıkça hakların kötüye kullanıldığı, irade fesadı hallerinin söz konusu olduğu anlaşılıyorsa, salt kıdem ve ihbar tazminatı tutarlarındaki ödemeler karşısında mevcut hukuki işlemi işveren feshi temeline oturtmamalıdır. Zira yukarıda değindiğimiz üzere zımni veya açık ikale sözleşmesi ile bu kabil ödemelerin kararlaştırılabilmesine engel bulunmamaktadır. Özellikle kıdem tazminatının, iş hukuku tekniği anlamında kıdem tazminatı olarak ödenmiş olması dahi bu gerçeği değiştirmez. Böyle bir uygulamanın artık iş hukuku anlamında ceza-i bir müeyyidesi bulunmadığı gibi konu ancak başka bir alanın, vergi hukukunun kapsamı içinde bir değerlendirmeye tabi tutulabilir.

Tüm bu anlatımlarımız karşısında incelediğimiz Yargıtay kararı, gerekçe kısmının yeteri kadar detaylı olmamasına rağmen, salt kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olması nedeniyle hukuki durumun işveren feshi olgusunu karşıladığı yönündeki yaklaşımı nedeniyle hatalı görünmektedir. Somut olay açısından adil bir çözüme ulaştığını kabul edecek olsak dahi karar refleks halini almış bu yargısal gerekçelendirme yaklaşımıyla kanaatimizce doğru hukuki dayanaklarla desteklenememiş olmaktadır. Yargısal yorumun temel hareket noktasının öncelikle taraf iradelerinin aydınlatılması ve ortaya çıkacak sonuçlara göre karar ve gerekçelerin, durumu karşılayan hukuki gerekçelere dayandırılmasının zorunlu olduğu daima göz önünde bulundurulmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Benzer görüş için bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 16. bası, İstanbul 2003, sf. 169.
- 2 Konuyla ilgili bkz. Nuri ÇELİK age. sf. 162, Sarper SÜZEK İş Hukuku İstanbul 2002 sf. 428, Ufuk AYDIN Çimento İşveren Mayıs 2004, "İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi".
- 3 Benzer görüş için bkz. Nuri ÇELİK age sf. 192, Sarper SÜZEK age sf. 428, Ufuk AYDIN age, Münir EKONOMİ Legal YKİ, sayı 2006/1, sf. 29 vd.
- 4 Ercan AKYİĞİT, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku Ankara 2003 sf. 165, Ufuk AYDIN age, Münir EKONOMİ age.
- 5 Benzer görüş için bkz. Ufuk AYDIN age, Münir EKONOMİ age.
- 6 Benzer görüş için bkz. Ufuk AYDIN age, Münir EKONOMİ age.
- 7 Yargıtay 9. HD. 27.12.2004 tarih, 2004/32081 E., 2004/29589 K. Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006 sf. 638.
- 8 Münir EKONOMİ age., Ufuk AYDIN age., Polat SOYER Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları-İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları İstanbul 2005, sf. 32.
- 9 Yargıtay 9. HD. 06.02.2006 tarih, 2006/262 E., 2004/2267 K. Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 2006/2 sf. 163-165.
- 10 Yargıtay 9. HD. 23.01.2006 tarih, 2005/39113 E., 2006/939 K. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006 sayı 10, sf. 645-647.
- 11 Yargıtay 9. HD. 23.12.2004 tarih, 2004/16670 E., 2004/29135 K. Osman Güven ÇANKAYA-Cevdet İlhan GÜNAY-Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, sf. 747.
- 12 Yargıtay 9. HD. 27.12.2004 tarih, 2004/32713 E., 2005/1005 K. Osman Güven ÇANKAYA-Cevdet İlhan GÜNAY-Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, sf. 748-749
- 13 Benzer görüş için bkz. Ufuk AYDIN age, Münir EKONOMİ age.
- 14 Benzer görüş için bkz. Münir EKONOMİ age.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Temsilcinin İş ve İşyeri Değişikliği ile Görev Süresi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/11081  
**Karar No** : 2005/19435  
**Tarih** : 25.5.2005

### KARAR ÖZETİ

Kural olarak, Toplu İş Sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu süre içinde, takibeden yeni Toplu İş Sözleşmesi döneminde veya yeni sözleşme imzalanmamışsa, Toplu Sözleşme tarafı sendikanın yetkisinin devam ettiği süre içinde temsilcilik görevi devam eder. 4773 s. Yasa ile değişik Sendikalar Kanunu 30. maddesine göre, işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafın-

dan temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Davacı, davalı işyerinde sendika baş temsilcisi olup uzun süredir su arıza işçisi olarak çalıştığını, hizmet sözleşmesinin haklı ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek hizmet sözleşmesinin feshinin geçersizliğine, işe iadesine ve buna bağlı olarak tazminat ve boşa geçen süre ücretlerinin belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı; davacının asıl işinin temizlik işçiliği olduğunu, sendikal faaliyete engel olmayacak şekilde istihdam edildiği kadroda görevlendirildiğini, davacının işini beğenmeyip işe gelmediğini, bu nedenle hizmet sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II-h maddesine göre haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının, kadrosuna uygun olarak istihdam edildiği, işini beğenmeyip verilen talimatları yerine getirmediği ve temizlik işini yapmadığı, bu nedenle hizmet akdinin haklı olarak feshedildiğinden sözedilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının 1989 yılında temizlik işçisi olarak işe alındığı,

1999 yılına kadar kaynakçı ve daha sonra vekaleten elektrikçi olarak görev yaptığı, 25.10.1999 tarihinde asıl kadrosu olan temizlik işçiliğine alındığı, ancak izin belgeleri ve diğer yazışmalardaki açıklamalara göre kaynakçı, şöför olarak çalıştırıldığı ve 17.9.2003 tarihinde ise su işlerinde görevlendirildiği, Haziran 2004 tarihli yıllık izin belgesinde dahi görevinin "Su arıza işçisi" olarak gösterildiği, tüm çalışma süresi nazara alındığında davacının asıl işinin temizlik işçiliği olmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı, sendika işyeri temsilcisi olduğunu ileri sürmüştür. Kural olarak, Toplu İş Sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu süre içinde, takibeden yeni Toplu İş Sözleşmesi döneminde veya yeni sözleşme imzalanmamışsa, Toplu Sözleşme tarafı sendikanın yetkisinin devam ettiği süre içinde temsilcilik görevi devam eder. 4773 s. Yasa ile değişik Sendikalar Kanunu 30. maddesine göre, işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.

Dosyada 18.2.2002 tarihinde imzalanmış 15.2.2002 - 14.2.2004 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesi bulunmaktadır. Davacının hizmet akdi ise, 11.10.2004 tarihinde feshedilmiştir. O halde mahkemece öncelikle, davacının hizmet akdinin feshi tarihinde baş temsilcilik görevinin devam edip etmediği usulüne uygun olarak araştırılmalıdır. Bunun için, 15.2.2004 tarihinden itibaren yeni bir Toplu İş Sözleşmesi imzalanıp imzalanmadığı, imzalanmamış ise, taraf sendikanın yetkisinin devam edip etmediği belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

2- Davacının baş temsilcilik görevi sona ermiş ise, yine 4857 s. Kanununun 22. maddesine göre işlem yapılmadığı anlaşıldığından, davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi de doğru değildir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.5.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

4773 sayılı Yasa'yla "işyeri sendika temsilcilerine" getirilen "güvence", hem temsilcinin "iş ve işyeri değişikliğinde" hem de temsilcinin "iş sözleşmesinin feshinde" uygulanmaktadır. 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 09.08.2002 gün ve 4773 sayılı kısaca "İş Güvencesi Yasası" diye bilinen Kanun (RG: 15.08.2002-24847), sadece 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesini değil, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesini de köklü değişikliklere uğratmıştır. Kanun, bir yandan daha önce "mutlak" sayılabilecek anlamda "işe iade" hakkına sahip bulunan temsilcilerin güvencesini "nispi" hale getirerek yumuşatırken; diğer yandan, daha önce mevcut olmayan "işverenin tek taraflı iş ve işyeri değişikliklerine karşı iş güvencesini" sağlamaya çalışmaktadır. Konunun bugünkü önemini daha iyi anlamak ve bir mukayese imkânı vermek bakımından, incelememizi 15.03.2003 günü uygulanmaya başlayan 4773 sayılı "İş Güvencesi Yasası" öncesine hasrederek başlamakta yarar görüyoruz.

## 1- 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Öncesi İş ve İşyeri Değişikliğinde Temsilcilik Güvencesi

4773 sayılı "İş Güvencesi Yasası" öncesi işverenler, iş sözleşmesinin devamı süresince tek tarafı olarak temsilcinin "işini ve işyerini" değiştirebiliyordu. Temsilci ise bu durumda genel hükümler dışında hiçbir güvenceden yararlanamıyordu. Uygulamada da, rızası alınmadan çalıştığı işyeri değiştirilen temsilcinin, buna uymayarak hizmet sözleşmesini feshetmesi ve işine iadesini talep etmesi Yargıtay'ca temsilcinin sadece "haklı feshi" olarak değerlendirilmiş, işe iade talebinin reddine karar verilmişti. Çünkü, Yüksek Mahkeme'ye göre Kanunda öngörülen temsilcilik güvencesine (işe iadeye) ilişkin hüküm, temsilcinin "işinin ve işyerinin değiştirilmesiyle" ilgili olarak değil; temsilcinin "işine son verilmesiyle" ilgili olarak düzenlenmişti. Bu nedenle, Kanunun temsilcilik güvencesine iliş-

kin hükmü temsilcinin işinin ve işyerinin değiştirilmesiyle ilgili hollere uygulanamazdı<sup>1</sup>. Bunun gibi Yargıtay, temsilcinin işyerinin değiştirilmesi toplu iş sözleşmesine aykırı olsa bile, mahkemenin işyeri değişikliğinin iptaline karar veremeyeceğini, bunun “işverenin tasarrufuna müdahale sayılacağını” hükme bağlamıştı<sup>2</sup>. Bu durum karşısında işveren, temsilci işçinin çalıştığı işyerini ve işini her zaman değiştire olanağını elinde bulundurduğundan ve işi değiştirilen işçinin de koşullar elvermiyorsa yeni işyerinde “temsilcilik sıfatı” düşebileceğinden, 4773 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklikten önce Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesiyle getirilen temsilcilik güvencesi işveren tarafından her zaman zedelenebiliyor ve dolayısıyla anlamsız kılınıyordu. Bu nedenle, işverenin temsilcinin işyerini ve işini değiştirebilme hakkını ve yetkisini de göz önünde tutarak, Kanunun 30. maddesinde yeni bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı vurgulanıyordu<sup>3</sup>.

Gerçi doktrinde, işverenin birden fazla ve birbirinden bağımsız işyerleri bulunması halinde bile bunlardan bir tanesinde çalışmak üzere işe alınan temsilciyi, işverenin yönetim hakkına dayanarak rızası olmadan diğer bir işyerine nakletmesinin mümkün olmayacağı; zira; işverenin bu yönde vereceği tek taraflı emir ve talimatın yönetim hakkının kapsamına girmeyeceği, bu nedenle işçi için geçersiz olan bu talimata uyma borcu doğmayacağı; sözleşmelerde (hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde) işverenin işçinin çalıştığı işyerini değiştirme yetkisinin saklı tutulduğu hallerde bile, işverenin bu yetkisine dayanarak Sendikalar Kanunu’nun 30. madde hükmünden kurtulmak amacı ile temsilcinin işyerini -temsilcilik sıfatının devamı süresince- değiştirmesinin mümkün olmayacağı; aksi halde, işverene bu şekilde işçinin temsilcilik sıfatını ortadan kaldırabilme hakkı verilmiş olacağı, bu sonucun Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesi düzenlemesi karşısında asla kabul edilemez olduğu savunuluyordu<sup>4</sup>.

Bundan başka, özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü’nün “İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı Sözleşmesi”nin 25.11.1992 gün ve 3845 sayılı Kanunla kabul edilerek yürürlüğe girmesinden sonra (RG. 11.12.1992-21432 Mükerrer), sendika temsilcilerinin iş ve işyeri değişikliklerine

karşı da “özel olarak korunmalarını” gerektiren yasal düzenlemelerin bir an önce yapılmasında da iş barışının sağlanması bakımından zorunluluk bulunduğu vurgulanıyordu<sup>5</sup>.

Nitekim, son yıllarda Yargıtay’da bu zorunluluğu göz önünde tutan gerekçelerle işyeri sendika temsilcilerinin iş ve işyeri değişikliklerine ilişkin verdiği “iptal” kararları ile “işe iade” imkânı sağlıyor idi<sup>6</sup>.

Bütün bu gelişmeler göz önünde tutularak ve Uluslararası Çalışma Teşkilatı’nın sözleşme hükümlerine de uygun olarak çıkarılan 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası, bu “özel olarak korumayı” önceki düzenlemelerle karşılaştırıldığında temsilcilerin “iş sözleşmelerinin feshinde” değil, ama “iş ve işyeri değişikliklerinde” bir ölçüde getirmiştir denilebilir.

## 2- 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Sonrası İş ve İşyeri Değişikliğinde Temsilcilik Güvencesi

Öncelikle belirtelim ki, “iş sözleşmelerinin feshinde” sadece “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle” çalışan temsilcilere tanınan bu güvence, “işyeri ve iş değişiklikleri” konusunda herhangi bir ayırım yapılmaksızın hem “belirli” hem de “belirsiz” süreli iş sözleşmesiyle çalışan temsilcilere tanınmıştır. Gerçekten, ister belirli süreli ister belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olsun, “yazılı rızası” alınmadıkça bir temsilcinin “işyerinin değiştirilmesi” veya “işinde esaslı tarzda değişiklik yapılması” mümkün olamayacaktır. Aksi halde değişiklik “geçersiz” sayılacaktır. Zira, Sendikalar Kanunu’na göre, “işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır” (md.30/3). Bu anlamda, temsilcinin ücret (veya düzenli ödenen ücret ekle-

**TİS’de, işçinin işyerini veya işini değiştirme hakkını işverene veren hükümler “temsilcilik sıfatının devamı süresince” uygulama alanı bulamayacaktır.**

ri düşüklüğüne yol açan iş ve işyeri değişiklikleri yanında, işçinin işini ağırlaştırıcı ve kendisine ek mali külfet yükleyen iş ve işyeri değişiklikleri de “esaslı” tarzda değişiklikler arasında sayılacaktır<sup>7</sup>. Daha önce temsilciye sadece “haklı sebeple” fesih hakkı veren (1475 s. İş K. md. 16/II-e) ve “kıdem tazminatına” hak kazandıran bu değişiklikler artık “geçersiz” sayıldığından, aynı zamanda iş güvencesi ile ilgili hükümlerin de uygulanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, temsilcinin “yazılı rızası” alınmadan işveren tarafından verilen tek taraflı iş ve işyeri değişikliği konusundaki talimatlara temsilcinin uyma (itaat) borcu bulunmamaktadır.

Aksi halde, temsilci iş sözleşmesini “çalışma şartlarının uygulanmaması” nedeniyle yine “haklı sebeple” feshederek kıdem tazminatına hak kazanabileceği gibi (İş K. md. 24/II-f ve 14); işyeri değişikliği konusundaki talimata uymakla birlikte açacağı bir dava ile değişikliği iptal ettirerek “işine iadesini” de sağlayabilir<sup>8</sup>. Bunun gibi, değişikliği kabul etmeyen temsilci, iş sözleşmesini feshetmeye işveren tarafından işten çıkarılmayı (sözleşmesinin feshedilmesini) da bekleyebilir. Bu süre içinde işverenin iş ve işyeri değişikliğine ilişkin talimat ve işlemleri geçersiz olduğundan, temsilci yapılan değişikliğe uymayacağı gibi, işini sürdürdüğü veya sürdürmeye hazır olduğu sürece ücretine ve diğer haklarına da sahip olur. Şayet işveren temsilcinin işyeri değişikliğine uymaması nedeniyle onun iş sözleşmesini feshederse, yapılan feshin “geçerli bir nedene” dayandığını ileri süremeyeceği için, feshin işçinin “sendika temsilcisi olmasından” kaynaklandığı açıkça ortaya çıkar<sup>9</sup>. Bu durumda temsilci, iş güvencesi hükümlerinden (işe iade ve buna bağlı işçilik haklarından) yararlanma yoluna da gidebilir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işyeri sendika temsilcisinin, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir temsilci olması gerektiği unutulmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcisinin, iş veya işyeri değişikliği konusundaki talimata uymadığı için sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı, sadece zamanından önce feshedilen belirli süreli iş sözleşmesinin doğurduğu sonuçlardan yararlanacağı açıktır<sup>10</sup>.

## Temsilcilik sıfatı ve görevi devam ederken yeniden alınan “yazılı rıza”, işverene iş ve işyeri değişikliği konusunda gerekli yetkiyi (yönetim hakkını) verecektir.

Kanunda temsilcinin iş ve işyeri değişikliği konusunda “yazılı rıza” şartı arayan hükümler, “kamu düzeni” ile ilgili “emredici” hükümler arasındadır. Bu nedenle, işçinin işe girerken imzaladığı iş sözleşmesinde veya işyerinde yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinde, işçinin işyerini veya işini değiştirme hakkını işverene veren hükümler “temsilcilik sıfatının devamı süresince” uygulama alanı bulamayacaktır. Bir başka deyişle, işçinin “temsilcilik” sıfatını taşıdığı müddetçe işe girerken iş değişikliği hakkında kabul ettiği bu hükümler “geçersiz” sayılacak, temsilcilik sıfatı kaybedildiği zaman bu hükümler tekrar uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle, işçinin işe girerken bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle “önceden alınan” iş ve işyeri değişikliği konusundaki “yazılı rızaları” da temsilcilik görevinin devamı süresince geçersiz sayılacaktır. Buna karşılık temsilcilik sıfatı ve görevi devam ederken yeniden alınan “yazılı rıza”, işverene iş ve işyeri değişikliği konusunda gerekli yetkiyi (yönetim hakkını) verecektir. Bu durumda rızası alınarak işyeri değiştirilen temsilcinin yeni işyerinde koşullar elveriyorsa temsilcilik sıfatı devam edecek; temsilci sayısı yasada belirtilenin (Sen. K. md. 34) üzerine çıkıyorsa temsilcilik sıfatı düşecektir.

Nihayet, Kanunun temsilcilere tanıdığı güvenceler, “sendikanın yetkisinin devam ettiği süreyle” sınırlı tutulmuştur. Çünkü, “temsilcilerin görevi sendikanın yetkili olduğu sürece devam ettiğinden”, güvenceler de sendikanın toplu iş sözleşmesinin tarafı olduğu veya taraf olmak için yeniden “yetki belgesi aldığı” sürece devam eder (Sen. K. md. 34, 35). Yargıtay, daha önceki kararlarında da “toplu iş sözleşmesinin bitiminde sendika henüz yetki almamış ise, sözleşmenin bitimi ile temsilcilik görevi de sona ermiş olduğundan, davacı artık temsilcilik görevine bağlı olarak ondan sonraki süreye için işçilik haklarını isteyemez” demektedir<sup>11</sup>.



## SONUÇ

Öyleyse, Yargıtay önceki kararlarındaki yerleşik içtihadını yukarıda inceleme konusu yapılan kararlarında da sürdürmek suretiyle, sendika işyeri temsilcilerinin görevlerini taraf sendikanın yetkisi devam ettiği sürece devam ettirmekte, bu dönem içinde iş sözleşmelerinin feshinde uyguladığı güvenceyi, iş ve işyeri değişiklikleri konusunda da uygulamaktadır. Temsilcilik sıfatını haiz olmayanların ise, iş ve işyeri değişiklikleri konusunda Sendikalar Kanunu'nda getirilen güvenceden (md. 30/3) değil, İş Kanunu'nda getirilen güvenceden (md. 22) yararlanmaları gerektiğini isabetli bir şekilde kararlaştırmaktadır.

## DİPNOTLAR

- 1 9.HD., 18.1.1979, E.79/1159, K.79/266-İHU, Sen. K.20 (No: 5), Ü. NARMANLIOĞLU İncelemesi; 9.HD., 9.7.1979, E.79/89153, K.79/8153, K.79/10403-İHU, Sen. K.20 (No: 10), Ö. EYRENCİ İncelemesi; 9.HD. 18.10.1991, E.1990/13747, K.1991/12941, KAMU-İŞ, s. 433-434.
- 2 9.HD., 18.1.1979, E.79/1159, K.79/266-İHU, Sen. K. 20 (No: 5), Ü. NARMANLIOĞLU İncelemesi; 9.HD., 9.7.1979, E.79/89153, K.79/8153, K.79/10403-İHU, Sen. K. 20 (No: 10), Ö. EYRENCİ İncelemesi; 9.HD. 18.10.1991, E.1990/13747, K.1991/12941, KAMU-İŞ, s. 433-434.
- 3 Ö. EYRENCİ, Sendikalar Hukuku, BANKSİS Yayınları No: 3, İstanbul, 1984, s. 162; Krş. N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1988, 1992, s. 305; F. DEMİR, Sendikalar Hukuku, 3. Baskı, T. Haber-İş Sendikası Yayınları, No:13/1997, Ankara, 1997, s. 176-177. Ayrıca "İşletme gereklerine dayanmayan ve sırf temsilciyi güvenceden yoksun bırakmayı amaçlayan" işverenin nakil işlemi karşısında, hizmet akdi feshedilen işçinin S.K. m.30'a dayanarak, "işe iade edilmek üzere" bir dava açabileceği savunuluyordu, bkz. M. EKONOMİ, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması Görevleri ve Teminatı, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, BASİSEN Yayınları, No: 7, İstanbul, 1986, s. 45-46.
- 4 Ö. EYRENCİ, s. 162. Geniş bilgi için bkz: İHU, Sen. K. 20, No: 10, Ö. EYRENCİ İncelemesi; M. EKONOMİ, İşyeri Sendika Temsilcileri, s. 45-46; F. DEMİR, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), Belediye-İş Sendikası Yayınları No: 3, İstanbul, 1986, s. 187; F. ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, BASİSEN Yayınları, No: 6, İstanbul, 1986, s. 277.
- 5 F. DEMİR, Sendikalar, s. 177.
- 6 Yargıtay'a göre, "İşyeri değişikliği sonucu sendika işyeri temsilcisini yasanın öngördüğü güvence dışında bırakmak Yasanın amacına aykırı düşecektir", 9.HD., 30.01.2002, 16796/1738, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s. 352-353; Aynı görüş, 9.HD., 20.11.2003, 19327/19592, KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, s. 102-103.
- 7 Geniş bilgi için bkz. F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s. 251.
- 8 Ankara 6. İş Mahkemesi'nin 1175/1059 s. k. onayan 9.HD., 20.11.2003, 19327/19592, KILIÇOĞLU, 2005, s. 102, LEGAL-İHSİGH, 2004/2, s. 674-675.
- 9 D. ULUCAN, Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 161.
- 10 Geniş bilgi için bkz. F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 2005, s. 38.
- 11 9.HD., 25.02.1991, 11603/2759, KAMU-İŞ, Yargıtay Kararları, 1990-1995, Ankara 1996, s. 462; Aksi görüş: 9.HD., 04.11.1994, 11120/15310, KAMU-İŞ, s. 437; Krş.: 9.HD., 25.01.1998, 17015/218 ve 9.HD., 09.12.1998, 16050/17725, GÜNAY, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1999, s. 537, 619.

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

## Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/109

**Karar No**: 2006/7052

**Tarih** : 21.3.2006

### DAVA

Taraflar arasındaki ihbar tazminatı ile izin ücreti, ücret, ikramiye, yemek yakacak ve bayram yardımı alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.3.2006 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. (...) geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle ka-

rarın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalıya ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde bildirim önellemi, 6 aydan az çalışan işçiler için 20 hafta, 6 ay-1.5 yıl arası çalışan işçiler için 40 hafta, 1.5-3 yıl arası çalışanlar için 60 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 90 hafta olarak belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı takdirde, arttırılmış\* ihbar önellemi üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de açıkça kurala bağlanmıştır.

Davacı işçi ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece anılan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanmak suretiyle işçinin işyerinde çalıştığı süreye göre 40 hafta üzerinden hesaplanan ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Davalı işveren küçük bir belde belediyesi olup, eski belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar önellemi fahiş şekilde belirlenmiştir. Yasal ihbar önellemi 10 katından daha fazla önel öngörülmüştür ki toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde korunmak istenen hukuki menfaatlerle de açıklanması mümkün değildir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 5. maddesinde, “Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyete, millî güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz” şeklinde kurala yer verilmiştir. Maddede geçen “kamu düzeni” kavramı, kamunun genel bakımdan ve her türlü çıkarlarını korumayı amaçlayan kuralların bütününe ifade etmektedir. 4857 sayılı İş Kanununda arttırılabileceği öngörülen ihbar önellerinin, sözleşmelerle fahiş şekilde arttırılmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. İşçi lehine olarak öngörülen bu artışın da bir sınırının olması gerekir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de, sözleşme adaleti anlayışı çerçevesinde ele alınması ve uygulanması bir zorunluluktur.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde ihbar önellerinin arttırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine düşünce tarzı, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin 10 yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına da imkân verebilir. Yine, işverence kötüniyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötüniyet tazminatının tutarı da dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önellerine hakimin müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalara göre, ihbar önellerinin arttırılmasını öngören 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olması, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Kanunlarımızda boşluk bulunan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesine göre

hakim örf ve adete bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak ise ona göre bir karar vermek durumundadır. Aynı maddenin son fıkrasında hakimin yasalarda boşluk bulunan hallerde uygulanması gereken kuralı belirlemede bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanması gerektiği de açıklanmıştır. Bu durumda, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırını, hakim tayin etmek durumundadır.

Yine, Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralı mevcuttur. Somut olayda işveren adına belediye başkanı ile işçi sendikası arasında 25.8.2003 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve 15.6.2003 ile 14.6.2006 tarihleri arasında anılan toplu iş sözleşmesinin geçerli olacağı bağlatılmıştır. Daha sonra yapılan yerel seçimlerde belediye başkanı değişmiş ve belediyenin borçları sebebiyle ücretsiz izin yönünde bazı uygulamalara gidilmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önelinin yüksek oluşu ve buna uyulmadığı takdirde ödenmesi gereken ihbar tazminatının tutarı, işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Aynı zamanda, işçi yönünden de bahsi geçen arttırılmış önellere göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyiniyetli bir davranış olarak değerlendirilemez. Gerçekten toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin iş güvencesi sağlayan kurumlardan biri olan ihbar tazminatının İş Kanunu’ndaki düzenlenme açıktır. İşçilere yasanın tanıdığı koruma sınırlarının önemli ölçüde dışına çıkmış ve işçilerin olağanüstü haklar edinmeleri sağlanmak istenmiştir.

Aynı zamanda toplu iş sözleşmesi yapmak Anayasanın 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılması da yasalar karşısında korunmamalıdır.

Kaldı ki, aynı işverene karşı birlikte açılan seri davalar gözetildiğinde, işverence ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarının davalı be-

diye açısından ödeme güçlüğü doğuracağı açıktır.

Yukarıda bahsi geçen yasa hükümleri doğrultusunda, ihbar tazminatı tutarı hakim tarafından takdir olunmalıdır. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA... 21.3.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/2630

**Karar No**: 2006/9547

**Tarih** : 11.04.2006

## DAVA

Davacı, haksız fesih sebebi ile kıdem ve ihbar tazminatı alacağıнын ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

## YARGITAY KARARI

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

2. Davalıya ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde bildirim öneleri, 6 aydan az çalışan işçiler için 10 hafta, 6 ay-1.5 yıl arası çalışan işçiler için 20 hafta, 1.5-3 yıl arası çalışanlar için 40 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 65 hafta olarak belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı takdirde, artırılmış ihbar öneleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de açıkça kurala bağlanmıştır.

Davacı işçi ihbar tazminatı isteğinde bulun-

muş, mahkemece anılan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanmak suretiyle davacı işçinin işyerinde çalıştığı süreye göre 65 hafta üzerinden hesaplanan ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Davalı işveren küçük bir belde belediyesi olup, eski belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar öneleri fahiş şekilde belirlenmiştir. Yasal ihbar önelerinin 5 katından daha fazla önel öngörülmüştür ki toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde korunmak istenen hukuki menfaatlerle de açıklanması mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 17.maddesinde ihbar önelerinin artırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine düşünce tarzı, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin 10 yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına da imkân verebilir. Yine, işverence kötüniyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötüniyet tazminatının tutarı da dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önelerine hakim müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyumak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralı mevcuttur. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önelinin yüksek oluşu ve buna uyulmadığı takdirde ödenmesi gereken ihbar tazminatının tutarı, işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Aynı zamanda, işçi yönünden de bahsi geçen arttırılmış önelere göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyiniyetli bir davranış olarak değerlendirilemez. Gerçekten toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin iş güvencesi sağlayan kurumlardan biri olan ihbar tazminatını İş Kanunu'ndaki düzenleme amacını

aştığı açıktır. İşçilere yasanın tanıdığı koruma sınırları aşılmış ve işçilerin olağanüstü haklar edinmeleri sağlanmak istenmiştir.

Aynı zamanda toplu iş sözleşmesi yapmak Anayasanın 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılması da yasalar karşısında korunmamalıdır.

Kaldı ki, aynı işverene karşı birlikte açılan seri davalar gözetildiğinde, işverence ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarının davalı beledi-

ye açısından ödeme güçlüğü doğuracağı açıktır.

Mahkemece yukarıda bahsi geçen Yasa hükümleri doğrultusunda, ihbar tazminatı tutarından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması için kararın bozulması gerekmektedir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 11.04.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. TİS Özerkliğine İlişkin Mevzuatın Durumu

Türkiye tarafından 1951 yılında onaylanan 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelere Uygulanmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca, çalışma hükümleri ve koşullarının toplu iş sözleşmeleri yoluyla düzenlenmesi amacıyla işverenler ya da işveren örgütleriyle işçi örgütleri arasındaki gönüllü görüşmeler yönetiminin tam gelişmesi ve kullanılmasını özendirmek ve güdülemek üzere gerektiğinde ulusal koşullara uygun önlemler alınır<sup>1</sup>. Bu düzenleme iki önemli unsur içermektedir: Birincisi, devlet veya kamu makamlarının toplu pazarlık hakkını teşvik etmeleri; ikincisi, tarafların özerkliğini içeren gönüllü/ihiyari görüşmelerdir. UÇÖ Uzmanlar Komitesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğine Devletin veya kamu makamlarının müdahale etmemesi gerektiği görüşündedir<sup>2</sup>.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". AY'nin 11. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla 98 sayılı UÇÖ Sözleşmesi hükümlerine yargı da uymakla yükümlüdür.

1982 Anayasası'nın 53. maddesinin 1 ve 2. fıkraları uyarınca, işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler ve toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir<sup>3</sup>. Bu düzenlemede "özerklik" sözcüğü kullanılmamış olsa bile, 1982 AY'nin de 1961 AY gibi, işçi ve işveren taraflarına kendi aralarında çalışma koşullarının düzenlenmesiyle ilgili olarak emredici kuralları içeren toplu iş sözleşmeleri yapma özerkliğini tanıdığı görüşü öğretide istisnasız kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

1983 tarihli TİSGLK m. 2 ile toplu iş sözleşmesi özerkliği düzenlenmiştir. TİSGLK m. 2 uyarınca "Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir" (f.1); "Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir" (f.2). Ancak bu özerklik sınırsız değildir. BK'nın 19 ve 20. maddeleri, bu özerkliğin sınırının belirlenmesinde ve sınırın aşılması halinde uygulanacak yaptırım konusunda uygulama alanı bulur. Ancak Borçlar Kanunu'nundaki bu hükümlere rağmen, TİSGLK m.5 ve 68 ile özel sınırlamalar ve cezai yaptırım öngörülmesi bulunmaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen BK'nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmeler, emredici hukuk kurallarına, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamazlar. TİSGLK m. 5 uyarınca ise, "Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne,

millî egemenliğe, Cumhuriyete, millî güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz". Bu maddede kullanılan kavramlar soyuttur, yoruma açıktır ve Türkiye'de bu kavramlar konusunda ne öğretide, ne yargı kararlarında bir görüş birliği vardır. Bu düzenleme, toplu iş sözleşmesi özerkliğini demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlayıcı niteliktedir ve AY'nin 13. maddesine aykırıdır. AY m. 13 uyarınca, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve öl-

mik kriz, devalüasyon gibi olaylar sonucu taraflar arasındaki denge, taraflardan birinin buna katlanmasının istenemeyeceği ölçüde bozulduğunda, bir başka deyişle "işlem temeli" çöktüğünde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi veya feshedilebilmesi görüşü benimsenmiştir<sup>5</sup>.

Borçlar Kanunumuz'da, "clausula rebus sic stantibus" veya "beklenmeyen hal şartı" adıyla da bilinen bu ilkenin uygulanabilmesini sağlayan genel bir düzenleme yoktur. Ancak istisna sözleşmelerine ilişkin BK. m. 365/2 uyarınca, önceden kestirilemeyen veya kestirilip de iki tarafça göz önüne alınmayan durumlar için yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece güçleştirirse, yargıç takdir hakkına dayanarak ya kararlaştırılmış olan ücretin artırılmasına, ya da sözleşmenin bozulmasına karar verir. Bir görüş, bu hükmün kıyas yolu ile bütün sözleşme türlerine uygulanabileceğini sa-

## Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon gibi olaylar sonucu taraflar arasındaki denge, taraflardan birinin buna katlanmasının istenemeyeceği ölçüde bozulduğunda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi veya feshedilebilmesi mümkündür.

çülülük ilkesine aykırı olamaz". Bu ve benzeri bir düzenleme, 1963 tarihli 275 sayılı TİSGLK'da mevcut değildi.

Öte yandan BK m. 20 uyarınca, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. TİSGLK m. 68 uyarınca ise, "5. maddeye aykırı olarak toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyete, millî güvenliğe aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden hükümler koyanlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası hükmolunur". Bu düzenleme de eleştiriye açıktır. Söz konusu değerler TCK'nın çeşitli maddeleriyle korunmaktadır. Bu nedenle TİSGLK ile ayrı bir suç ihdasına gerek yoktur. Dolayısıyla kanımca TİSGLK'nın 5 ve 68. maddeleri Kanun'dan çıkarılmalıdır.

### II. TİS Özerkliği ve Yargıcın TİS'e Müdahale Edememesi

Türk-İsviçre borçlar hukukunda savaş, ekono-

vunurken, bir diğer görüş bu sorunun çözümünde temel ilkenin dürüstlük kuralı (MK. m.2) olduğunu savunmaktadır<sup>6</sup>.

Borçlar hukukunda bu ilkenin uygulanabilmesi için, bazı koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar,

- Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin temellendirildiği durumlarda esaslı değişiklik olması,
- Değişen durum ve koşulların olağanüstü ve objektif nitelikte olması,
- Değişen durum ve koşulların ortaya çıkmasında ilgili tarafın kusurunun bulunmaması,
- Edimlerin henüz ifa edilmemiş olması,
- Değişen durum ve koşulların taraflar bakımından önceden tahmin edilebilir ya da beklenebilir nitelikte olmaması (Sözleşmenin ifasının beklenebilir olması),
- Sözleşme veya yasada değişen koşul ve durumlara ilişkin bir kayıt veya hüküm bulunmamasıdır<sup>7</sup>.

Borçlar hukukunda kabul edilen sonucun, top-

## TİSGLK, sözleşme taraflarına tıpkı yasa koyucu tarafından kanunlara konulabildiği gibi emredici hukuk kuralları koyabilme hak ve yetkisini tanımaktadır.

lu iş sözleşmelerinden doğan borçlar açısından da kabul edilebilir olup olmadığı, 1994 yılında yaşanan ekonomik krizle birlikte ortaya çıkan uyuşmazlıklardan sonra öğretilerde yoğun tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay, 1995 yılından itibaren, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra meydana gelen ve ekonomik bunalım yaratan ülke çapındaki gelişmelerin, davalı işvereni BK'nın 44. maddesi uyarınca müzayaka haline düşürdüğü, sözleşme adaletini ve taraflarca yüklenen edimler arasındaki dengeyi bozduğu, yargıcın değişen koşullara göre toplu iş sözleşmesine müdahale edebileceği ve toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücret zammı ödemelerinin davalı idarece öngörüldüğü şekilde ileri bir tarihte ödenmesi planının uyarılma önerisi olarak kabulü gerektiği yönünde kararlar vermiştir<sup>8</sup>. Söz konusu kararlarda işveren tarafı kamu işyerleriydi. Yargıtay'ın, borçlar hukukunda varılan sonuçlara uygun olarak taraflar arasındaki işlem temelinin çökmesi ve borcun ifasının talep edilmesinin MK. m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı düşmesi halinde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi toplu iş sözleşmelerinin de yargıç tarafından değişen koşullara uyarlanabileceği yönündeki görüşü öğretilerde eleştirilene konu olmuştur.

Çünkü toplu iş sözleşmesi niteliği itibarıyla diğer sözleşmelerden farklıdır. TİSGLK m. 2/1 sözleşme taraflarına tıpkı yasa koyucu tarafından kanunlara konulabildiği gibi emredici hukuk kuralları koyabilme hak ve yetkisini tanımaktadır. Yargıtay da çeşitli kararlarında toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin "objektif hukuk kuralları" ve "maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde" olduklarını kabul etmiştir<sup>9</sup>.

Toplu iş sözleşmesi taraflarının maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde kuralları koyabilmeleri, AY. m. 53 ile sağlanan toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanmaktadır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği, işçi sendikalarıyla işveren veya işveren sendikala-

rına tanınan kendi kendini yönetim olarak adlandırılan geniş kapsamlı bir özerklik kavramının en önemlisidir.

Söz konusu özerkliğin sonucu olarak, yasakoyucu bile, çıkaracağı kanunlarla toplu iş sözleşmelerine müdahale edemez. Anayasa Mahkemesi, 1976 tarihli kararında<sup>10</sup> kamu kesiminde çalışan işçilerle ilgili olarak 1976 yılı Bütçe Kanunu'nda yer verilen ve toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılacak ücret zamlarına tavan koyan hükmün, AY'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Toplu iş sözleşmesiyle konulan normatif kuralların sonradan değişen durumlara uyup uymadığını saptama ve bunların yeni koşullara uyarlanması hak ve yetkisi, belli koşullar çerçevesinde doğrudan doğruya toplu iş sözleşmesi taraflarına aittir<sup>11</sup>.

### III. Kararların İncelenmesi

Yargıtay'ın yargıcın toplu iş sözleşmesini değişen koşullara uyarlayabileceği yönündeki yukarıda sözü edilen kararları öğretilerde eleştirilirken<sup>12</sup>; Yargıtay, yukarıda sunulan 2005 ve 2006 tarihli iki yeni kararında bir adım daha ileriye giderek, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra koşullarda bir değişiklik olmamasına rağmen, yargıcın toplu iş sözleşmesine müdahale edebileceğine karar vermiştir.

1. Yargıtay'ın her iki kararında da davalı küçük belde belediyeleridir. İşK'nın 17. maddesi uyarınca fesih yoluna başvurmalarından, 30'dan az işçi çalıştırdıkları anlaşılmaktadır.

2. Uyuşmazlık konusu olan her iki toplu iş sözleşmesinde de ihbar önelleri artırılmış ve bildirim şartına uyulmadığı takdirde, artırılmış ihbar önelleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

3. Yargıtay her iki kararında da yargıcın toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ihbar tazminatı miktarını indirebileceğine karar vermiş, artırılmış ihbar tazminatına karar veren iş mahkemesi kararlarını bozmuştur.

4. Yargıtay'ın her iki kararında "kes-yapıştır" yöntemiyle, bir-iki paragrafın yerleri değiştirilerek hemen hemen aynı gerekçelere yer verilmiştir. Ortak gerekçeler şunlardır:

a. Birinci kararda yasal ihbar önellerinin 10 katından daha fazla; ikinci kararında yasal ihbar

## Toplu iş sözleşmesiyle konulan normatif kuralların sonradan değişen durumlara uyup uymadığını saptama ve bunların yeni koşullara uyarlanması hak ve yetkisi, toplu iş sözleşmesi taraflarına aittir.

önellerinin 5 katından daha fazla önel öngörülmesi fahiştir ve İşK'nun 17. maddesinde korunmak istenen hukuki menfaatlerle açıklanamaz.

b. İşK'nın 17. maddesinde ihbar önellerinin artırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

c. Sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir.

ç. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önellerinin yüksek oluşu ve işçi yönünden bahsi geçen artırılmış önellere göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyi niyetli bir davranış olarak değerlendirilemez ve MK'nın 2. maddesine aykırıdır.

d. Toplu iş sözleşmesi yapmak AY'nin 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılması yasalar karşısında korunmamalıdır.

e. Aynı işverene karşı birlikte açılan seri davalar gözetildiğinde, işverence ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarının davalı belediye açısından ödeme güclüğü doğuracağı açıktır.

f. İhbar önellerinin artırılmasını öngören İşK'nın 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olması, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Kanunlarımızda boşluk bulunan hallerde MK'nın 1. maddesine göre yargıç örf ve adete, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak ise ona göre bir karar vermek durumundadır.

6. Yargıtay birinci kararında bunlara ek olarak, TİSGLK'nın toplu iş sözleşmelerinin içeriğinin sınırlandırılmasıyla ilgili 5. maddesini, yargıcın toplu iş sözleşmesine müdahale edebileceği görüşüne gerekçe olarak kullanmaktadır. Yargıtay'a göre; 5.

maddede geçen "kamu düzeni" kavramı, "kamu genel bakımından ve her türlü çıkarlarını korumayı amaçlayan kuralların bütünü" ifade etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda artırılabilen öngörülen ihbar önellerinin, sözleşmelerle fahiş şekilde arttırılmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. İşçi lehine olarak öngörülen bu artışın da bir sınırının olması gerekir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de, sözleşme adaleti anlayışı çerçevesinde ele alınması ve uygulanması bir zorunluluktur.

### IV. Değerlendirme ve Sonuç

Yargıtay'ın 1995-1997 yılları arası verdiği yargıcın değişen koşullara göre toplu iş sözleşmesine müdahale edebileceğine ilişkin görüşü, AY. m. 53 ile güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi özerkliğiyle bağdaşmazken; toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra koşullarda herhangi bir değişikliğin meydana gelmediği anlaşılan son iki kararında da toplu iş sözleşmesiyle karşılaştırılan ihbar tazminatı tutarının yargıç tarafından indirilebileceğine karar vermesi şaşırtıcıdır. Yargıtay, öğretilerdeki önceki kararlara ilişkin eleştirileri gözardı etmektedir. Son iki kararda da sanki "toplular iş sözleşmesi özerkliği" diye bir kurum yokmuş gibi bir tutum sergilenmiş; bireysel bir sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için gerekli olan koşulların varlığı (örneğin sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin temellendirildiği durumlarda esaslı değişiklik koşulu) bile aranmamıştır. Yargıtay, MK'nın 2. maddesi ve sözleşme adaleti ilkelerine dayanarak yargıcın toplu iş sözleşmesine müdahale edebileceğine karar vermiştir.

Öte yandan TİSGLK'nın 5. maddesinin, toplu iş sözleşmesiyle karşılaştırılan ihbar tazminatı tutarının yargıç tarafından indirilebileceğine gerekçe olarak kullanılması da ilginçtir. Bu madde, toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin sınırlamalar getirmekte, 68. madde de, 5. maddeye aykırılığın yaptırımını düzenlemektedir. TİSGLK, 5. maddeye aykırılık halinde yargıca müdahale yetkisi vermiş değildir. 5. maddeye aykırılığın yaptırımını BK. m. 19 uyarınca hükümsüzlük ve TİSGLK. m. 68 uyarınca hapis cezasıdır.

Uyuşmazlık konusu her iki davada da seçimler sonrası gelen yeni belediye başkanlarının, eski belediye başkanları döneminde istihdam edilen işçi-



leri işten çıkarmaya çalıştığı ihtimali akla gelmektedir. Ancak Yargıtay, davalı belediyelerin kötü niyetli olup olmadığı konusu üzerinde durmamıştır. İşveren sıfatı taşıyan belediye yöneticilerinin, toplu pazarlık esnasında ileriye görerek işletme ve ülkenin uzun vadeli çıkarlarını gözetmemeleri, kendi taraftarlarını işe alıp onlara iş güvencesi sağlamak için toplu iş sözleşmeleriyle ihbar süreleri ve miktarını yüksek tutmaları, yeni seçilen belediye yöneticilerinin de önceki belediye yöneticilerinin yerleştirdiği işçilerden kurtulmaya çalışmaları açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Yargıtay'ın verdiği kararlar söz konusu yöneticilerin kendi kusurlarından yararlanmalarının yolunu açmaktadır.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın verdiği kararlar, 98 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, AY. m.11, 53, 90 ve TİSGLK m. 2'ye; dolayısıyla toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırıdır ve bu kararlara katılmak olanaklı değildir.

## DİPNOTLAR

- \* "Artırmak" sözcüğü sürekli olarak "arttırmak" olarak karar metninde tekrarlanmaktadır.
- 1 Türkiye tarafından çekince konmuş olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m. 6/1 ve 2 uyarınca, "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" taahhüt eder. Bu maddeye çekince konmuş olmasının nedeni muhtemelen "çalışanlar" sözcüğünün kullanılmış olmasıdır. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın toplu pazarlık hakkını düzenleyen 6. maddesine de çekince koymuştu.
- 2 ILO (2006), Digest of Decisions of the Committee on Freedom of Association, Fifth (Revised) Edition, ILO.
- 3 1961 Anayasası'nın buna karşılık gelen 47. maddesinin 1 ve 2. fıkraları uyarınca ise, "işçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde, iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev haklarına sahiptirler. Grev hakkının kullanılması ve istisnaları ve işverenlerin hakları kanunla düzenlenir".
- 4 Toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunda geniş bilgi için bkz. Ulucan, D. (1981), Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Niteliği, İTÜ Vakfı Yay.; Sur, M. (1991), Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, DEÜ Yay.
- 5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, M. (1976), Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK.117), İstanbul, s. 49, dn. 82'de gösterilen yazarlar; Kaplan, İ. (1987), Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, s. 783 vd., 1004 vd.; Burcuoğlu, H. (1995), Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul; Eren, F. (2003), Borçlar Hukuku Genel

- Hükümler, 8. Bası, İstanbul, s. 451; Çelik, N. (2006), İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, Beta Yay., s. 544-545 ve dn. 2-5 arasındaki yazarlar; Alpagut, G. (2002), Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul.
- 6 Bkz. dn. 5'deki yazarlar.
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan (1987), s.6 vd.; Burcuoğlu, (1995), s.9-10; Alpagut (2002), s. 23-39.
- 8 Y.9.HD., 31.1.1995, 16730/1307, Tühis, Şubat 1995, s. 15 ve karşı oy yazısı; Y.HGK., 3.5.1995, 9-267/442, Çimento İşveren, Temmuz 1995, s. 40; Y.9.HD., 6.2.1995, 17670/2538 ve HGK, 3.5.1995, 9-267/442, Tühis, Mayıs 1995, s. 38-48; Y.9.HD., 14.3.1996, 4479/5354, İşveren, Mart 1966, s. 15; HGK, 26.2.1997, 9-679/119, İşveren, Mart 1997, s. 15, Tekstil İşveren, Eylül 1997, s. 14; Y.9.HD, 5.11.1996, 12434/20519, İşveren, Mart 1997, s. 17.
- 9 Y.9.HD., 9.4.1968, E. 157, K. 4628, Selçuki, S. (1975), Son Değişikliklerle İş Kanunu ve Kıdem Tazminatı, İstanbul, s. 1008-1009; Y.HGK., 21.2.1975, E. 9-1040, K. 227, İKİD, Temmuz 1975, s. 3634-3634; Y.9.HD.; 20.4.1987, E. 1987/3816 K. 1987/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 55-56.
- 10 AYM., 9.12.1976, 1976/34-52, RG. 15.3.1977, S. 15879.
- 11 Toplu iş sözleşmesinin taraflarca değiştirilmesi konusunda bkz. Çelik (2006), s. 548 vd.
- 12 Bu kararların eleştirisi için bkz. Çelik, N. (1996), Yargıtayın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi Yay., s.142 vd.; Aynı yazar (2006), s. 544-548; Narmanlıoğlu, Ü. (1997), Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Semineri, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi Yay., s. 111-112; Güzel, A. (1997), Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi Yay., s. 196-198; Tuncay, C. (1999), Toplu İş Hukuku, Alfa Yay., s. 197; Günay, C.İ. (1999), Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara, s. 259; Alpagut, (2002), s. 187-193; Sur, M. (2006), İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Kitabevi, s. 297-299.

**Av. Murat ÖZVERİ**

Çalışma ve Toplum Dergisi Yayın Yönetmeni

# Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/7573**Karar No** : 2005/1333**Tarih** : 31.03.2005

### DAVA

Davacı feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini Yerel mahkeme isteği kabul etmiştir.

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

Davacı iş sözleşmesinin sendikaya üye olması nedeniyle feshedildiğini ileri sürerek işe iade isteği ile birlikte 12 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı talep etmiştir.

Mahkemece istek gibi hüküm kurulmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davalı işverenin 12.8.2003 günü Yönetim Kurulu Kararı ile %10-15 oranında işçi azaltılması kararı aldığı, bu kararın duyulmasından sonra 20-21.8.2003 günlerinde 128 işçinin birlikte sendikaya üye oldukları anlaşılmaktadır. Bu gün seri halde incelemesi ya-

pılan dosyaların fesih tarihlerinin 20.8.2003-31.3.2004 arası olduğu, üç davacının ise sendikaya üye olduğu tarih ile fesih tarihinin aynı gün olduğu belirlenmektedir. Dosyadaki Nisan - Ağustos 2004 tarihlerine ait 100 kadar sendika üyeliğinden istifa bildirimlerinden işverenin üye işçileri uzunca süre çalıştırdığı anlaşıldığı gibi, davalının sendikanın 22.8.2003 de aldığı yetkiye itiraz etmediği, yeni işçi de almadığı anlaşılmaktadır.

Bu konuda, davacı ile aynı şekilde iş akdi feshedilen iki davacı tanığı ile, sendikalı olmasına ve işten istifa etmek istemesine rağmen işverence bu isteğinin kabul edilmediğini ifade eden diğer davacı tanığının çelişkili anlatımlarına itibar etme olanağı yoktur.

Bu durumda, bilirkişi raporunda da belirlendiği üzere feshin davalı işverenin yönetim giderlerinin 2003 yılından itibaren aşırı şekilde artması nedeniyle doğan zarara bağlı olarak gerçekleştirildiği, feshin son çare olması gerektiği kuralına uyulmadığı bu nedenlerle geçersiz olduğu anlaşılmaktadır.

Böyle olunca, toplam sendikalı sendikasız işçi sayısı davacının Ağustos 2003 -Mart 2004 arası aylar itibarı ile kaç işçi çıkardığı, kaçının

sendikalı kaçının sendikasız olduğu, aynı gün sendikaya üye olup aynı gün aktı feshedildiğinde bu feshin sendika üyeliğinden nasıl kaynaklandığı somut delillerle belirlenmeden feshin sendikal nedenden kaynaklandığı ve işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece bu hususlar araştırılmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. GENEL OLARAK BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI

### 1. Bireysel Sendika Özgürlüğü ve 2821 Sayılı Sendikalar Yasası'nın 31. Maddesi

2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 31. maddesi, bireysel sendika özgürlüğüne güvence getirmeye çalışmıştır. Madde, bireysel sendika özgürlüğünü işe alma, işte çalışma ve son olarak da işten çıkartma aşamalarında koruma iddiasındadır.

31. maddenin birinci fıkrasına göre işverenler işçilerin işe alınmalarını; belirli bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları, belirli bir sendika üyeliğini korumaları ya da bu sendikadan istifa etmiş olmaları, genel olarak bir sendikaya üye olmaları ya da olmamaları koşuluna bağlı tutamazlar.

Madde getirmiş olduğu bu düzenlemeyle işçilerin daha işe alınış aşamasında sendikal tercihleri nedeniyle ayrımcılığa uğramalarını engellemek istemiştir. Gerçekten de uygulamada işverenlerin "kara liste" olarak adlandırılan listeler oluşturarak, bir işyerinde sendika üyesi olmuş, ya da sendikal faaliyette bulunmuş işçileri işe almamaya çalışmaları, bu durumda olan işçileri birbirlerine bildirmeleri sık karşılaşılan bir durumdur. Özellikle organize sanayi bölgelerinin yaygınlaşmasıyla işverenler sendikalaşmayı engelleme konusunda birbirleriyle dayanışma içerisine girmekte, bölgelerinde sendikal faaliyet nedeniyle atılmış işçileri işe almamaya özen göstermektedir. Kara liste uygulamasına bazen bizzat işçi sendikalarının da karıştıkları görülmüştür. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi;

"kara liste düzenlenmesi işçinin olumlu sendika özgürlüğüne ve giderek kişilik haklarına bir tecavüz teşkil eder. İşverenin kara liste uygulaması için dayandığı sebep (örneğin, listeye alınan işçinin daha önce yasa dışı bir greve katılmış olması) ne olursa olsun kara liste uygulamasına haklılık kazandırmaz. Dolayısıyla kara liste uygulamasına karşı, kişilik haklarının korunmasına ilişkin MK. 24, BK. 41 ve 49 yoluyla bu konudaki yayının durdurulması ve koşulları gerçekleşmişse maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulabilir."<sup>1</sup>

Sendikalar Yasası'nın 31. maddesi işverenlerin işe almanın yanında yönetim hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanırken de ayrımcılık yapılmasını sendikal tazminat güvencesi içerisine alarak korumak istemiştir. İşverenin yönetim hakkına bir sınırlama niteliğinde olan hükme göre, işveren; işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işçinin sendikal tercihi nedeniyle ayrımcılık yapamayacaktır.

İşçinin sendika üyeliğinin tek başına sendikal faaliyet anlamına gelip gelmeyeceği, işçinin hangi faaliyetlerinin sendikal faaliyet kapsamında değerlendirileceği, konuları tartışmalı kavramlar olma özelliklerini korumaktadır.<sup>2</sup>

### 2. İş Güvencesi Kapsamında Bulunan İşçilerin Sendikal Tazminat Sorunu

4773 sayılı Yasa'yla 31. maddenin değiştirilmesiyle birlikte iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sendikal ayrımcılık konusunda iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler ve güvence kapsamında bulunmayan işçiler ayrımı yapılmaya başlanmıştır.

Bilindiği gibi 4773 sayılı Yasa'nın 10. maddesi 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 31. maddesinin 6. fıkrasını değiştirmiş, 4857 sayılı Yasa'da 4773 sayılı Yasa'yla değişik 1475 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldırdığından; 4857 sayılı Yasa 118. maddesiyle 4773 sayılı Yasa'yla getirilen madde numaralarını bu Yasa'daki karşılıklarına göre yeniden düzenlemiştir. 31/6. maddede yapılan değişiklikle de "Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz" hükmünü getirmiştir.

Bu konuda ilk örnek oluşturan ve Yargıtay 9. HD.'nin E. 2004/7196, K. 2004/11144, 10.05.2004 tarihli kararı ile tüm temyiz itirazları reddedilerek onanan yerel mahkeme kararında, işe iade davası olarak açılan davada mahkeme işe iadeye karar vermeksizin sendikal tazminata karar vermiştir.

Yargıtay'ın aynen onadığı bu karar eleştirilerek; Yargıtay'ın kararı verirken 2821 sayılı Yasa'nın 31/6. fıkrasındaki değişikliği dikkate almamış olabileceği, kararın 2821 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikle açık bir uyumsuzluk sergilediği, kötü niyet tazminatı gibi, kötü niyet tazminatının özel bir şekli olan sendikal tazminatın da iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle eski içerik ve önemlerini kaybettikleri, 2821 sayılı Yasa'nın 6. fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte, sendikal faaliyette buldukları için iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerden ancak iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalanların yararlanabileceği, iş güvencesi kapsamında bulunan ve sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin ise işe iade davası açabilecekleri belirtilmiştir.<sup>3</sup>

Bu görüşe göre; "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin sendikal sebepli fesihlerde uygulanması imkânı ortadan kaldırılmıştır. Görülüyor ki yeni şekli ile Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre sendikal tazminat artık sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedenleriyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde talep edilemeyecek; sadece iş ilişkisinin devamı sırasında işin sevk ve idaresi ve dağıtımı ve tüm çalışma şartları ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin işveren tarafından işçilere farklı uygulanması; aynı şekilde işçilerin sendikaya üye olup olmamaları ya da ayrı sendikalara üye bulun-

maları sebebiyle ayırım yapılması, sendikal faaliyete katılan işçilerin farklı işlemlere maruz bırakılmaları durumlarında söz konusu olabilecek; işverenin bu çerçevede fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükümlülüğü işçiye terettüp edecektir."<sup>4</sup>

Yargıtay aynı konuda bu kez yerel mahkeme kararını bozarak 07.10.1994 tarihli kararında "Öte yandan Sendikalar Kanunu'nun değişik 31/6. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun 18-21. madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez."<sup>5</sup> demiştir.

Yargıtay 27.12.2004 tarihli kararında ise daha net ve açık ifadeler kullanarak, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde; iade davasından bağımsız olarak sendikal tazminat davası açamayacağını belirtmiştir. Yargıtay'ın 27.12.2004 tarihli bu kararına göre; "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde 6 aylık kıdemi olan işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında feshin geçersizliği ve işe iade isteğinde bulunabileceği açıktır. Yukarıda açıklanan düzenlemeler karşısında davacı iş güvencesi hükümleri olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinden yararlanacağından bağımsız olarak sendikal tazminat isteğinde bulunamaz. Zira iş güvencesi kapsamında kalan bir işçi, feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmez ise, fesih anılan düzenlemeler gereğince geçerli bir hal alacaktır. Başka bir anlatımla iş güvencesi kapsamında kalıp, sendikal nedenle feshin yapıldığını ve feshin geçersizliğine karar verilmesini istemeyen işçi, sendikal tazminat isteğinde bulunamaz."<sup>6</sup>

Belirtmeliyiz ki, bu konuda ki tartışmalar sürerken Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın bazı maddelerine çekince koyarak onaylamıştır. 27.09.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Kanun'la Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın

**Yargıtay iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde; iade davasından bağımsız olarak sendikal tazminat davası açamayacağını belirtmiştir.**

“Tüm çalışanlar, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir.” hükmünü getiren 24. maddesine çekince konulmamıştır. Bu durumda 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle Sosyal Şart'ın 24. maddesi çelişen hükümler içerdiğinden Mayıs 2004 tarihinde değiştirilen Anayasa'nın 90. maddesine göre doğrudan uygulanması gereken norm 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesi değil, Sosyal Şart'ın 24. maddesidir. Dolayısıyla 2821 sayılı Yasa'nın 31. maddesinde 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesine yapılan yollama uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

Bizce artık sendikal nedenlerle fesihle iş güvenliği kapsamında bulunan işçilerin de feshin geçersizliğini talep etmeden Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesine dayanarak sendikal tazminat talep edebilmeleri olanaklı hale gelmiştir.<sup>7</sup>

## II. KARARIN İNCELENMESİ

İncelemeye çalıştığımız karar, Yargıtay 9. HD.'nin feshin geçersizliği, feshin sendikal nedenlerle gerçekleştirilmiş olması nedeniyle işe iade tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 31. maddesi uyarınca işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak şekilde belirlenmesi talebine ilişkindir.

Yerel mahkeme feshin geçersizliğine, işe iade tazminatının ise fesih sendikal nedenlerle gerçekleştirildiği için bir yıllık ücret olarak belirlenmesine karar vermiş, kararı Yargıtay 9.HD.'si bozmuştur.

Bozma kararında Yargıtay 9.HD.'si feshin geçersizliğini saptamış, ancak işe iade tazminatının bir yıllık ücret olarak belirlenmesi sonucunu tatmin edici bulmayarak, sendikal nedenlerin var olup olmadığının daha kapsamlı bir şekilde araştırılmasını istemiştir.

### 1. Sendikal Nedenin Belirlenmesinde Yargıtay'ın İzlediği Yöntem

Yargıtay incelemeye çalıştığımız bu kararda da benzer birçok kararında olduğu gibi haklı olarak fesihle sendikal nedeninin bulunup bulunmadığını belirlemeye çalışırken fiili karinelere hareket ederek sonuç çıkartmaya çalışmakta, yerel mahkemeye dosyaya yansıyan olaylara işaret ederek yön vermektedir. Sendikal tazminat davalarında başkaca bir çözüm yolu da bulunmamaktadır.

Bir başka anlatımla, işçi sendikal nedenlerle fesih olgusuyla karşılaştığında işverenin görünen iradesinin arkasında yer alan sendika karşıtlığını orta-

ya koymakla yükümlüdür. Hiçbir işveren açıkça sendikal nedenlerle işçi çıkartım demeyeceğine göre, saklı, gizli iradeyi ortaya koyan durumlardan hareketle işverenin gerçek iradesi belirlenmeye çalışılacaktır. Böylesine zor bir ispat ve hukuki değerlendirme sürecine yön veren ve sonuçlandırılan kurum ise sendikal fesih karinelere dir.<sup>8</sup> Bu karinelerin bir kısmı yargılama sırasında ortaya çıkan olgulara göre belirlenecektir. Bir kısmı ise genel olarak herkesçe bilinen ülkemizdeki yaşam deneyimleriyle ortaya çıkan karinelere dir.

Örneğin; ülkemizde işverenlerin halen sendikal örgütlenmeye sıcak bakmadıkları, sendikal örgütlenme karşısında ilk tepkilerinin işçi çıkartmak olduğu, örgütlenmeyi engellemek için hemen her olayda yetki tespitine itiraz ettikleri, itirazların sonuçlanmasını zamana yaymaya çalışarak, işçilerin sendikadan istifa etmelerini sağlamaya çalışmaları, her sendikal örgütlenmede taraflar anlaşsa dahi bir grup işçinin işten atılarak bir anlamda sendikal örgütlenmeye kurban edildikleri, ülkemizde herkesçe bilinen sık yaşanan olaylardır.

Sendikalaşma oranındaki düşüşleri gösteren toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısındaki gerileme, sigortalı sayısı artmasına karşın sendikal işçi sayısının, özellikle de özel sektör işyerlerinde artmadığı gibi, her geçen gün azalması, sendikal örgütlenmeyi ve sendikaların etkisini azaltmak için sık sık alt işveren uygulamalarına başvurulması, alt işveren uygulamasının işçilerin kolektif haklarını kullanamaz hale getirdiği tespitinin, 4857 sayılı Yasa'nın gerekçesine dahi girmesi, yukarıda sıraladığımız genel saptamaları doğrulayan somut olgulardır.

Kısaca Yargıtay kararlarında yeterince dikkate alınmasa da ülkemizin verili koşullarında her örgütlenme sonrası işçi çıkartılması halinin kendisi tek başına sendikal nedene ilişkin güçlü bir fiili karinedir.

### 2. Yargıtay Kararında Sendikal Nedenin Var Olup Olmadığını Belirlemek İçin Ele Alınan Ölçütlerin Değerlendirilmesi

İncelenen kararda Yargıtay feshin sendikal nedenlere dayanmadığı izlenimine ulaştığı olayları şöyle sıralamıştır:

## Sendikal nedenlerle fesih iddialarında, Yargıtay kararlarında istenilmiş olduğu gibi somut, kati deliller ortaya konulması her zaman olanaklı değildir.

- İşçilerin sendikaya üye olmalarından 10 gün önce işletmenin işçi çıkartma kararı alması ve işçilerin bunu duyması,
- İşçilerin işverenin işçi çıkartma kararından sonra topluca (128 kişi) birlikte sendikaya üye olmaları,
- Üç işçinin ise işten çıkartıldıkları tarih ile sendikaya üyelik tarihinin aynı gün olması,
- İşten çıkartılan işçilerin dışında sendika üyesi olarak kalıp yaklaşık sekiz ay sonra sendikadan istifa eden 100 işçiyi üye olmalarına karşın işverenin uzun süre çalıştırmış olması,
- İşverenin sendikanın almış olduğu yetkiye itiraz etmemiş olması,
- Yeni işçi almamış olması olarak belirtmiştir.

Karara göre; “aynı gün sendikaya üye olup aynı gün akti feshedildiğinde bu feshin sendika üyeliğinden nasıl kaynaklandığı somut delillerle belirlenmeden feshin sendikal nedenden kaynaklandığı ve işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

Kararda açıkça sendikal neden yoktur denilmemiş, ancak olgular yukarıdaki şekilde sıralanarak bir anlamda yerel mahkeme yönlendirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Yargıtay kararında işverenin sendikanın yetkisine itiraz etmediğinin saptaması maddi bir yanlışlığa dayanmaktadır. Dava dosyasının ve yerel mahkeme kararının incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, işveren sendikanın yetkisine itiraz ettiği gibi, karar aşamasında da yetki davası henüz daha sonuçlanmamıştır. Bu durumu maddi yanlışlık olarak değerlendirsek dahi, Yargıtay açısından sendikal nedeni kuşkulu hale getiren tüm bu olgular aksine sendikal nedenin varlığını gösteren durumlar olarak da yorumlanabilir.

Gerçekten de işverenin sendikal örgütlenme

aşamasında birkaç öncü işçiye kızgınlık duymasının dışında işçi çıkartmasının temel amacı, örgütlülüğün sona erdirilmesi, sendikal örgütlenmenin başarıya ulaşmasının engellenmesidir. Bu nedenle sendika üyesi olan işçilerden işten çıkartılanların dışındaki tamamının istifa etmiş olması işverenin örgütlenmeyi başarısızlığa ulaştırma amacına ulaştığını, dolayısıyla da feshin gerçek nedenin sendikal örgütlenme olduğunu ortaya koyan somut bir olgudur. Aksine toplu iş sözleşmesi yapmak amacıyla örgütlenen işçilerin tamamının hiçbir neden yokken sendikadan istifa etmelerini mantık kurallarıyla açıklamak olanaklı değildir.

Sendika üyesi olan işçilerin işçi çıkartıldığını öğrenince sırf sendikal tazminat olanağından yararlanmak için üye oldukları düşünülebilirse de, tam aksine, işverenin işçilerin sendika üyesi olmaları üzerine üyelik tarihinden geriye doğru eski tarihli bir yönetim kurulu kararı alarak, sendikal nedenle feshi perdelemek istediği de ileri sürülebilecek bir savdır.

Yargıtay işten çıkartılan üç işçinin işten çıkış tarihi ile sendikaya üyelik tarihinin aynı güne denk gelmesini sendikal nedenin var olmadığına işaret eden bir durum olarak değerlendirmiştir. Oysa aynı gün işten çıkartılan işçilerin aynı gün sendikaya üye olmalarını işverenin nasıl öğrendiği sorunu da işletmenin büyüklüğü, işçilerin üye oldukları il ya da ilçenin durumuna göre değişecek bir durumdur. Küçük bir ilçede 128 işçinin sendikaya üye olmasını işverenin duymaması olanaksızdır. Bu saptama ancak yüzlerce işçinin çalıştığı bir işyerinde, onlarca noterin bulunduğu büyük bir ilde işçilerin sendikaya üye olması durumunda anlamlı olabilecek bir saptamadır.

Görüldüğü gibi sendikal nedenlerle fesih iddialarında, Yargıtay kararlarında ve incelenen kararda Yargıtay’ca istenilmiş olduğu gibi somut, kati deliller ortaya konulması her zaman olanaklı değildir. Yargıtay’ın kararlarında sendikal nedenin kanıtlanması için özellikle, “somut delillerle”, “kesin ve net olarak belirlenmeli”, “aynı zamanda işten atılan tanık beyanlarına itibar edilemez”, “soyut tanık anlatımlarıyla yetinilemez” gibi kesin kanıtlar araması, sendikal tazminat davalarının önemli bir kesiminin çıkmaza girmesine neden olmuştur.<sup>9</sup>

Sendikal fesih karinesi, iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının

## Sendikal fesih karinesi, iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanat oluşturmasına yarayan değer yargılarıdır.

doğruluğu hakkında hakimin kanat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını arttırıyorsa sendikal fesih karinesi kabul edilmeli; işverenin feshin başka nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyuşmazlık işçi lehine çözümlenmelidir.<sup>10</sup>

Sendika hakkının özellikle işverenler tarafından halen içselleştirilmediği, sendikal işçinin işverenlerin çok büyük kesimince kabul görmediği, sendikanın mutlak işveren otoritesine haksız yere ortak olan bir kurum, sendikal işçinin de sendikal olarak işverenine ihanet eden insan olarak görüldüğü, sendikal faaliyetlere katılan işçilerin kara listelere alındığı ülkemiz koşullarında, yargı kararlarıyla sendikal faaliyet geniş yorumlanarak, kanıt yükümlülüğü esnetilerek, özellikle işverenin zamanında belge düzenlemekten, duruma olaya göre belge düzenleyerek kanıt yaratmasından yararlanmasını engelleyecek, yasanın emredici hükümlerine aykırı davranarak hukuki yarar elde etmesinin önüne geçilerek bireysel sendika özgürlüğünün daha etkin bir güvenceye kavuşturulması gelinen noktada bir zorunluluk haline gelmiştir.<sup>11</sup>

### SONUÇ

İncelemeye çalıştığımız kararda belirtilen, 128 işçinin birlikte sendikaya üye olmaları, fesihlerin üyelikten sonra yapılması, yetki tespitine itiraz edilmiş olması, üye olan işçilerden işten atılmayanların tamamının sendikadan istifa etmiş olması, dolayısıyla işverenin sendikasızlaştırma amacını gerçekleştirmiş olması birlikte değerlendirildiğinde, kararda ulaşılan sonucu isabetli bulmuyor, aksine sıralanan olguların feshin sendikal nedenle gerçek-

leştiirdiği sonucunu çıkartmaya yeteceği kanısını taşıyoruz.

### DİPNOTLAR

- 1 Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s.178, aynı görüş. Cevdet İlhan Günay, a.g.e., s. 578.
- 2 Bkz. Özveri, "Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal İSGHD, 2005/8, 1538.
- 3 Ünal Narmanlıoğlu, "Karar İncelemesi, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi", Legal İSGHD, 2005, Sayı 5, s. 244.
- 4 Ünal Narmanlıoğlu, a.g.m., s. 246.
- 5 Y.9HD., E.2004/21425, K.2004/22545, T.07.10.2004, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 4, s. 183.
- 6 Y.9HD., E.2004/20181, K.2004/29411, T.27.12.2004, Legal İSGHD, 2005, Sayı 6, s. 666.
- 7 Nitekim Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Estonya için vermiş olduğu kararında "Feshe karşı koruma bütün işletme ölçeklerini kapsamaktadır" demiş, (European Committee of Social Rights, Conclusions 2005, (Estonia) s. 94), ayrıca Komite, İtalyan mevzuatının 24. madde ile uyumsuz olduğu sonucuna varmıştır. Komite'ye göre; İtalyan mevzuatı bu maddenin sağladığı istisnalardan çok daha geniş istisnalar tanımıştır (üst düzey yöneticiler, ev hizmetlerinde çalışanlar, profesyonel atletler, 60 yaş üzeri olanların iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması). Bu istisnaları komite 24. maddeye aykırı bulunmuştur. (European Committee of Social Rights, Conclusions 2003, (Italy) s. 83).
- 8 Fuat Bayram, "Sendikal Fesih Karinesi", Legal İSGHD, 2006/12, s. 1246.
- 9 Özveri, a.g.m., s. 1544.
- 10 Fuat Bayram, a.g.m., s.1246.
- 11 Özveri, a.g.m., s. 1544.

Doç. Dr. Şükran ERTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi

## GİRİŞ

5510 sayılı Yasa'nın bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince<sup>1</sup>, yürürlüğünün 29.12.2006 tarih ve 5565 sayılı 2007 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na eklenen bir madde ile 01.07.2007 tarihine kadar ertelenmesine karar verildi. Bu 6 aylık sürecin yeterli olmayacağı tekrar 6 ay erteleneceği ileri sürüldüğü gibi tamamen, yürürlükten kaldırılacağı da zaman zaman gündeme getirilmektedir. Erteleme bu anlamda özellikle eleştirilen konuların yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi anlamında, bir fırsat anlamında değerlendirilebilir. Kanun koyucunun bu fırsatı, değerlendirip değerlendirmeyeceği bilinmemekle birlikte, bu çalışmada amaç özellikle 5510 sayılı Yasa'nın kısa vadeli sigorta kollarının mevcut 506 sayılı SSK karşısında değerlendirilerek, neleri götürdüğünü, buna karşılık neleri getirdiğini ortaya koymaktır.

## 1. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI BAKIMINDAN

### 1) Yararlananlar Bakımından

5510 sayılı Kanun'un 4 b maddesindeki sigortalı kavramına "hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar" da eklenince, bağımsız çalışanların da artık bu Kanun anlamında iş kazasına uğraması ve bu sigorta kolunda sağlanan yardımlardan yararlanması söz konusu olacaktır. Halen sadece 506 sayılı SSK ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı olanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yaralanabilmektedir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ve 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu kapsamında olanlar da artık iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolundan yararlanabileceklerdir.



## 2) Olayın İş Kazası Sayılıp Sayılmaması Bakımından

506 sayılı Kanun'un 11 e maddesinde de iş kazasının tarifini yapan hükmü şu şekilde idi: "sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri" sırasında meydana gelen olay iş kazası olarak kabul edilmişken 5510 sayılı Kanun'un 13 e maddesi şu hale gelmiştir: "Sigortalıların, işverence, sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan beden ya da ruhen özre uğratan olay" iş kazası olarak kabul edilmiştir.

İki düzenleme arasındaki temel fark toplu taşıma şartının kaldırılmış olmasıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların da yasa kapsamına alınması ile birlikte toplu taşıma şartının kaldırılmış olması anlamlı olmakla birlikte, yani münferit taşımalarda da iş kazasının varlığını kabul etmek mümkün iken, kanun koyucu yine de bunu işe geliş ve gidiş ile sınırlı tutmuş bulunmaktadır. Yine de 5510 sayılı Yasa mevcut 506 sayılı Kanun'daki düzenlemede yapılan tartışmaları ortadan kaldıracak nitelikte bir düzenleme getirememiştir. Zira bilindiği gibi Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda, "getirilip götürülme" kavramının içerisine işe gitmek için yapılan hazırlık hareketlerinin girip girmeyeceği tartışma konusu olmuştur. 5510 sayılı Yasa'da yer alan "gidiş geliş" kavramı da bu açıklığı sağlayacak nitelikte değildir. Bu nedenle bu tartışmaların bu dönemde de devam etmesi ihtimal dahilindedir. Oysa kanun koyucu hazırlık hareketlerini belli bir noktadan başlatıp yine belli bir noktada kesmek suretiyle tercihinin ortaya koyabilirdi. Bu konuda "işverenin otoritesinin başladığı ve bittiği yer" ortak hareket noktası olabilir. O nedenle, sigortalı her gün aynı yerde taşıta binmek için bekliyorsa, otoritenin başladığı yer dolayısıyla işe hazırlık hareketlerinin o noktaya kadar götürülmesi mümkün görülmelidir. Bu bakımdan işverenin sorumluluğunun ancak bu noktada başlayacağı kabul edilmelidir. Bu noktadan önce meydana gelen herhangi bir kazadan işveren sorumlu olmamalıdır. Geri dönüşte de aynı şekilde sigortalı o durakta bırakılıyorsa, işverenin otoritesinin orada bittiği kabul edilerek, bundan sonra meydana gelecek herhangi bir kazadan işverenin sorumlu tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

## 3) Meslek Hastalığının Belirlenmesi Bakımından

506 sayılı Kanun'da meslek hastalığı 11. maddede iş kazası ile birlikte düzenlenmiş ve tanımlanmıştır. 5510 sayılı Kanun iş kazası ve meslek hastalıklarını farklı maddelerde düzenlemiş ve tanımlamıştır. İş kazası 13. maddede düzenlenmişken, meslek hastalığına ilişkin düzenleme 14. maddede yer almaktadır. Meslek hastalığının tanımında bir değişiklik getirilmemekle beraber, meslek hastalığının belirlenmesi bakımından düzenleme değişiklikler içermektedir. 506 sayılı Yasa'nın temelinde meslek hastalıklarının belirlenmesi bakımından 11. maddenin B bendinde "Bu kanuna göre tespit edilmiş olan hastalıklar listesi dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması üzerinde çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır" hükmü yer almaktadır. Meslek hastalıkları listesi, Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü adı altında 26.5.1972 gün ve 7/ 4496 sayılı Kararname ile<sup>2</sup> yürürlüğe konulmuştur<sup>3</sup>.

5510 sayılı Yasa meslek hastalıkları listesinden açıkça söz etmemekle birlikte 14. maddenin son fıkrasının düzenleme şekli yine de bu listenin uygulanmasına devam edileceğini ve 4958 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik doğrultusunda bu listenin tüzükte değil, yönetmelikte yer alacağını anlayabiliyoruz.

506 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde meslek hastalığının tespitine yönelik olarak 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde getirilen bir yenilik "kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbi sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi"dir. Bu düzenleme doğrultusunda, kurumca gerekli görülmesi halinde, sigortalının yakalandığı hastalığın meslek hastalığı olup olmadığına karar vermeden önce çalıştığı yerdeki koşulların fiilen yerinde incelenmesi olanağının kanun koyucu tarafından getirilmiş olmasıdır.

## 4) İş Kazası ve Meslek Hastalığını Bildirme Yükümlülüğü Bakımından

506 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre "İşveren, iş kazasını o yer yetkili zabıtasına derhal ve Kuruma de en geç kazadan sonraki iki gün içinde yazı ile bildirmekle yükümlüdür."

5510 sayılı Kanun ise sigortalılar arasında ayırım yapmak suretiyle farklı bildirim yükümlülüğü öngörmüş bulunmaktadır. 5510 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin a bendi kapsamında sigortalı olanlar bakımından, yetkili kolluk kuvvetlerine bildirim derhal, buna karşılık, Kuruma bildirim üç işgünü içinde yapılabilecektir. 4. b bakımından sigortalı olanlar için ise, o yer kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatlarına göre yetkili mercilere derhal, Kuruma ise kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirimde bulunmaları gerekecektir.

### 5) İş Kazası ve Meslek Hastalığı Halinde Sağlanan Haklar Bakımından

5510 sayılı Yasa 17. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık ve analık hallerinde kısaca kısa vadeli sigorta kollarında verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas tutulan günlük kazancın nasıl hesaplanacağı düzenlenmektedir. Buna göre “iş kazasının olduğu veya meslek hastalığı halinde ise iş görmezliğin başladığı tarihten önceki on iki aydaki son üç ay içinde 80'inci<sup>4</sup> maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır. Bu suretle bulunan günlük kazanç, iş görmezliğin başladığı veya gelirin bağlanacağı tarihten geriye doğru on iki ay ve daha öncesine ait ise güncelleme katsayısı ile güncellenerek hesaplanır”.

5510 sayılı Yasa'nın 17. maddesine göre bağlanacak geçici iş görmezlik ödeneği ise, günlük kazancın üçte ikisi oranındadır.

506 sayılı Yasa'nın 19, 20, 21. maddelerinde düzenlenen durumların, 5510 sayılı Yasa'da birleştirilerek 19. madde olarak tek madde haline getirildiklerini görüyoruz<sup>5</sup>. 506 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde 2. fıkrasında yer alan “sürekli ve tam iş görmezlikte sigortalıya yıllık kazancının %70'ine eşit yıllık gelir bağlanır hükmü” yerine 5510 sayılı Kanun'un 19. maddesinde “.....Sürekli tam iş görmezlikte sigortalıya, 17. maddeye göre hesaplanan aylık kazancının %70 oranında gelir bağlanır” hükmü yer almaktadır.

Bu konuda diğer önemli fark 506 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin son fıkrasındaki “Sürekli kısmi veya sürekli tam iş göremez durumundaki sigortalı,

başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise bu gelir %50 oranında arttırılır” hükmü 5510 sayılı Yasa'da “sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumunda ise gelir bağlama oranı %100 uygulanır”.

Diğer bir fark, bir sigortalıda birden çok iş kazası ya da meslek hastalığının birleşmesi durumudur. 506 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre bu durumda, “... meydana gelen arızaların bütünü göz önüne alınarak kendisine sürekli iş görmezliğini doğuran ilk iş kazası veya meslek hastalığı sırasındaki kazancı üzerinden gelir bağlanırken”, 5510 sayılı Kanun'a göre sürekli iş görmezliği doğuran son iş kazası veya meslek hastalığı sırasındaki kazancı üzerinden gelir hesaplanır.

İş kazası ve meslek hastalığı neticesinde sigortalının ölmesi durumunda, hak sahiplerinin taleplerine yönelik düzenlemeler iş kazası ve meslek hastalığını düzenleyen maddeler arasında 23. maddede yer alırken, 5510 sayılı Kanun bu düzenleme şeklinden ayrılmış 20. maddede: “iş kazası ve meslek hastalığına bağlı nedenlerden dolayı hak sahiplerine 17. madde gereğince tespit edilecek aylık kazancın %70'i, 55. maddenin ikinci fıkrasına göre güncellenerek 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanır” hükmü getirilerek, ölüm aylığına ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur.

34. madde 506 sayılı Kanun'un 23. maddesinin I A hükmünden farklı olarak, çocuklara gelir bağlanabilmesi için cinsiyet ayırımını ortadan kaldırdığı gibi, ülke mevzuatına göre kendi çalışmaları nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması yanında yabancı ülke mevzuatına göre de çalışmaması koşulunu aramaktadır.

### 6) İş Kazası ve Meslek Hastalığından Dolayı Rücu

506 sayılı Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen ve “işverenin sorumluluğu” başlığını taşıyan maddenin 1. fıkrasında, işverenin bir iş kazası ya da meslek hastalığından Kurum karşısında sorumluluğunun koşullarını oluşturan şartlardan olan, “işverenin kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu oluşmuşsa” şeklindeki düzenlemesi kısmen korunmuştur. Çünkü 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrası bu konuda, “suç sayılabilir

hareketi sonucu oluşma” şartını artık aramamaktadır. Kanımca sözü edilen değişiklik işverenin sorumluluğunu daraltıcı nitelikte değildir. Çünkü işverenin gerek kastı ile gerek ihmal yolu ile bir kimsenin zarara uğramasına yol açtığı hareketleri onun bu Kanun anlamında sorumlu tutulmasını engellemeyecektir. Meğer ki kaçınılmazlık ilkesi gereği, sorumluluktan kurtulması söz konusu olsun. Çünkü işverenin sorumluluğunda kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır.

İşverene rücu edilecek miktar, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin peşin sermaye değeri toplamıdır (5510 sayılı Kanun m. 21/I). Böylelikle 506 sayılı Kanun'daki gibi bağlanan gelirden, daha sonra bir artışın meydana gelmesi durumunda, bu artışların istenebilmesi olanağı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

506 sayılı Kanun 10. maddesinin gereği, sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı....hallerinde ilgililerin sigorta yardımları Kurumca sağlanır.

Ancak yukarıdaki fıkralarda belirtilen sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı, 26'ncı maddedeki sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetirilir.

5510 sayılı Kanun'da aynı konuyu düzenleyen madde bu kez haklı olarak “iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu” başlığını taşıyan 21. maddeden sonra “süresinde bildirilmeyen sigortalıktan doğan sorumluluk” başlığını taşıyan 23. maddede düzenlenmiştir. Burada dikkat çekici husus m. 23 /1 gereği “sigortalı çalıştırmaya başladığının 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 öde-

nir” hükmü yer alırken, buna karşılık 23/son hükmü gereği “4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen süre içinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan süre sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez” hükmünün yer almasıdır.

## II. HASTALIK SİGORTASI

506 sayılı SSK'da hastalık sigortası III. Bölümde 32-42 maddeler arasında düzenlenirken, 5510 sayılı Kanun'da hastalık sigortası analık sigortası ile birlikte 15. maddede sadece bir madde ile tanımdan ibaret kalmış bulunmaktadır. Buna göre “sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş görmezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir”. 16. maddede ise iş kazası ve meslek hastalığı yanında, hastalık ve analık hallerinde sağlanan haklar düzenlenmiştir. 18/b hükmü gereği ise, hastalık sigortasından geçici iş görmezlik ödeneğine hak kazanabilmek için sigortalının, iş görmezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirmiş olması öngörülmektedir. Bu arada yasada bir eksiği vurgulamakta yarar vardır. Yasada bazen primlerin bildirilmiş olmasından bazı yerde ise ödenmiş olmasından söz edilmektedir. Oysa prim bildirilmiş olması ve ödenmiş olması haklardan yararlanma konusunda fark yaratıcı niteliktedir. Kanun koyucunun kullandığı dil özensizliği yasada ne yazık ki bundan ibaret değildir.

Bu primlerin ödenmiş olması şartıyla iş görmezliğin başladığı üçüncü günden başlayarak her gün için, 17. maddeye göre hesaplanacak günlük kazancın üçte ikisi oranında iş görmezlik ödeneği ödenecektir

506 sayılı SSK 37. maddeye göre, iş görmezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde sigortalı en az 120 gün hastalık sigortası primi karşılığında, hastalığın üçüncü gününden başlamak üzere ödemesi gereken iş görmezlik ödeneği tutarı 89. maddeye göre hesaplanmaktaydı. Geçici iş görmezlik ödeneği sigortalının yatarak tedavi görmesi halinde günlük kazancının yarısı, ayakta tedavi edilmediği durumda üçte ikisi kadardır.

Bu anlamda sigortalının hastalık sigortasından yararlanabilmesi için ödemesi gereken prim tutarı 120 günden 90 güne indirilmiş, ödenen geçici iş görmezlik ödeneğinde de kısmi iyileştirme sağlanmıştır. Çünkü sigortalının yatarak ya da ayakta tedavi görmesi fark yaratmaksızın, günlük kazancının üçte ikisi geçici iş görmezlik ödeneği olarak ödenecektir.

### III. ANALIK SİGORTASI

5510 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre "sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özür-lülük halleri analık hali kabul edilir".

Tanım 4857 sayılı İş Kanunu m. 74/1 fıkrası ile uyum içindedir. 5510 sayılı Kanun 18/c maddesine göre, analık sigortasından geçici iş görmezlik ödeneğine hak kazanabilmek için sigortalının, iş görmezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için, 17. maddeye göre hesaplanacak olan geçici iş görmezlik ödeneği ödenir. Sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için de geçici iş görmezlik ödeneği ödenir (m. 18/1 d).

5510 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre, bu ödenek günlük kazancın üçte ikisi oranındadır. 506 sayılı SSK 89/son maddesine göre de 2/3 oranındadır.

Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması halinde sigortalı erkeğe, çocuğun yaşaması şartıyla emzirme yardımı yapılır. Bu yardım doğumdan sonra altı ay devam eder ve asgari ücretin üçte biri tutarındadır. 506 SSK 47. maddesine göre emzirme ödeneğinin verilmesi aynı şartlara tabi olmakla birlikte tutar ve süresi konusunda kanunda bir ifade yer almamaktadır, onun yerine "Çalışma Bakanlığınca onanacak olan tarifeye göre" ifadesi yer almaktaydı. Kanun ile bunun açıklığa kavuşturulmuş olması yerinde olmuştur.

## SONUÇ

5510 sayılı Kanun 506 sayılı Kanun'dan farklı olarak sigorta kollarını ayrı ayrı olarak düzenlemek yerine, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları olmak üzere ikiye ayırarak, bu sigorta kollarından yapılacak yardımları, aynı maddede düzenleme gayreti içerisine girmiştir. Ancak maddelerin uzunluğu yanında, diğer taraftan kanun koyucu tarafından kullanılan dilin anlaşılma gücüyle birlikte dil konusundaki özensizliği de maddelerin anlaşılmasını güçleştirmiştir.

Hastalık, analık sigortasından yararlanabilmek için ödenmesi gereken prim gün sayısının 120'den 90'a indirilmiş olup, buna karşılık geçici iş görmezlik ödeneğinden yararlanmada yatarak ve ayakta tedavi ayırımının kaldırılmış olması da isabetli olmuştur. Analık sigortası bakımından emzirme yardımının, belirsizlikten kurtarılarak, asgari ücrete bağlanması da yerinde olmuştur. Buna karşılık Kanunun 21/e maddesinde "Sigortalıların, işverence, sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen olayın" iş kazası olarak tanımlanması mevcut tartışmaları ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Kanımca kısa dönemli sigorta kolları bakımından en önemli değişiklik, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunda, 506 sayılı Kanun'daki gibi bağlanan gelirden, daha sonra bir artışın meydana gelmesi durumunda, bu artışların istenebilmesi olanağının ortadan kaldırılmış olmasıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarih ve 11/36 tarihli kararı, RG 26.12.2006, S. 26388; Gerekçeli karar ise RG 30.12.2006, S. 26392 (5. Mük).
- 2 RG 22.6.1972, 14223.
- 3 4958 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yapılan değişiklik metninde, yönetmelikten söz edilmektedir. Ancak bu yönetmelik henüz yürürlüğe girmediğinden tüzük hâlâ yürürlüktedir.
- 4 80. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının c bendi kapsamına girenler bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş olmasına rağmen, a ve b bendi kapsamına girenler bakımından Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.
- 5 Bu maddede 5510 sayılı Kanun 4. madde 1. fıkrası c bendi kapsamında sigortalı olanları ilgilendiren 5. fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunmaktadır.

## Coşkun ERBAŞ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

# Sosyal Güvenlik Kavramının Tarihi Gelişimi ve 5510 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce İptali Karşısında Yeniden Yapılanma Fırsatı Üzerine Düşünceler

Bireylerin yarınlarından emin olarak, güven içinde yaşama istekleri, insanlık tarihi kadar eski olmasına karşın; sosyal güvenlik ve genel sağlık konusundaki ilerlemeler oldukça yenidir. Özellikle, 1900'lü yılların başından itibaren bilim ve teknoloji-deki gelişmelere paralel olarak, nüfus yapısında oluşan demografik değişiklikler (köyden kente göç) sonucu meydana gelen kentleşme ve sanayi toplumuna geçiş olgusu, sivil toplum örgütlerinin gelişip güçlenmelerine ve ciddi anlamda baskı grupları oluşturmalarına olanak vermiştir. Bu örgütlerin sosyal içerikli çalışmaları sonucunda ise, dünyada ve özellikle de gelişmiş ülkelerde mevcut sermaye birikiminin, hiç olmazsa bir kısmının, toplumu teşkil eden bireylerin istifadesine sunulması; diğer bir anlamda, sermaye çevrelerine (patronlara) nazaran zayıf ve güçsüz olan çalışanların korunması ile ilgili fikirlerin yaygınlaşması; devletlerin sosyal politikalarında yeni gelişmelere yol açmıştır. İşte bu aşamada kartel ve tröstler vasıtasıyla, zenginliğin bazı sermaye gruplarının elinde toplanmasına dayalı devlet anlayışı giderek, yerini paylaşımcı "Sosyal Devlet" kav-

ramına bırakmıştır. Bu suretle, neşvünema bulup, yerleşen, refahı tabana yayılması düşünceleri, ilk önce çalışanların sosyal güvenceye kavuşmasıyla güncellik kazanmış, ardından da toplumu oluşturan tüm fertlerin, genel olarak sağlık hizmetlerinden yararlandırılması yollarının aranması, meyvelerini vererek, bu konuda yasal düzenlemeler açısından küçümsenemeyecek adımlar atılmasına, diğer taraftan da toplumsal barış adına önemli kazanımlar elde edilmesine vesile olmuştur.

Bu cümleden yola çıkarak belirtmek gerekirse, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesinde: "Her insanın, ... kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu; işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hallerde, güvenlik hakkına sahip olduğu" ifade edilerek; ezeli bir insanlık özlemi olan sosyal güvenlik hakkı da temel insan hakları arasında sayılarak, kişinin yaşam bütünlüğünün korunmasının önemli bir ögesi, uluslararası bir metin ile garanti altına alınmıştır.

Ne var ki, bu yöndeki sosyal politikaların hayata geçirilmesi, ancak son 60-70 yıl içerisinde, özellikle de İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllarda mümkün olabilmektedir. Her ne kadar gecikmeli de olsa, sosyal açıdan güvenliğe kavuşma arzularının, gerçek olarak sosyal politikadaki hak ettiği yeri alması; yukarıda da değindiğimiz gibi bir bakıma, çağımızda insana verilen değer ve insan unsurunun her alanda ön plana çıkarılması yolundaki hümanist gayretlerle insanların mutluluğu ve refahına yönelik olarak sarf edilen çabaların, yaygın bir baskı ve yaptırım gücüne erişmiş olmasının bir sonucu olduğu söylenebilir.

Bu açıdan sosyal güvenlik kavramının gelişmesi, ekonomik ve sosyal bir hak olarak uluslararası belgelere, anayasalara ve ulusal yasalara yansımaları ancak, içinde bulunduğumuz zaman diliminde gerçekleşebilmiş olduğu düşünüldüğünde, çağımızı teknolojik açıdan atom çağı, iletişim çağı, uzay

dine dayalı olarak çalışanlar (işçiler), ardından da 1971'de yürürlüğe konan 1479 sayılı Yasa'yla kendi adına ve hesabına çalışanlar (esnaf ve sanatkârlar) ile sair kesimler ve nihayet son olarak da 2926 sayılı Yasa ile tarımda kendi adına ve hesabına çalışanlar (çiftçiler) 01.01.1984 tarihi sonrasında, sosyal güvenceye kavuşabilmişlerdir. Bu tarihi gelişmelerden anlaşılacağı gibi, ülkenin tamamının sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınma süreci, bir bakıma ekonomik birikim ve sosyal güvenlik bilincinin yerleşmesine paralel olarak, yavaş yavaş ve aşama aşama gerçekleşmiş ise de, hâlâ nüfusun önemli bir bölümünün bu şemsiyenin dışında bulunduğu gözetildiğinde, varılan noktanın yeterli olduğu söylenemez.

Diğer yandan bakıldığında ise, anılan yasaları uygulamakla görevli kurumların da zaman içinde ıslaha muhtaç hale düşmüş oldukları açıkça görülmektedir. Bilindiği üzere, Emekli Sandığı, Sosyal

## Konuyla ilgili yasalar, sıkça el atılması sonucu, pek çok kere değişikliğe uğramış ve sistemde bütünlük bozulmuştur.

çağı ve benzeri sıfatlarla nitelendirirken; çalışma barışı, iş ve sosyal güvenlik politikaları açısından da, bir bakıma, sosyal güvenlik çağı olarak nitelendirmek yerinde olur kanısındayım.

Şimdi, bu anlamda, sosyal güvenliğin ülkemizdeki tarihsel gelişimine bakmak gerekirse; Anayasamızın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti" olarak tanımlanması; 60. maddesinde ise "herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu" nun ifade ediliyor olması, önemli bir gelişme ve çağdaşlık işareti ise de, hemen belirtmeliyim ki, anayasal çerçevede, bu gelişmelere ulaşmak pek kolay olmadığı gibi; yasal bazdaki düzenlemeler açısından da oldukça uzun bir süreçten sonra; nihayet 5510 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde değinildiği şekliyle; "Sosyal güvenlik, insanların buldukları toplumda, insan onuruna yakışır bir şekilde, başka insanlara muhtaç olmadan yaşamalarının ve kişisel özgürlüklerinin teminatıdır." noktasına ancak gelinebilmiştir.

Nitekim, ülkemizde ilk önce 1949 yılında 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu çerçevesinde devlet memurları, daha sonra 1964 yılında kabul edilen 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile hizmet ak-

Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur gibi üç ayrı kuruluş tarafından yürütülmekte olan, sosyal güvenlik sisteminin, genelde dünyada ve özelde ülkedeki teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelere ayak uyduramadığı ve bu kurumların üzerlerine düşen yükü taşıyamaz duruma geldikleri, tüm ilgili taraflarca senelerdir dillendirilmekte ve serzenişlere neden olmaktadır ki; artık bu seslere kulak verme zamanı çoktan gelmiş bulunmaktadır. Gerçekten de, konu ile ilgili yasalar, sıkça el atılması sonucu, pek çok kere değişikliğe uğramış ve sistemde bütünlük bozulmuştur. Dahası, köklü değişiklikler yerine, ek maddelerin ek maddeleri denebilecek düzenlemelere başvurulması, ciddi bir kargaşa ortamı yaratmıştır. Öte yandan, siyasi irade tarafından sıklıkla başvuru prim afları vs. nedenlerle de, yasaların geçici maddelere boğulduğu ortadadır. Geline bu noktada sistemin artık anlaşılabilir hale gelmesi ve karmaşık bir yapıya bürünmüş olması ötesinde, politik mülahazalarla, zaman zaman yapılan olumsuz müdahalelerle de, aktüeryal dengenin bozulduğu gözetildiğinde; sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılmasına ihtiyaç bulunduğu kuşku yoktur.

## Taslağın genel nitelikte yasalar olarak değerlendirilerek, tümü itibariyle oylanmasındaki yanlışlığa değinen eleştirilere hak vermemek elde değildir.

Konuyu bugünden gündeme getirmemizin nedeni, şu anda kabul edilmiş bulunan, ancak eksik ve yetersiz kalan yönleri tartışmaya açmak ve görülen bazı aksaklıkları şimdiden giderme fırsatına olanak sağlamaktır.

Hiç şüphesiz, bu alanda hissedilen ihtiyacın, siyasi irade tarafından da değerlendirilmesi sonucunda, yeni modeller arayışına girildiği bir vakıdır. Bu çerçevede yapılan yasal düzenlemelerle, sosyal güvende tek çatı sistemi benimsenmiş ise de; üç kurum arasındaki norm ve standart birliği yeterince sağlanamamıştır. Esasen bu durum Yasa'nın komisyona sevk yazısında da itiraf edilerek "SSK sigortalıları ile Bağ-Kur sigortalıları arasında norm ve standart birliğinin sağlandığı, ancak, T.C. Emekli Sandığı ile diğer sosyal güvenlik kurumları arasında eşitliğin sağlanamadığı"ndan bahisle meselenin Komisyonun takdirlerine bırakılması da bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Bu konudaki problemler herkesçe bilinmesine rağmen, anlaşılabilir bir tutumla, 5510 sayılı Yasa'nın kurgusunun özde, 506 sayılı Yasa'daki sistem baz alınarak yapılmış olması; Emekli Sandığı ve Bağ-Kur kapsamındaki düzenlemelerin ise anılan yasanın omurgası üzerine yerleştirilmek suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılması; esasen tek çatının daha henüz başlangıçtan ölü doğmasına yol açmıştır. En azından, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında, böyle bir yapılanmanın mevcut düzenlemeler itibariyle, bugün için bünyemize uygun bulunmadığı açıkça ortaya çıkmıştır.

Bitaraf olarak söylenecek olursa, 5510 sayılı Yasa'nın hazırlık çalışmaları sırasında, tek çatıya ilişkin eleştiriler dikkate alınmadığı gibi, bu aşamada sosyal ve bilimsel çevreler ile uygulamacıların katılımları yeterince sağlanmadan ve konu üzerine henüz toplumsal bir uzlaşma oluşmadan; özellikle bir yandan Avrupa Birliği'ne girebilmek kaygılarıyla, AB uyum yasaları çerçevesinde; öte yandan da, mevcut sosyal güvenlik sisteminde, giderek büyü-

yen finansal açıkların kapatılmasına ve uzun vadede aktüeryel dengenin sağlanmasına yönelik (IMF) Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası'nın önerileri doğrultusunda, hükümetçe alelacele hazırlanan Yasa Taslağı, ivedi olarak Yasama Meclisi'ne sevk edilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmelerde ise, her bir madde ayrı ayrı ele alınarak üzerinde konuşulması ve aksayan yönlerinin saptanarak, verilecek değişiklik önerileriyle düzeltilmesi olanağı varken, bu fırsat da kaçırılmıştır. O bakımdan, taslağın genel nitelikte yasalar olarak değerlendirilerek, tümü itibariyle oylanmasındaki yanlışlığa değinen eleştirilere hak vermemek elde değildir. Öyle ki, konunun bazı siyasi partiler ve Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi'ne taşınması üzerine, yasanın bazı maddelerinin Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiş olması da, bu inancımızı doğrulamış bulunmaktadır.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile kaçırılan fırsat şimdi yeniden elde edilmiş olmakla, yerleştirilmeye çalışılan sosyal politikaların güncel olarak ülke genelinde, tartışılması ve değerlendirilmesi; bu aşamada yasal düzenlemelerin anılan çerçevede (sil baştan) bir bütün olarak yeniden gözden geçirilmesi tekrar olanaklı hale gelmiştir.

O halde, şu an bu olanaktan yararlanmanın yollarını hep birlikte arayıp bulmak zamanıdır. Zira ülkede yaşananların tamamını ilgilendiren, deyim yerinde ise, "yediden-yetmişe" ve "beşikten-mezara" kadar herkesi, toplumsal, ekonomik ve sosyal açıdan esaslı biçimde etkileyecek olan bu yasanın, ağırlıklı olarak, diğer pek çok yasaya nazaran oldukça fazla ehemmiyet arzettiğini söylemeye gerek yoktur. Şimdi, toplumun geleceğinin bugünden şekillenmesini öngören, o nedenle de son derece önemli olan sosyal güvenlik ve genel sağlık alanındaki yeniden yapılanma çalışmalarına katkıda bulunmak; önümüzde duran bu fırsatı en iyi ve verimli şekilde değerlendirmek, ilgili taraflarca kaçınılmaz bir görev olarak kabul edilmelidir.

Şayet, yüce Atatürk'ün işaret ettiği gibi, ülkemizi muasır medeniyetler seviyesine taşıyacak, geleceğinden emin, çalışkan, üretken ve gittikçe globalleşen dünyanın rekabet ortamında, ekonomik yapılanmadaki başarılı yerini alacak olan bir topluma sahip olmak istiyorsak; kendi yapımıza özgü bir sosyal güvenlik ve genel sağlık politikasını hayata geçirecek,

toplumsal mutabakata varılmalıdır. Bu anlamda mutabakata ulaşılması için, başta sivil toplum örgütleri, akademik çevreler ve uygulayıcılar olmak üzere, konuyla ilgili her kesimin katkıda bulunma ödevi olduğu kadar, bu kesimlerce ileri sürülen eleştiri ve önerilerin de siyasi irade tarafından göz önüne alınarak değerlendirilmesini istemek hepimizin sahip çıkması gereken en doğal ve demokratik bir haktır.

Kuşkusuz sosyal güvenlikte arzulanan hedefe ulaşılması ve tam olarak gerçekleşmesini ummak, belki bir hayal olsa da, içinde bulunduğumuz mevcut durumun, asgari ölçülerde çözüme kavuşmasını sağlamak elimizdedir.

Bu açıdan bakıldığında kişisel bir değerlendirme olmakla birlikte, yapılacak yeniden düzenlemelerin, öncelikle ilke bazında, Anayasa'nın genel hükümleri yanında, sosyal hukuk devleti gerekleri ve buna paralel olarak de ILO sözleşmeleri, özel-

cak olan ve ayrıca faydalanılacak istisna hükümlerini, Bakanlar Kurulu Kararı'yla tespit edilmesi hükme bağlanmış olup, buna ilişkin 7/7964 sayılı Kararname'nin 15 Ekim 1974 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla, işbu sözleşme hükümleri, Anayasal değerlerde üstün bir hukuk normu olarak iç hukukumuzun bir parçası haline almıştır.

Şu halde, bu tarihten sonra, bu alanda yaptığımız ve yapacağımız yasal düzenlemelerde öncelikle, anılan 102 sayılı ILO Sözleşmesinin "sözüne ve özüne" eski tabirle "lafzına ve ruhuna" uygun davranılmasına ve bu sözleşmelerde öngörülen ilkelere dışına çıkılmamasına özen gösterecek olduğumuzu Türkiye Cumhuriyeti olarak 1451 sayılı Yasa ile peşinen kabul etmiş bulunduğumuzu anımsar isek; 5510 sayılı Yasa'da yeniden yapılacak olan (revizyon) gözden geçirme ve düzenlemede, ILO normlarını da dikkate almak zorunluluğumuzun

## Yeni düzenlemede, gözetilmesi gereken "yoksullukta değil, zenginlikte buluşacak bir eşitliğin amaçlanması" olmalıdır.

likle de 102 sayılı "Sosyal Güvenliğin Asgari Normları" hakkındaki sözleşmenin emredici hükümleri ile de uyum içinde olmasına özen gösterilmesi gereği üzerinde ısrarla durulması düşüncesindeyim.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının bilinen etkileri nedeniyle, yapılacak yeni yasal düzenlemelerin Anayasa ile uyum içinde olması gereğinin nedenleri konusunda açıklamayı gerektirecek bir yön yok ise de; bu çevrede ILO sözleşmelerine uyum zorunluluğu bulunduğunun da, altının çizilmesi gerektiği kanısındayım. Zira, bilindiği üzere, uluslararası sözleşmeler, ülkelerin milli meclislerince kabulünden sonra, bir iç hukuk normu haline alır ve yasalar hiyerarşisinde, ülkenin iç hukuk normlarının üzerine geçer. Daha da ötesi bu normların Anayasa'ya aykırılığı bile iddia edilemez.

Bu cümleden yola çıkarak, belirtmek gerekirse, ILO'nun Türkçe anlamıyla "Milletlerarası Çalışma Teşkilatı"nın Cenevre'de toplanan 35. Genel Konferans'ında, 28 Haziran 1952 tarihinde kabul edilmiş olan, 102 sayılı "Sosyal Güvenliğin Asgari Normları" hakkındaki sözleşmenin uygun bulunduğu dair 1451 sayılı Yasa 29 Temmuz 1971 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek, sözleşmenin tarafımızdan, yani Türkiye tarafından uygulan-

bulduğunu vurgulamak yerinde olacaktır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine baktığımızda özetle: Yüksek Mahkeme tarafından, kamu görevlilerinin, statüleri ve çalışma koşulları itibarıyla, işçi ve esnaftan farklı bulunduğuna işaret edildiği, anılan kesimlerin, sağlık hizmetlerinin dayanakları ile emekliliğe esas alınan kriterler ve emeklilik prosedürleri açısından da değişik statülerde bulunmalarından hareketle; 5510 sayılı Yasa'nın, kamu görevlileriyle ilgili ve bağlantılı hükümlerinin, Anayasa'nın 51, 53, 54, 68, 70, 128 ve 129. maddelerine açıkça aykırılık oluşturduğu kanısına varılmış olduğunu görüyoruz. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, devletin mali olanakları çerçevesinde, işçi ve esnaf bir bakıma ekonomik koşullar itibarıyla, kamu görevlisi düzeyine yükseltebilir ise de; eşitlik adına, kamu görevlisinin konumunun, işçi ve esnafın düzeyine çekilemeyeceği görüşünü yansıtmıştır. Bize göre, sözün özü, yeni düzenlemede, gözetilmesi gereken "yoksullukta değil, zenginlikte buluşacak bir eşitliğin amaçlanması" olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ardından yeniden bir değerlendirme yapılması güncelliğini koruduğuna göre, bu konudaki sosyal politikaları masaya yatırmakta geç kalmış sayılmayız. İşte bu aşama-



da sosyal politikaları ele almak gerekirse, aslında pek çok eleştiriye muhatap bulunması, ayrıca iptal kararıyla da, çatının sistem itibariyle kısmen çökmesinin gündemde bulunması karşısında, artık tek çatıdan vazgeçilerek 5510 sayılı Yasa'nın tümüyle geri çekilmesine dair önerilerinin üzerinde durulmasının yerinde olacağını düşünüyorum. Esasen uygulamada yeterince istikrar kazanmış ve benimsenmiş olduğu da göz önüne alındığında; T.C. Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur'dan oluşan eski üçlü sistemin temelde muhafaza edilmesi, bir bakıma, sosyal güvenliğe tabi (memur, işçi, esnaf ve benzeri) tüm kesimlerin haklarda ve borçlarda birbirlerine yaklaştırılması ve kurumlar arası eşitliğin sağlanması ile birlikte norm ve standart birliği de kendiliğinden gerçekleşecektir. Bu durumda, bir bakıma, sistem içindeki yakınmalar ve kurumlar arası transferlere özentisi de son bulacaktır. O nedenle, meselenin, yeni bir yasa ve tek çatı yerine; sosyal güvenlik ve genel sağlıkta aksayan yönlerin, gözden geçirilmesi ve mevcut yasaların modifiye edilerek (eş zamanlı olarak) aynı anda çıkartılacak, üç ayrı kanun içinde çözüme ulaştırılmasının sistemdeki kargaşayı önleyerek uygulamaya işlerlik kazandıracağını savunan görüşlere katılıyorum. Fakat öyle sanıyorum ki, bu yolda alınan mesafe ve siyasi iradenin bilinen tercihi nedeniyle, anılan yasanın gündemden çıkartılması ve eskiye dönüş yapılması pek olası görünmemektedir.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, öncelikle halen uygulanmakta olan üçlü sistem, günün koşullarına uygun şekilde modifiye edilerek, eş zamanlı üç ayrı yasanın, yeniden yürürlüğe sokulması düşünülmelidir. Ancak siyasi tercihler vs. nedeniyle bu yönde bir uzlaşmaya varılamaz ise; o takdirde söz konusu 5510 sayılı Yasa'nın insicamı koruyan bir hukuksal yapıya kavuşturulması açısından, sistem dışında bırakılmış olan primsiz ödemeler (sosyal yardım ve sair hizmetlerinin) de sistem içine alınarak, tek çatının bütünlüğü sağlanmalıdır. Öte yandan, sadece Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında öngörülen yönlerin değil; konunun bir bütün olarak değerlendirilmesiyle, yasada eksikliği saptanan diğer hususların da yeniden düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanısındayım.

Bu bağlamda, mevcut yasal düzenlemede yer alan somut konular ve maddelerin içerikleri itibariyle, siyasi tercihlerin doğruluğu veya yanlışlığının mukayeseli hukuk açısından tartışılması geniş kapsamlı

## Halen uygulanmakta olan üçlü sistem, günün koşullarına uygun şekilde modifiye edilerek, eş zamanlı üç ayrı yasanın, yeniden yürürlüğe sokulması düşünülmelidir.

bir incelemeyi gerektirmesi ve bu yönde eleştiri ve öneriler getirilmesi işinin, özellikle bilimsel çevreler ve akademisyenlerin ilgi alanlarını oluşturması sebebiyle; somut konuların diğer bir anlatımla, her bir maddenin (içerik itibariyle) tek tek ele alıp irdelenmesinden ziyade, global bir bakış ile mevcut düzenlemede eksikliği görülen hususların bir uygulayıcı gözüyle, genel olarak değerlendirilmesiyle yetinilerek bahsi geçen hususlarda görüş ve düşüncelere, bu yazının amaç ve kapsamı itibariyle yer verilmemiştir.

Bu anlayışla, baştan beri yapılagelen değerlendirmelere ilave olarak anılan yasal düzenlemede teknik açıdan eksik görülen hususlar aşağıda sıralanmaya çalışılmıştır.

1- Kurumlar arası eşitlik ile norm ve standart birliği sağlanmalıdır.

2- Yasanın dili üzerinde durulmalıdır. Bu anlamda, yorum gerektirmeyecek biçimde, sade, arı ve güzel bir Türkçe ile; anlaşılabilir bir hukuk dili kullanılmak suretiyle, yasa yeniden kaleme alınmalıdır.

3- Madde metinleri (efradını cami ve ağyarını mani) kısa ve öz olarak düzenlenmelidir. Uzun anlatımlı bentler ve paragraflardan olabildiğince kaçınılmalı, ayrıca da kendi içindeki tasnifte numara ve işaretlendirilmelere özen gösterilmelidir.

4- Madde içerikleri, lüzumsuz tekrar ve sıkça tekrarlanan atıflardan arındırılmalıdır.

5- Özellikle, kavram kargaşasına yol açan, (aynı anlamda kullanılmasına rağmen) değişik ifadeli kavramlar terk edilerek, Yasa'nın bütünü itibariyle "kavram birliği" temin edilmelidir.

Bu sonuçlara ulaşılması bakımından ise; konuda uzman akademisyen ve uygulamacı hukukçuların da katılımları sağlanarak, oluşturulacak bilim heyetleri ile birlikte, üzerinde yeterince çalışılarak hazırlanan; yeni bir yasa taslağının, sivil toplum örgütleri ve ilgili tüm kesimlerin de katılımlarıyla varılan bir uzlaşma ortamında yasalaştığını görmek, ülke adına önemli bir kazanım olacaktır.

**Utkan ARASLI**

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

# Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Sosyal Güvenlikte Geline Son Durum

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptali, sosyal güvenlik alanında ortaya önemli bir durum çıkarmıştır.

Bu durumdan çıkılabilmesi ancak; yeni bir yasal sistemin kabulü ile mümkün olabilecektir. Kısaca, bu alanda yeni bir yasal süreç başlamıştır.

Yasa Koyucu, ya 5510 sayılı Yasa'dan önce mevcut, bugün dahi geçici bir süre uygulanmakta olan yasal sistemin aynen sürdürülmesini kabul edecek veya yeni bir sistemi uygulamaya koyacaktır. Bu sistem nasıl olmalıdır? İşte bu alanda ortaya çıkan hukuksal boşluğun doldurulabilmesi açısından bir değerlendirme yapılması yararlı olacaktır.

Ülke çalışanlarının ve sistemden yararlananların olduğu kadar, sisteme katkıda bulunan tüm kesimleri çok yakından ilgilendiren bu durumu açıkça ortaya koyabilmek ve bu alanda bir değerlendirme yapabilmek açısından ülkemizde 5510 sayılı Yasa sisteminden önce uygulanmakta olan mevcut sistemi ve özellikle sözü edilen 5510 sayılı Yasa'nın kabulünden kısa bir süre önce sosyal güvenlik alanında reform olarak kabul edilen 4447 sayılı Yasa sistemini açıklamak ve daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından kimi hükümleri iptal edilen 5510 sayılı Yasa sistemini ana hatlarıyla izah etmek, bu son sistemin gerçekten bir reform niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek; arkasından, Anayasa Mah-

kemesi iptal kararının kapsam ve dayanağı gerekçeleri açıklamak ve kararın analizini yapmak sonuçta; Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin hangi tür temel yasa ve sistemlere dayanması gerektiği hakkında görüşlere yer vermek yararlı olacaktır.

## 1. 5510 SAYILI YASA ÖNCESİ ÜLKEMİZDE UYGULANMAKTA OLAN SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİ

Gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası; Sosyal Devlet İlkesi yanında, onun vazgeçilmez bir ayağını oluşturan Sosyal Güvenlik İlkesi'ni kabul etmiştir. Bu ilke ile her vatandaşın öte herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu Anayasa'da yer almış ve bu güvenliğin sağlanması yolunda, Devlet'e görev verilmiştir. Devlet, bu ilkeyi gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri alacak ve teşkilatları kuracaktır.

Gerçekten, sosyal güvenlik kavramının çok yeni olmasına ve ilk kez 1935 yılında; Amerikan Sosyal Güvenlik Yasası'nda yer almasına, daha sonra, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 22. maddesinde toplumun tüm bireylerine yaygınlaştırılmasının kabulüne karşın; ortaya çıkardığı sorunlar, büyük boyutlara ulaşmış, bu alanda yasal düzenlemeler ile bunu gerçekleştirecek kuruluşlar birbirini izlemiştir.

Ülkemizde bu yönden çalışanlar; çalışmalarının ilişkin olduğu hukuksal statülere göre sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmışlar ve her bir kesim için ayrı sosyal güvenlik yasaları kabul edilmiştir.

Bu sistemde; sosyal güvenlikten yararlananlar, belli yasal koşulları kazanmaları durumunda; kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı, iştirakçi, Bağ-Kur'lu gibi unvanlarla sigortalılık niteliğini kazanmışlardır.

Sistemin finansmanı; temelde sistemden yararlananlardan ve kendilerini çalıştıranlardan kesilen, adına prim veya kesenek denilen bedellerle karşılanmaktadır.

Bu sistemde; çalışma ilişkisi bulunmayan veya hak sahibi olmayan kişiler kimi istisnalar dışında, sosyal güvenlik şemsiyesi dışında bırakılmışlardır. İsteğe bağlı sigortalılık belli koşullarda mümkün bulunmaktadır.

Böylece; oluşturulan bu sistemde hizmet akdi ile çalışanlar 506 sayılı; memur ve kamu görevlisi olarak çalışanlar 5434 sayılı; bağımsız çalışanlar esnaf, sanatkar ve ticaret mensupları 1479 sayılı; tarım işçileri 2925 sayılı; tarımda kendi adına çalışanlar 2926 sayılı Yasa kapsamına alınmışlar, ayrıca banka, sigorta şirketi, ticaret odası gibi kuruluşlarda çalışanlar ayrı bir yasal düzenlemeye tabi tutulmuşlar, avukat ve noterler 506 sayılı Yasa çerçevesinde kendine özgü bir sosyal güvenlik düzenlemesi içerisinde düşünülmüş, güzel sanat kollarında çalışanlar ek bir düzenleme ile 506 sayılı Yasa kapsamına alınmışlar; hayat kadınları da 506 sayılı Yasa kapsamında sosyal güvenliğe kavuşturulmuşlardır. Bu arada; yurtdışında çalışan Türk vatandaşları, özel bir yasa ile; yurtiçinden sosyal güvenliğe kavuşma imkanına sahip kılınmışlardır.

Sözü edilen her bir yasa sistemi kendine özgü; sigortalılık kazanma veya kaybetme koşullarını belirlemiş, sigortalıların hak ve yükümlülükleri ayrı ayrı ortaya konmuştur. Özellikle; prim veya keseneğe tabi kazanç sınırları, prim oranları, yaşlılık veya emeklilik koşulları, aylık bağlanma oranları, bunların hesaplanma yöntemleri, hizmet borçlanmaları, yaşlılık veya emeklilikten sonra çalışanların ödemekle yükümlü oldukları prim oranları vesaire ayrı ayrı kurullarla belirlenmiş, muhtelif sosyal güvenlik yasalarına tabi olarak çalışmış olanların hangi sosyal güvenlik yasasına göre aylığa hak kazanacakları, koşulları ve muhtelif sosyal güvenlik ku-

rumlarının yükümlülükleri ayrı bir yasa ile belirlenmiştir.

Bu yasal sistemler, zamanla ortaya çıkan sorunlara göre yeni düzenlemelere tabi tutulmuş ve her bir yasal sistem en ideale kavuşturulmaya çalışılmıştır.

## II. 4447 SAYILI YASA SİSTEMİ VE GETİRDİĞİ YENİLİK

### A) 4447 SAYILI YASA ÖNCESİ ORTAYA ÇIKAN BUNALIM VE NEDENLERİ

25.08.1999 tarihinde kabul edilen 4447 sayılı Yasa, en başta 506 sayılı Yasa'nın öngördüğü sosyal sigortalar sistemi ve buna bağlı kurumun içerisine düştüğü dar boğazdan çıkarılmasını amaçlamıştır.

1990'lı yılların başından itibaren mevcut sosyal güvenlik sisteminde tehlike çanları çalmaya başlamış ve sistemin kendi kendini finanse edebilmesinin artık mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Öyle ki, 1998 yılında hazineden salt sosyal sigortalara yapılan transferler 1,4 katrilyon iken 1999'da bu miktar, 2 katrilyon sınırına dayanmış, tüm sosyal güvenlik kurumlarına yapılan yardım 3 katrilyona ulaşmıştır.

Oysa; anayasal Sosyal Güvenlik Sistemi'nde öngörülen yöntemle göre; doğrudan devlet yardımları söz konusu bulunmamaktadır. Devletin, sosyal güvenlik kurumlarına yaptığı transfer veya yardımların 1999 yılı için genel bütçedeki payının %9'a ulaştığı dikkate alınır, durumun vahameti daha açıkça belirlenir.

Sosyal güvenlik alanında ortaya çıkan bu olumsuz tablo yıllar öncesi belirlenen nedenlere göre ortaya çıkmıştır.

Bu nedenleri topluca şöyle ortaya koyabiliriz.

#### a) Yaş Sınırı Sosyal Sigortalar Sistemine Aykırı Biçimde Düşük Tutulmuştur

Gerek 506 sayılı Yasa sistemi gerekse diğer yasa sistemlerinin tıkanmasına en büyük etkenlerden biri; yaşlılık aylığı koşullarından olan yaş sınırı üzerine yapılan müdahalelerdir.

Örneğin, ülkede uygulanmaya konulan ve sosyal sigortaların ilk yasalarından olan 5417 ve 6900 sayılı Yasalarda yaşlılık aylığından yararlanmada;

## 506 sayılı Yasa sisteminde ve Bağ-Kur Yasa sisteminde primler zamanında tahsil edilememiş ve sosyal güvenlik kurumlarının gelirleri noksan bırakılmıştır.

erkek ve kadın için zorunlu yaş sınırı 60 olarak kabul edilmiştir. 1964 yılında kabul edilen 506 sayılı Yasa sisteminde de 55-60 yaş sınırı öngörülmüştür. Ne var ki; 1970'li yılların başında kabul edilen 1186 sayılı Yasa bu alanda, sistemi ters yüz edecek uygulamayı getirmiş; yaş sınırını 50-55 olarak kabul ettikten başka salt yaş koşulu aranmaksızın sigortalılık süresi ve prim ödeme gününe bağlı olarak emeklilik rejimi öngörülmüştür. Böylece kadın sigortalının 38, erkek sigortalının 43 yaşında emekliliğe hak kazanması mümkün olmuştur. Bu durum ülkede genç bir emekliler ordusu oluşumuna neden olmuş, pasif sigortalı ile aktif sigortalı arasında olması gereken oran 1,5 oranına düşmüştür.

### b) Sistem Dışı Sigortasız Çalışma Önemli Boyutlara Ulaşmıştır

Özellikle 506 sayılı Yasa sisteminin tüm işyerlerinde uygulanmaması, kayıt dışı çalıştırılan sigortasız işçi sayısının büyük rakamlara ulaşması, kurumun kaynak yaratmasına büyük ölçüde engel olmuştur.

### c) Prim Esasına Dayanmayan Yardımlar Büyük Boyutlara Ulaşmıştır

Özellikle, sosyal yardım zam ödemelerinde olduğu gibi, prim karşılığına dayanmaksızın Kurumun, kimi ödemelerle sorumlu tutulması; o güne değin oluşturulan kaynakların kısa sürede tükenmesine neden olmuştur.

Primli rejimi kabul eden bir sistemin bu tür primle bağlantısı olmayan yükümlülüklerle sorumlu tutulması sistemi darboğaza sokmuştur.

### d) Sisteme Aykırı Borçlanma Yasaları Çıkarılmıştır

Aylık sigorta primlerinin ödenmesini kabul eden bir sistemde; geçmiş yıllar primlerini bir defada ödemek suretiyle, rejim dışında kalan kişilerin, büyük kitleler halinde sistem içine alınması ve

bu kişilerin kısa sürede emekli olabilmelerine imkan verilmesi sistemi zorlamıştır.

### e) İsteğe Bağlı Sigortalılık Yaygınlaştırılmıştır

Sembolik denilebilecek çok kısa bir sigortalılık sonrası; uzun süre bu sigortalılık yoluyla; emeklilik hakkının yaratılması sisteme uygun düşmediği gibi eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur. Normal koşullarda bir sigortalının yaşlılık aylığı alabilmesi için yaklaşık %44 oranlara ulaşan prim ödemesi gerekirken isteğe bağlı sigortalılıkta bu oran % 20'ye düşürülmüş, sonuçta sigorta kurumunun prim kaybına neden olunmuştur.

### f) Primler Zamanında Tahsil Edilememiştir

Gerek 506 sayılı Yasa sisteminde ve gerekse Bağ-Kur Yasa sisteminde primler zamanında tahsil edilememiş ve sosyal güvenlik kurumlarının gelirleri noksan bırakılmıştır.

İşte yukarıda bir kısmı belirlenen nedenlere dayalı olarak ülkede sosyal güvenlik krizi doğmuş ve yeni bir yasal düzenleme gerekmiştir. 4447 sayılı Yasa getirdiği yeni kurallarla sisteme nefes aldirmek istemiştir.

## B) 4447 SAYILI YASA'NIN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Sözü edilen yasanın getirdiği yenilikleri şöylece ortaya koymak mümkündür.

### a) Yasa Dışı Sigortalı Çalıştırmayı Önlemeye Yönelik Esaslar

Sözü edilen yasa getirdiği yeni kurallarla gerek sigortalı gerekse işveren yönünden yeni bildirim esasları öngörmüş ve bu arada sistemin işleyişini kontrol açısından denetim mekanizmasını genişletmiştir.

İşverenler, yasanın yürürlüğünden itibaren, açacakları işyerlerine, sigortalı çalıştırmaya başlamadan önce Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuşlar, ayrıca otuz günün altında çalıştırılan kişilerin Kuruma bildirilmeleri halinde bu durumun belgelenmesi istenmiştir. Bu arada sigortalıların dahi kendilerini çalışmaya başlamalarından itibaren otuz gün içinde Kuruma bildirilmeleri esası getirilmiştir.

İşyerlerinde sigortalı çalıştırılıp çalıştırılmadığı,

diğer kamu kurum ve idarelerinin denetim elemanlarınca denetlenmesi öngörülmüştür. Böylece kayıt dışı sigortalı çalıştırılmasının önüne geçmek istenmiş, olabildiğince sosyal sigorta sisteminin yaygınlaştırılması amaçlanmıştır.

#### b) Yaşlılık Sigortasına İlişkin Esaslar

Bu yasa ile yaş sınırları yeni esaslara bağlanmış ve yaşlılık aylığı kazanabilmek için 38-43 sınırı 58-60 olarak kabul edilmiştir.

Yasanın yürürlüğünden önce sigortalı başlayanlar için kademeli bir geçiş öngörülmüş ve kazanılmış haklara bir yerde saygı duyulmuştur.

Yeni sistemde prim ödeme gün sayısı 5000 günden 7000 güne çıkarılmış ve bu alanda da kademe- li bir geçiş öngörülmüştür.

Yeni yasanın kabul ettiği en önemli yeniliklerden birisi de o güne kadar yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin katsayı esasına dayalı gösterge ve üst gösterge tablo sistemi terk edilmiş ve bunun yerine enflasyon oranı ile büyüme hızına bağlı, her yılın kazançlarının değerlendirildiği bir yöntem öngörülmüştür.

Bu arada aylık bağlama oranları yeni esaslara bağlanmış ve eski sisteme göre oranlar düşürülmüştür.

Yaşlılık aylığının hesaplanmasında ise son beş veya on yıllık kazançlar ortalaması yerine, tüm çalışma dönemi kazançlar ortalamasının dahil edilmesi öngörülmüş ve sistem böylece yeni baştan bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Yaşlılık aylıklarının enflasyon oranına endekslenmesi bu sistemin getirdiği yeniliklerden biri olmuştur.

#### c) Prime Esas Alt ve Üst Kazançlar Yönünden Getirilen Esaslar

Eski sistemde; prime esas asgari ve üst kazanç sınırları kat sayı esasına dayalı gösterge ve üst gösterge tablolarına göre belirlenmekte iken yeni sistem bunu kaldırmış doğrudan prime esas asgari günlük kazanç miktarını belirlemiştir.

#### d) Hastalık Sigortasına İlişkin Yenilikler

Eski sistemde, bir sigortalının bu sigorta kolundan yararlanabilmesi için belli bir süre prim ödeme zorunluluğu bulunmamakta iken bu yasa sistemi ile bu duruma son verilmiş ve belli gün prim ödeme koşulu ile katkı payı alınması esası getirilmiştir.

#### e) Sosyal Güvenlik Destek Primine İlişkin Düzenleme

Yeni yasa prim oranını %30'a yükseltirken kimi meslek gruplarında %15 oranında prim alınmasını öngörmüştür.

#### f) İşsizlik Sigortasına İlişkin Yenilikler

4447 sayılı Yasa'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri de, o güne değin kabul edilmemiş işsizlik sigorta kolunun getirilmiş olmasıdır. Böylece Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin temel hükümlerinden biri yürürlüğe sokulmuştur.

Bu sigorta kolu için yeni prim esası getirilmiş, Devlet'in ilk kez %2 oranında bu sigorta koluna katkısı öngörülmüştür.

#### g) İsteğe Bağlı Sigortaya İlişkin Yenilikler

İsteğe bağlı sigorta sistemi sözü edilen yasa ile daha imtiyazlı duruma getirilmiş, bu sigorta dalından yararlanan kişilere dilediği oranda prim ödeme esası kabul edilmiştir.

Böylece denilebilir ki 4447 sayılı Yasa sistemi getirmiş olduğu yeniliklerle sosyal güvenlik alanına yeni boyutlar kazandırmıştır.

### III. 5510 SAYILI YASA SİSTEMİ

Sözü edilen yasa; temelde, birbirinden farklı sosyal güvenlik yasa sistemlerinde norm ve standart birliği sağlama amacıyla yeni bir düzenleme getirmek istemiştir.

Bu bağlamda; yukarıda gösterilen birbirinden farklı sosyal güvenlik yasa sistemleri tek bir yasa içerisinde toplanmış, tüm çalışanlar aynı sosyal güvenlik sistemine tabi kılınmıştır.

Ne var ki; mevcut yasal sistemlerinde öngörülen ve çalışma farklılıklarına göre oluşturulan zorunlu sigortalılık sistemi bu yeni düzenlemede de aynen korunmuştur.

Sigortalılığın oluşumuna etken olan ve çalışmanın bağlı olduğu hukuksal konumla ilgili sistem bu yeni düzenlemede aynen benimsenmiş, yeni tür bir sigortalılık ilişkisi veya türü öngörülmemiştir.

Yasanın 4. maddesi bu alanda yeni düzenlemenin içeriğini göstermek bakımından önem taşımaktadır. Sözü edilen maddede; kimlerin sigortalı olacağı belirtilirken mevcut yasal sistemlerde yer alanlar, aynı hukuksal statüleri belirlemek suretiy-

le salt unvanları değiştirilmiş; yasama, yürütme, yargı, idari kadrolarda bulunanlar, askeri ve güvenlik mensupları, öğrenciler vesaire sigortalı adı altında toplanmış, ayrıca kimlerin daha sigortalı sayılmaları gerekeceği, hangi sigorta dallarının uygulanacağı gibi düzenlemeler tek bir madde içerisinde ifade edilmeye çalışılmıştır.

Sigortalı sayılmayanlara ilişkin kurallar 506 sayılı Yasa sistemi ile diğer sistemlerden alınan tekrar niteliği taşıyan kurullarla belirtilmek istenmiş ayrıca sigortanın başlangıcına ilişkin karma bir sistem öngörülmüştür.

Sigortalılığın bildirim ve tescili, sigortalılığın sona ermesi, işyerleri ve işverenlere ilişkin kurallar keza 506 sayılı Yasa ile 1479 sayılı Yasa kurullarından alınarak yasaya ithal edilmiştir.

Kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümler aynı şekilde 506 sayılı Yasa'dan aktarılmış bu ara-

Primlerin alınmasına ilişkin ve prime esas kazançlar prim oranları ve asgari işçilik eski sistem muhafaza edilmekle birlikte anlatım yetersizliği bulunan maddelerde karmaşık bir duruma sokulmuştur. Öyle ki sayfaları geçen maddeler öngörülmüş ve her üç sistem temelde birbirinden kopartılmıştır.

5510 sayılı Yasa özellikle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yapmış olduğu düzenleme ve idari para cezalarına yönelik hükümlerde sistemi tam bir karmaşaya sürüklemiştir. Esasen son derece ağır iş yükü altında ezilmekte olan iş mahkemelerine bir de memur ve kamu görevlerinde bulunan kişilerin ortaya çıkaracakları uyuşmazlıkların çözümlenme görevi verilmiş ve bu alanda yargı sistemi alt üst edilmiştir.

Aynı şekilde idari para cezaları yönünde sisteme ters düşecek düzenlemeler yapılmış, idari yaptırım niteliği bulunan bu cezaların çözümüyle ilgi-

## Prime esas kazançlar ve üst sınırlar yönünden farklı uygulamalar öngörülmüş, sistem daha karmaşık bir duruma sokulmuştur.

da kimi usulî kurallara yer verilmiştir.

Uzun vadeli sigorta hükümleri ise tüm çalışanlar yönünden düzenlenmek istenmiş, yaşlılık aylığının hesaplanması, yaşlılık aylığından yararlanma koşulları ve bu aylığın başlangıcı, kesilmesi veya sosyal güvenlik destek primi ödenmesine ilişkin kurallar eski sistemlerin tekrarı ve bu arada belirtilen kavramlarda artışlar öngörülmek suretiyle karma bir yöntem izlenmiştir.

Özellikle yaşlılık aylığına ilişkin ve bu aylığı azaltıcı kimi yöntemler ve oranlar uygulamaya sokulmuştur. Ne var ki bu alanda mevcut kurulların da bir süre daha uygulanması gerekeğinden karma bir sistem öngörülmüş, esasen karmaşık olan sistem daha da karmaşık vaziyete sokulmuştur.

Fiili hizmet süresine ilişkin yeni cetveller kabul edilmiş, itibari hizmet süresiyle ilgili eski sistem gözardı edilmiştir.

Bu arada yasa tek çatı sistemi getirmesine karşın 5. bölümünde kamu görevlilerine ilişkin hükümler kabul edilmiş ve yasama, yürütme ve idari görevlerde bulunan kişiler için ayrıcalıklı kurullar benimsenmiştir. Aynı şekilde prime esas kazançlar ve üst sınırlar yönünden farklı uygulamalar öngörülmüş, sistem daha karmaşık bir duruma sokulmuştur.

li 5326 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

Yasa değiştirilen, eklenen ve uygulanmayacak hükümleri belirlerken mevcut sistemin temel hükümlerine yollamada bulunmuş ve bu hükümlerin yürürlükte bulunduğunu belirlemiştir. Böylece istisnai kabul edilen kurullar yasanın ana kurullarıyla birlikte yürürlüğünü korumuş, sistemde birlik sağlanmak istenirken aksine daha fazla yasanın yürürlükte kalması sağlanmıştır.

## IV. 5510 SAYILI YASA'NIN BİR REFORM YASASI NİTELİĞİ TAŞIYIP TAŞIMADIĞI

Bu yönde bir değerlendirmeye girmeden önce; sosyal güvenlik alanında bir reform yasasından ne amaçlandığının ortaya konması gerekir.

Sosyal güvenlik alanında bir reform yasasından söz edebilmek için temelde iki ana unsurun mevcut sistemden tamamen farklı veya yenilik getirici biçimde ortaya konması gerekir.

Bunlardan ilki sigortalılık statüsüne ilişkindir. Getirilmek istenilen yeni sistemde sigortalılığı doğuran hukuksal statü tamamen veya önemli ölçü-

de değiştirilir ve bu alanda yeni bir anlayış kabul edilirse burada bir reformdan söz etmemiz mümkün olabilir. Örneğin, sigortalılığı doğuran hizmet akdi veya kamusal görev ilişkisi veya serbest kazanç ilişkisi yerine; doğrudan, herhangi bir hukuksal konum aranmaksızın her vatandaş salt vatandaş olgusuna dayalı olarak sigortalı kabul edilirse ve böylece yeni bir sigortalılık türü sisteme ithal edilirse bu durumda bir reformdan söz edilebilir.

Bunun gibi, ikinci önemli unsur, sosyal sigorta sisteminin finansman yönteminde ortaya çıkmalıdır. Örneğin, primli sistemin yerine, tamamen Devlet katkısı veya sigorta yükünün vergilerle karşılanması gibi bir model öngörülür veya tamamen bireysel fon biriktirme yöntemi gibi modeller uygulanmaya konulursa keza bir reformdan söz edilebilir.

Bunların yanında mevcut sosyal güvenlik yasalarının daha yalın, basit, uygulanma kolaylığı getiren, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinde sosyal devlet ve sosyal güvenlik anlayışına uygun hükümlerin getirilmesi veya yeni sınıfların kapsama alınması durumlarında keza bir reformdan bahsedebiliriz.

Bu açılardan 5510 sayılı Yasa'yı değerlendirdiğimizde şu sonuçlarla karşılaşmaktayız. Gerçekten yeni yasa bir sistem değil bir systemsizlik getirmiştir.

Bugüne değin farklı konum ve statülerde bulunan, sosyo-ekonomik açıdan farklı sosyal güvenlik yasalarında düzenleme altına alınan sistem tamamen yapay ve biçimsel bir anlamda tekdüze bir sisteme dönüştürülmek istenmiştir.

Mevcut sistemin bütün hukuksal kurum ve kavramları temelde muhafaza edilmiş, ancak bunlar birbiriyle karma yapılmak suretiyle maddeler yığma tabir edebileceğimiz bir şekilde düzenlenmiş, birbiriyile ilgisi olmayan konuların düzenlendiği maddeler ortaya bir kavram ve kural karmaşası çıkarmıştır.

**Mevcut sosyal güvenlik sistemleri zaman zaman yapılan düzenlemelerle kendilerini yeni yeni toplamaya başlamışken bu yeni düzenleme ile sistem bütünüyle alt üst edilmiştir.**

## Yeni yasa bir sistem değil bir systemsizlik getirmiştir.

İstisnai kurallar ana kurallardan daha fazla yer almıştır.

Türk sosyal güvenlik sisteminde bugüne değin farklı çalışma kesimleri hep ayrı yasal sistemlerde düzenlenegelmiş ve hiçbir zaman getirilen yeni bir yasal düzenleme mevcut sosyal güvenlik yasalarına ekleme yapmak suretiyle düzenlenmemiştir.

Her yasal sistem kendi içerisinde sorun çıkartan maddelerde düzenlenme yapmak suretiyle daha uygulanır bir şekle dönüştürülmek istenmiştir. Esasen mevcut sosyal güvenlik sistemleri zaman zaman yapılan düzenlemelerle kendilerini yeni yeni toplamaya başlamışken bu yeni düzenleme ile sistem bütünüyle alt üst edilmiştir.

Sosyal güvenlik alanında yapılacak yasal düzenlemelerin; sosyal, hukuksal ve mali yönleri birlikte düşünülmesi gerekirken bu yeni sistemde salt finansman yönü ağırlık kazanmış ve sanki sistemin hukuksal ve sosyal yönü gözardı edilmiştir.

4447 sayılı Yasa'nın yukarıda açıklanan yeni düzenlemesi bir tarafa bırakılarak sistem yeni baştan ele alınmaya çalışılmıştır. Oysa en azından bir reform niteliği taşıyan 4447 sayılı Yasa'nın bir süre daha izlenmesi ve sonucuna göre düzenleme yapılması gerekir.

Salt prim ödeme gün sayısının artırılması, aylık bağlama oranlarının azaltılması, yaş sınırının yeni baştan artırılması, mevcut sistemin ana kurallarının yığma şeklinde ve karmaşık bir yöntemle bir araya getirilmesi ve bu alanda yapay ve yüzeysel, anlatım ve uygulama zorluğu bulunan, karmaşık bir yasa sisteminin reform olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

## V. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARI

5510 sayılı Yasa'nın getirdiği karmaşık sistem ve ortaya çıkardığı kaos, sorunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınmasını gerektirmiştir. Bu nedenle iki koldan Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve yasanın kimi kurallarının iptal edilmesi istenmiştir.

Yüksek Mahkeme kendisine yapılan iki iptal başvurusunu birleştirmiş ve sonuçta 15.12.2006 günlü Esas 2006/111, Karar 2006/112 sayılı kararıyla sorunu çözmüştür.

## Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez.

Anayasa Mahkemesi sonuçta kimi maddelerinin iptali istenilen 5510 sayılı Yasa'yı büyük ölçüde ortadan kaldıracak biçimde iptal kararı vermek suretiyle sonuca ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme'ye göre Sosyal Hukuk Devleti insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemlerini alan sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten bir Devlettir.

Sosyal güvenlik bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indiren, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilen bir ilkedir.

Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik haklarını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak bu doğrultuda düzenlemeler yapılırken sosyal güvenlik hakkından yararlanacak olanların hukuksal konumları gözetilmeli, aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları gerekir. Anayasal eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirir.

Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez.

5510 sayılı Yasa kapsamında bulunan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin diğer sigortalılarla aynı hukuksal konumda bulunup bulunmadıklarının saptanması anayasal denetim yönünden önem taşımaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilerek bu kişiler maddede sayılan özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Memur statüsü ile emekli statüsü arasında organik bir bağ vardır. Bu nedenle memurun sosyal güvenlik haklarından biri olan emeklilik de Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memurların ve diğer kamu görevlilerinin diğer özlük işleri kapsamında aynı yasal güvence içindedir.

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten devlet memurlarının hukuki rejimi kendisine özgü bir şekilde yasalarda belirlenmiş ve bu kişiler tek taraflı idare hukuku esaslarına göre önceden nesnel kurullarla belirlenen statü içerisine sokulmuşlardır.

Kamu kesimi için özlük hakları olarak değerlendirilen sosyal güvenlik kapsamındaki haklar da Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer haklar gibi kamu hukuku kurallarına bağlıdır. Oysa işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler tarafların özgür iradesi ile belirlenen iş hukuku alanına giren sözleşmelere dayanır. Memurdan yapılacak kesintiler ile işçi ve işverenlerden prim altında yapılan kesintiler farklı durumlara dayanmaktadır.

Memurların sosyal güvenlik hakkının en önemli güvencesi olan emekli maaşı; önceki hizmetler de gözetilerek verildiğinden hizmet süresi, yaş, görevin önemi, alınan ve alınmakta olan maaşlar ve kesenekler dikkate alınarak saptanır. Şu duruma göre Devlet'in en temel işlevlerinden olan kamu hizmeti-



nin görülmesindeki yeri tartışmasız olan kamu görevlileri için statülerine yaptıkları görevin gereklerine uygun, emeklileri için de önceki statüleri ile uyumlu ayrı yasal düzenleme yapılması gereklidir.

Sosyal güvenlik hakkının yansımından biri olan emeklilik maaşının, sigorta esasına göre ödenen yaşlılık aylığı ile benzerlikleri bulunsa da amacı ve özellikleri bakımından önemli farklılıklar gösterdiği bir gerçektir. Bu farklılıklara karşın emekli maaşının hesaplanmasında, yaş, hizmet süresi ve emeklilik kesenekleri gibi hususların belirleyici olması doğaldır. Yasa koyucunun memurlara ödenecek emekli maaşı ile diğer çalışanlara ödenecek yaşlılık aylığının hesaplanmasında bunların benzerliklerini ve farklılıklarını dikkate alarak aktüeryal dengeleri bozmadan düzenleme yapması olanağı bulunmaktadır. Sonuç olarak 5510 sayılı Yasa'da aynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların belirtilen özellikleri gösterilmeksizin aynı sisteme tabi tutulması Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırıdır. Bu yönden düzenlemenin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali gerekir.

Yüksek Mahkeme aynı gerekçe ile memurlar ve kamu görevlileri açısından genel sağlık sigortası hükümlerini de iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu tür ve genel nitelikte çerçeve iptal gerekçesini kabul ettikten sonra yasanın iptali istenilen ve memurlara ilişkin olan tüm maddeleri başkaca bir Anayasal sosyal güvenlik hukuku veya sosyal sigortalar hukukuna ilişkin gerekçe göstermeden iptal etmiş ve ayrıca belirtilen iptal nedeni ile uygulanma imkanı kalmayan ve iptal edilmesi istenilmeyen kimi kuralları da 2949 sayılı Yasa gereği iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin biçimsel olarak yapmış olduğu bu iptal yanında işin özüne girerek madde bazında yaptığı iptaller de bulunmaktadır. Bu iptaller aşağıdaki biçimdedir.

Yüksek Mahkeme'nin iptal ettiği en önemli kavramlardan biri güncelleme katsayısına ilişkindir. Bu katsayı ile sistemden yararlananların yaşlılık veya emeklilik aylıklarının hesabı öngörülmüştür. Yüksek Mahkeme güncelleme katsayısının salt enflasyon karşısındaki değer kayıplarını önleyen TÜFE değişim oranını esas aldığı oysa büyüyen ekonomiden bireye düşecek refah payının gözetilmediğini dikkate alarak ve bu durumun sosyal güvenlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış ve be-

lirtilen kavramı iptal etmiştir. Bu iptale bağlı olarak güncelleme katsayısının söz konusu olduğu kimi kurallar da iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bir konu da bağımsız çalışanlardan alınan sosyal güvenlik destek primine ilişkindir. Yüksek Mahkeme yeni yasayla getirilen sözü edilen prim oranını makul ve ölçülülük esasına uygun olmadığını kabul etmiş ve yürürlükten kaldırmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir iptali de 1479 sayılı Yasa'nın ve 5434 sayılı Yasa'nın geçiş dönemine ilişkin hükümlerinde düzenleme yapılmaması ve hukuk boşluğu bulundurulmasına ilişkindir.

Bunlara karşın Anayasa Mahkemesi iptali istenilen kimi madde ve kuralları Anayasa'ya uygun bulmuş ve gerekçesini de sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar hukukuna ilişkin ve önceki kararlarında belirttiği gerekçelerine dayandırmıştır.

Bu cümle ile Anayasa Mahkemesi kimi sosyal yardımların yapılabilmesini prim ve her türlü borçların ödenmesi koşuluna bağlanmasını primlerin tahsilindeki güçlükleri gözeterek Devletin bu alanda almakla yükümlü bulunduğu bir tedbir olarak görmüştür.

Yaşlılık aylığına esas gün sayısının artırılmasını da Anayasa uygun bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre sosyal güvenlik sistemindeki olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacıyla emeklilik yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının yasada belirtilen ölçü ve dengenin gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıracak veya kullanılmayacak ölçüde sınırlayan düzenleme olmadığını kabul etmiş ayrıca Türkiye'deki yaş sınırlarının dünya standartlarının altında bulunduğunu demografik yapıda ortalama yaşın yükseldiği çalışabilir nüfusun yaşlıya oranının azaldığını hızla nüfusun yaşlandığını, emeklilik yaşının aynı kalması durumunda kurumun finans kaynaklarının büyüyeceğini, aktüeryal dengelere göre yaş ayarlamasının yasa koyucu tarafından takdir edileceğini kabul etmiş ve bu alanda yapılan iptal başvurularını yerinde bulmamıştır.

## VI. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi bu iptal kararı ile daha önce vermiş olduğu iptal kararlarından farklı bir yön-

## Bir yasanın getirdiği düzenlemenin sosyal güvenlik amacına hizmet etmesi yetmez. Öngördüğü yöntemin de sistemle çatışmaması gerekir.

tem izlemiştir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'nin daha önce vermiş olduğu ve sosyal güvenliğe ilişkin kararlarda şu ilkeler gözetilmiştir.

Anayasal açıdan sosyal sigortalar, sosyal güvenliğin sağlanmasında en etkili kurumlardan biridir.

Devletin sosyal güvenlik yönünden sosyal sigortaları kurdurma ve kurma görevi bulunmaktadır. Bu kuruluşların oluşumu ve işleyişi sosyal güvenliğin yerine getirilmesiyle doğrudan ilgilidir.

Bir yasanın getirdiği düzenlemenin sosyal güvenlik amacına hizmet etmesi yetmez. Öngördüğü yöntemin de sistemle çatışmaması gerekir.

Sosyal sigortalar, özel sigortalardan tamamen farklı esaslara dayanır. Burada toplumsal sigorta görevi üstlenilmiştir.

Sosyal güvenlik hakkını sağlama görevi Devlete aittir ancak, sosyal güvenlik kuruluşlarının tümünün örgütlenmesi Devlet'ten beklenemez. Devlet söz konusu örgütleri ya kendisi kurar veya dışında kurulanları denetler. Haklı neden olmaksızın Devlet'ten daha üstün sosyal güvenlik hakkı sağlayan kuruluşlara Devlet'in el atması kabul edilemez.

Aynı sosyal güvenlik kurumu içerisinde yer alarak bütünleşen ve kaynaşan ve aynı amaçlar için riziko ortaklığına giren sigortalıların derecesi ne olursa olsun bir grubun diğerlerinden ayrılarak kendilerine özel denilebilecek bir güvencenin sağlanması sosyal güvenliğin dayandığı ilkelerle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi görüldüğü gibi sosyal güvenlik yasalarını denetlerken temelde bu alanda ortaya koyduğu Anayasal ve hukuksal gerekçelere dayanmıştır.

Ne var ki, sözü edilen iptal kararında Anayasa Mahkemesi genel uygulamasından farklı bir yöntem izlemiş ve iptali istenilen kuralları madde bazında değil genel bir çerçeve içerisinde Anayasa'ya aykırılık gerekçesini koyduktan sonra denetime tabi tutmuştur. Yüksek Mahkeme'nin dayandığı te-

mel gerekçe yasanın getirdiği sisteme ilişkin olmuştur. Böylece Yüksek Mahkeme iptal kararında söz konusu edilmemesine karşın yasayı salt getirdiği sistem açısından ele almış ve bu yönden temel bir değerlendirme yapmıştır. Sonuçta Anayasa Mahkemesi birbirinden ayrı konumda bulunan çalışanların salt aynı sisteme tabi tutulmasını Anayasa'ya aykırı görmüş ve farklı konumda bulunan kişilerin farklı ve birbirinden bağımsız yasalar içerisinde sosyal güvenliklerinin düzenlenmesi gerektiğini öngörmüştür.

Böylece denilebilir ki, Anayasa Mahkemesi 5510 sayılı Yasa'nın getirdiği yöntemi Anayasal sosyal güvenlik ilkelerine aykırı bulmuş salt bu yöntem nedeniyle sosyal güvenlik alanında belli bir kesimin güvenceden yeterince yararlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu tür bir gerekçe sonuç itibarıyla sosyal güvenlik ilkeleri ile tam uyum sağlamasa da yerinde bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinden yola çıkarken memur ve kamu görevlilerinin hukuksal statülerini ön planda tutmuş ve buna bağlı olarak sosyal güvenlikle statü arasında organik bağ bulunduğunu sonucuna varmıştır.

Her ne kadar anayasal sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar hukukuna ilişkin ilkeler doğrudan göz önünde bulundurulmamışsa da dolaylı biçimde de olsa bu ilkelerin dikkate alınması istenmiş ve ayrıca Anayasa'nın Hukuk Devleti İlkesi de korunmuştur. Gerçekte, memur ve kamu görevlilerinin statüleri göz önünde tutulduğunda bunların görevlerini yapabilmeleri ve kendilerinden beklenen verimin alınabilmesi bunların salt çalışırken hak kazandıkları aylık, ücret gibi unsurlarla değil emeklilikte kazanacakları sosyal güvence ile de yakından ilgilidir. Bunu göz ardı eden bir sistem sonuç itibarıyla akamete uğramaya mahkûmdur.

Bu yönlerden ve Anayasa Mahkemesi'nin diğer iptal gerekçeleri de dikkate alındığında bu alanda yeni ilke ve esasların ortaya koyulduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır.

## VII. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ORTAYA ÇIKARDIĞI DURUM

5510 sayılı Yasa sistemi memur ve kamu görevlileri ile diğer sigortalıları bir arada düzenleyen ve

## Tek çatı sistemi sözü edilen iptal kararıyla hukuken ve fiilen çökmüştür.

bunların sosyal güvenliklerini tek çatı altında toplanan bir sistem öngörmekte idi.

Yukarıda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi sistemin temel ayaklarından birini oluşturan memur ve kamu görevlileri yönünden sistemi iptal etmiştir. Şu duruma göre sistemin bütünlüğü bozulmuş ve dayandığı yasal gerekçeler ortada kalmıştır. Memur ve kamu görevlilerinin kendilerine özgün yeni bir yasal düzenleme içerisinde sosyal güvenliklerinin düzenlenmemesi sistemi baştan uygulanamaz hale getirmiştir. Kısaca tek çatı sistemi sözü edilen iptal kararıyla hukuken ve fiilen çökmüştür.

Bu durumda yasa koyucunun en kısa sürede sözü edilen memur ve kamu görevlileriyle ilgili farklı ve bağımsız yeni bir yasa düzenlemesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Sözü edilen memur ve kamu çalışanlarının mevcut 5510 sayılı Yasa'dan çıkarılması durumunda geride kalan çalışanlar yönünden yasanın birlikte sürdürülmesi de ayrı sorunları ortaya çıkaracaktır. Kısaca 5510 sayılı Yasa sistemi temelde yürürlüğünü kaybetmiştir.

## VIII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dikkate alındığında salt memur ve kamu görevlileri açısından farklı bir düzenlemeye gitmek elbette bir zorunluluktur. Ancak bu zorunluluğu salt memurlar yönünden düşünmek ayrı sorunlar ortaya çıkaracaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına bakıldığında eşitlik ilkesi esas alınmıştır. Bu ilkede birbirinden farklı konumda bulunan kişilerin farklı statülere tabi tutulması öngörülmüştür. Hizmet akdi-ne göre çalışan kişilerle bağımsız çalışan kişiler ve ayrıca tarımda çalışan kişiler ve bunlar dışında kalan kimi çalışanlar grubu birbirinden ayrı statülere göre sosyal güvenliğe kavuşturulmalıdır. Bu kişiler gerek hukuksal konumları gerekse tabi oldukları koşullar itibariyle birbirinden farklı durumdadırlar. Yasaların olabildiğince açık, yalın ve düzenledikleri sistemler itibariyle uyumlu olmaları asıldır. Özel-

likle sosyal güvenliğin ilgili olduğu konuların güncel olduğu ve bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların en kısa sürede sonuçlandırılmaları asıl olduğuna göre 5510 sayılı Yasa'da olduğu gibi son derece karmaşık ve kaos yaratıcı bir sistemden mutlaka kaçınılmalıdır.

Yapılacak yeni yasal düzenlemede bu durum kesinlikle göz önünde tutulmalı, uzman kişiler görüşü de dikkate alınarak yeni sosyal güvenlik sistemi baştan ortaya konulmalıdır.

**Mesut BALCI**

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# Ceza Yargılamasında Tazminat Yaptırımı Hükümleri, Uzlaşma ve İş Kazası Nedeniyle Maddi Zararın Giderilmesi ile İlgili Hukuki Sonuçlar

## A- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. Maddesine Göre Tazminat Yaptırımı

Basit taksirle yaralama suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89/1 maddesindeki yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak gösterilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesine göre; bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesine göre ise, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar arasında (b) bendinde, kısa süreli hapis cezasının "Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine," çevrilebilmesi mümkündür. Ceza mahkemesinin tazmin suretiyle giderme yaptırımına hüküm kurabileceği kabul edildiğine göre, yaptırımın miktarının da hükümde gösterilmesi gerekir. Mağdurun zararının tazmin suretiyle giderilmesi, aynı zamanda iş kazası olan

suç konusu olayda, mağdurun olay nedeniyle geçici veya sürekli işgöremezlik nedeniyle uğradığı maddi veya manevi zararın giderilmesini de kapsar. Mahkemenin, mağdurun açık beyanını alarak uğradığı maddi ve manevi zararı belirlemek suretiyle 50. maddeye göre yaptırıma çevrilmesi halinde bu yaptırımın şüpheli yönünden mağduru bağlayıcı nitelikte sayılması gerekir. Ancak, mağdurun kendisini bağlayıcı bir beyanı yok ise mahkemenin belirleyeceği maddi ve hatta manevi tazminat miktarı mağduru bağlayıcı nitelikte kabul edilemez. Bu tazminat zararın tamamını karşılamıyor ise kısmi ifadan söz edilebilir. Mağdurun, şüpheli ile diğer sorumlular hakkında ayrıca bakiye tazminat miktarı için dava hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Sadece maddi zarar için hüküm kurulmuş ise, ayrıca manevi zararın hukuk davası ile istenilebilmesi veya sadece manevi zararın karşılanması durumunda maddi zararın ayrıca talep edilebilmesi söz konusu olabilir. Sözü edilen 50. maddenin 4. fıkrasına göre ise; taksirli suçlardan dolayı hükmo-

lunan hapis cezası uzun süreli de olsa, bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Bu fıkra sadece para cezasına çevrilmeyi olanaklı kıldığından, taksirli suçlarda uzun süreli hapis cezası verilmesi halinde hakimın hapis cezasını mağdurun zararını tazmine çevirmesi olanağı yoktur.

## B- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/1. Maddesine Göre Hapis Cezasının Tazminat Yaptırımı Karşılığı Ertelenmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre; "İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir." Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, "Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu- na bağlı tutulabilir."

Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinin 2. ve 3. ve 4. fıkralarında sayılan nitelikli taksirle yaralama suçlarında verilebilecek cezalar, TCK 51/1. maddesi kapsamında kalabileceğinden maddedeki erteleme koşullarının da varlığı halinde cezanın tazmin koşulu ile ertelenmesi söz konusu olabilir.

Burada sözü edilen mağdurun uğradığı zararın tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, aynı zamanda iş kazası olan bir taksirle yaralamanın sunucunda meydana gelen geçici veya sürekli işgöremezlik nedeniyle uğranılan maddi veya manevi zararı veya birlikte hem maddi hem manevi zararı kapsayabilir.

Sadece maddi zarar için hüküm kurulmuş ise ayrıca manevi zararın hukuk davası ile istenilebilmesi veya sadece manevi zararın karşılanması durumunda maddi zararın ayrıca talep edilebilmesi genel hukuk ilkelerine göre olanaklıdır.

Yasa maddesinde, hakimın kararında hükmedilecek zararı belirleme yöntemine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Hakim, bu konuda mağdurun beyanına başvurabileceği gibi, 63. maddeye göre bilirkişi raporu da alabilir.

Mağdur, CMK 237. maddesine göre davaya katılabilir. Ceza yargılaması sunucunda eğer mahkemece verilen hapis cezası tazmine çevrilmiş veya tazmin koşulu ile cezanın ertelenmesine karar ver-

miş ise, tazmine yönelik hüküm yönünden katılanın veya şüphelinin temyiz talebi halinde isteğinin incelenmesi gerekir. Zira, tazmin edilecek miktarın mahkemece hatalı olarak çok yüksek belirlenmesi ertelemenin fiilen imkânsız hale gelmesine yol açabilir. Aynı şekilde, mağdurun tazminat miktarının düşük tutulması, mağduru ayrıca tazminat davası açmak zorunda bırakacağından bu konuda temyiz incelemesi yapılmasını gerektirir.

Gerçekte, yeni TCK ve CMK sisteminde eski TCK'nda yer alan katılma yolu ile tazminat isteme olanağını getiren 465. maddesi paralelinde bir yöntem içermemektedir. Ancak, yeni mevzuat ceza hakiminin re'sen tazminat hükmedebilmesine de imkan sağlamıştır.

Ceza hakiminin erteleme hükümlerini tazmin koşuluna bağlayarak uygulaması, bu konuda mağdurun zararını açık olarak beyan etmesi ve şüpheli tarafından da itiraza uğramaması halinde hukuki uyumsuzluğu da giderici bir rol oynayacaktır. Ceza soruşturması, kovuşturma veya yargılama aşamasında mağdur ile şüpheli arasında bir uzlaşma sağlanamamış ise hakimın hapis cezasını tazmine çevirmesi veya tazmin koşullu erteleme hükümlerini uygulaması yerinde olmayacaktır. Tarafların uzlaşma ile belirleyemedikleri zarar miktarını ceza hakiminin re'sen belirleyerek hüküm kurması mağdurun bakiye zararı için hukuk davası açmasına engel değildir. Ceza davasının hukuki uyumsuzluğu sonlandırması mümkün olmayan hallerde bu maddeleri uygulaması hukuk ile ceza yargılamasını birbirine karıştıracak bir zorlama niteliğinde kalacaktır.

## C- Genel Olarak Ceza Yargılamasında Uzlaşma

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunlarında bazı suç tipleri için mağdur ile suç failinin (şüphelinin) uzlaşması ile mağdurun zararlarının giderilmesi karşılığında suç faili lehine hükümler getirilmiştir. Uzlaşma ile ilgili bu hükümlerin, suç konusu olan iş kazaları ile ilgili maddi ve manevi tazminat davalarında nasıl etki edeceği, ne gibi sorunların ortaya çıkabileceği konusunu ayrıca incelemek gerekmektedir.

İş kazası, olayda şahsi kusuru bulunan gerçek kişi işveren veya 3. kişiler bakımından suç sayılabilir. Taksirle yaralama suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinde düzenlenmiştir. Taksirle

yaralamaya neden olma suçu şikayete bağlı olsun veya olmasın uzlaşma hükümlerine tabidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan uzlaşma hükümleri, iş kazasının aynı zamanda taksirle yaralama suçu oluşturması durumunda tazminat hukuku bakımından sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Uzlaşma, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaşma ceza soruşturması ve kovuşturması veya ceza yargılaması aşamasında yapılabilecektir.

Ceza soruşturması sırasında, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacaktır. Şüphelinin veya mağdurun reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılacaktır. Uzlaşma teklifi taraflarca kabul edilirse, yasada tanımlanan niteliklere sahip bir uzlaşmacı C. Savcısı tarafından gerektiğinden

uzlaşma teklifi yapılmış ve taraflardan biri reddetmiş veya uzlaşma girişimi olumsuz sonuçlanmış ise artık dava aşamasında ikinci defa uzlaşma teklifi mümkün değildir. Kamu davası açılınca kadar C. Savcısı ikinci bir uzlaşma teklifinde bulunamamasına karşın, şüpheli ve mağdur kendi aralarında uzlaşmaya giderek C. Savcısı'na uzlaşma belgesi ibraz ettiklerinde de uzlaşma gerçekleşmiş olacaktır. Cumhuriyet Savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında saklayacaktır.

Uzlaşmanın sağlanması halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre, "soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır." Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde

## Uzlaşma hükümleri, ceza yargılaması sırasında hukuki uyumsuzluğun da çözümünü amaçlamaktadır.

de belirlenecek ve uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak (uzlaşmacı görevlendirilmemiş ise taraflar bir rapor hazırlayacak) kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet Savcısı'na verecektir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

C. Savcılığı'nda uzlaşma sağlanmış ise, CMK'nun 253. maddesine göre; "Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır."

Kamu davası açıldıktan sonra suçun uzlaşma kapsamında olduğu anlaşılır ise, mahkeme de yine aynı usule göre uzlaşma hükümlerini uygulayacaktır. Ancak, kovuşturma aşamasında C. Savcısı tara-

uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

Mahkeme önünde uzlaşma halinde ise, CMK. 254/2. maddesine göre "Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231. maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

Uzlaşma hükümleri, ceza yargılaması sırasında hukuki uyumsuzluğun da çözümünü amaçlamaktadır. Ceza tehdidi altındaki şüphelinin suçtan zarar gören mağdur karşısında avantajlı bir konumu vardır. Başka bir bakış açısı ile, mağdur zaten hukuk davası ile tazmin ettirebileceği zararını neden uzlaşma ile alsın, suçlu cezasını çeksün denilebilir.

Burada mağdurun hukuk davası açmadan bir an önce zararının giderilmesini sağlamak gibi bir avantajı vardır. Kaldı ki bazen şüphelinin maddi durumu elverse bile tazmin sorumluluğunu yerine getirmemek için malvarlığını kaçırmaması söz konusu olabilir. Uzlaşmadan yararlanarak cezadan kurtulmak isteyen şüpheli, tazmin konusunda ekonomik olanaklarını zorlayacaktır. Bu yönü ile bakıldığında uzlaşma mağdurun yararlanmak zorunda olmadığı ve ancak yararlanmak isterse ekonomik yönden hukuk davasına gerek kalmadan daha çabuk çözüme giderek yararlanabileceği bir seçenek olarak ortaya çıkmaktadır.

## D- İşgöremezlik Nedeniyle Maddi Zararın Giderilmesi İçin Uzlaşma

İş kazasında, işveren gerçek kişi ise iş kazasının meydana gelmesinde doğrudan sadece işverenin şahsi kusurunun bulunması halinde, olay aynı zamanda taksirle yaralama suçunu oluşturacaktır. İşveren, ceza hukuku bakımından kusurunun varlığı halinde sorumludur. Hukuki olarak tazmin sorumluluğu ise kendi kusuruna dayanan sorumluluğuna göre daha geniş bir sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğu ilkesine dayanır. Çoğunlukla, soruşturma aşamasında iş kazası sonucu oluşacak sürekli işgöremezlik derecesinin derhal belirlenmesi de mümkün olmayacaktır. Uzlaşma olanağı ortaya çıktığında taraflar zararı tam olarak tesbit edemez durumda olabilirler. Bu durumda, mağdur (sigortalı) ile işverenin maddi ve manevi tazminat miktarı konusunda uzlaşması sonucunda; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağı ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağı hükmüne göre, mağdur sigortalı yeniden hukuk davası açamayacaktır. Ancak, uzlaşma belgesi içeriğinden salt maddi tazminat konusunda uzlaşma yapılmış ise manevi tazminat hakkından dolayı tazminat davası açılabilmesinin kabulü gerekir. Aksi durumda da, salt manevi tazminat için bir uzlaşma yapılmış ise mağdurun maddi tazminat davası açma hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Uzlaşma belgesinde zarar miktarı gösterilmekle birlikte maddi veya manevi zarardan söz edilmemiş ise ne olacaktır? Burada aynen ibra sözleşmesinde olduğu gibi durumu taraflara açık-

lattırmak gerektiği düşünülebilir. Ancak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/19 maddesinde uzlaşma sonrası, uzlaşmaya konu suç ile ilgili olarak tazminat davası açılmayacağına dair hükmünü hem maddi hem de manevi tazminat olarak anlamak gerekir. Zira, Kanun koyucu burada tazminattan söz etmiş, maddi ve manevi tazminat ayırımına gitmemiştir.

Tazmin borcunun uzlaşma ile belirlenmesi ve belirlenen para borcunun ödenmesi uzlaşmaya taraf olan sanık yönünden doğrudan kendi eyleminin sonucu olan borcun ifası anlamına gelecektir. Mağdur yan, uzlaşmada maddi ve manevi tazmin borcunun miktarını belirlemiş ve şüpheli de bu miktara razı olarak belirlenen borcu ödemişse ifa nedeniyle sona erer.

Sulh sözleşmesi ile uzlaşma karşılaştırılır ise, bildirildiği gibi sulh sözleşmesinin mevzuatta bir tanımını yer almamaktadır. Uygulamada, dava sırasında dava taraflarının iradeleri ile anlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri hali olarak kabul edilir. Uyuşmazlık, bu sözleşme ile son bulmaktadır. Sulh sözleşmesi, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümlerine göre ceza davasında katılma ile tazminat talebi mümkün bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, sadece hukuk mahkemelerinde açılan davalarda söz konusu olabilir. Uzlaşma ise, ceza soruşturması ve muhakemesi sırasında ceza mahkemesince uygulanabilecek bir müessesedir. Uzlaşma, ceza hukukunun getirdiği bir kavramdır. Uzlaşma, ancak mağdur ile şüpheli arasında olabileceğinden ve aynı olaydan dolayı değişik hukuki nedenlerle sorumlu olanların bu uzlaşmaya katılmaları olanaklı olmadığından sulh sözleşmesine göre uygulama alanı daha dar olacaktır. Sulh sözleşmesi, hukuk davasında taraf olan tüm taraflar arasında söz konusu olabilir. Sulh sözleşmesi hukuki uyuşmazlığı tamamen sona erdirir. Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ile, uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda tazminat davasının açılmayacağını ve açılmış hukuk davalarından feragat edilmesinin sunucunun doğacağı hükmü getirilmiş ise de, bu sonuç sadece şüpheli açısından mağduru bağlayıcıdır. Suça iştirak eden diğer şüpheliler veya dolaylı olarak kusursuz sorumluluğu bulunanlar bakımından doğrudan sonuç doğurması genel hukuk prensiplerine aykırıdır.

## Uzlaşmada, uzlaşmaya konu borcun hemen ödenmesi mümkün olduğu gibi ödeme zamanı bir takvime de bağlanabilir. Bu ödemenin aksatılması durumunda uzlaşma ceza hukuku bakımından gerçekleşmez.

Aynı iş kazasında birden fazla işçi yaralanır ise, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre uzlaşmanın ancak tüm mağdurların katılması ile gerçekleşmesi mümkündür. Yasanın mağdurların tek başına uzlaşma hakkını kullanmasını engellediği görülmektedir. Ancak, bu suç tipinde birden fazla kişinin taksirli suçla yaralanması tek suçu oluşturduğundan başka çıkış yolu da yoktur.

### E- Uzlaşmanın Diğer Faillere ve Mütessesil Sorumlulara Etkisi

İş kazasında, bazen işverenin, işverenin diğer işçilerinin veya başka üçüncü kişilerin kusurlarından dolayı sorumlulukları veya bazılarının sadece hukuki sorumluluklarının bulunduğu durumlar olabilir. Bu gibi durumlarda, suç faillerinden olan işverenin veya 3. kişilerin uzlaşmaları birbirlerini veya kusursuz sorumluluğu bulunan diğer kişileri veya mütessesil sorumluluğu olanları nasıl etkileyeceği ayrı ayrı incelenmelidir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 255. maddesine göre; "Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır." Bu durumda, birden fazla kişinin katıldığı taksirli bir yaralama olayında (örneğin çok sanıklı trafik iş kazasında) uzlaşmadan yararlanan kişi bakımından maddi tazminat davası açılmayacaktır. Ancak uzlaşmadan yararlanamayan diğer fail veya failer hakkında tazminat davasının açılmasına bir engel olmadığı ortadadır.

Uzlaşmadan yararlanan kişi, mağdurun tüm zararını karşılamış ise Borçlar Kanunu hükümlerine göre uzlaşmadan yararlanmayan diğer faile kusuru oranında rücu edebilecek midir? Uzlaşma, sadece uzlaşma hükümlerinden yararlanan faili borçtan kurtardığından, burada rücu olanağının söz konu-

su olamayacağı düşünülebilir. Ancak, uzlaşma bir nevi kısmi ifayı da içeren ibraname niteliğinde veya tamamen ifa niteliğinde olabilir. Uzlaşma, gerektiğinde uzlaştırmacının katılımı ile yapılıyor ise de taraflar uzlaştırmacının teklifi dışında bir miktar üzerinden de uzlaşmış olabilirler. Mağdur, taksirli eylemin failerinden birisini maddi zararın tamamını karşılamaya zorlayarak uzlaşmaya razı olabilir. Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre şüpheli mütessesil sorumlu ise Borçlar Kanunu'nun 68. maddesine göre mağdur (alacaklı) zararın tamamını isteyebilir. Alacaklı, (mağdur) uzlaşmada zararının tümünü istemek zorunda değildir, o failin sorumlu olduğu maddi tazminat miktarını isteyebilir. Uzlaşmada, uzlaşmaya konu borcun hemen ödenmesi mümkün olduğu gibi ödeme zamanı bir takvime de bağlanabilir. Uzlaşmada borcun ödenmesi bir takvime bağlanmış ise ödemenin aksatılması durumunda uzlaşma ceza hukuku bakımından gerçekleşmez. Ancak, uzlaşma tutanağındaki borç miktarı uzlaşmada yer alan tarafları bağlar, ancak mütessesil sorumlu olması durumunda kendi diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağından diğer borçlular miktar bakımından bağlı değildir. Uzlaşma ceza hukuku bakımından takvime bağlı ödemenin zamanında yapılmaması nedeniyle gerçekleşmemiş ise de mağdur ve şüpheli bakımından bağlayıcıdır. Bu durumda, CMK 253/19. maddesinin mağdur tarafından tazminat davası açılmayacağı ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağına dair hükmü de geçerli olacaktır.

Mütessesil sorumlular yönünden, uzlaşma belgesinin içeriği önem taşıyacaktır. Uzlaşma belgesi mağdur ile uzlaşan şüpheli açısından bir sulh sözleşmesi niteliğindedir. Mağdur uzlaşma sözleşmesi içeriğine göre tüm zararının tazmini yönünde hareket etmiş ise diğer mütessesil sorumlular da borçtan kurtulurlar. Uzlaşma ile maddi zararın tümünden karşılandığı anlaşılıyor ise, uzlaşan ve uzlaşma bedelini ödeyen fail bu belgeye bağlı olarak Borçlar Kanunu'nun 147. maddesine göre halef olarak rücu hakkını kullanabilir. Doğal olarak, uzlaşmada belirlenen maddi tazminat miktarı mağdurun zararından fazla ise diğer fail veya failer ile bunlardan dolayı sorumlu olanlar yargılama ile belirlenecek gerçek zarar üzerinden kusurları oranında sorumlu tutulabilirler. Uzlaşma ile tüm zarardan fazla bir tazminat ödenmesi halinde de yaptığı fazla öde-



meye uzlaşan fail katlanmak zorundadır. Uzlaşma belgesi içeriğinden, mağdurun tüm zararının karşılandığından söz edilmekle birlikte maddi zararın bir kısmı karşılanıyor ise, uzlaşma ile ödemede bulunan fail diğer faille ancak kendi kusuruna isabet eden miktar dışında kalan fazla ödemediği miktar üzerinden kusurları oranında rücu edebilecektir. Uzlaşma, kısmi ifa niteliğinde ise fail dışındaki müteselsil sorumlular da kısmen borçtan kurtulurlar.<sup>1</sup> Bu nitelikteki bir uzlaşma, diğer failleri ve (müteselsil borçluları) da Borçlar Kanunu'nun 145/1. maddesi hükmüne göre borçtan kurtarır.

Ceza Muhakemesi Kanunu, birden fazla failden sadece birisi uzlaşmadan yararlanır ise ancak o failin borçtan kurtulacağını düzenlemiştir. Uzlaşma durumunda, uzlaşma konusu suç nedeniyle mağdurun tazminat davası açamayacağını ve açılan tazminat davasından feragat etmiş sayılacağını öngörmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlenir iken, suç faillerinin Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre müteselsil sorumlu oldukları hususu ayrıntılı olarak düşünülmemiştir. Kanunda bu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağından söz edildiğine göre uzlaşmaya konu failin taksirli suçu diğer faillerden ayrı olduğundan, yani olay her fail açısından kusuruna göre bağımsız bir suç olduğundan ancak o faile karşı tazminat davası açılmayacağını anlamak gerekir. Birden fazla fail var ise ve faillerden birisi ancak bir miktar tazminatı ödemiş ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi hükmünün sadece bu faili sadece mağdura karşı müteselsil sorumluluktan kurtardığı söylenebilir. Uzlaşan mağdur artık bu faile karşı maddenin açık hükmüne göre müteselsil sorumluluğa dayanan bir maddi tazminat davası açamaz. Ödenen miktar kadar diğer fail ve müteselsil sorumlular borçtan kurtulabilir. Mağdur, diğer sorumlulara karşı zararının tamamen karşılanmadığı gerekçesi ile müteselsil sorumluluğa dayalı olarak maddi tazminat davası açabilir. Diğer sorumlular, BK. 51. maddesine göre uzlaşma ile ceza yargılamasından kurtulan faile karşı rücu haklarını kullanabilirler.

İş kazalarında müteselsil sorumluluk, sadece eksik teselsül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre; "Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere göre (haksız muamele, akit, kanun) binaen mes'ul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna se-

bebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur." Madde eksik teselsülün muhtelif nedenlerle sorumluluk halinde uygulanacağını açıklamaktadır. Aynı iş kazasında her biri farklı kusurlu hareketleri ile müşterek bir zarara neden olanların fiilleri aynı sonucu meydana getirmekle birlikte birbirinden bağımsız olduğundan eksik teselsül söz konusudur. Tam teselsülün söz konusu olması için haksız fiilin meydana getirilmesinde Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde "birlikte bir zarar ikasından söz edildiğine göre bir irade birliği aranır ki, taksirde irade birliği mümkün değildir. Zarar verenler birbirinden habersiz olarak hareket etmişler ise tam teselsül oluşmaz."<sup>2</sup>

Borçlar Kanunu'nun 51/2 maddesi eksik teselsülde muhtelif nedenlerle sorumlu olanların rücu haklarını da düzenlemiştir "Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet veren kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mes'ul olan kimse en sonra zaman ile mükellef olur." Maddenin açık hükmüne göre haksız fiili işleyen ve kusurlu hareketi ile neden olan diğer sorumluların en son rücu edebileceği kişidir. Aynı olayda haksız fiilden dolayı birden fazla sorumlu var ise burada da 50. madde hükmü uygulanarak, hakim rücuun şümul ve derecesini tayin edilecektir. Hakimin burada yapacağı iş taksirle zarara neden olanların her birinin kusur oranına göre belirleyeceği zarar miktarına göre rücu hakkını kullandırmak olacaktır.

## F- Manevi Tazminatın Uzlaşma ile Ödenmesi

Uzlaşma hükümlerine göre mağdurun sadece maddi zararı giderilmiş, ancak, manevi zararı giderilmemiş ise doğal olarak mağdurun manevi zararının ayrıca dava konusu yapılabileceğinin kabulü gerekir. Uzlaşma kapsamına girmeyen ve uzlaşma tutanağında söz edilmeyen zararların ayrıca hukuk mahkemelerinde dava yolu ile istenmesi mümkün olmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihatlarına göre manevi tazminat bölünemez. Suç faillerinden bir tanesi uzlaşma ile manevi zarar ad altında bir miktar ödemede bulunur ise, artık mağdurun tüm manevi zararı giderilmiş olacaktır. Olayın diğer failleri ve diğer müteselsil sorumlular da artık bu uzlaşma nedeniyle mağdura karşı borçtan kurtulurlar.

Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre müteselsil sorumlu olarak uzlaşma ile manevi zararı karşılayan fail ancak diğer faillere karşı kusurları oranında rücu hakkını kullanabilir.

## CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NUN UZLAŞMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Uzlaşma

Madde 253 - (Değişik: 6/12/2006-5560/24 md.)

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3.....

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle

mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir.

Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaşmalarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır.

Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmacının uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.

Mahkeme tarafından uzlaştırma

Madde 254 - (Değişik: 6/12/2006-5560/25 md.)

(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

Birden çok fail bulunması hâlinde uzlaşma

Madde 255 - (1) Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.

## DİPNOTLAR

1 Canyon shf. 47.

2 Akıntürk shf. 128.

## KAYNAKÇA

- Dr. Murat Canyon - Mütessesil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler. Kasım 2003.
- Dr. Turgut Akıntürk - Mütessesil Borçluluk, Ankara, 1971.
- Prof. Dr. İlhan Ulsan - Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, 1990.
- Yrd. Doç. Dr. Levent Akın - İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi.
- Prof. Dr. Haluk Tandoğan - Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.

Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## İşsizlik Ödeneğine Başvuru Koşulları

### T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/2910  
**Karar No** : 2005/4925  
**Tarih** : 03.05.2005

### KARAR ÖZETİ

İlk amacı, işsizlik ile karşılaşan ve çalışabilecek durumdaki sigortalı işsize gelir güvencesi sağlamak olan işsizlik sigortası, bunun yanında yeni iş bulma ve mesleki eğitim verme gibi sosyal hizmetleri de kapsar. Bu nedenle, işsiz kalan kişi aktif olarak iş aramalı, çalışma istek ve iradesini göstermelidir. İşsizlik ödeneğine hak kazanmak için ilk şart, işsiz kalmak olduğundan, uluslararası standartlara göre bir kişinin işsiz sayılabilmesi için, işsiz olma, halen çalışmaya elverişli bulunma ve bir iş talep etme unsurlarının var olması gerekir. İş talep etme ise, bağımlı veya bağımsız bir iş sahibi olabilmek için birtakım aktif girişimlerde bulunulmasını ifade eder. Hukukumuzda da sigortalının işsizlik ödeneği için İş Kurumu'na başvurmadan önce Kuruma şahsen ve doğrudan iş başvurusunda bulunması gerektiği kabul edilmiştir.

Davacının, çalışma süresine göre hak etmiş

olduğu işsizlik ödeneğinin faiziyle birlikte davalı Kurumdan tahsiline karar verilmesini talep ettiği davada, uyuşmazlık, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun aradığı "şahsen" ve "doğrudan" başvuru koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Dosya kapsamından, davacı sigortalının Kuruma süresi içinde şahsen başvurmadığı, vekili aracılığıyla yapılmış başvurusunun bulunduğu anlaşıldığından davanın red-dine karar verilmesi gerekir.

### KARAR

Davacı, çalışma süresine göre hak etmiş olduğu işsizlik ödeneğinin faizi ile birlikte davalı Kurumdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde istemin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Türkiye İ.K. Genel Müdürlüğü avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, iş akdinin işverence feshi nedeniyle 4447 sayılı Kanun uyarınca işsizlik ödeneğinin işten çıkış tarihinden itibaren faizi ile tahsiline ilişkin olup, mahkemece; vekil aracılığıyla iş-

KUR'a yapılan başvurunun geçerli olduğu gerekçesi ile hak edilen ödenek miktarının hesabına ilişkin bilirkişi raporu uyarınca davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davada öncelikle çözülmesi gereken uyumsuzluk; 4447 sayılı Kanununun 48 ve 51. maddelerinde ifadesini bulan "doğrudan" ve "şahsen" başvuru koşulunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. İşsizlik sigortası uygulamasının ülkemizde yeni olması karşısında anılan ifadelerde amaçlanan başvuru şeklinin çözümünde, işsizlik sigortasının ve 4447 sayılı Kanunun amacı ile uluslararası anlaşmalar ve bu sigorta kolunun uluslararası uygulamaları yol gösterici olacaktır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun genel gerekçesinde "İşsizlik sigortası bir iş veya işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına karşın tamamen kendi istek ve kusuru dışında işini kaybeden çalışanlara bir yandan yeni bir iş bulunmasına gayret edilirken, diğer yandan da bunların işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa karşılayarak, kendisinin ve ailesinin zor duruma düşmesini önlemek amacıyla belli süre ve ölçüde ödemeyi kapsayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren, Devlet tarafından kurulmuş zorunlu bir sigorta koludur.

İşsizlik sigortasının önemli unsurlarından birisi de işsiz kalan sigortalılara mesleklerine uygun, en son çalıştıkları işin çalışma ve ücret koşullarına yakın bir iş bulunamadığı takdirde meslek değiştirme ve yetiştirme eğitimlerinin verilmesi de önemli öğelerindendir.

Sigortalı işsizlere, işsizlik ödeneği vermek suretiyle gelir sürekliliğini sağlamak, işsizlik sigortasının bir yönünü oluşturmaktadır. Diğer bir yönü ise sigortalı işsizleri işe yerleştirmek ya da yeniden istihdam şansı elde edebilmeleri için gerekli olan meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi vermektir. Bütün bunlar gözönüne alındığında işsizlik sigortası ile iş ve işçi bulma hizmetlerinin birbirinden farklı düşünülmesinin imkansızlığı ortaya çıkmaktadır.

Sistemin amacı işsizlerin gelir kayıplarını bir

ölçüde de olsa gidermenin yanı sıra iş gücünü sürekli, etkin ve verimli çalıştırarak insan gücü israfını en aza indirmektir." açıklaması ile kanunun işsizlik sigortasının amacını kabul şekli açıkça belirtilmiş, madde gerekçelerinde ise "... Ayrıca sigortalı işsizlere, bu Kanunda belirtilen esas ve koşullar çerçevesinde sağlanan ödeme ve hizmetler açıklanmıştır. Buna göre; işsizlik ödeneği verilmesi, işsizlik süresince tedavilerinin sağlanması, yeni bir iş bulma veya işsize yeni bir işe girebilmesi için meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi verilmesi kararlaştırılmıştır. Tüm bu ödeme ve hizmetlerin aynı kanun içinde düzenlenmesinden amaç, bunların birbirini tamamlar nitelikte olmasıdır." açıklaması ile işsizlik sigortası düzenlemesinin amacı açıkça ifade edilmiştir. Davanın yasal dayanağını oluşturan 4447 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtilen ilkelerde de açıklandığı üzere; işsizlik sigortasının ilk amacı, işsizlik ile karşılaşan sigortalı işsize gelir güvencesi sağlamaktır. Günümüzde işsizlik sigortalıları, işsiz kalanları ekonomik güvenceye kavuşturmanın yanında iş bulma ve mesleki eğitim verme gibi sosyal hizmetleri de kapsamına almış bulunmaktadır. İşsizlik ödeneği; işsizlik sigortasının işsizlik riskiyle karşılaşan sigortalılara ekonomik güvence sağlama aracıdır.

4447 ve 4904 sayılı Kanunlar uyarınca işsizlik sigortası yönetimi Türkiye İş Kurumu'na bırakılmıştır. Bu yönetim biçimi işsizlik sigortasının tam istihdamın sağlanmasına yardımcı olarak görüldüğü ülkelerde uygulanmaktadır. İşsizlik sigortası ile iş bulma programları arasında bağlantı kurulan uygulamalarda işsizlik ödeneğinden yararlanmak için işsizlerin kendilerini ilgili iş bulma kurumuna kayıt ettirmesi ve ayrıca ödeneğin devamı için sigortalı işsizlerin belli aralıklarla durumu hakkında Kuruma bilgi vermesi koşulu aranmaktadır. Bu uygulamalarla işsizlik ödeneği sigortalı işsizlerin yeniden istihdama kazandırılmasına ilişkin programa yardımcı bir işlev görecektir. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu 1. maddesinde Kurumun amacının "... istihdamın korunmasına, geliştirilmesine, yaygınlaştırılmasına ve işsizliğin önlenmesi faaliyet-

lerine yardımcı olmak ve işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmek..." olduğu açıkça düzenlenmiş, aynı Kanunun 3. maddesinde de bu amaç tekrar edilmiş, Kuruma işsizlik ödeneği dışında asıl olarak istihdamı geliştirici görevler yüklenmiştir. Kaldı ki, 4447 sayılı Kanun 52/a, c ve d bentleri ile Kurumca teklif edilen eğitim ve iş tekliflerinin reddi ödeneğin kesilmesine neden olarak öngörülmüş olup bu düzenleme işsizlik ödeneğinin işsizlik sigortasının asıl amacı değil aksine işsizliği önlemede yardımcı bir aracı olduğu olgusunu da desteklemektedir. Bu görevlerin yerine getirilmesi için Kurum ile işsiz kalan sigortalılar arasında yakın ve devamlı ilişkinin kurulması, mevcut işlere yerleştirme veya istihdamın gerektirdiği özelliklere sahip sigortalı yetiştirmek için gerekli koşuldur.

İşsizlik ödeneğine hak kazanmanın ilk koşulu; işsiz kalmak olduğundan öncelikle kimlerin işsizlik sigortası kapsamında işsiz sayılacağına çözümlenmesi gereklidir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 13. Çalışma İstatistikçileri Konferansında kabul edilen kararda işsizliğin uluslararası standart tanımı üç unsur üzerine oturtulmuştur. Bu unsurlar; 1) işsiz olma, 2) halen çalışmaya elverişli bulunma, 3) bir iş talep etme şeklinde sıralanmaktadır. Uluslararası standartlara göre ancak bu üç unsuru birlikte taşıyanlar işsiz kabul edilmektedir.

Tanımda yer alan halen çalışmaya elverişli olma ve bir iş talep etme unsuru istihdam dışında bulunan işgücünü ekonomik bakımdan aktif olmayan nüfustan ayırmaya hizmet etmektedir. İş talep etme ise; bağımlı ya da bağımsız bir iş sahibi olabilmek için bazı aktif girişimlerde bulunulması anlamına gelmektedir. Uluslararası standartlara göre bir iş talebinden söz edebilmek için bu doğrultuda bazı aktif adımların atılması gerekmektedir. Yoksa tek başına bir iş talep edildiğinin beyan edilmesi yeterli değildir. Bu adımlara örnek olarak, resmi ya da özel bir iş ve işçi bulma kurumuna kayıt yaptırılmasını, bizzat işverenlere yapılan başvuruları göstermek mümkündür (S. Başterzi, İşsizlik Sigortası, 1996). 4447 sayılı Kanun 48. maddede yer alan "... Sigortalı işsiz, bu maddede belirtilen öde-

me ve hizmetlerden yararlanabilmesi için ... Kuruma doğrudan başvurması gerekir..." düzenlemesi ile aynı Kanunun 51. maddesinde yer alan "... Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri, ... kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar..." düzenlemesi de 4447 sayılı Kanunun da "sigortalının çalışmaya istekli ve elverişli bulunması gerektiği" koşulunu aradığını kapalı biçimde göstermektedir, bu koşul sayesinde işsizlik ödeneğinden yoksun kalmak istemeyen sigortalılar kendilerini mevcut işlere elverişli kılmaya ve bir iş elde etme yönünde aktif çaba harcamaya teşvik edilmiş olmaktadır. Uluslararası uygulamalarda; çalışma istek ve iradesinde olduğu ve bir iş talep ettiğini ve bu istek ve talebinin işsizlik ödeneğinin ödendiği süre içinde devam ettiğini kanıtlama yükümü sigortalı işsiz üzerinde bırakılmıştır. Bu yükümlülükler, İngiltere'de; Kuruma altı milderden daha yakın yerde oturan için doğrudan başvuru ve her onbeş günde bir bu başvurunun yenilenmesi (altı milderden uzak oturanlar veya özürlü olanlar için posta ile başvuru hakkı tanınarak), Danimarka'da; iş arama ve çalışabilecek durumda olduğunu kanıtlama, Almanya'da; şahsen başvuru ve kayıt ile üç ay dolmadan kaydı yenileme zorunluluğu, Japonya'da; kayıt yaptırma dışında her dört haftada bir Kuruma rapor verme koşulu (TİSK, İşsizlik Sigortası Uluslararası Semineri, 2000) şeklinde olup Avustralya, Belçika, Mısır gibi işsizlik sigortası uygulaması olan pek çok ülkede işsizlik sigortası programları haktan yararlanmak isteyenlerin iş için istekli kişiler olmasını öngörür (Prof. Dr. Faruk Andaç, İşsizlik Sigortası, Ocak 1999). Öte yandan; yine çeşitli ülkelerin uygulamalarında; oturduğu mahalden tatil veya benzeri bir nedenle ayrıldığı için kendisi ile bağlantı kurulamayan sigortalı işsiz Kurumu kendisi ile nasıl irtibat kurulacağı konusunda bilgilendirmemesi halinde veya Kuruma iş görüşmesine uygun kıyafetle gelmeme veya kendisine bir iş önerisini engelleyici davranışlar içinde bulunma gibi hallerde çalışma iktidar ve isteğinde olmadığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan uluslararası uygulamalar yönünden çalışma istek ve ik-

tidarının tespiti bakımından Kurum ile sigortalı işsiz birebir yakın ilişkisi gerektiği kabul edilmekte ve düzenlemeler bu yakın ilişkiyi sağlayacak şekilde yapılmaktadır.

Hukukumuzda, bireyin gerçek iradesinin ve bu iradenin tespitinin önemli olduğu ve vekalet akdine dayalı olarak beyanın kabul edilmediği ve (4447 sayılı Kanunun gerekçesinde açıklandığı üzere işsiz sigortalının çalışma iktidar ve isteği iradesinin aranması gerektiği gibi) benzer şekilde bizzat tarafın iradesinin arandığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 230-235. maddelerde düzenlenen isticvap, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 134-144. maddelerde düzenlenen evlenme ve 166/2. maddede düzenlenen evlilik birliğinin sarsılması hukuksal nedenine dayalı boşanma davası gibi hukuki kurumların uygulanmasında bireyin samimi iradesinin tespiti amacıyla mahkemeye bizzat dinlenmesi öngörülmüş, vekil aracılığı ile irade beyanına cevaz vermemiştir.

Açıklanan ilkeler doğrultusunda ülkemizde işsizlik sigortasının, sigortalı işsiz gelir kaybının önlenmesi yanında istihdamın geliştirilmesi amacıyla da içerecek şekilde düzenlendiği, Kurumun bu amacın gerçekleştirilmesine imkan verecek şekilde örgütlendiği ve sigortalı işsiz bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak Kurum ile organik bağının teminini sağlamak amacı ile "şahsen" ve "doğrudan" başvuru koşulunun getirildiğinin açık bulunması karşısında; somut olayda davacı sigortalının Kuruma süresi içinde şahsen başvurusu bulunmadığından davanın reddi yerine yanlış değerlendirme ile yazılı gerekçelerle kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı İş-Kur vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), 03.05.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

## KARŞI OY

Dava, hukuki nitelikçe, davacı sigortalının iş

akdinin işverence 4447 sayılı Kanunun 51. maddesinde belirtilen nedenlerle sona erdirildiğinden bahisle işsizlik sigortası kapsamındaki sosyal sigorta yardımlarından olan işsizlik ödeneğinin tahsili istemine ilişkindir.

Sosyal Güvenlik Sistemimizde işsizlik sigortasının kurulması, ilgili hükümleri 01.06.2000 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla olmuştur.

İşsizlik sigortası, anılan Kanunun genel gerekçesinde; "Bir iş ya da işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinden olmasına karşın tamamen kendi istek ve kusuru dışında işini kaybeden çalışanlara bir yandan yeni bir iş bulunmasına gayret edilirken diğer yandan da bunların işsiz kalmaları nedeni ile uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa karşılayarak, kendisinin ve ailesinin zor duruma düşmesini önlemek amacıyla belli süre ve ölçüde ödemeyi kapsayan, Devlet tarafından kurulmuş, zorunlu bir sigorta kolu" olarak tanımlanmış olup, işsizlik sigortasının amacı; anılan Yasa'nın 46/1. maddesi hükmünde de öngörüldüğü üzere, istemi dışında işsiz kalan sigortalıların bu nedenle uğradıkları ücret gelirindeki kayıplarının giderilmesi için "işsizlik ödeneği" adı altında parasal yardım yapılması, işsizlerin yeni bir iş edinmelerinin ve mesleki eğitim görmelerinin sağlanmasıdır. Nitekim işsizlik sigortası düzenlemesinin bu amacına uygun biçimde, sigortalı işsizlere, işsizlik sigortası kapsamında İş Kur'ca yapılacak parasal yardım ve sağlanacak hizmetler; "işsizlik ödeneği" "yeni bir iş bulma", "mesleki geliştirme, edindirme ve yerleştirme eğitimi" olarak sıralanmıştır (4447 sayılı Kanun madde 48).

İşsizlik sigortasında, işsizlik riskiyle karşılaşan sigortalılara ekonomik güvence sağlama aracı olan ve ilgili Kanun'un 47/h maddesinde; "sigortalı işsizlere bu Kanunda belirtilen süre ve miktarda parasal ödeme" olarak tanımlanan işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarından birisi de "sigortalı işsiz İş Kur'a başvurusudur." Bu koşula ilişkin olarak 4447 sayılı Kanun'un 48. maddesinde; sigortalı işsiz, işverence kendisine verilen işten ayrılma bildirgesi ile birlikte iş sözleşmesinin feshedildiği tarihi izleyen gün-

den itibaren 30 gün içinde İş Kur'un en yakın ünitesine doğrudan başvurmak zorunda bulunduğundan, 51. maddesinde de; işsiz sigortalıların İş Kur'a süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmek zorunluluğundan söz edilmiştir.

Davada uyumsuzluk konusu olan hususlardan birisi de; işsizlik ödeneğine hak kazanma bakımından Yasanın öngördüğü diğer bütün koşulları yerine getiren işsiz sigortalının; işsizlik ödeneğinden yararlanmak için vekili aracılığı ile İş Kur'a yaptığı başvurunun, 4447 sayılı Kanun'un 48. ve 51. maddelerinde yer alan "doğrudan başvuru", "şahsen başvuru" kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin bulunmaktadır.

İşsizlik sigortasının yukarıda açıklanan amaçları kapsamında; sigortalı işsizlere işsizlik ödeneği vermek suretiyle gelir sürekliliği, bu bağlamda ekonomik güvence sağlamak işsizlik sigortasının bir yönünü oluşturmakta ise de, diğer yönü; sigortalı işsiz işe yerleştirmek ya da istihdam şansı elde edebilmeleri için gerekli olan mesleki geliştirme, edinme ve yetiştirme eğitimi vermektir. Anılan hizmetler yönünden işsizlik sigortası yardımlarının İş Kur'ca gereğince yerine getirilebilmesi ise; sigortalının ilgili Kurum birimine doğrudan başvurarak işsiz kaldığını, işsizlik ödeneği almak istediğini ve yeni bir iş kabul etmeye hazır olduğunu belirtmek suretiyle gerekli kayıt işlemini yaptırmasını gerekli kılmaktadır.

Nitekim ilgili madde gerekçesindeki; "işsizlik ödeneği almak istediğini ve yeni bir iş almaya hazır olduğunu belirterek, Kuruma gerekli kayıt işlemini yaptırması..." ifadesi de; 4447 sayılı Kanun'un 48. ve 51. maddelerinde yer alan "İş Kur'a doğrudan şahsen başvurma" sözcükleri ile sigortalı işsiz; işsizlik ödeneği almak istediğini ve yeni bir iş almaya hazır olduğunu belirterek Kuruma gerekli kayıt işlemini yaptırmasının amaçlandığını açıkça ortaya koymaktadır.

Hal böyle olunca da; sigortalı işsiz, işsizlik ödeneğinden yararlanma konusunda postayla ya da noter ihtarnamesiyle yapacağı başvurunun, İş Kur'a anılan maddeler kapsamında yapılmış geçerli bir başvuru olarak kabulü mümkün değildir.

Diğer taraftan, Avukatlık Kanunu'nun 2. mad-

desinde öngörüldüğü üzere, avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının uygulanmasını her derecede yargı organı, resmi ve özel kişi kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olup, avukat bu amaçla; hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetlerine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edecektir.

Bu yönde, işsizlik sigortasının kurulmasını öngören 4447 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin 01.06.2000 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi, bu bağlamda; sosyal güvenlik sistemimizde işsizlik sigortası uygulamasının başlangıç aşamasında olması, işsizlik sigortası yardımları kapsamında işsizlik ödeneğine hak kazanmanın; sigortalılık niteliğine, hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenine, belli süre işsizlik sigortası primi ödemeye ilişkin olarak bir takım yasal koşulların varlığını gerektirmesi yine; sigortalı işsizin bu amaçla İş Kur'a başvurusunda, işsizlik ödeneği almak istediğini ve yeni bir işe girmeye hazır olduğunu belirterek kayıt işlemini yaptırmaya zorunluluğunun bulunması sonuçta, hukuki bilgi ve tecrübeyi gerektirmekte olup, sigortalı işsizin; usulünce düzenlenen vekaletname ile bu konuda vereceği yetkiye dayalı olarak vekilinden hukuki yardım almasının kaçınılmazlığı açıktır.

Hal böyle olunca da; sigortalı işsizin yasal süresi içerisinde, vekili aracılığı ile İş Kur'a yaptıracağı kayıt işlemini de; 4447 sayılı Kanun'un 48. ve 51. maddeleri kapsamında ilgili Kuruma yapılmış geçerli bir başvuru olarak kabul edilmelidir.

Kaldı ki; aksinin kabulü, Anayasa'nın 36. ve 48. maddelerinde ifadesini bulan hak arama ve sözleşme yapma hürriyetine de aykırılık teşkil edecektir.

Bu yönde, işsizlik ödeneğinden sonra gelen işsizlik sigortası yardımlarından olan, sigortalı işsizin mesleğine uygun ve son yaptığı işin ücret ve çalışma koşullarına yakın bir işe yerleştirilmesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise, işgücü piyasasının ihtiyaç duyduğu işe yerleştirilmeleri ve iş bulmalarını kolaylaştırma amacına yönelik olarak sigortalı işsizin mesleki eğitim verilmesine ilişkin hizmetlerin İş Kur'ca



yerine getirilmesinde, sigortalının ilgili Kurum ünitesine müracaatının gerekmesi halinde; sigortalının bu amaçla vekili aracılığıyla Kuruma çağırılması suretiyle sigortalı ile kurum arasında organik bağın kurulması her zaman için mümkün bulunduğu gibi 4447 sayılı Kanun'un 52. maddesi hükmüne göre de; geçerli bir gerekçe sunmadan teklif edilen işi kabul etmeyen, mesleki eğitim almayı reddeden veya katıldığı eğitimi geçerli neden olmadan tamamlamayan sigortalı işsize, bu tarihten itibaren işsizlik ödeneği de ödenmeyecektir.

Kaldı ki, anılan Kanun'un 51. maddesi hükmüne göre; işveren yönünden getirilen, "sigortalı işsiz Kuruma bildirme" yükümlülüğü kapsamında işverence düzenlenecek işten ayrılma bildirgesi de; sigortalı işsizin işe yerleştirilmesi ya da sigortalıya mesleki eğitim verilmesinde İş Kur'ca esas alınacak sigortalıya ilişkin bilgileri içermektedir.

Hal böyle olunca, somut olayda; işsizlik ödeneğinden yararlanma konusunda, davacı sigortalı işsizin yasal süresi içinde Kuruma doğrudan şahsen başvurması gereğine ilişkin yasal koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun yukarıda açıklamaya çalıştığım esaslar çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun; "sigortalı işsizin vekili aracılığı ile Kuruma başvurusunun yasal anlamda şahsi başvuru olarak kabul edilemeyeceğine" ilişkin bozma gerekçesine katılamıyorum.

**Üye**  
**Neslihan SEVER**

## **KARŞI OY**

İşsizlik Sigortasından yararlanabilmek için Yasa'nın aradığı üç temel koşul bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, çalışan kişinin iş ilişkisinin sona ermesinin yasanın belirttiği kriterleri içermesi, ikincisi sigorta ödeneğinden yararlanabilmek için çalışma ve prim ödeme süresinin tamamlanmış olması, üçüncü olarak da Kuruma şahsen başvuru yapma zorunluluğudur.

Sayın çoğunluk, davacının Kuruma vekili

aracılığıyla yaptığı başvurunun, şahsen başvuru sayılamayacağından bahisle diğer şartları incelemeyen davanın reddine karar vermiştir.

4447 sayılı Kanun'un 51. maddesinde belirtilen sebeplerle iş ilişkisi sona ermiş olan işçinin işvereni, örneği T.İ. Kurumu tarafından hazırlanacak olan "İşten Ayrılma Bildirgesi"nden üç nüsha düzenleyerek onbeş gün içinde bu bildirgenin bir nüshası İş Kurumu'na gönderilecek, bir nüshası ise işçiye verilir, bir nüshası da belge olarak işyerinde bulundurulacaktır.

İşten ayrılma bildirgesini almış olan işçi, hizmet sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren otuz gün içinde 4447 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre İş Kurumu'na şahsen başvuracaktır. Sayın çoğunluk davacının avukatı vasıtası ile yaptığı başvuruyu şahsen başvuru kabul etmemektedir.

Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinde vekalet "bir aktittir ki onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre vekil müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu içerir.

Genel vekaletnamede, vekalet akdinin kapsamı açıkça belirtilmiştir. Vekil vekaletname kapsamı dahilinde davacı adına Kuruma başvurmuştur. Vekil müvekkili adına işlem yaptığına göre vekilin başvurusunu davacı müvekkilinin şahsen başvurusu olarak kabul etmek gerekir. Vekilin müvekkili adına Kuruma yaptığı başvuru müvekkili adına hukuki sonuç doğurması ve müvekkili için bağlayıcı olması için vekaletnamede yetki verilmiş olmasına bağlıdır. Dosyada mevcut vekaletnamenin incelenmesinden davacının vekiline başvuru için yetki verdiği hususunda açıklık vardır.

Vekilin bu sıfatla yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları müvekkili davacıyı bağlar ve vekilin yaptığı başvuru davacı için hukuki sonuç doğurur. Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 32. maddesine göre Temsil bir hukuki muamele, başka bir şahıs nam ve hesabına yapılması ve muamelelerin hukuki sonuçlarının bu şahıs üzerinde doğmasının sağlanmasıdır. Bu tanıma göre vekilin

yaptığı hukuki işlemlerinden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya müvekkile aittir.

Diğer yandan vekil vasıtası ile Kuruma başvuruyu şahsen başvuru kabul etmemek Anayasa'nın 36. maddesinde tanınımı bulan hak arama hürriyetine de aykırıdır.

Davacı işsizlik sigortasından yararlanma iradesini avukatı vasıtası ile Kuruma başvurarak yerine getirmiştir. Örneğin davacının avukatı buna ilişkin dilekçeyi PTT.'ye vermek suretiyle başvurursa idi, bu şahsen başvuru sayılmazdı. Da-

vacının vekil vasıtası ile Kuruma yaptığı başvuru şahsen başvurudur ve hak kaybına neden olmaması gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle sayın çoğunluğun işsizlik sigortasından yararlanmanın diğer koşullarını incelemeden davacının şahsen başvuruda bulunmadığından bahisle davanın reddine dair kararına katılamıyorum.

**Üye**  
**Coşkun Öztürk**

## KARARIN İNCELENMESİ

İşsizlik birçok yerde olduğu gibi ülkemizde de önemli sosyal problemlerden biri olarak varlığını yıllardır sürdürmektedir. Kişinin karşı karşıya kalabileceği iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm şeklinde sayılabilecek riskler yanında işsizlik de işçiyi ve ailesini son derece ciddi bir sorunla baş başa bırakmaktadır. İşsizlik sorununun çözümü için birçok yol öngörülebilir, ancak bunlardan en etkili olanı ve modern ülkelerde uygulananı "işsizlik sigortası"dır. Geçici bir süre için işsiz kalan kişiye, mahrum kaldığı ücretinin yerine geçmek üzere yapılan parasal yardımı ifade eden "işsizlik ödeneği"nin işçiyi verilmesi, söz konusu büyük problemin olumsuz sonuçlarını hafifletebilmek için oluşturulan "işsizlik sigortası"nın temel amacıdır. İşsizlik sigortası, bazı özel durumlar neticesinde işi sona eren işçinin ücret kaybını kısmen ve geçici bir süreyle telafi etmek için mevcuttur<sup>1</sup>. Türkiye'de de yıllardır söz konusu kurumun eksikliği hissediliyor ve birçok ülkeye göre oldukça güçlü olarak düzenlenmiş olan kıdem tazminatının işsizlik ödeneği işlevi gördüğü de ifade ediliyordu. Gerçekten de kıdem tazminatının hukuki niteliği konusundaki görüşlerden biri de, bu tazminatın iş sözleşmesinin feshi sonucunda işçinin işsiz kalması karşısında bir güvence oluşturacak "işsizlik ödeneği" olduğudur. Ne var ki, bu görüş, kıdem tazminatına ülkemizde o dönemde bulunmayan bir müessesenin yarattığı boşluğu doldurmaya yönelik bir yük yüklenmesi doğrultusunda bir çabaydı kanısındayız. Çünkü hukukumuzda kıdem tazminatının ödenmemesi, işsiz kalan işçinin yeni bir iş bulamaması koşuluna bağlanmamıştır. İş-

sözleşmesinin sona erdiği anda hemen yeni bir iş bulan işçi de şartları varsa kıdem tazminatı talep etme hakkına sahip olacaktır<sup>2</sup>. Bundan başka, işçinin ölümü halinde kıdem tazminatının kanuni mirasçılara verilebileceği hükmü de bu görüşü dayanaksız hale getirmektedir<sup>3</sup>. İşte bu tartışmaların sürdüğü bir ortamda ülkemizde de "işsizlik sigortası" kurulmuştur. Bu müessesenin kurulmasını öngören 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanun'un işsizlik sigortasına ilişkin hükümleri 01.06.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu 4447 sayılı Kanun md. 47/1-h uyarınca işsizlik ödeneği; "sigortalı işsizlere bu kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödemeyi" ifade etmektedir. Kanunun 51. maddesinde ise işsizlik ödeneğine hak kazanma şartları düzenlenmektedir. Bu maddeye göre "bu kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri aşağıda belirtilen hallerden birine dayalı olarak sona erenler, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri, ..... kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar". Aynı kanunun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca da "sigortalı işçinin, bu maddede belirtilen ödeme ve hizmetlerden yararlanabilmesi için işten ayrılma bildirgesi ile birlikte hizmet akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma doğrudan başvurması gerekir.

Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür". Bir başka deyişle, kanun koyucu işsizlik ödeneğine hak kazanmayı, işçinin Kuruma başvuruyu "şahsen ve doğrudan" yapması şartına bağlamıştır. Nitekim inceleme konusu yaptığı-

## Kanundaki “şahsen ve doğrudan” yapılacağı ifade edilen başvurunun vekil aracılığıyla ya da posta vb. araçlarla yapılıp yapılamayacağı tartışılmalıdır.

mız kararda da Yargıtay 10. Hukuk Dairesi yerel mahkemece “vekil aracılığıyla İŞKUR’a yapılan başvurunun geçerli olduğu gerekçesiyle hak edilen ödenek miktarının hesabına ilişkin bilirkişi raporu uyarınca davanın kısmen kabulüne” dair verilen kararın bozulmasına karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak da sigortalı işsiz Kurum ile organik bağının teminini sağlamak amacıyla “şahsen ve doğrudan” başvuru koşulunun getirildiğini, somut olayda da davacı sigortalının Kuruma süresi içinde şahsen başvurusu bulunmadığından yerel mahkemece verilen kararın bozulduğu ifade edilmiştir.

Ancak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu bu karar oybirliğiyle değil, oyçokluğuyla verilmiştir. Söz konusu karara karşı iki karşı oy yazısı yazılmıştır. Bunlardan birincisine göre; sigortalı işsiz İŞKUR’a başvurusunda yapacağı işlemler hukuki bilgi ve tecrübeyi gerektirmekte olup, kendisinin usulünce düzenlenen vekaletname ile bu konuda vereceği yetkiye dayalı olarak vekilinden hukuki yardım almasının kaçınılmazlığı açıktır. Bu nedenle, sigortalı işsiz yasal süresi içinde vekili aracılığıyla İŞKUR’a yaptıracığı kayıt işlemi de 4447 sayılı Kanun’un 48 ve 51.maddeleri kapsamında ilgili Kuruma yapılmış geçerli bir başvuru olarak kabul edilecektir.

Diğer karşı oy yazısına göre ise; vekil kendisine verilen vekaletname kapsamında davacı adına Kuruma başvurmuştur. Vekilin bu dayanakla yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları davacıyı bağlayacak ve vekilin yaptığı başvuru davacı için sonuç doğuracaktır. Ayrıca Borçlar Kanunu’nun 32. maddesindeki “temsil” müessesesinin tanımı da dikkate alındığında, vekilin yaptığı hukuki işlemlerden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya davacı müvekkile ait olacaktır. Bundan başka, söz konusu karşı oy yazısına göre, vekil vasıtasıyla Kuruma başvuruyu kabul etmemek, Anayasa’nın 36. maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere gerçekten de kanun koyucu sigortalı işsiz Kuruma şahsen başvurusunu aramaktadır. Doktrinde de söz konusu “şahsen ve doğrudan başvuru” hususu üzerinde durulmuştur<sup>4</sup>. Saraç söz konusu “doğrudan” deyiminden anlaşılması gerekenin “sigortalı işsiz Kuruma bir vekil aracılığı ile olmaksızın ve ayrıca şahsen (mektup, faks vb. ile talepte bulunmadan) başvurması gerektiği” şeklinde olduğunu ifade etmektedir<sup>5</sup>. İfade etmek gerekir ki, incelememizin temel konusunu oluşturan “şahsen ve doğrudan” başvuru hususu, sadece işsizlik ödeneğine hak kazanmak için yapılan ilk başvuru esnasında değil, bazı ülkelerde işsizlik ödeneğine hak kazanıldıktan sonra da devam etmektedir. Zira bu ülkelerde işsiz Kuruma düzenli aralıklarla durumunu bildirmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin Japonya’da dört haftada bir Kuruma başvuru şartı bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ülkemizde böyle bir zorunluluk 4447 sayılı Kanun’da öngörülmemekle birlikte, söz konusu kanunun 52/d maddesinde haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından yapılan çağrılar zamanında cevaplamayan, istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermeyen sigortalı işsizlerin işsizlik ödeneklerinin kesileceği ifade edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki İngiltere gibi bazı ülkelerde Kurumun sigortalının ikametgâhına uzak olması veya sigortalının özürülü olması hallerinde başvurunun postayla yapılmasına izin verilmektedir<sup>7</sup>. 4447 sayılı Kanun’un lafzına bakıldığında ise postayla başvuru bir yana, vekil aracılığıyla bile başvurunun geçerli olmadığı izlenimi doğmaktadır. Zaten Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin incelememize konu olan kararı da bu düşünce doğrultusunda verilmiştir. İşte tam da bu noktada, kanundaki “şahsen ve doğrudan” yapılacağı ifade edilen başvurunun vekil aracılığıyla ya da posta vb. araçlarla yapılıp yapılamayacağı tartışılmalıdır. Bunun için de öncelikle vekil ile müvekkil (sigortalı işsiz) arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır. Müvekkilin vekile temsil yetkisi verdiği belgeye bilindiği üzere “vekaletname” denilmektedir, bu ifadeden iki taraf arasındaki ilişkinin bir vekalet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Oysa her ne kadar Borçlar Kanunu’ndaki vekalet akdine ilişkin hükümlerin kullanılabileceği bir kendine özgü sözleşme ile karşı

karşıya bulunulmakta ise de, söz konusu sözleşme şeklinin hükümlerini uygulamanın yeterli olmadığı durumlar da bulunabilmektedir<sup>8</sup>. Doktrinde de ifade edildiği üzere vekalet (temsil yetkisi) verilmesi tek taraflı bir hukuki işlemdir ve vekalet verenin tek taraflı bir irade beyanıyla olur. Bu çerçevede, söz konusu belgeye “vekaletname” değil, ancak “temsil belgesi” denilmesi daha doğru olabilirdi. Bu anlamda vekil ile müvekkil arasındaki ilişkiyi; kamusal özellikleri olan, vekalet sözleşmesine benzer nitelikler taşıyan, bu sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmek mümkündür ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespitinde Avukatlık Kanunu yanında Borçlar Kanunu’nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerini yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulamak imkan dahilindedir<sup>10</sup>. Ancak eklemek gerekir ki, temsil yetkisi anlamında vekalet verilmesi üçüncü kişilere ve mahkemeye karşı vekilin müvekkilini temsil etmeye yetkili olduğunu göstermektedir. Borçlar Kanunu dahilindeki vekalet sözleşmesi ise taraflar arasındaki ilişkiyi tanımlamaktadır<sup>11</sup>.

Görüldüğü üzere, vekil-müvekkil ilişkisinde tek taraflı bir irade beyanıyla esasen temsil yetkisi verilmektedir ve mümessil temsil edilen adına hukuki işlem yapmaya yetkili kılınmaktadır<sup>12</sup>. İncelememize konu olan Yargıtay kararındaki ilişkide temsil yetkisi bir hukuki işlem ile verilmektedir ve yetkinin kapsam ve sınırı da bu hukuki işlemde gösterilmektedir. İkinci karşı oy yazısından anlaşıldığı üzere, dosyadaki mevcut vekaletnamenin incelenmesinden, davacının vekiline “başvuru” için yetki verdiği hususunda açıklık olduğu anlaşılmaktadır. Genel vekaletname ile, BK. md. 388/3’te özel yetki gerektiren işlemler dışında bütün işlemleri müvekkil adına yapma yetkisi verilebilmektedir. Söz konusu maddeye göre; özel bir yetkiyi taşımadıkça vekil dava açamaz, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, başlatabilmez, bir taşınmazı temlik veya hak ile sınırlayamaz. Bu anlamda, “benim adıma bütün hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir” şeklinde verilecek bir genel yetki, mümessili söz konusu işlemleri yapmaya yetkili kılmayacaktır. Özel yetki isteyen haller bunlar dışında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 63. maddesinde de belirtilmektedir. Buna göre; “sarahaten mezuniyet verilmemişse vekil

sulh olamaz ve aharı tahkim veya ibra ve davadan hiçbir suretle feragat veya hasmın davasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûmünbihi kabız ve haczi fekkedemez. Yeminin kabul veya reddini beyan için salahiyyet ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleye ittıla kesbettikten sonra verilebilir”.

Gerek BK. md. 388/3’te gerekse HUMK md. 63’te ancak özel yetkiyle yapılabilecek işlemler sayılmaktadır ve işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için yapılan başvuru türü işlemler, sayılan hususlar içinde bulunmamaktadır. Bu nedenle genel vekaletname vasıtasıyla dahi vekilin müvekkili adına işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için başvuruda bulunabileceği sonucuna varılabilir gibi bir izlenim doğmaktadır. Ne var ki, özel yetkinin verilmesini gerektiren haller, gerek söz konusu kanunların ilgili maddelerinde gerekse Yargıtay uygulamasında sınırlayıcı olmayacak şekilde belirlenmiştir<sup>13</sup>. Bu nedenle, 4447 sayılı Kanun’un 48. ve 51. maddelerinin düzenlenme şekline baktığımızda ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin inceleme konumuz olan kararında da ifade edilen gerekçeler dikkate alındığında, söz konusu “başvuru” için de müvekkilin vekile vekaletnamede özel bir yetki vermesinin gerekli ve yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Bu anlamda, Yargıtay’ın incelememize konu olan kararındaki “başvuru” konusunda, her ne kadar “şahsen ve doğrudan” deyimini kullanılsa da, burada posta, mektup, faks vb. yöntemlerin kastedildiğini ve bu şekiller ile yapılacak başvuruların geçerli olamayacağını düşünüyoruz. Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere incelemeye konu olan hususta sigortalı işsiz vekiline vermiş olduğu genel vekaletnamede “başvuru için özel yetki” tanıdığı görülmektedir. Vekaletnamede böyle bir kapsam belirlenmeseydi, o zaman da işin niteliğine bakmak gerekecekti. BK. md. 388/2’ye göre vekil işin gerektirdiği temsil yetkisine dayanarak müvekkil adına gerekli sözleşme ve diğer hukuki işlemleri yapabilecektir. Bu hususu saptarken de yine vekaletnamenin verilmiş biçimine bakmak gerekecektir<sup>14</sup>.

Eklemek gerekir ki söz konusu “başvuru” işlemi, evlenme, nişanlanma, evlat edinme gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemler arasında da değerlendirilemeyecek ve kişinin mutlaka kendisinin işlemi

yapması gerekmeyecektir. Elbette burada önemli olan husus, genel vekaletnamesine dayanarak hukuki bir işlemde bulunan vekilin vekalet verenin zararına hareket etmemesidir.

Nihayet böyle bir sonuca ulaşmamızda Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi de yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Buna göre;

“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler”.

Görüldüğü üzere, avukatlar vekaletnamelerine dayanarak tüm resmi dairelerdeki işleri takip etme yetkisine de sahiptirler. Bu nedenle, İŞKUR'a yapılacak olan söz konusu başvurunun da bu çerçevede düşünülmesi ve vekilin müvekkilini temsilen yapacağı başvurunun da şahsen yapılmış bir başvuru olarak değer kazanması gerektiği düşüncesinde olup, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin oyçokluğuyla vermiş olduğu karara katılmıyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Demir, F./Erdut, Z.: “Batı Ülkelerinde İşsizlik Sigortasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması”, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s. 399.
- 2 Başterzi, S.: İşsizlik Sigortası, Ankara, 1996, s. 206.
- 3 Reisoğlu, Safa: 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976, s. 21.
- 4 Tuncay, C./Ekmekçi, Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul, 2005, s. 394; Güzel, A./Okur, A. R.: Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2004, s. 452; Güzel, A.: “4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası”, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara, 2000, s. 837; Taşdelen, N./Okur, Z.: “Dünya'da İşsizlik Sigortası Uygulamaları ve Türkiye Uygulaması”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul, 2001, s. 1928.
- 5 Saraç, C.: Sosyal Sigorta Ödenekleri, İzmir, 2005, s. 174.
- 6 Taşdelen/Okur, s. 1928.
- 7 Başterzi, s. 185.
- 8 Sungurtekin, M.: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1995, s. 112.
- 9 Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, 4.Bası, Ankara, 1992, s. 229.
- 10 Sungurtekin, s. 115.
- 11 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 229-230.
- 12 Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul, 1990, s. 121.

13 Kaçak, N.: Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve ilgili Mevzuat, Ankara, 2001, s. 135.

14 Zevkliler, A.: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Ankara, 1994, s. 229.

## KAYNAKÇA

- Başterzi, S.: İşsizlik Sigortası, Ankara, 1996.
- Demir, F./Erdut, Z.: Batı Ülkelerinde İşsizlik Sigortasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993.
- Güzel, A.: 4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara, 2000.
- Güzel, A./Okur, A.R.: Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2004.
- Kaçak, N.: Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve ilgili Mevzuat, Ankara, 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 1992.
- Reisoğlu, Safa: 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul, 1990.
- Saraç, C.: Sosyal Sigorta Ödenekleri, İzmir, 2005.
- Sungurtekin, M.: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1995.
- Taşdelen, N./Okur, Z.: Dünya'da İşsizlik Sigortası Uygulamaları ve Türkiye Uygulaması, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul, 2001.
- Tuncay, C./Ekmekçi, Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul, 2005.
- Zevkliler, A.: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Ankara, 1994.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Kabahatler Kanunu Değişikliği İdari Para Cezaları Bakımından Neyi Değiştirdi?

## I. GİRİŞ

Kanunkoyucu 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un bazı maddeleri (md. 31, 32, 33, 34, 35 ve 36) ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda bazı değişikliklere gitmiş olup, bu değişiklikler hukuken yürürlüğe de girmiştir. Anılan değişikliklerin bilhassa idari para cezası tarzındaki idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu ve merci-i ile Kabahatler Yasası'nın idari yaptırım ve kanun yolu öngören diğer yasalar karşısındaki konumu bakımından önem taşıdığı görülür. Bu yüzden incelenmesinde yarar olduğunu düşünüyoruz. Gerçi kanun koyma sanatının hiç de iç açıcı bir ürünü olmayan Kabahatler Kanunu hakkındaki (diğerleri bir yana) bizim incelemelerimiz dahi pehlivan tefrikası gibi uzadıkça uzamaktadır. Ama bunda anılan yasa çerçevesinde yaşanan gelişmelerin de rolü olduğu açıktır. İşte bu yeni incelememiz de 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda konu irdelenirken öncelikle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde yaşanan gelişmeleri sırayla sunup sonrasında problemi ortaya koyacak ve nihayetinde kişisel çözüm önerimizi dile getirmeye çalışacağız.

## II. KABAHAHLER KANUNU ÇERÇEVESİNDE YAŞANAN GELİŞMELER

Bilindiği üzere hukukun diğer alanları gibi iş ve sosyal güvenlik hukukunda da evelden 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 görevlendirilmişti. Çeşitlilik içerse de sistem böyle devam ederken, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılarak 01.06.2005'ten 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. (KabK.2 vd., 27-29) Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun diğer yasalardaki kabahatler bakımından da "genel kanun" niteliği taşıdığından söz edilmişti. (KabK.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>1</sup>. Tartışma sadece öğretisel olmayıp idare mahkemeleriyle ceza mahkemeleri arasında da yaşanıyordu. Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla buna katılmaktaydı. Tartışmalar böylece devam ederken bu kez Anayasa Mahkemesi de 01.03.2006'da verdiği bir kararla Kabahatler Kanunu'nun kimi hükümlerini iptal ederek olaya yeni bir boyut kazandırmıştır. (AYM. 01.03.2006-E.2005/108, K.2006/35). Söz konusu AYM kararında özetle şunlardan söz edilmekteydi:

1. Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine vesile olan şey, birisi Ağır Ceza Mahkemesi (Giresun Ağır Ceza Mahkemesi) ve 11'i Sulh Ceza Mahkemesi ve nihayet birisi de İdare Mahkemesi (Malatya Bölge İdare Mahkemesi) olmak üzere toplam 13 yerel mahkemenin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çeşitli (3, 23/1, 24/1, 27/1, 28, 29, Geç. 2, Geç. 3) maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye başvurmalarıydı. Anılan mahkemelerin Kabahatler Kanunu'nun 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, Kabahatler Kanunu 29, Geç. Md. 2 ve Geç. Md. 3 için yapılan başvuruların "başvuran mahkemelerin yetkisizliği" nedeniyle oybirliğiyle "reddi"ne karar vermiştir. (AYM kararı IV). Sonra işin esasına geçen AYM; Kabahatler Kanunu'nun 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 Kabahatler Kanunu hükümlerini ele alan AYM sırasıyla, Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğinden ve diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağından söz eden maddesini (Kabahatler Kanunu md.3) Anayasa'ya aykırı bularak ve oyçokluğuyla iptal etmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse AYM, Anayasa'nın adli yargı-idari yargı ayrımını yaptığını ve bu çerçevede "idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargıya ait olduğu"nu, kanun koyucunun da idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargıyı görevlen-

dirme hususunda geniş takdir hakkının bulunmadığını dile getirmiştir. AYM; basit nitelikteki suçlar hakkında idari yargı görevlendirmesini, 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 yaptırımı içermesine bakılarak idari yargı alanından çıkarılıp adli yargıya bırakılmasını" Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

4. Cumhuriyet Savcısı'nın 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 oy çokluğuyla karar verilmiştir. Bu yapılırken de Kabahatler Kanunu'nun "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. Kabahatler Kanunu madde 3'e yönelik iptal kararınca AYM kararının RG'de yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesi oybirliğiyle karara bağlanmıştır (AYM kararı - IX/C). Karar 22.07.2006'da RG'de yayımlanmış olup 22.01.2007'de yürürlüğe girecekti.

7. Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu ile ilgili bu karardan sonra da yine Kabahatler Kanunu 3, 27 ve 28. maddeleriyle ilgili kararlar vermiştir (AYM 09.03.2006-E.2006/34, K.2006/47). Bu iki kararda da Kabahatler Kanunu md. 27/1 hükmünün ve ikinci karardaysa ayrıca Kabahatler Kanunu md. 28 hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı benimsenmiştir (RG 06.10.2006 - 26311). Keza daha sonraki tarihte de yine AYM bir karar vermiştir (AYM. 05.09.2006 - E. 2006/12, K.2006/84 - RG 03.11.2006). Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi'nin (5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 21'deki

## Kabahatler Kanunu md. 3'ün 5560 sayılı Kanun'la değişik yeni metninde yasanın genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı yönündeki genel ifadeye yer verilmemiştir.

düzenleme bağlamında) yaptığı başvuru üzerine verilen bu karardaysa;

a) Kabahatler Kanunu md. 3 daha önceden iptal edildiğinden buna ilişkin isteğin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddine,

b) Kabahatler Kanunu md. 27/1 ile md. 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).

Biz Kabahatler Kanunu md. 3'ü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı AYM kararına ilişkin bir yazımızda anılan kararı ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiş ve aslında iptal edilen hükmün (KabK. 3) AYM'nin ifade ettiği manada Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştik. Bizce anılan hüküm gerçekte Anayasa'da yazılı kurallardan hiçbirisine aykırı değildi. Sadece kanun koyucunun yargı mercilerini belirlerken o ana dek izlediği teamüle aykırı gözüktüğünü belirtmiş ve yapılacak yasa değişikliği açısından da bazı önerilerde bulunmuştuk. Ancak Kabahatler Kanunu md.3 hükmünün iptalini yine de olumlu bulduğumuzu da belirtmiştik<sup>2</sup>.

8. AYM'nin Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararının (RG'de yayımından itibaren 6 ay sonrası olan) 22.01.2007'de yürürlüğe girmesi beklenirken, bu kez 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun çıkarılarak Kabahatler Kanunu'nda (md. 3 dahil) çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler yasanın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih olan 19.12.2006'dan itibaren yürürlüğe gir-

miştir (5560 sayılı K. Md.46). Böylece 01.03.2006 tarihli AYM kararı da (iptal kararının yürürlüğe girmesinden evvel Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü değiştirildiğinden) anlamını yitirmiştir denilebilir. Biz 5560 sayılı Yasa'yla söz konusu değişikliklerin tümünü değil idari para cezalarıyla ilgili olanları ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

### III. 5560 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda 5560 sayılı Kanun'la yapılan konumuzla ilgili değişiklikleri şöyle sunabiliriz.

#### 1. Kabahatler Kanunu'nun Genel Kanun Niteliği ve Kanunyolu Bakımından:

Bilindiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ilk ve iptale konu olan metninde Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğinden söz ettiği gibi genel hükümlerinin (ki bunlar md. 1-31 arasındaki hükümlerdir) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını belirtiyordu (KabK. 3'ün ilk hali). Bu durum ise Kabahatler Kanunu'nun bu hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasa (konumuz itibariyle İş Kanunu) hükümlerini böylece değiştirip değiştirmediği tartışmalarına yola açmıştı. Bizce anılan hüküm diğer yasalarda ve özellikle de 4857 sayılı İş Kanunu'nun idari para cezalarıyla ilgili hükümlerinde açık veya örtülü herhangi bir değişikliğe yol açmamıştı. Kabahatler Kanunu'nun işlevi sadece İş Kanunu'ndaki (ve diğer yasalarda ki) hükümleri tamamlayıcı, onlardaki boşlukları doldurucu şekildeydi. Kabahatler Kanunu'ndan sonra 5378 sayılı Kanun'la İş Kanunu 108/1'de yapılan değişiklik de bu savımızı doğruluyordu<sup>3</sup>. Ancak öğretilerde<sup>4</sup> ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında<sup>5</sup> Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün İş Kanunu dahil idari para cezası (idari yaptırım) öngören tüm diğer yasalarda değişiklik yaptığı yönünde bir düşüncede benimsenmişti. 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un md. 31 hükmüyle Kabahatler Kanunu'nun 3. madde hükmü değiştirilerek şu hale getirilmiştir.

*“Madde 3: (1) Bu kanunun;*

*a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*

*b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası ve-*



*ya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”*

Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu md. 3'ün 5560 sayılı Kanunla değişik yeni (ve 19.12.2006'dan itibaren yürürlükte olan) metni birbirinden farklıdır. Öyleki, her şeyden evvel yasanın genel hükümlerinin (md. 1-31) diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı yönündeki genel ifadeye artık yer verilmemiştir. Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin hükümleri (md. 27-31) artık diğer yasalardaki idari yaptırımlar için hemen uygulanamayacak, ancak onlarda Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından başka bir yol öngören hüküm bulunmadığı takdirde uygulanabilecektir. Eğer ilgili diğer yasalarda idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanunyolu konusunda Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm varsa, Kabahatler Kanunu'nun kanunyoluna ait hükümleri (KabK. 27-31) o idari yaptırım kararı için uygulanamayacak, ilgili yasadaki özel düzenleme uygulanacaktır. Bu önemli bir gelişmedir ve eski Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünden daha isabetli bir düzenlemedir. Ancak, bu yeni hükmün uygulanması bağlamında önemli bazı sorunlara dikkat çekmek gerekir.

Öyle ki,

a) 5560 sayılı Kanun'la yapılan söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten (19.12.2006'dan) itibaren çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından farklı hükümlere yer veren yasalar çerçevesindeki idari yaptırım kararlarına karşı kanunyolu olarak Kabahatler Kanunu'ndaki değil, ilgili yasalardaki farklı hükümlerin uygulanacağında tereddüt yoktur.

b) Ancak, 5560 sayılı Kanun'la getirilen değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce çıkarılıp yürürlüğe konulan ve Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yolu hükümlerinden farklı hükümler taşıyan yasalar açısından durum nazikliğini korumaktadır. AYM'nin Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünü iptal eden kararında yürütmeyi durdurma talebini reddettiği de dikkate alınınca Kabahatler Kanunu 3'ün eski halinin 5560 sayılı Kanun'la değiştirilene (19.12.2006'ya) kadar yürürlükte kaldığı da gerçektir. Şüphesiz bu önemli bir veridir ve ayrıca değerlendirme yapılırken 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin Kabahatler

## 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından farklı hükümlere yer veren yasalar çerçevesindeki idari yaptırım kararlarına karşı kanunyolu olarak ilgili yasalardaki hükümler uygulanacaktır.

Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine kadar geriye (önceye) etkili kılınmadığı da gözden irak tutulmamalıdır.

Hal böyle olunca bizce çözüm, 01.06.2005'te yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasalarda herhangi bir değişiklik yapıp yapmadığı noktasına bağlıdır ve bu nokta tartışmalıdır. Şöyleki;

● Eğer Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün anılan yasalarda değişiklik yaptığı kabul edilirse (ki öğretinin bir kısmı ile Uyuşmazlık Mahkemesi bu kanıdadır), Kabahatler Kanunu md. 3'ün ilk metni onlardaki hükümleri yürürlükten kaldırmış ve onların yerini Kabahatler Kanunu hükümleri almıştır<sup>6</sup>. Bu durum 19.12.2006'ya dek devam edip bu tarihte 5560 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. 5560 sayılı Kanun'la değişik metin diğer yasalardaki (kanunyolu bakımından) farklı hükümlere saygı duyup onlara ilişmemektedir. Fakat maalesef bu yeni durum geçmişe etkili olmayıp 19.12.2006'dan itibaren geçerli olduğundan 01.06.2005'den önce çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndan farklılık öngören diğer yasa hükümlerini canlandıramamaktadır. O halde bu anlayış çerçevesinde, Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ait hükümleri (KabK. 27-31) yine tüm içeriğiyle uygulanacak demektir. Zira o yasalarda (01.06.2005'de Kabahatler Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından) artık Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm yoktur. Eğer bu düşünce içinde kalınırsa, İş Kanunu'nun idari para cezasına karşı kanun yollarıyla ilgili md. 108 hükmü de artık mevcut olmadığından Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri (KabK. 27-31) yine tümüyle İş Kanunu bakımından da uygu-

lanmaya devam edilecek demektir. Yani yine idari para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvuru ve Ağır Ceza Mahkemesi'ne de itiraz yoluna gidilecektir.

● Buna karşın önceden beri savunduğumuz gibi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005'ten itibaren idari para cezası (idari yaptırım) kararı ve buna yönelik kanun yolu öngören diğer yasalarda (konumuz bakımındansa 4857 sayılı İş Kanunu'nda) açık veya örtülü herhangi bir değişiklik yapmadığı kabul edilirse, durum ve çözüm farklı olacaktır. Zira Kabahatler Kanunu md. 3'ün ilk metni idari yaptırım öngören diğer yasalarda değişiklik yapmamış, onların ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmamıştır dersenir, anılan yasalardaki kurallar Kabahatler Kanunu md.3'ün ilk hükmü mevcutken de yürürlükte ve AYM'nin iptal kararından etkilenmeyeceği gibi<sup>7</sup> 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası zaten yürürlüğünü sürdürecektir demektir. Çünkü, yukarıda da dile getirildiği gibi 5560 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme, idari yaptırım kararlarına karşı kanunyolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir (KabK. 3/a). Bu cümleden olarak diyebilirizki, iptal edilen ve değiştirilen Kabahatler Kanunu md.3 hükmü bilhassa 4857 sayılı İş Kanunu 108'de idari para cezalarına karşı öngörülen "idare mahkemesinde itiraz yolu"nu yürürlükten kaldırmamıştı. Zira anılan hükmün (ve diğer yasalardaki ilgili hükümlerin) yürürlükten kaldırıldığına dair açık bir hükme Kabahatler Kanunu'nda yer verilmemişti. Örtülü bir yürürlükten kaldırma ise işin doğası gereği gündeme gelemezdi. Çünkü, sonraki tarihli bir kanunun önceki tarihli bir kanunu örtülü biçimde yürürlükten kaldırabilmesi için her iki yasanın da aynı nitelikte olması gerekirdi. Oysa Kabahatler Kanunu bizzat kendi ifadesiyle genel kanun (KabK. 3) iken 4857 sayılı İş Kanunu (ve diğer ilgili yasalar) ise özel bir kanundur. Yahut bir başka deyişle Kabahatler Kanunu md. 3 vd. hükümleri "genel hüküm", İş Kanunu 108 (ve ilgili diğer yasalardaki hükümler) ise "özel hüküm"dür. Dolayısıyla sırf 4857 sayılı İş Kanunu'ndan sonra çıkarıldı diye Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü İş Kanunu hükmünü örtülü biçimde de yürürlükten kaldırmamıştı. Hatta İş Kanunu 108 hükmünde Kabahatler Kanunu'ndan sonra çıkarılan bir yasa olan 5378 sayılı Kanun'la 07.07.2005'ten itibaren değişiklik yapılırken kullanı-

lan yasal ifadeler de Kabahatler Kanunu'nun İş Kanunu 108'de herhangi bir değişikliğe yol açmadığını anlatmaktadır<sup>8</sup>. Durum böyle olunca, Kabahatler Kanunu md. 3'te 19.12.2006'dan itibaren 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ise idari yaptırım kararlarına karşı kanunyolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirttiğinden, İş Kanunu 108'deki kanunyolu (idare mahkemesinde itiraz) halen yürürlükte. Dolayısıyla İş Kanunu çerçevesindeki bir idari para cezasına karşı ilgilinin İş Kanunu 108 hükmünden hareketle idare mahkemesinde itiraz etmesi gerekir. Kabahatler Kanunu md. 27-31 çerçevesinde Sulh Ceza veya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gitmesi isabetli düşmez.

## 2. Kanunyolu Dışındaki Hükümler Bakımından:

Kabahatler Kanunu md. 3'ün 5560 sayılı Kanun ile değişik metni, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararına karşı gidilecek kanunyolu dışındaki genel hükümlerininse, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağını belirtmektedir (KabK. 3/b). Bu hüküm tümüyle yenidir ve bu konulardaki Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin diğer yasalarda farklı hükümler bulunsa bile uygulanacağını anlatacak kadar sert bir ifadeye sahipmiş gibi gözükmektedir.

## 3. Diğer Değişiklikler:

a) 5560 sayılı Kanun'un Kabahatler Kanunu'nda yol açtığı değişikliklerden idari para cezalarıyla ilgili olanlar içinde idari para cezalarının hangi bütçeye gelir kaydedileceğine dair de hüküm getirilmiştir (KabK. 17/3).

b) Kabahatler Kanunu md. 17/4 hükmünde de değişikliğe gidilerek idari para cezalarının nasıl tahsil edileceği de cezayı veren kuruma ve cezanın hangi bütçeye gelir kaydedileceğine bakılarak eskisinden biraz farklı düzenlenmiştir (KabK. 17/4). Oysa Kabahatler Kanunu md. 17/4'ün eski metninde kesinleşen idari para cezası kararının derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verileceği ve 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edileceğinden söz ediliyordu. O halde yeni düzenleme bu noktada farklılık içermektedir. Keza 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin önemli bir yanı, tahsil edilen idari para cezasının kanunla belirlenen bir

oranının ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılacağını öngören hükmü de yürürlükten kaldırmasıdır. Ama getirilen yeni düzenlemede sanki cezayı veren kamu kuruluşunca tahsilat yoluyla kendi bütçesine girdirme imkânı da tanınmıştır denilebilir (KabK. 17/4).

c) İdari yaptırımlarla ilgili soruşturma zamanlaşımıyla ilgili hükümde de değişikliğe gidilmiştir (KabK. 20/2). Buradaki değişiklik Kabahatler Kanunu md. 20/2.c ve d bentlerindedir ve Yasa'dan 20/2-d bendi çıkarılıp 20/2-c bendinde ise değişiklik yapılmıştır. Yeni metne göre "ellibin Türk lira-sından az idari para cezasını gerektiren kabahatlerde soruşturma zamanlaşımı" 3 yıl olarak belirlenmiştir (KabK. 20/2-c). Önceden yirmibin TL.'ye kadar olanlarda 2 yıl (eski KabK. 20/2-d) ve yirmibin-ellibin TL. arası içinse 3 yıl (eski KabK. 20/2-c) zamanlaşımı öngörülmüştü.

rarının "hukuka aykırılık iddiaları"nın karara bağlayabileceğidir. Herhalde hukuka aykırı gördüğü idari yaptırım kararını da iptal edecektir. Fakat burada idari yargı idari yaptırım kararını tek başına alıp yargılayamamakta onunla birlikte yapılan ve idari yargının görevine giren başka bir idari kararın iptaline yönelik taleple birlikte yargılayabilmektedir.

e) 5560 sayılı Kanun Kabahatler Kanunu md. 28 hükmüne 8. fıkradan sonra gelecek tarzda bir fıkra daha eklemiş ve böylece anılan maddedeki fıkra numaraları da buna göre teselsül ettirilmiştir (KabK. 28/9). Neden getirildiği bazı tereddütler uyandırabilecek bu yeni fıkra aynen şöyledir; "idari para cezasının alt ve üst sınırının gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idari para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak

## Kabahatler Kanunu ile idari yargı yerinin bile idari yaptırım kararını inceleyip karara bağlaması mümkün hale getirilmiştir.

d) 5560 sayılı Yasa'nın Kabahatler Kanunu'nda yaptığı diğer bir değişiklik ise md. 27'ye f. 6, 7, 8 şeklinde 3 yeni fıkrayı eklemesidir. Anılan yeni fıkralar incelendiğinde, idari yaptırım kararına karşı başvurunun incelenme yeri başka bir mahkeme olabilmektedir (KabK. 27/6). Keza idari yaptırım kararına itirazın da yine başka mahkemede ve belki de Yargıtay'da incelenip sonuçlandırımı da gündeme gelebilir (KabK. 27/3). Hatta ilginç bir husus; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişiyle ilgili olarak idari yargının görevine giren karar(lar)da verilmişse, bu durumda idari yaptırım kararının hukuka aykırılığı iddiasının da o işlemin iptaliyle birlikte idari yargı merciinde görüleceğidir (KabK. 27/8).

Dolayısıyla idari yaptırım kararına karşı başvurulabilecek kanunyolları ve yargı merciinde de eskinden farklı olarak bazı değişiklikler söz konusudur. Duruma göre başvuru (KabK. 27/6) ve itiraz (KabK. 27/7) kanunyolu için duruma göre belki Yargıtay bile görevli olabilmektedir. Keza idari yargı yerinin bile idari yaptırım kararını inceleyip karara bağlaması mümkün hale getirilmiştir (KabK. 27/8). Yalnız bu son halin ilginç yanı, idari yargının başvuru veya itirazı değil idari yaptırım ka-

da başvurunun kabulüne karar verebilir." (KabK. 28/9). Kabahatler Kanunu md. 28'de "başvuru" yoluyla ilgili hükümler incelendiğinde idari para cezasına karşı başvuru yoluna gidebilmenin idari para cezasının miktarıyla ilgili olmadığı görülür. Bu yüzden mahkemenin alt ve üst sınırı yasadaki gösterilen idari para cezasına karşı başvuruyu onun miktarında değişiklik yaparak da kabulüne karar vermesi, bu bağlamda bir öneme sahip değildir. Sadece başvuru üzerine mahkemece verilecek kararlardan (KabK. 28/8) birinin de "idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak başvurunun kabulüne" tarzında olabileceğini gösterir. Yani mahkeme idari para cezasına karşı başvuru halinde, (eğer o, idari para cezasının alt ve üst sınırları kanunda gösterilen bir kabahat vesilesiyle verilmişse) idari para cezasının idari yaptırım kararında belirtilen miktarını değiştirerek de başvurunun kabulüne karar verebilecektir. Demekki bu bir zorunluluk değil mahkemeye tanınan bir imkândır ve mahkeme başvuruyu kabul edip idari para cezasını iptal edebileceği gibi yine kabul edip haklı görmekle birlikte idari para cezası (idari yaptırım) kararını tümünden iptal etmek yerine (yasadaki alt ve üst sınırlar çerçevesinde) miktarını değiştiren bir

karar da verebilir. Bu durumda başvurunun haklılığı idari para cezasının miktarında değişiklik sağlamaktan öteye gitmez. Yalnız mahkemenin miktarda değişiklik yaparak başvuruyu kabul imkânı (kararı) idarece idari yaptırım kararında belirtilen miktarın indirimini sağlayabilmeli, ondan daha yükseğe çıkarmaya imkân vermemelidir, denilebilir.

Keza Mahkemece miktar değiştirilerek başvurunun kabulü kararı halinde buna karşı itiraz için 2000 TL'lik sınırın (KabK. 28/10) mahkeme kararında gösterilen miktara göre değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de önem taşır.

f) 5560 sayılı Yasa'nın getirdiği son değişiklik Kabahatler Kanunu'nun Geçici Md. 1 hükmüne "Bu kanunda" ibaresinden sonra gelecek şekilde "ve Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren diğer kanunlardaki idari para cezaları ile ilgili olarak" biçimindeki eklemidir (KabK. Geçici Md. 1). Böylece sadece Kabahatler Kanunu çerçevesinde değil 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe giren diğer yasalardaki idari para cezalarının da TL. olarak yasa geçse de 5083 sayılı Kanun uyarınca ülkemizde tedavüldeki Türk Lirası YTL. olarak adlandırıldığı sürece YTL. ibaresiyle anılacağı belirtilmiştir.

#### IV. SONUÇ

5560 sayılı Kanun, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda AYM'nin Md. 3'ü iptal kararının da tetiklemeyle bazı değişiklikler yapmış ve bu değişiklikler 19.12.2006'dan itibaren yürürlüğe girmiştir. Bunlardan en önemlisi Kabahatler Kanunu md.3'te yapılan değişiklik olup gönül isterdi ki böylesi düzenleme keşke Kabahatler Kanunu md. 3'ün 01.06.2005'te yürürlüğe giren ilk metninde yer alsaydı. O zaman Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün AYM'nce iptali de gündeme gelmeyecekti. Fakat yine de geç de olsa bu yeni metni olumlu bir tavır olarak görüyoruz. Bununla birlikte yeni metin dahi 01.06.2005'ten değil 19.12.2006'dan itibaren yürürlüğe girdiğinden, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu ve görevli yargı yeri noktasında 01.06.2005'ten beri yaşanan tartışmaları kesin bir biçimde sonlandıramamıştır. Sorun yine uyumsuzluklara neden olabilecek ve çözümü de yine idari yaptırım (bizim açımızdan idari para cezası) ve buna karşı farklı kanun yolu öngören diğer yasa hükümlerinin 01.06.2005'ten itibaren Kabahatler Ka-

nunu md.3'ün iptal edilen (ve 19.12.2006'da da değiştirilen) hükmüyle yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığına bağlıdır. Bu ise tartışmalıdır. Bizce böyle bir yürürlükten kaldırma (bilhassa İş Kanunu md.108 bakımından) kabul edilemez gözükmektedir.

5560 sayılı Yasa'nın getirdiği diğer değişiklikler bizce bu nokta kadar önemli değildir ve yukarıda belirtilmiştir.

#### DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 186 vd. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II. 2. Bası, Ankara 2006, Md. 108, 2240 vd., 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 İşvn. Gzt. Ocak 2006,12. Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran. 2006, 23-29.
- 2 Bkz. Akyiğit Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006 189 vd. Yine bu AYM kararına yönelik değerlendirmeler için bkz. E. Cılga, Kabahatler Kanunu'na Anayasa Mahkemesinden İptal, MESS İşvn. Gzt. Eylül 2006, G. M. Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, THD/Kasım 2006, (sy. 3) 63-68
- 3 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 193 vd., Akyiğit, İşK. 108, 2244 vd., Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 23-29, Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189-194.
- 4 Bkz. Ö. Ekmekçi, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, ÇİD. Eylül 2005, 49-54., Şahlanan, Sicil/Mart 2006, 5-15, Gülan, Sicil/Mart 2006, 159-164.
- 5 Bkz. UYM'nin 28.11.2005 ve 07.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararları.
- 6 Bu yönde öğretisi olarak bkz. 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 Kanunundan 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. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları içinse bkz. 28.11.2005 tarihli Resmi Gazete ile 07.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararlar.
- 7 Bkz. Akyiğit, Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, 190-194.
- 8 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 193 vd., Akyiğit, İş Kanunu 108-2240, Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 22-29, Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189-194.

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ

Uludađ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İŞletmelerin Rekabet Gücü Açısından İstihdam Üzerindeki Yükler ve Yeni Kanunda Çalışanların Vergilendirilmesine Getirilen Değişiklikler

Hükümet yetkilileri tarafından çeşitli zaman ve platformlarda dillendirilen ücret geliri elde edenlerin vergilendirilmesinde kısmi değişiklikler içeren düzenlemelerin hayata geçirilmesi açısından, bu konuda hazırlanan kanunla bir adım atılmıştır. Bu yazının konusu, ülkemizde istihdam üzerindeki vergi yükünün işletmelerin ulusal ve uluslararası rekabet üzerindeki etkilerinin kısa bir değerlendirmesinin yapılarak, bu kesimin vergilendirilmesi açısından 5588 sayılı Kanun<sup>1</sup> getirilen değişiklikleri ele alıp açıklamak ve beklentilerin karşılanması konusunda görüşler ortaya koymaktır.

## 1- Kamusal Yükler Karşısında Uluslararası Rekabet Gücü

Ülkelerin birbirlerine mal veya hizmet satmalarında ve karşı ülke pazarlarında yer almalarında, fiyat ve kalite açısından rekabet edebilme en temel faktördür. Rekabet edebilmenin karakterinde ürünlerin daha düşük maliyetle daha düşük üretmesinin var olduğu bilinir. Bu çerçevede müteşebbisler

açısından, nereden bakılırsa bakılsın, maliyetlerle sıkı ilişkisi bulunması nedeniyle rekabet gücünün belirlenmesinde vergi, başta gelen unsurlardandır.

Müteşebbislerin maliyetlere ve rekabete karşı tutumunu bilen ve kavrayan ülkeler günümüzde bir yandan vergi yüklerini gizli veya açık şekilde azaltma yarışı yaparken, diğer taraftan da çeşitli bahanelerle görünür ve görünmez teşvik politikalarını yürürlüğe sokmaktadırlar. Hatta bu o kadar ileri noktalara gitmiştir ki, Őu anda sıfır veya sıfıra yakın vergi uygulamaları nedeniyle haksız vergi rekabeti yarattığı ileri sürülen vergi cennetlerinin ortaya çıkmasına sebep olunmuştur.

Her ülke sermayeyi, dolayısıyla yatırımları kendi ülkesine çekerek milli gelirini artırma mücadelesi verirken, vergi rekabeti de varlığını az veya çok sürdürecektir. Bazı uluslararası anlaşmalarla haksız rekabette verginin etkisi azaltılmaya çalışılsa da, ortadan kaldırılması hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Çünkü, maliyetlere duyarlı olan vergi, işletmeler için ekonomik bir refleks olarak algılanmaktadır. Aksi takdirde rekabet edemeyen ve

sonuçta rekabete yenik düşen bir ekonomi ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Yurtdışındakilere göre sosyal güvenlik primleri ile birlikte vergi yükleri nedeniyle uluslararası rekabette güç kaybeden mükelleflere bir de yurt içindeki vergi kaçırıcı ve kayıtdışı ekonomi içinde yer alan firmaların haksız rekabeti eklenince, hareket alanı önemli ölçüde daralmakta ve baş edilemez hale gelmektedir. Sonuçta yatırımcı rekabet edebilme pusulası içinde sermayenin kaçışı şeklinde ortaya çıkan yatırımlarını kamusal yükler açısından rahat olan ülkelere kaydırma yönünde ekonomik refleksini göstermektedir. Bu durumda kaybeden; genel açıdan ülke, özel açıdan o ülkede istihdam edilmeyi bekleyenler olmaktadır.

Ülkemizin vergi yapısını özellikle rakip konumundaki ülkelerin vergi yapıları ile uyumlaştırmak kaçınılmazdır. Bizde vergi yükleri fazlayken hiç kimsenin ekonomi dışı nedenler ve kuru sözlerle ülke içinde üretim yapmalarını beklemek ve ülkemizin cazibe merkezi olacağını söylemek, iş adamlarını ikna etmek adına gerçekçi değildir. Bilinmelidir ki; görünür veya görünmez yollarla her ülkenin gidişatı az vergi alma yarışıdır. Bu ise daha az vergili bir dünyaya gidiş demektir. Doğrudan yabancı yatırımların ise rekabet ve kâr endişesi ile bilgi ve ulaşım teknolojilerinden yararlanarak, nispeten siyasi istikrara sahip, vergi oranlarının düşük olduğu ülkelere kaymakta olduğu bilinen bir gerçektir.

İşletmelerin rekabet edebilirliğini belirleyen maliyetler içinde vergiler, rekabeti etkileyen maliyet unsurlarının başında gelir. Bu nedenle konunun istihdam üzerindeki mali sonuçlu kamusal yükler açısından ele alınması gereklidir.

## 2- İstihdam Üzerindeki Mali Sonuçlu Kamusal Yükler, Vergi Yükü ve Vergi Takozu

Dünyanın hangi ülkesinde olursa olsun çalışanlar üzerindeki vergi yüklerinin müteşebbislerin rekabet gücü üzerinde çok önemli bir faktör olduğu bir üst başlıkta açıklanmaya çalışılmıştır. Hele ülkeler arasında, ücretler üzerine oturan kamusal yükler arasında, ciddi farklar varsa bu etki rekabet edebilme açısından fevkalade önemli bir engel

oluşturur. Bu açıdan ülkemizdeki istihdamın üzerindeki yaklaşık yüklere (2005 yılı) uluslararası karşılaştırmalar itibariyle bakarsak;

- İşgücü maliyeti içinde işçi ve işveren sosyal güvenlik primleri % 42,7 (OECD ortalaması % 27,7),
- Brüt ücretin yüzdesi olarak kesinti oranının % 30,4 (OECD ortalaması % 14,9),
- Kıdem tazminatı yükünün 20 yıllık bir çalışma süresi için ücretin 20,1 katı (OECD ortalaması 6,1) olması ile kamusal yükler açısından en önde gelen ülkelerden biridir.

Bütün bu rakamların gösterdiği husus, Türkiye’de ücretlerin üzerinde ağır yüklerin bulunduğu ve bunların nispi fiyatları ve dolayısıyla tercihleri etkileyecek ölçüde olduğudur.

Konuya ülkemizdeki ücretler üzerinden alınan gelir vergisi açısından yaklaşırsak durumun genelde ve özeldede pek farklı olmadığı görülür. Şöyle ki, ücretler üzerinden alınan vergilerin işverene yansıtılması nedeniyle bu vergiler istihdam vergisi olarak işverenler üzerinde bir yük olarak kalmaktadır. Uygulamada kendisine yapılan ödemelerden vergi kesintisi yoluyla vergilendirilen çalışanlar, konunun çoğu kez vergi yönüyle ilgilenmemekte ve sadece ellerine geçen net miktarlarla ilgilenmektedirler. Yine, işçilik üzerindeki toplam kamusal yüklerin ağırlığının maliyetlerde yarattığı baskı pek çok kişinin tamamen veya kısmi olarak kayıt dışı ücret geliri elde eder hale gelmesine yol açmıştır. Bu sadece işverenler tarafından görülen bir husus değildir. İşbaşındaki hükümetler her defasında ücretler üzerindeki kamusal yüklerin uluslararası rekabeti olumsuz etkilediği ve mutlaka düşürülmesi gerektiğinin farkında olduklarını, fakat gereken adımların bir türlü atılmadığını ifade etmektedirler. Hatta şu andaki AKP iktidarının bu konuda yapılması gerekenleri bir türlü gerçekleştiremediğini siyasi vaat ve söz haline getirdiğini görmekteyiz.

Bu tablo devam ederse Türkiye emek kullanımını gerektiren yatırımlar için cazibesini her geçen gün kaybederek, emek talebini karşılamaktan uzak olacaktır. Meselenin özü ücretler üzerinde uluslararası alanda rekabet edebilir bir kamusal yük yapısının oluşturulmasıdır. Aksi halde istihdam sorununu çözmeye iddiasında mesafe almak bir yana, iddia sözde kalacaktır.

Ülkemizdeki istihdam yüklerini asgari ücreti dikkate alarak görmeye çalışalım.

Burada bir işçi için asgari ücret üzerinden hesaplanan gelir vergisi, yapılan yasal kesintiler ve ele geçen ücreti görmeye çalışalım (Hesaplamalarda esas alınan asgari ücret olarak, 16 yaşından büyükler için 1.1.2007-30.6.2007 tarihleri arasında uygulanan 562,50 YTL. dikkate alınmıştır.).

**Tablo 1- Asgari Ücrete İlişkin Gelir Vergisi, Yasal Kesintiler ve Net Ücret**

	YTL
Brüt asgari ücret	562,50
SSK primi işçi payı (562,50 x 0.14)	78,75
İşsizlik sigortası primi (562,50 x 0.01)	5,63
Gelir vergisi matrahı 562,50-(78,75+5,63)	478,12
Gelir vergisi (478,12 x 0.15)	71,72
Damga vergisi (562,50 x 0.06)	3,38
Kesintiler toplamı (78,75+5,63+71,72+3,38)	159,48
Ele geçen (net ücret) (562,50-159,48)	403,02
İşverenin asgari ücretli için ödediği sigorta primi (562,50 x % 19,5)	109,69
İşverenin asgari ücretli için ödediği işsizlik sigortası primi (562,50 x % 2)	11,25
Asgari ücretli için hesaplanan vergi ve işçi-işveren sigorta primleri	280,42
Asgari ücretin kıdem tazminatına isabet eden kısmı	46,87
Asgari ücret üzerindeki kamusal yükler (280,42+46,87)	327,29
İşverene toplam maliyet (562,50+109,69+11,25+46,87)	730,31
Kıdem tazminatı hariç kesintilerin ele geçen (net) ücrete oranı (280,42/403,02)	% 70
Kıdem tazminatı dahil kesintilerin ele geçen (net) ücrete oranı (327,29/403,02)	% 81
Kıdem tazminatı hariç kesintilerin brüt ücrete oranı (280,42/562,50)	% 50
Kıdem tazminatı dahil kesintilerin brüt ücrete oranı (327,29/562,50)	% 58
Ele geçen tutarın işgücünün işverene maliyeti içindeki oranı (403,02/730,31)	% 55
Kamusal yüklerin işgücünün işverene maliyeti içindeki payı (327,29/730,31)	% 45

Literatürde ücretlerin işverene maliyeti (kamusal yükler dahil) ile işçinin eline geçen net ücreti (nakit destekler dahil) arasındaki farka "vergi takozu" adı verilmektedir. Ücretlerin işverene maliyeti

ile işçinin eline geçen miktar ne kadar yüksekse takozun etkisi de o kadar fazla olmaktadır. Takozun büyüklüğü işverenlerin çalışan sayısında azalmaya iten iten önemli faktörlerin başında gelmektedir. Türkiye, işçisinin üzerine kamusal yükleri en fazla yükleyen ülkelerden biridir. Hatta takozun etkisi o hale gelmiştir ki, işverenleri ve işçileri kayıt dışı ekonomiye kaymalarına ve buna razı olmalarına kadar vardırırmaktadır. Takozun boyutlarını ölçmede kullanılabilecek bazı oranlar yukarıda verilmiştir. Ancak, takozu işçinin eline geçen (net) ücret ile ücretin işverene maliyeti olarak ortaya koyduğumuza göre, bu oranın ülkemizde % 70 olarak gerçekleştiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle işveren 403,02 YTL. işçisinin eline verirken aynı ücret için 280,42 YTL. vergi ve sigorta vb. kamusal yükler olarak devlete ödemek zorunda kalmaktadır. Uluslararası karşılaştırmalarda brüt asgari ücret sıralamasında 24. sırada bulunan ülkemizin, sadece vergi ve sosyal güvenlik kesintilerinin brüt asgari ücrete oranının % 42.8'i olduğu görülmektedir. Bu kategoride de ülkemiz başlarda gelmektedir. Bu oranın uluslararası alanda ülkemizin rakibi sayılacak ülkelere göre çok yüksek olduğu görülmektedir.

Yukarıda açıklanan oranlar, rakibimiz olan ülkelere göre yüksek olup onları açık ara geride bırakmaktadır. Bu tablonun değişmesi mutlaka beklenmeli ve sağlanmalıdır. Aksi halde ülkemizin uluslararası piyasalarda rekabet şansını yakalaması zor görülmektedir.

Ücret üzerinden alınan vergiler açısından bir diğer özellik de ülkemizdeki gelir vergisinin, fiilen bir emek vergisine (istihdam vergisine) dönüşmesi şeklinde kendini göstermesidir. Gelir vergisi hasılatının yaklaşık % 90'ının ücretler üzerinden stopaj yoluyla kesilen vergiler oluşturmaktadır. Bir başka deyişle gelir vergisinde beyannameye tabi mükellefiyet uygulamasına son verilmiş olsa, yani bir an için ticaret, serbest meslek erbabı ve kira geliri elde edenlerden beyanname vermek suretiyle vergi almaktan vazgeçilmiş olsa Hazinenin gelir vergisi hasılatında azalma % 10 olacaktır. Bunun da toplam vergi gelirleri içindeki payının % 1,7'lere isabet ettiği dikkate alındığında, tablonun gelir vergisini bir istihdam vergisi haline soktuğu açıkça görülmektedir.

### 3- Ücretlilerin Vergilendirilmesindeki Mevcut Durum

Gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde ülkemizde uygulanan normal vergilendirme rejimi vergi tevkifatına (kesinti, stopaj) dayandırılmıştır. Bu şekilde vergilendirilen ücretlilerin belirli sınırı aşacak şekilde birden fazla işverenden gelir elde etmeleri durumunda ayrıca beyanname verecekleri (GVK. m.86), üzerinden vergi tevkifatı yapılmamış ücret gelirlerinin (GVK. m.95) için doğrudan beyanname yolu ile vergilendirilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Ülkemizde neredeyse ücret gelirlerinin tamamı tevkifat yoluyla vergilendirilmektedir. Bu uygulamanın bir sonucu olarak, ücret üzerinden hesaplanan vergilerin işverenin üzerinde kalan bir yük olarak değerlendirilmesine sebep olmaktadır. Gerçekten de ücretli bir kişi çoğu zaman brüt maaşının ne kadar olduğunu, kendisinin ne kadar vergi ödediğini bilmez. Bütün yükü hisseden işveren olur.

Ödeme gücüne göre vergilendirme yapılmasında kullanılan çeşitli müesseseler vardır. Bunlar; en az geçim indirimi<sup>2</sup>, ayırma kuramı ve artan oranlılık olarak belirtilebilir. Ülkemizde şu an uygulanan vergilendirme rejiminde en az geçim indirimi uygulanmamaktadır. Ücret gelirleri ile sermaye gelirlerinin farklı şekilde vergilendirmesine imkân veren ayırma kuramı “ücretlilere vergi iadesi” çerçevesinde uygulanabilir halde tutulmuştur. İade, tüm harcamaları kapsayacak ölçekte düzenlenmediğinden iade kapsamında kalan harcamalar için ayırma kuramının etkisini görmek mümkün olmamaktadır. Bir başka deyişle mevcut haliyle uygulanan ayırma kuramı her şart altında farklı sonuç veren adeta “denetleme primi” anlayışına yakın uygulanmaktadır. Fiş ve KDV pazarlığı halinde uygulanan vergi iadesinin ücretliler için bir “eziyet” ve “zulüm” aracı haline dönüştüğünün hükümetin en yetkili ağızlarından ifade edildiği bilinmektedir. Bir müessese, KDV oranlarındaki yüksekliği göz ardı ederek, böyle bir bakış açısıyla yaklaşmak, onun hukuken yaşama şansını ortadan kaldıran en önemli faktörlerin başında geldiği anlaşılmaktadır.

Vergi iadesinin ömrünü doldurduğu ve yukarıda belirtilen gerekçelere dayandıran hükümet, çeşitli hükümlerde bu arada “ücret gelirlerini vergilendirmede” bazı değişiklikler yapmak üzere bir

tasarı hazırlayarak TBMM'ye sevk etmiş ve bu tasarı 1 Mart 2007 tarihinde 5588 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

### 4- Yeni Kanunun Ücretlerin Vergilendirilmesi Üzerinde Getirdiği Değişiklikler

#### a- Yeni Kanunda Değişiklik Gerekçeleri Üzerine Birkaç Söz

Kanunların gerekçe metinleri kanunların amaçsal yorumuna hizmet etmesi ve uygulamaya ilişkin tespitleri ihtiva etmesi nedeniyle önemli metindir. Bu nedenle gerekçeler kaleme alınırken titizlik gösterilmesinde yarar vardır.

Genellikle gerekçe metinlerin eleştiri konusu yapılması yaygın değildir. Ancak, gerekçedeki yazı başlığı konusu ile ilgili katılmadığımız hususları belirtmek ihtiyacı hissettik. Kanun ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin değişikliklerin açıklandığı kısımda, gerekçe olarak, “Vergilendirmede önemli kuramlardan biri olan “ayırma kuramı” sisteme dahil edilmekte ve belge düzeni konusundaki katkılarına rağmen zamanla etkinliğini kaybeden, yaygın kötüye kullanımlar nedeniyle belge düzenini olumsuz etkilemeye başlayan ve uluslararası vergi yükü hesaplamalarında standart bir indirim kabul edilmediği için ülkemizde istihdam üzerindeki vergi yükünün daha fazla görünmesinin nedenlerinden biri olan “ücretlilerde vergi indirimi” sistemi kaldırılmaktadır. Bunun yerine, Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumlu ve çağdaş vergi kanunlarının çoğunda yer alan ve mükellefin medenî halini de vergileme yönünden dik-kate alan “asgarî geçim indirimi” sistemi getirilmektedir. Bu sistemle asgarî ücret ile bağlantı kurularak mükellefin kendisi, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi ile bakmakla yükümlü olduğu çocukları için standart bir indirim getirilmektedir. Böylece, vergi sisteminin prensiplerine de uygun bir düzenleme yapılmak suretiyle, özellikle düşük gelirliler üzerindeki vergi yükü kısmen de olsa azaltılmış ve gelir dağılımının daha adil olmasına katkıda bulunulmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir.

Gerekçede üzerine basılarak, yapılan değişiklik, “ayırma kuramı”nın sisteme dahil edildiği ifade edilmektedir. Bu tespit doğru değildir. Böyle bir iddia eski sisteme yapılan haksızlığı ifade eder.



## Asgari geçim indirimi uygulaması ile ücretlinin ailevi durumunun ön plana çıkartılması sağlanarak; mali gücüne göre vergilendirme yapılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Getirilen düzenlemeden önce sistemde ayırma ilkesi vardır ve “ücretlilere vergi iadesi” şeklinde uygulanmaktadır. Hatta aynı gerekçede, vergi iadesinin kaldırılma sebebinin etkinliğini kaybetmesi ve kötü kullanımlara sebep olması olarak belirtilmiştir. Gerekçenin içinde bir kısımda yok denirken bir başka kısımda var olduğunun belirtilmesi kafaları karıştırmaktadır. Ancak gerçek, ayırma kuramının getirilenden farklı uygulanan biçimiyle sistemde var olduğudur.

Yasakoyucu zaman içinde değişen gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplumun yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere paralel olarak alınan önlemleri güçlendirip geliştirmek, etkilerini daha çok artırmak, hafifletmek ya da büsbütün ortadan kaldırmak amacıyla düzenlemelerde bulunabilir. Kanunlarla getirilen değişiklikleri anlayışla karşılamak mümkündür. Buna kimse-nin diyeceği yoktur. Ancak kanun gerekçesinde gerçekte sistemde var olan bir ayırma kuramının yokmuş gibi ortaya konmasına katılmak mümkün değildir. Bu açıdan gerekçede sisteme karşı haksızlık yapılmıştır. Madem sistemde ayırma kuramı yotu ve bu kadar da önemliydi, bu güne kadar sisteme neden kazandırılmadığı konusuna bir cevap bulamıyoruz. Gerekçede belki ayırma ilkesinin güçlendirilmesinden bahsedilseydi daha doğru ve samimi olurdu.

En az geçim indiriminin “... çağdaş vergi kanunlarının çoğunda yer alan ve mükellefin medeni halini de dikkate alan bir müessese ...” olduğundan bahsediliyor. En az geçim indiriminin mükellefin medeni ve ailevi durumu gözeterek bir vergilendirme yaptığı doğrudur. Ancak, sistemde tüm gelir vergisi mükelleflerine uygulanacak şekilde yer verilmemiş olması, vergi kanunlarının çağdaş vasfını azaltan bir etki oluşturmaktadır. Şu bilinmelidir ki, bir sistem müessese ile ne çağdaş hale gelir, ne de çağdaşlığını kaybeder. Önemli olan sistemin adaletli vergilemeyi gerçekleştirme konusundaki performansıdır. Belki de gerekçede en doğru

ve samimi dayanak, ücretlilere vergi iadesi sisteminin “...uluslararası vergi yükü hesaplamalarında standart bir indirim kabul edilmediği için ülkemizde istihdam üzerindeki vergi yükünün daha fazla görünmesinin nedenlerinden biri...” olarak görülmesidir. Yeni sistemde vergi yükleri daha az çıkacak ve böylelikle uluslararası karşılaştırmalarda daha doğru değerlendirmeler yapılmasına imkân verilecektir. Belki de gerekçede, bu yön ve ayırma kuramının daha etkin uygulanarak ücret gelirlerinin daha adaletli vergilendirmenin önünün açılmış olacağını söylemek daha doğru olurdu. Ayırma kuramının yeni haliyle uygulanacak şeklinin dolaylı ve dolaysız vergilerin toplam payını dolaysız vergiler aleyhine değiştirecektir. Eski yeni dönem karşılaştırmalarında değişikliğin etkisini dikkate alacak şekilde analizlerin yapılmasında yerinde olur.

Sonuç olarak gerekçelerden getirilen düzenlemelerin nedenlerini açıklaması kadar hukukun yorumlanması açısından faydalanılan metinler olduğu bilinerek, gerçeklerden uzak ve ulu orta kaleme alınmamasına dikkat edilmelidir. Vergi alma ne kadar ciddi iş ise, bunların metinlerine de o kadar ciddiye verilmelidir.

### b- Ayırma Kuramı Uygulamasının Biçimi Değişiyor

Ücret gelirlerinin vergilendirmesinde kesinti yönteminin baskın ve tek yöntem olarak uygulanmasına devam edilmekle beraber, ücretliler açısından getirilen düzenleme ile, ayırma kuramının vergi iadesi şeklindeki uygulama biçiminden vazgeçilerek ücretlinin medeni halini de dikkate alan sisteme geçilmektedir<sup>4</sup>. Asgari geçim indirimi uygulaması ile ücretlinin ailevi durumunun ön plana çıkartılması sağlanarak mali gücüne göre vergilendirme yapılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Getirilen değişikliklerle önce işveren hiç indirim yokmuş gibi ücretlinin safi ücrete isabet eden vergisini hesaplar. Sonra hesaplanan bu vergiden, çalışan için uygun düşen asgari geçim indirimi tutarı üzerinden hesaplanan vergi düşülür. Böylelikle ödenecek vergiye ulaşılır<sup>5</sup>.

Getirilen düzenlemenin sadece ücretliler için uygulanabilir olması bu indirimi tüm mükelleflere uygulanan en az geçim indiriminden farklılaştırmıştır. Yapılan en az geçim indirimi uygulaması değildir. Sadece ayırma kuramının hayata geçirilen

yeni haliyle ücret gelirlerinden yapılacak indirim tutarının asgari ücrete bağlanmasıdır. Uygulama benzer bir indirimin ücretliler dışında kalan gelir sahiplerinin temel ihtiyaçlarını karşılamakta kullandıkları bir miktar gelirin vergi dışında bırakılmasına izin vermemektedir.

Asgari geçim indirimine bağlı ayırma kuramı gelir vergisinde sadece gerçek usulde vergilendirilen ücretler için öngörülmüştür. Bu nedenle "diğer ücretler" için uygulanmaz.

### c- İndirim Uygulamasında Vergide İndirim Yöntemi Benimsenmiştir

İndirimin uygulama biçimi konusunda çeşitli teknikler geliştirilmiştir. Teorik olarak bunlar genel olarak matrahtan indirim ve vergiden indirim olmak üzere iki tanedir.

i) Matrahtan indirim yöntemi: Yükümlünün kendisi, eşi ve çocukları dikkate alınarak hesaplanan indirim miktarı ücretin brüt tutarından indirilerek vergiye tabi matraha ulaşılır. Yöntem basit ve anlaşılabilir.

ii) Vergiden indirim yöntemi: Bu yonteme mali terminolojide "decote sistemi" adı verilir. Vergiden indirim yönteminde en az geçim indirimi tutarının gelir vergisi tarifesinden<sup>6</sup> hesaplanacak vergisinin, en az geçim indirimi düşülmeksizin hesaplanmış olan vergisinden düşülmesi sistemidir. Kısaca, vergiden indirim yönteminde, matrahtan indirim yönteminin tersine, yükümlünün geliri önce indirimsiz olarak artan oranlı bir tarifeye vergisi hesaplanır. Bundan sonra yükümlünün bekâr, evli, çocuklu olmasına göre bulunacak indirim tutarının da aynı tarifeye vergisi bulunur. Ayırma kuramı çerçevesinde belirlenen indirim tutarı üzerinden hesaplanan vergi, ücretin matrahi üzerinden hesaplanan vergiden düşülerek, ödenecek vergi miktarına ulaşılır. Kısaca bu usulde uygulama vergiden vergi indirilmek suretiyle yapılır.

Bir an için bu başlık altında yapılan açıklamalara ne gerek vardır diye sorulabilir. Bu sorunun cevabı ayırma kuramının uygulanmasında niçin matrahtan indirim değil de, vergiden indirim yönteminin kanun tarafından belirlenmiş olmasında yatmaktadır. Kanunun uygulama biçimi olarak vergiden indirim yöntemini seçmesinin nedeni; vergiden indirim yönteminin matrahtan indirim yöntemine göre ücretliyi daha fazla vergi yükü altında bırakabilmesidir. Hangisinin tercih edileceği kanun koyucunun takdirinde olan bir husustur. Buna söylenebilecek bir şey olamaz. Dikkat çekmek istediğimiz nokta, kanun koyucunun tercihini yaparken genel olarak ücretliler için daha fazla yük getiren uygulama biçimini benimsemiş olmasıdır. Buna karşın vergiden indirim yönteminin bir özelliği üzerinde durmak gerekir. O da, yöntemin yüksek gelirli ücretlerin vergilendirilmesinde düşük gelirli ücretlere nazaran daha fazla vergi yükü ortaya çıkartmasıdır. Yüksek gelirlilerden nispeten daha fazla vergi almak dikey vergi adaleti açısından savunulabilecek bir durum arz eder.

Sayısal açıklama ve hesaplamalara girmekten kaçınarak kısaca şunları söyleyebiliriz. Ayırma kuramının yukarıda belirtilen uygulama biçimleri karşılaştırıldığında, yükümlünün her yonteme göre ödeyeceği vergi farklı çıkmaktadır. Matrahtan indirim yönteminde ücretliler daha az vergi öderken aynı şartlarda vergiden indirim yöntemine göre daha fazla vergi öder hale gelir. İki yöntem arasında yükümlü açısından avantajlısı matrahtan indirim, dezavantajlısı ise vergiden indirim (decote) yöntemi olmaktadır.

### d- En Az Geçim İndirimi Tutarı Asgari Ücret Tutarına Bağlı Hesaplanır

Ücretlinin ailevi durumu dikkate alınarak bulunacak asgari geçim indirimi üzerinden indirilecek verginin hesaplanabilmesi için öncelikle asgari geçim indirimi tutarının bulunması gerekir. Kanun bu tutarın bulunmasını ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde geçerli asgari ücrete<sup>8</sup> bağlanmıştır. Bir başka ifadeyle, indirilecek vergiye ulaşırken bir tutara sahip olunmalıdır. Kanun indirilecek vergiye ulaşırken vergi tarifesine uygulanacak gerekli olan tutarın ücretin

Tablo 2- Vergiden İndirim Yöntemi

	Asgari Ücretin Yıllık Tutarının
Hesaplanan (matrah x vergi tarifesi)	xxx
İndirim tutarına isabet eden vergi (indirim tutarı x vergi tarifesi) <sup>7</sup>	xxx
Ücretlinin ödenecek vergisi	xxx

elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının belirli oranları şeklinde tespit edileceğini hükme bağlamıştır.

Yıl içinde asgari ücretin değişmesi halinde yıl başındaki asgari ücrete göre hesaplama yapılması öngörülmüştür. Asgari ücretin yıl içinde değişmesi durumunda indirim değişen asgari ücrete göre dikkate alınmaması sistemin mantığı ile örtüşmemektedir. Yeni asgari ücret varken eskisine göre hesaplamaların yapılmasını mantıken açıklamak mümkün değildir. Kanun koyucu bu yolla vergi yükünün biraz daha fazla ortaya çıkmasını istemiş görünüyör.

### e- Mahsup Edilecek Verginin Hesaplanmasına Esas Alınan Tutar

Mahsup edilecek vergiye esas alınan tutar aile ölçeğine göre bulunan tutar üzerinden hesaplanır. Asgari geçim indirimi tutarı; ücretlinin evli veya bekâr, çocuk sahibi olup olmamasına ve çocuk sayısına göre değişen tutarlar şeklinde belirlenmiştir. Şöyle ki, toplam asgari geçim indirimi tutarı çalışanın kendisi, eşi ve iki çocuğa kadar her bir çocuk için asgari ücretin belirli oranları şeklinde hesaplanması öngörülmüştür. Oranlar aşağıda verilmiştir.

	Asgari Ücretin Yıllık Tutarının
Ücretlinin kendisi için	% 50
Çalışmayan ve geliri olmayan eş için	% 10
İlk iki çocuğun her biri için ayrı ayrı	% 7.5
Diğer çocuklar için	% 5

Asgari geçim indirimi tutarı bulunurken eşin dikkate alınması, eşin ücretli çalışmamasına veya gelir elde etmemesine bağlanmıştır. Burada eşin ücretli olarak çalışmaması açık olmakla beraber, “geliri olmayan” kavramı açık değildir. Herkesin az veya çok bir geliri vardır. Bu gelirin bir üretim faktörünün üretime katılması şeklinde veya beyana tabi olacak gelirler itibarıyla belirlenmesi yararlı olurdu. Aksi takdirde bu hüküm sürekli sorun doğurmaya açık olacaktır. Bir ailede eşlerin her ikisi

## Asgari ücretin yıl içinde değişmesi durumunda indirimin değişen asgari ücrete göre dikkate alınmaması sistemin mantığı ile örtüşmemektedir.

de çalışıyorsa her ikisi de kendisi için öngörülen asgari geçim indiriminden bir birinden bağımsız yararlanacaktır. Çalışan eşin bayan olması durumunda da çalışmayan veya bir gelir elde etmeyen koca için de kadının kocasını dikkate alacak şekilde en az geçim indiriminden yararlanacağına şüphe yoktur. Asgari geçim indirimi her ücretliye sağlanan bir hak olduğundan ücretlinin başka bir faaliyetten gelir (örneğin, kira veya faiz) elde etmesi indirim uygulanmasından yararlanmaya engel teşkil etmez.

Eş için sınır getirilmesine karşın çocukların bir gelir elde etmesiyle ilgili sınır getirilmemesi tartışılabilir konulardandır. Tahsilde olup ücretli olarak çalışan çocuğun indirim sırasında çocuk sıfatının değil mükellef sıfatının ön planda olması nedeniyle ücretli babasının veya annesinin indiriminde dikkate alınmaması gerekir. Çünkü, indirim tutarı bir kişi için bir defa dikkate alınır. Aksi takdirde çocuk bir kendisi bir de babası veya annesi üzerinden indirimden yararlanmış olur ki, bu düzenlemenin amacına uygun düşmez.

İndirimin uygulamasında “çocuk” tabiri, mükellefle birlikte oturan veya mükellef tarafından bakılan (nafaka verilenler, evlat edinilenler ile ana veya babasını kaybetmiş torunlardan mükellefle birlikte oturanlar dâhil) 18 yaşını veya tahsilde olup 25 yaşını doldurmamış çocukları, “eş” tabiri ise, aralarında yasal evlilik bağı bulunan kişileri ifade eder. Görüldüğü gibi çocuk tabiri ücretliden olma veya doğma kavramının ötesine geçilerek genişletilmiştir. Belirtilen yaşları geçen çocuklar indirimin hesabında dikkate alınmayacaktır.

Yukarıda açıklandığı şekliyle bulunan indirim tutarının tespitinde ücretlinin, gelirin elde edildiği tarihteki medenî hali ve aile durumu esas alınır. Yıl içinde medeni durumda veya çocuk sayısında bir değişme meydana geldiğinde gelirin elde edildiği zamanki duruma bakılarak en az geçim tutarı he-

saplanır. İndirim en az geçim tutarı, yukarıdaki oranlara göre hesaplanan tutarları aşmamak kaydıyla, ücret geliri elde eden aile fertlerinden her biri için ayrı ayrı, çocuklar için eşlerden yalnızca birisinin gelirin üzerine uygulanır. Boşananlar için indirim tutarının hesabında, nafakasını sağladıkları çocuk sayısı dikkate alınır.

Gelirin kısmi döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Bakanlar Kuruluna asgari geçim indirimi tutarının toplamını asgari ücretin yıllık brüt tutarını aşmamak üzere yukarıda belirtilen oranları artırma veya kanuni oranına kadar indirme yetkisi verilmiştir.

#### f- En Az Geçim Tutarna İsbet Eden (Mahsup Edilecek) Vergi ile Ödenecek Verginin Bulunması<sup>9</sup>

Ödenecek vergi hesaplanırken yukarıda detayları açıklanan decote sisteminin uygulanmasının bir sonucu olarak doğrudan en az geçim indirimi olarak belirlenen tutarın değil, buna isabet eden verginin mahsubu yapılacaktır. Mahsup edilecek vergi bulunmasında dikkate alınacak oran GVK'nın 103. maddesindeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan orandır. Uygulama, bu oranla belirlenen en az geçim tutarının çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan vergiden mahsup edilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz. Dikkat edilirse mahsup edilecek tutarın belirlenmesinde uygulanacak oran sabit bir oran şeklinde belirlenmiştir. En az geçim tutarı ne olursa olsun uygulanan oran aynı olacaktır. En az geçim tutarı artsa da, azalsa da anılan vergi tarifesi yerine sabit oranın uygulanması mahsup edilecek verginin daha az çıkmasına sebep vermesi nedeniyle en az geçim tutarı yüksek olan ücretliler aleyhine bir durum yaratır.

Örnekler: (Uygulama Kanunu'nun 33/2. maddesi gereğince 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu dönemde asgari ücretin ve vergi tarifesinin ne olacağı bilinemeyeceğinden gerçek bir hesaplama yapmak mümkün olamayacaktır. Ancak, 2007 yılı başındaki değişkenlerin geçerli olduğunu varsayarak iki örnek hesaplama yapmanın yararlı olduğunu düşünmekteyiz.)

#### Örnek I. Asgari ücretle çalışan bekâr bir ücretlinin ilgili ay için ödeyeceği vergi

	YTL
Ücretlinin hesaplanan vergisi <sup>10</sup>	71,72
Asgari ücretin yıllık tutarı <sup>11</sup>	6.750,00
Ücretlinin en az geçim tutarı (6.750 x % 50)	3.375,00
En az geçim tutarlarına isabet eden indirilecek yıllık vergi (3.375 x % 15) <sup>12</sup>	506,25
En az geçim tutarlarına isabet eden indirilecek aylık vergi (506,25/12)	42,19
Hesaplanan aylık vergi	71,72
İndirilecek (mahsup edilecek) aylık vergi	42,19
Ödenecek vergi	29,53

Ödenecek vergi tutarı işveren tarafından vergi sorumlusu sıfatıyla vergi dairesine yatırılacaktır.

#### Örnek II. Eşi çalışmayan ve başkaca gelir elde etmeyen 4, 11 ve 17 yaşlarında üç çocuğa sahip olan ve asgari ücret üzerinden gelir elde eden bir ücretlinin ilgili ayda ödeyeceği vergi

	YTL
Ücretlinin hesaplanan vergisi <sup>13</sup>	71,72
Asgari ücretin yıllık tutarı	6.750,00
Ücretlinin kendisine isabet eden en az geçim tutarı (6.750 x % 50)	3.375,00
Ücretlinin eşinin en az geçim tutarı (6.750 x % 10)	675,00
Ücretlinin birinci çocuğunun en az geçim tutarı (6.750 x % 7,5)	506,25
Ücretlinin ikinci çocuğunun en az geçim tutarı (6.750 x % 7,5)	506,25
Ücretlinin üçüncü çocuğunun en az geçim tutarı (6.750 x % 5)	337,50
En az geçim tutarları toplamı (3.375+675+506,25+506,25+337,50)	5.400,00
En az geçim tutarına isabet eden indirilecek yıllık vergi (5.400 x % 15) <sup>14</sup>	810,00
En az geçim tutarına isabet eden indirilecek aylık vergi (810+12)	67,50
Hesaplanan aylık vergi	71,72
İndirilecek (mahsup edilecek) aylık vergi	67,50
Ödenecek aylık vergi	4,22

Bu örnekte hesaplanan vergiden en az geçim indirimine isabet eden vergi mahsup edildikten sonra ilgili ay için 4,22 YTL ödenecek vergi çık-

## Üretim faktörü olarak emek gelirlerinin üzerindeki kamusal yükler oransal olarak karşılaştırıldığında uluslararası rekabeti önler düzeydedir.

maktadır. Mahsup edilecek kısmın hesaplanan aylık vergiden fazla olması halinde iade gibi bir hak doğmaz.

### g- Vergi İadesi ile En Az Geçim İndiriminin Yükler Açısından Karşılaştırılması

Eskiden uygulanan vergi iadesi sistemi ile en az geçim indirimi uygulamasının vergi yükünü nasıl etkilediğini tespit etmeye çalışalım. Açıklama ve hesaplamalarda 2007 takvim yılı başındaki verilerin sabit olduğu kabul edilmiştir.

Önce asgari ücretli için hesaplamaları göstereyim. Asgari ücretli bekâr birinin ele geçen ücretinin tamamını vergi iadesine konu olan harcamaya dönüştürdüğünü ve tamamını belgelendirdiğini kabul edelim. Asgari ücretlinin iadeye esas ücretinin aylık tutarı 478,12 YTL.<sup>15</sup>, yıllık bazda alacağı asgari ücret tutarının 5.737,44 YTL. olduğu görülür. Yıllık tutar üzerinden GVK'nın Mük.m. 121'de belirlenen tarifeye göre 420,25 YTL. yıllık iade tutarı hesaplanır. Bunun aya isabet eden tutarı 35,02 YTL.'dir.

Asgari ücretlinin vergi iadesi uygulaması şartlarında ödeyeceği gelir vergisi 71,72 YTL.'dir. Aynı ücretli için en az geçim indirimi uygulandığında hesaplanan vergi konumuna dönüşen 71,72 YTL. den 42,19 YTL. mahsup hakkı doğar. Sonuçta ödeyeceği vergi 29,53 YTL. olur.

Vergi iadesi sistemine göre aylık bazda 71,72 YTL. vergi ödenirken, bunun 35,02 YTL.'si iade alınmakta ve ücretli üzerindeki aylık net vergi yükü 36,70 YTL. olmaktadır. Aynı ücretli için en az geçim indirimi uygulandığında 71,72 YTL. olarak hesaplanan vergiden, 42,19 YTL. mahsup hakkı nedeniyle ödenecek vergisi 29,53 YTL. olmaktadır. Bu şartlar altında en az geçim indirimi uygulanması dolayısıyla bekâr ücretlinin ekonomik menfaati aylık 7,17 YTL. olmaktadır.

Yukarıdaki sonuçta belki vergi iadesinin yıllık

tutarının yılın ilk altı ayı içinde aylara bölünmüş olarak, en az geçim indirimi uygulamasında 12 ay itibariyle aylara bölünmüş olarak uygulanması nedeniyle vergi iadesinin üstün yanından bahsedilebilirse de aynı yöntemin harcamaların tamamının belgeye bağlanamaması veya belgeye bağlansa bile bazılarının iade kapsamı dışında kalması zayıf tarafını oluşturmaktadır.

Sonuçta yeni getirilen en az geçim indirimi uygulaması, ücretlinin evli olmasına ve çocuk sayısına bağlı olarak vergi yükünü azaltmakta ve bu nedenle de ücretlinin lehine avantaj sağlamaktadır. Mevcut veriler çerçevesinde asgari ücretten gelir elde eden evli ve dört çocuklu ücretli vergi ödemez duruma gelmektedir.

### h- Ücretlerde Vergi İadesi Uygulaması Kaldırıldı

“Ücretlerde vergi iadesi” ayırma kuramının uygulamadaki görünümünden biri olarak önce 3946 sayılı Kanun'la 1.1.1994 tarihinde yürürlüğe girmek üzere GVK. m. 63/5, sonra 4842 sayılı Kanun'la 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmek üzere GVK. Mük.m. 121 çerçevesinde bugüne kadar uygulanagelmiştir. Uygulama 5588 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, yerine “ücretlerde en az geçim indirimi” getirilmiş olup, yapılan değişiklikle ayırma kuramı yeni yüzü ile sisteme sokulmuş olmaktadır. Kanunların yürürlüğe girişi ve kalkışlarında hukukun temel kurallarına ve Anayasal kurallara uygun davranmak gerekir.

Açıklamaların bu kısımdaki konumuzla ilgili yanı, ücretlerde vergi iadesi uygulamasına 1.1.2007 den itibaren son verilmesiyle ilgilidir. Burada bir sorun vardır. O da ücretlilerin vergi iadesinin geçmiş etkileyecek şekilde yürürlükten kaldırılması ve 1.1.2007 ile 5588 sayılı Kanun'un yayımlandığı tarih arasında geçen süre için ücretlilerin gerçekleştirdikleri harcamalardan kaynaklanan haklarının ne olacağıdır. Kısa bir dönem için de olsa vergi iadesinin yürürlükte olduğu düşünüldüğünde bu dönemdeki iade konusu harcamaların hak kazandırma açısından akıbeti ne olacaktır?

Kanaatimizce ücretlere vergi iadesi uygulamasında ücretlinin iadeye hak kazandığı yıl harcamanın yapıldığı yıldır. Bu yılı takip eden yıl sadece harcamanın sonuçlandırıldığı ve hesaplanmanın yapıldığı yıldır. Bu durum aynen gelir vergisinde ge-

lirin elde edilmesine bağlanan vergiyi doğuran yıl vergi borcunun doğmuş olması ve hesaplamanın teknik nedenlerle ertesi yıl yapılmasındaki zorunluluk gibidir. Hakkın doğduğu yıl başka, hakkın hesabının yapıldığı yıl başkadır. Önemli olan getirilecek yeni düzenlemenin hakkın doğumundan önceki zamanda yapılması ve hakkın doğumunun gerçekleşmemesinin sağlanmasıdır.

Kişilerin maddi olaylar meydana geldiği zamanda geçerli hukuk kurallarına itibar etmeleri ve davranışlarını buna göre düzenlemelerinden daha doğal bir şey olamaz. Kanunların yayınlandığından önceki bir zaman diliminden önceki dönemlere uygulanması durumunda “kanunların geçmişe yürütülmesi”ne sebep olmak demektir. Kamu hukukunda kanunların geçmişe yürütülmesine bireyi korumak düşüncesiyle yer verilebilir. Bunun somut uygulamalarını ceza hukuku (fiil suç olmaktan çıkartılmış veya ceza miktarı azaltılmışsa sonraki kanun hükümlerinin önceki olaylara uygulanması) ve muhakkeme hukuku bakımından görmekteyiz.

Kanunların geriye yürütülmemesi asıldır. Bu temel hukuk kuralı kişilere “hukuki güvenlik” sağlaması yanında ve “kazanılmış haklara saygı”nın tezahürü olarak değerlendirilir. Bir hukuk sistemi bu kuralardan ayrıldığında belirtilen ilkelerle beklenen yarar sağlanamaz. Sonuçta yarınından endişe duyan elde ettiklerinin akıbetinin ne olacağı bilemeyen, endişe içinde toplum yaratılmış olur. Bu ilkelerin ihlalin bireylerin hukuk devleti düşüncesinde açacakları yara, ihlalle elde edilmesi umulan menfaatten çok daha fazla olur. Gerçekten hukukun kişilerin geleceklerini planlamalarına ilişkin ortamı doğurmaması ve bu fonksiyonu yerine getirememesi hukuka olan saygıyı önemli ölçüde zedeler. Belirtilen geriye yürütme ile ileride hukuki itilafların çıkacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle yapılacak yeni bir düzenleme ile konunun tartışılabilir olmaktan çıkartılması yerinde olur.

## SONUÇ

Üretim faktörü olarak emek gelirlerinin üzerindeki kamusal yükler oransal olarak karşılaştırıldığında uluslararası rekabeti önler düzeydedir. Vergi rekabeti ulusal kalkınmanın gerçekleştirilmesinin temel taşlarından biri haline gelmiştir. Her ülke bu çerçevede uluslararası rekabete uyarlanmamış bir

vergi sistemi peşinde koşmaktadır. Bu sürecin dışında kalınması durumunda vergi sisteminin ekonomik kalkınma önündeki en büyük engellerden biri olacağı unutulmamalıdır.

Fiyatın oluşumunda baskı yaratan başta dolaylı vergiler olmak üzere rakip ülkelerle benzeşme sağlanamazsa, başta doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının ülkemize gelmek yerine rakip ülkelere gitmesi, ülkemizdeki sermaye yatırımlarının da rakip ülkelere kayması sürpriz olmayacaktır. Bu kaçış ve kayışların ülkedeki istihdam üzerindeki etkisi olumsuz olacaktır. Bu durum ülkemizi ciddi ölçüde kalıcı nitelikli yüksek oranlı işsizlik sorunu ile karşı karşıya bırakabilecektir.

Karakteri itibariyle politik bir ücret olan asgari ücret üzerindeki kamusal yüklerin neredeyse ele geçen ücret kadar olması (işverenin yaklaşık olarak ücretliye ödediği net ücret kadar da Devlete ödemede bulunması) kayıt dışı ekonominin en önemli sebeplerinden biridir. İşçi iş bulma kaygısı ve işverenin üzerindeki bu yüklerin yüksekliğini bildiği için ısrarcı olamıyor. Asgari ücretin alım gücü uluslararası karşılaştırmalarda düşük olmasına rağmen üzerinde işverenin sırtında kalan yükleri hala ağırdır. İşçinin kendi ücretini ele geçen olarak algılaması ne kadar doğalsa, işverende ücretin kendisine maliyetini dikkate alması o kadar doğaldır. Asgari ücretin işverene maliyeti niteliği taşıyan kanuni kesinti kısmının ele geçen ücrete oranının % 81 olması, yükün işverene isabet eden kısmı hakkında açık bir fikir vermektedir. Ülkemiz şartlarında asgari ücret üzerindeki her kanuni yükün fiilen işverene yansıtılan bir maliyet olduğu bilinmektedir. Bu nedenle asgari ücret üzerinde yapılacak kanuni yük azaltmaları işverenlerin rekabet gücü üzerindeki olumsuz etkileri gideren düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir.

**Karakteri itibariyle politik bir ücret olan asgari ücret üzerindeki kamusal yüklerin neredeyse ele geçen ücret kadar olması, kayıt dışı ekonominin en önemli sebeplerinden biridir.**

Çeşitli kategoriler açısından vergi takozuna bakılırsa yüksek olduğu görülür. Bu tablonun Türkiye'nin üretim ve istihdam kısaca ekonomik ve sosyal kalkınması üzerinde fevkalade kötü etkisi vardır. Bu etkinin giderilmesine olan ihtiyaç açıktır. Konu hükümetin en yetkili ağızlarından da dile getirilmektedir. Yapılan son kanuni değişikliklerle bu konuda bir adım atıldığını söylemek mümkündür. Ancak, bu düzenlemenin özellikle uluslararası alanda rakibimiz konumundaki ülkeler göz önüne alınarak yapılmasında yarar olacaktır.

Kayıt dışı ekonominin ülkemizde ulaştığı düzey kayıt içinde kalanların üretimlerini tehdit eder boyuta gelmiştir. Bunun yanında bir de yüksek orandaki dolaylı vergilerle, kamusal yükleri artırılan özellikle enerji maliyetlerinin de (uzun zamandan beri zam yapılmamasına rağmen elektrik, petrol, doğalgaz maliyetleri) yüksek olması sanayicinin önündeki ciddi engellerden bazılarıdır.

TBMM'de kabul edilen kanunla, vergi iadesi yoluyla sistemde esasen var olan ayırma kuramının uygulama biçimine son verilmekte, onun yerine en az geçim indirimi getirilmektedir. En az geçim indiriminin uluslararası karşılaştırmalarda ücretliler üzerindeki vergi yükünü daha düşük çıkartması, yatırım yapacak yabancıları daha doğru bir kanaate yönlendirmeye yardımcı olacaktır. Ancak bu konuda girdi fiyatlarının düzeyi ve sistemde yatırım indiriminin varlığının yatırımcıyı cazip kılan doğru unsurlar olduğu unutulmamalıdır. Sistemin bu açılardan güçlendirilmesine ihtiyacı vardır.

Yeni düzenleme ücretlilerin medeni durumuna göre vergi ödeme gücünün ön plana çıkartması nedeniyle daha adaletli bir vergilendirme yapmaya imkân vermektedir. En az geçim indiriminin kısmi düzeyde de olsa asgari ücrete bağlanması isabetli olmuştur. En az geçim indiriminin ücretliler dışındaki gelirler için geniş tutulmaması sistemin şu anki eksikliklerinden biri olarak kabul etmek gerekir.

Vergi iadesinin kaldırılması kayıt dışılığın daha da artırılmasına yol açacak niteliktedir. Kanaatimizce iadenin bütünüyle kaldırılması yerine oran ve dilimlerinin düşürülüp, kapsamının genişletilmesi ciddi bir şekilde düşünülmeliydi. Böylelikle belge almanın cazibesi kısmen korunarak kayıt dışı

## Yeni düzenleme, ücretlilerin medeni durumuna göre vergi ödeme gücünün ön plana çıkartması nedeniyle daha adaletli bir vergilendirme yapmaya imkân vermektedir.

şılıkla mücadelede etkin araç olarak kullanılmalıydı. Hatta bunu mümkün kılmak adına bir miktar en az geçim indirimi rakamlarıyla oynanabilirdi.

Ülkemizde ücretlilerin vergi ödeme güçlerini kısmen de olsa göz önünde tutması nedeniyle uygulamayı vergi adaleti üzerinde olumlu etkiler yaratan düzenleme olarak görmek gerekir. En az geçim indiriminin amacı budur. En az geçim indiriminin diğer gelirler açısından yaygınlığının sağlanması mali gücü vergilendiren çağdaş vergi sisteminin oluşturulması açısından önemli bir adım olacaktır.

Getirilen düzenlemenin içine bir ince ayar çekilmiştir. O da uygulamanın içine saklanan "vergiden vergi indirimi" yöntemidir. Bu yöntem karşıt yöntemi olan matrahtan indirim yöntemine göre ücretliyi daha fazla vergi yükü ile karşı karşıya bırakır niteliktedir.

Her şeye rağmen ücretliler açısından vergi iadesi ile en az geçim indirimi karşılaştırıldığında en az geçim indiriminin daha adaletli bir yapı içinde daha az vergi yükü ortaya çıkaracak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Yeni sistem ele geçen ücret üzerindeki baskıyı bir miktar azaltacağı için işveren nezdinde bir rahatlama yaratması beklenen gelişmedir.

Ücretlerde vergi iadesinin 1.1.2007'den geçerli olarak kaldırılması, açıkça bir geriye yansımadır. Bunun geriye yürümeye meydan verecek şekilde yürürlükten kaldırılması kazanılmış haklara saygı duyan ve hukuki güvenlik ilkesine bağlı bir hukuk devleti iddiasına ters düşen uygulama olmuştur.

Ücretlilerin 2007 yılında ayırma ilkesinden mahrum bırakılması bu yıl için vergide ödeme gücünü esas alan bir vergileme yapılmasını engellemiştir. 2006 yılındaki hak edişlerin 2007 yılı içinde öden-

mesi ayırma ilkesinin 2007 yılı için uygulandığı anlamına gelmez.

## DİPNOTLAR

- 1 Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Açıklama ve değerlendirmelere esas alınan kanun metni, 1.3.2007 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda 5588 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve onay için Cumhurbaşkanı'na gönderilmiştir. Kanun metni [www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com) sitesinden alınmıştır).
- 2 Ülkemizde daha önceden bu kanunla getirilen uygulamaya benzer şekilde tüm gelir unsurlarını kapsamak üzere aile ölçeğini dikkate alan en az geçim indirimi 1980 yılında yapılan değişiklikle "genel indirim" adı ile uygulanmış olup, daha sonra da 3239 sayılı Kanun'la 1.1.1986 tarihinden geçerli olmak üzere itibarıyla uygulamadan kaldırılmıştır.
- 3 Bu yazı kaleme alındığında kanun onaylanmak üzere Cumhurbaşkanı'na gönderilmiş durumdadır.
- 4 Ayırma kuramı sistemimizde değişik şekillerde uygulanmıştır. 1.1.2004 tarihinden itibaren uygulamadan kaldırılan "özel indirim" (GVK.m.31) ile 1.1.2006 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılan genel vergi tarifesinde dilimlere isabet eden oranların ücretliler için beş puan düşük uygulaması ve 1.1.2007 tarihinden itibaren uygulamadan kaldırılan ücretlilere vergi iadesi (GVK. mük.m.121) uygulamaları ayırma kuramının hayata geçirme biçimleri olarak uygulanmıştır. Yoksa, ayırma kuramının ilk defa bu kanunla sistemimize girdiğini söylemek veya bu şekilde adaletin nihayet sağlandığı şeklinde gerekçelendirmek yanıltıcıdır.
- 5 Ödenecek vergi bulunurken asgari geçim indirimine göre hesaplanan verginin düşülmesi 1/1/2008'den itibaren elde edilecek gelirlere uygulanmak üzere yürürlüğe girecektir (5588 Sayılı Kanun, md. 33/b).
- 6 Kanunda indirimde isabet eden verginin GVK'nın 103. maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın olacağı ifade edilmiştir.
- 7 Kanunda indirimde isabet eden verginin GVK'nın 103. maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın olacağı ifade edilmiştir.
- 8 Buradaki asgari ücret; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücrettir.
- 9 Kanununun 32. maddesinin son fıkrası ile asgari geçim indiriminin uygulama dönemleri ve mahsup şekli ve diğer usul ve esaslarını belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu yetki çerçevesinde takdirini kullanacak olan Bakanlık, ilgili hususlarda yaptığımız açıklamalardan pek de farklı olmayacağını düşündüğümüz düzenlemeler yapabilecektir.
- 10 Bu yazının 2 numaralı başlığında hesaplanmıştır.
- 11 Asgari Ücret Tespit Komisyonu, 2006-1 sayılı kararı ile 16 yaşını doldurmuş işçilerin bir günlük normal çalışma karşılığı asgari ücretlerinin; 1.1.2007-30.6.2007 tarihleri arasında 18,75 (onsekiz yetmişbeş) Yeni Türk Lirası olarak karar vermiştir. Günlük asgari ücret 18,75 YTL., aylık asgari ücret 562,50 YTL. (18,75 x 30 gün), asgari ücretin yıllık tutarı 6.750,00 YTL. (18,75 x 360 gün) veya (562,50 x 12 ay).
- 12 GVK'nın 103. maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesinin ilk dilimi için öngörülen oran % 15'dir.

- 13 Bu yazının 2 numaralı başlığında hesaplanmıştır.
- 14 GVK'nın 103. maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesinin ilk dilimi için öngörülen oran % 15'dir.
- 15 Vergi iadesini düzenleyen GVK mük. 121. maddede iadeye esas harcama tutarının vergi matrahı kadar olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle hesaplamada asgari ücretin vergi matrahı dikkate alınmıştır. Ancak, gerçek hayatta asgari ücret olarak ele geçen tutar vergi matrahından düşüktür. Bu durumda elde edilmeyen gelirin harcandığı varsayılmıştır. Esasen iadeye esas harcama tutarının ele geçen asgari ücret tutarı dikkate alınarak belirlenmesi gerekirdi.



**Ulrich KRICHEL**

Alman Metal Sanayi İşverenleri Sendikası (Gesamtmetall) Avukatı

# Alman İş Hukukunda İşyeri Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlerle Fesih ve Sosyal Tercih

## 1. Yasal İş Güvencesinin Genel Esasları

Almanya'da çalışanlar sosyal açıdan geçerli olmayan fesihten önce yasal olarak korunmuşlardır. 1951 yılından beri yürürlükte olan ve 1969 yılında yenilenen ve bu tarihten sonra birçok defa değiştirilen İş Güvencesi Yasası (Feshe karşı koruma, iş güvencesi anlamında kullanılıyor), ayrıntıları düzenlemektedir.

Yasal iş güvencesi, 10 kişiden fazla işçi çalıştıran işletme veya işyerlerinde kesintisiz 6 aylık kıdemi olan bütün çalışanlar için geçerlidir (İGY. m.1/7).

Sık ve uzun süreli iş göremezliğe yol açan hastalık gibi işçinin kendisinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi gibi işçinin davranışından veya işletmeden kaynaklanan nedenlere dayanılmaksızın yapılan bir fesih, sosyal açıdan geçerli değildir.

Kural olarak davranıştan kaynaklanan fesihten önce ihtar gereklidir. İhtarın amacı, görev ihlalinin devamı halinde iş ilişkisinin devamlılığının tehlikeye gireceği konusunda çalışana uyaraktır.

İşyeri işçi konseyi "Betriebsrat" bulunduğu takdirde, bunun fesihten önce dinlenmesi gerekir (İşyeri Temel Kurulu Yasası m.102). İşyeri işçi konse-

yine fesih nedenleri bildirilmelidir. İşyeri işçi konseyinin dinlenmemesi veya yeterince dinlenmemesi sonucu yapılacak fesih hükümsüzdür.

Fesih, yazılı olarak açıklanmak zorundadır (Alman Medeni Kanunu m.623). Aksi takdirde, yapılacak fesih hükümsüz olacaktır.

Bununla beraber toplu iş sözleşmesiyle, yasayla (Alman MK. m.622) veya bireysel iş sözleşmesiyle belirlenmiş feshi ihbar süresine de uyulmalıdır. Feshi ihbar süresine uyulmamasına rağmen fesih geçerlidir, ancak fesih, ihbar süresinin dolmasıyla geçerlilik kazanır. Hakkı nedenle süresiz fesihte de bulunulabilir. Ancak, bu durumda fesih sebebinin işverenden feshi ihbar süresinin geçmesini beklemesinin istenemeyeceği ağırlıkta olması gereklidir.

İş güvencesi kapsamı dışındaki 6 aylık kıdemi dolmamış işçiler ve küçük ölçekli işletmelerde istihdam edilen çalışanlar feshe karşı tamamen korumasız değildir. Yargı kararları burada da keyfi ve olaya yabancı saiklere dayanan fesihten önce koruma sağlar.

Belirli işçi grupları artan koruma ihtiyacı nedeniyle özel iş güvencesine tabidir. Bu gruba yürürlükteki toplu iş sözleşmesine göre iş sözleşmeleri feshi ihbar suretiyle sona erdirilemeyecek olan özellikle hamile ve doğum yapmış anneler ile çocuk yetiştirme süresi içindeki çalışanlar, özürli çalışanlar, işyeri işletme konseyi üyeleri ve yaşlı işçi-

## İşveren, iş sözleşmesini işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği takdirde, fesih bildiriminde işletme gereklerine değinmek ve davadan feragat karşılığında işçiye tazminat teklif etmek imkânına sahiptir.

ler girmektedir. Bu çalışanların iş sözleşmelerinin feshi, ancak özel neden veya yetkili makamın izni bulunduğu takdirde geçerlidir. Ayrıntılar, özel yasalarda düzenlenmiştir.

Feshin geçersizliğine itiraz etmek isteyen işçi yazılı fesih bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren üç hafta içinde iş mahkemesine dava açmalıdır (İGY. m.4).

İşveren, iş sözleşmesini işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği takdirde, fesih bildiriminde işletme gereklerine değinmek ve davadan feragat karşılığında işçiye tazminat teklif etmek imkânına sahiptir (İGY m.1a). Bunun üzerine, işçi dava açmazsa her kıdem yılı için aylık kazancının yarısı tutarındaki bir tazminatı talep edebilir.

Bunun dışında, yasal tazminat ödeme yükümü, sadece feshin geçersiz olması, ancak işçinin veya işverenin talebi üzerine iş mahkemesinin iş ilişkisini sonlandırması halinde vardır. (İGY. m.9). İş ilişkisinin devamı kendisinden beklenilmediğinde işçi, bu talebini gerçekleştirebilir. İşçi ile işveren arasındaki işbirliğinin işyeri amaçları doğrultusunda devam etmesinin beklenilemeyeceği nedenlerin varlığı halinde, işveren iş ilişkisinin sonlandırılmasını izleyebilir. Bunun dışında işyeri işletme konseyi ile beraber kararlaştırılan sosyal plandan tazminat talebi doğabilir (İşyeri Temel Kuruluş Yasası m.112). Sosyal plan, işletme değişikliğinin söz konusu olması durumunda yapılabilir. İşçiler veya işçilerin önemli bir bölümü için esasen sakıncalar yaratabilecek bir işyeri değişikliği durumunda, bir sosyal planın yapılması gerekir. Nihayet hangi işletme önlemlerinin işyeri değişikliğini gerektirdiğini düzenlemektedir (İşyeri Temel Kuruluş Yasası m.111) Toplu işçi çıkarmalar da buna dahildir.

## 2. İşyeri Gerekerinden Kaynaklanan Fesih

İşyeri gereklerine bağlı fesih ancak acil işyeri gerekleri işçinin işyerinde istihdamının sürdürülmesine karşı durduğunda yapılabilir (İGY m.1/II).

### a) İşletmesel Karar

İşyeri gereklerine bağlı olarak yapılan fesih nedenleri; sipariş azlığı, satışta yaşanan zorluklar, kâr düşüşleri, rasyonalizasyon tedbirleri yapısal değişiklikler ve işletme sınırlamaları veya işletmenin kapatılmasıdır. Ancak tek başına ekonomik gelişmeler, işyeri gereklerine bağlı fesih ihtiyacına gerekçe oluşturmaz. Buna ilaveten işletmede istihdamın azaltılması ihtiyacına götüren bir işletme kararı gerekmektedir. İşverenin organizasyon kararı sonucunda işgücü fazlalığı oluşması ve bunun sonucunda dolaylı veya dolaysız bir veya birden fazla işçinin istihdamının devamlılığına ihtiyaç kalmamış olması gerekir. İş mahkemesi, feshi karşı koruma davasında, kararın amaca uygunluğunu denetleyemez. Mahkeme, işletmesel karar verme özgürlüğüne saygı duymak zorundadır. İş Mahkemesinin, sadece işyeri kararının olayla ilgili olup olmadığı, sağduyulu bulunup bulunmadığı ve keyfi olup olmadığı hakkındaki kötü niyet denetimini yapmasına izin verilmiştir. Bir taraftan işyerindeki personelin özellikle akdi iş süresinin yasal olmayan fazla çalışma ve çalışmaya devam ettirilen işçilerin, akdi iş sürelerinin artırılması suretiyle haksız aşırı yüklenmesine yol açacak işyeri gereklerine dayalı feshi kaçınılmalıdır. Diğer taraftan, işletmesel kararının istihdam ihtiyacı ve imkânı olmasına rağmen işçinin işyerinden uzaklaştırılmasına bahane olarak kullanılması önlenmelidir. Bu nedenle, personel giderlerini kısmayı düşünen işveren organizasyon kararının uygulanabilirliğini ve sürdürülebilirliğini, yani kalıcılığını gerekçelendirmek zorundadır. İşyerinde istihdam ihtiyacı bulunmamalıdır.

### b) İşe İade Olanığı

Çalışan, istihdam edildiği işyerindeki başka bir işte veya işletmenin (yani, sözgelimi limited veya anonim şirketin) başka bir işyerinde istihdam edilmesi olanağı bulunduğu halde sadece işyerindeki kadrosunun ortadan kalkması nedeniyle sözleşme-

sinin feshedilmesi, feshi haklı kılmaz. Her ne kadar Yasa ayrıca işyeri işçi konseyinin feshe karşı çıkmasını arıyorsa da; yargı kararları, işyeri işçi konseyinin karşı çıkmaması veya işyeri işçi konseyinin seçilmemiş olması durumunda iş sözleşmesinin feshini işçinin başka bir işte istihdam olanağının bulunması nedeniyle geçersiz kabul etmektedir. Yargı kararlarına göre; işyerlerinde feshi gerektiren bir zorunluluk, işveren için ancak başka teknik, örgütsel veya ekonomik tedbirlerle feshi önlemek mümkün olmadığında söz konusudur. Fesih gereksinimi işçinin başka bir işyerinde istihdamının sürdürülmesi olanağının bulunması durumunda yoktur.

Buna göre; işçiye daha yüksek bir mevkideki boş bir işte istihdam olunması teklif edilmek zorunda değildir. Bunun dışında kural olarak, boş bir işin emsal eşdeğer olup olmaması önem taşımamaktadır. Yargı kararında tamamen daha alt düzeyde bir işte istihdam teklifi ancak son sınırdaki durumlarda (sözelimi, tamamen alt seviyede bir mevkide istihdam) açıkça belli olduğunda yapılmayabilir. Boş kadro eşdeğer olmadığı takdirde işveren işçiyle fesih öncesi uzlaşma çözümü arayabilir. Yeni yargı kararları, işçinin teklifi kabul etmemesi halinde işverenin “Değişiklik Feshi”ne gitmesini öngörür. “Değişiklik Feshi” değişik şartlarla yeni bir iş sözleşmesi yapılması amacıyla iş sözleşmesini sonlandıran bir fesihtir (İGY m.2). İşçi işverenin yaptığı bu teklifi tekrar reddedebilir. Bu durumda, iş ilişkisi fesih yoluyla sona erer. İşçinin teklifi kabul etmesi halinde, iş ilişkisi değişen şartlar doğrultusunda devam eder. Ancak işçi, sözleşme değişikliğinin uygunluğunun mahkemece kontrol edilmesi şartıyla da değişiklik feshini kabul edebilir. Değişiklik feshi teklif edilmeksizin sözleşmenin hemen sonlandırılması, ancak çalışanın daha önce yapılan değişiklik teklifini kesinlikle ve nihai şekilde geri çevirmesi durumunda mümkündür. İşçinin değişiklik feshi sonucu oluşacak çalışma şartlarını herhangi bir tereddüde yer vermeksizin kabul etmemiş olması gerekmektedir. İşveren, işçiye sözleşme değişikliği konusunda görüşme teklif etmeksizin, değişiklik feshinde bulunabilir. Yargı kararlarıyla belirlenen bu esaslar, gerekli personel daraltılması önlemlerinde gecikmelere neden olabilmektedir.

İşçinin şirket alanı içinde istihdam edilmesi, iş

## İşveren, işçiye sözleşme değişikliği konusunda görüşme teklif etmeksizin, değişiklik feshinde bulunabilir.

sözleşmesiyle işletmelerarası nakil yapılmasını kabul etmesi veya işverene başka bir işyerinde istihdam için nakle onay vermesi ya da taahhütte bulunması haricinde, işçiye şirkete ait başka bir işyerindeki boş bir işte istihdam teklif edilmek zorunda değildir.

Şayet işçinin kendisinden beklenilebilen başka bir dalda eğitim alması ya da alanında kendisini geliştirmeye yönelik eğitim alması halinde boş bir işte istihdam edilebiliyorsa, yapılan fesih geçerli değildir.

### 3. Sosyal Seçim (Sozialauswahl)= Sosyal Tercih

İşyeri gereklerine bağlı olarak yapılacak feshlerde, iş sözleşmesi feshedilecek işçi sayısının fazla olması halinde, işveren işçi seçiminde sosyal seçim kriterlerini dikkate almak zorundadır (İGY m.1/III). Fesih yapılacak işçiler arasında, işyerinde daha az ihtiyaç duyulan işçiler önceliklidir.

#### a) Dahil Edilecek Çalışanlar

Sosyal seçime sadece feshin yapılması düşünülen işletmede istihdam edilen işçiler dahil edilir. Bu seçime işletmeye dahil diğer işyerleri veya şirketler dahil edilmez. Bu durum, işverenin iş sözleşmesi ile işçiyi başka bir işletmeye nakil etme hakkını saklı tutması hali için de geçerlidir. Bu bakımdan, işletme ile bağlantılı sosyal seçim ve işyeri ile bağlantılı boş bir işte istihdamın devam edebilirliği arasında karar verilmelidir. Bütün işletmelerdeki işleri kapsayacak sosyal seçim yapılması halinde, diğer işyerlerindeki istihdamın işletmeden kaynaklanan nedenlere bağlı olmaksızın feshedilmesi gerekecektir. Bu, yasal olmayacaktır.

Faaliyetleri ve vasıflarına göre değiştirilebilen işçiler işletmede sosyal seçime dahil edilirler. Bu şart, kısa alıştırma devresi gerektiren durumlar için de geçerlidir. Ancak değiştirilebilirlik konusunda işveren işçiyi tek taraflı olarak diğer bir işyerinde istihdam edememektedir. Karşılaştırılabilecek işçi-

ler işyerinin aynı hiyerarşi düzeyinde yer alan işçilerdir. Örneğin, işyerindeki işi ortadan kalkan üst hiyerarşide bulunan bir bölüm yöneticisi, şube şefi gibi daha düşük bir hiyerarşide yer alan işçilerin sosyal seçime dahil edilmelerini talep edemez. Bu durum, tersi için de geçerlidir.

Farklı uzunluktaki çalışma sürelerine sahip işçilerin hangi ölçüde sosyal seçime dahil edileceği sorunu, yargı kararlarına göre ayırt edilmelidir: Tam süreli ve kısmi süreli işçilerin benzer faaliyeti yerine getirmesi halinde ve işveren toplam çalışma hacmini kısmak istediğinde işçiler kişisel çalışma sürelerinden bağımsız olarak sosyal seçime dahil edilir. İşveren, sosyal seçim için hazırlanan sıralamada en az korumaya ihtiyacı olan işçilerden başlayarak azaltılacak çalışma hacmine ulaşana kadar gerekli ölçüde fesihle bulunacaktır. Buna karşılık, işletmede çalışma sürelerinin farklılaştırılmasına makul bir genel düşünce temel oluşturduğu takdirde, işçiler değiştirilebilir değildir. Bu durum, örneğin, her bir işçinin farklı bir konuda faaliyet göstermesi ve çalışma sürelerinin her bir konu için farklılık göstermesi halidir.

Özel bir iş güvencesine tabi olan işçiler, sosyal seçime dahil edilmez. Özel iş güvencesinin yargı kararını takip eden yakın bir zamanda sona ermesi halinde de, bu durum geçerliliğini korur. Genel iş güvencesi kapsamındaki işçiler ile iş güvencesi kapsamı içinde yer alabilmek için 6 aylık kıdem şartını yerine getirmeyen işçiler de, karşılaştırılabilir değildir. Son belirtilenlerin sözleşmesi, öncelikli olarak feshedilecektir.

## b) Tercih Esasları

Yasa tarafından sosyal tercih için emredici biçimde öngörülmüş kriterler; kıdem süresi, yaş, bakma yükümlülüğü ve işçinin özürü olup olmadığıdır. Bu kriterlerin nasıl dengeleneceğini yasa

**Geçerli fesihler için yasa ve mahkeme kararları tarafından aranan zor koşullar, hukuken güvenli fesihleri önemli ölçüde zorlaştırmakta ve sonuçta istihdamı engellemektedir.**

belirlemez. İşveren, seçim yaparken sosyal yönleri “yeterince” dikkate almalıdır. Bu yüzden; işveren, kriterlerin dengelenmesinde bir değerlendirme hareket alanına sahiptir. İşveren kriterler arasında destekleyici ilişkiler kurmalıdır. Fesihden muaf tutulan işçiye göre daha fazla korumaya ihtiyacı olan işçiler, sosyal tercihin yanlış yapıldığını başarıyla ileri sürebilirler.

Yargı kararları, sosyal tercihin kolaylaştırılması için bir puan cetvelinin kullanılmasına izin vermektedir. Puan cetvelinde alınan toplam puan, işçinin sosyal yönlerinden aldığı puanların toplamından oluşur. Puanı düşük olan işçiler koruma ihtiyacı daha az olan işçilerdir. Ancak, işveren elde ettiği sonucu bir daha, gözden geçirmelidir. Söz konusu işçiye ağır sonuç doğuracak bazı münferit durumlarda bundan sapmanın bulunup bulunmadığına bakmalıdır. Son yargı kararlarına göre, kullanılacak puanlama cetvelinin işyeri işçi konseyince onaylanması gerekmektedir. Bu durum, gecikmelere neden olabilmektedir. İşyeri işçi konseyi ile kullanılacak puanlama cetveli üzerinde anlaşıldığı takdirde, işe iade davalarında sadece uygulanan sosyal tercih kriterlerinin ağır hata içerip içermediği denetlenecektir (İGY. m. 1/IV). Bu bir avantajdır. Ağır hata durumu, ancak, kriterlerin ağırlıklarında bir dengenin olmaması halinde vardır.

Puanların belirlenmesinde yapılacak bir hata, şimdiye kadarki mahkeme kararlarında geniş çapta sonuçlara yol açabilmekteydi. Puanlamanın değerlendirilmesi sonucu iş sözleşmesi feshedilecek bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi halinde dahi, mahkeme kararları yapılan bütün fesihleri geçersiz kabul edecektir. Toplu işçi çıkarmalarda büyük risk anlamına gelen bu “domino teorisi”ni, mahkeme kararları artık terk etmiştir. Artık sadece, iş sözleşmesi feshedilmemesi gerektiği halde tercihte yapılan ilgisiz hatalar yüzünden sözleşmesi feshedilen işçinin sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmaktadır.

## c) İşyerinin Çıkarları

Yaptıkları iş bakımından kıyaslanabilir olan tüm işçiler, sosyal tercihte dikkate alınmak zorunda değildir. İşletmenin gözetilmesi gereken çıkarları doğrultusunda alanında bilgisi, yeteneği ve verimi bakımından çalıştırılmalarına devam edilmesi gereken işçiler, “sosyal tercih”den istisna tutulabilirler

(m. İGY 1/III cümle 2). Yargı kararlarına göre işveren, ilave olarak, sosyal açıdan koruma ihtiyacı olan işçilerin çıkarları ile kilit görevlerde istihdam edilen işçilerin muaf tutulması konusundaki işletme çıkarları arasında bir denge sağlamalıdır. Sosyal çıkarların ağırlığı ne kadar yüksekse kilit görevlerde yer alan işçilerin kapsam dışında tutulmalarını gerektirecek nedenler de o ölçüde ağırlıklı olmalıdır. Dengelemedeki bu hukuki belirsizlik, yasal düzenlemenin uygulanmasını güçleştirmektedir.

İşyerinin gözetilmesi gereken çıkarları doğrultusunda planlanmış personel dengesinin korunması açısından çalışmalarının devam ettirilmesinde fayda görülen işçiler de, sosyal tercihten istisna tutulabilirler. Böylelikle işveren, toplu işçi çıkarmalarda işletme çıkarlarını koruyarak personel yaşlanmalarını önleyebilmektedir. Hangi ölçüde işletmenin yaşlı personeli bünyesinde barındırma ihtiyacı olduğu, işyerinin özel amaçlarına ve bu amaçların uygulanmasına bağlıdır. Bunu gerçekleştirirken, sosyal tercihte sınırlama olmaması halinde hangi somut dezavantajların ortaya çıkacağı önem kazanır. Dengeli bir yaş yapısını sağlamak için işveren, sosyal tercihten geçirilmiş yaş grupları oluşturabilir. Bunun için işveren, her bir yaş gurubundan yüzdesel olarak eşit oranda işçinin işine son vermek zorundadır.

#### d) İsim Listesi

İşyerindeki değişiklik nedeniyle İşyeri Temel Kuruluş Yasası kapsamında işçilerin iş sözleşmeleri feshedilmek istendiği takdirde, işyeri işçi konseyi ve işveren tarafından çıkarların dengelenmesi sonucunda belirlenecek işçi isim listesi hazırlanacaktır. Bu durumda, fesihlerin acil işletme ihtiyaçlarından kaynaklandığı, yasa tarafından varsayılır. İşe iade davası açan işçi, tercihin doğru yapılmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Bunun dışında, sadece sosyal seçimin ağır hata içerip içermediği denetlenebilir.

#### e) Bilgilendirme Yükümleri

Her fesih öncesinde işyeri konseyinin görüşünün alınması zorunluluğu çerçevesinde işveren, sosyal seçime dahil edilen işçiler ile sosyal tercihten muaf tutulan her bir işçinin muaf tutulma nedenleri hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. İşye-

ri işçi konseyinin talebi halinde, işveren kararlaştırılan sosyal tercihin nedenlerini de bildirmekle yükümlüdür.

### 4. Reform İhtiyacı

Geçerli fesihler için yasa ve mahkeme kararları tarafından aranan zor koşullar, hukuken güvenli fesihleri önemli ölçüde zorlaştırmakta ve sonuçta istihdamı engellemektedir. Bu nedenle, yasaların reforma tabi tutulması ve yargı kararlarında düzeltmeler gereklidir. Bir yandan, yasal iş güvencesi için gerekli bekleme süreleri ve işletme büyüklüğünün kapsamı belirgin bir biçimde genişletilmelidir. Sözleşmenin tarafları, iş ilişkisinin daha kurulması aşamasında tazminat karşılığında iş sözleşmesinde iş güvencesinin kaldırılmasını kararlaştırma imkânına sahip olmalıdır. Bu durumda, işçi, işletme gereklerinden kaynaklanan fesih halinde, kararlaştırılan tazminat miktarını almaya hak kazanacak ama feshin hukuka uygunluğunu sorgulayamayacaktır.

Kısa bir süre önce yürürlüğe giren ve AB'nin birçok ayrımcılığı önleme yönergesiyle uyum içeren Eşit Davranma Yasası fesihlerde genel ve özel iş güvencesi hükümlerinin de geçerli olmasını açıkça öngörmektedir (m.2/IV). Buna göre, sosyal tercih kriteri olarak işçinin yaşının dikkate alınması, eşit muamele yasası kapsamındaki bir ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. Arzumuz, iş piyasası politikası açısından yasa koyucunun bu özelliği yasadan çıkartmasıdır. Yasa, yaşlı işçilerin mevcut iş ilişkisini fesihlerden korumasına karşın, aynı zamanda yaşlı işsizlerin istihdam şansını azaltmaktadır.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Doğan Şenyüz tarafından hazırlanan ve 4. baskısı yapılan “**Türk Vergi Sistemi Dersleri**” isimli eser, Ocak 2007 tarihinden itibaren geçerli olan mevzuatı dikkate almaktadır.

Vergi mevzuatımıza bazı yeni müesseseler kazandıran 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile gelir vergisinde yapılan bazı değişiklikleri de içeren eser, ders programlarında vergi mevzuatına yer veren fakülte ve yüksekokulların ihtiyaçlarına cevap verecek uyum ve içerikte kaleme alınmıştır. Söz konusu eser aynı zamanda vergi konusunda temel bilgiler edinmek isteyen herkes için yararlı bir kaynak niteliğindedir.

“Gelir Üzerinden Alınan Vergiler”, “Harcamalar Üzerinden Alınan Vergiler” ve “Servet Üzerinden Alınan Vergiler” başlıklı üç ana bölümden oluşan eser ayrıca, gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi, özel iletişim vergisi, şans oyunları vergisi, damga vergisi, gümrük vergisi, veraset ve intikal vergisi, emlak vergisi ve motorlu taşıtlar vergisi konularında ayrıntılı açıklamalar içermektedir.



Yrd. Doç. Dr. Serkan Odaman tarafından hazırlanan “**Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**” Ocak 2007 tarihinde yayımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2003 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte çalışma mevzuatımız bazı yeni kavramlarla karşı karşıya kalmıştır. Avrupa’da yıllar önce düzenlenmiş olan ve ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu’ndan önce de fiilen uygulanan “ödünç iş ilişkisi” kavramı da bunlardan biridir. “Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi” adlı eser konuyu söz konusu müessesenin üçlü yapısını da göz önünde bulundurarak değerlendirmekte ayrıca, ödünç iş ilişkisini yıllardır uygulayan bir ülke olan Fransız mevzuatını ve yargı kararlarını da inceleyerek, ödünç iş ilişkisini mukayeseli hukuk bakımından ele almaktadır.

Bu çerçevede eser, “Türk İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi Kavramı”, “Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Tarafları Arasındaki İlişkiler”, “Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi” ve “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi” başlıklı dört bölümden oluşmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu ile ilk kez yasal olarak düzenlenen ve birçok soruyu da içinde barındıran ödünç iş ilişkisi kavramına ilişkin bu ayrıntılı çalışma, mevzuatımızdaki önemli bir eksiği tamamlamaktadır.

Nağme N. HOZAR, LL.M.\*

MESS Müşavir Avukatı

## Alman Mahkeme Kararları Işığında İhtar Müessesesi

### FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Esas No** : 2 AZR 609/00**Tarih** : 15.11.2001

Bir çalışana ihtar verilmesindeki amaç, çalışanın görevini ihlal ettiğini kendisine hatırlatmak ve aynı zamanda yapılan davranışın tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği uyarısında bulunmaktır. Çalışana önceden ihtar yapılmaksızın gerçekleştirilen işçinin davranışından kaynaklanan geçerli nedenle fesihler, yasal açıdan uygun görülmemektedir. Çalışana benzer nedenlerle örneğin tekrarlanan işe geç gelmeler nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmeksizin birden fazla ihtar verilmesi de yapılan ihtar etkisiz kılabilir.

Federal Alman İş Mahkemesinin kararı uyarınca, işveren, çalışana fesihden önce vereceği son ihtar öyle şekillendirmelidir ki; ihtarda, buna benzer görev ihlalinin tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği uyarısında bulunmalıdır.

Söz konusu davada bir ağır vasıta şoförü 15 yılda toplam 7 defa işe geç gelmiştir. İşveren bu

nedenle çalışana ihtar vermiş ve sonrasında çalışanın iş sözleşmesini feshetmiştir. Çalışan, kendisine sık sık verilen ihtarları ciddiye almadığını, işverenin, gösterdiği verimden genel olarak memnun olduğunu sandığını dile getirmiştir. Federal Alman İş Mahkemesi sık sık verilen ihtarların uyarı etkisini azalttığı görüşündedir. Ancak, mahkeme, çalışana yapılan son ihtarın içeriğinin feshi göz önünde bulunduracak kadar açık ifade edildiği kanaatindedir.

### NÜRNBERG BÖLGE İŞ MAHKEMESİ<sup>2</sup>

**Esas No** : 6 SA 367/05**Tarih** : 14.06.2005

Nürnberg Bölge İş Mahkemesinin kararına göre çalışan, hatalı davranışı nedeniyle aylar sonra ihtar verilerek uyarılmamalıdır. Yasal olarak ihtar verilmesi için belirli bir zaman sınırlaması yoktur. Ancak 6 aylık bir süreden sonra işveren bu hakkını kaybetmiş sayılır. Çalışanlara

bu kadar uzun bir süreden sonra ihtar verilmemelidir. Ancak çalışanın bu süre içinde yeni ve

benzer hatalı davranışlar sergilemesi halinde bu durum geçerli değildir.

## 1. KARARA KONU OLAYLAR

### 1.1. Federal Alman İş Mahkemesi Tarafından Verilen Karar

Söz konusu karara göre; ağır vasıta şoförü olarak çalışan işçi, çalıştığı 15 yıllık süre zarfında toplam olarak 7 defa işe geç gelmiştir. Çalışana, işverence, her defasında ihtar verilmiştir. İşveren, işçiyi, son defa işe geç gelmesinden dolayı yine ihtar ile uyarılmış, akabinde ise iş sözleşmesini feshetmiştir. Çalışan, işveren tarafından işe geç gelmesinden ötürü kendisine sık sık verilen ihtarları dikkate almadığını ve işverenin kendisinin göstermiş olduğu verimden genel olarak mutlu olduğunu sandığını ifade etmiştir. Federal Alman İş Mahkemesi, işverence sık sık verilen ihtarların uyarı etkisini azalttığını belirtmektedir. Mahkemeye göre; eğer işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir sebep varsa, mevzuat hükümleri gereği çalışan öncelikle ihtar ile uyarılmalıdır. Mahkemeye göre ayrıca, ihtar verilmesindeki amaç, çalışanın görevini ihlal ettiğini kendisine hatırlatmak ve hatalı davranışının tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği uyarısında bulunmaktır. Her ne kadar, işveren çalışana, işe her geç gelişinde ihtar vermiş olsa da, yapılan ihtarlarda, davranışının tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği uyarısı bulunmadığı için söz konusu ihtarlar, etkisiz kalmış ve çalışan da etkisi azalan bu ihtarları dikkate almayıp işverenin kendisinden genel olarak memnun olduğunu düşünmüştür. Ancak mahkeme, işverence çalışana verilen son ihtarında, fesih tehdidinin açık bir şekilde yer almasından ötürü işverence söz konusu çalışanın iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiştir.

### 1.2. Nürnberg Bölge İş Mahkemesi Tarafından Verilen Karar

Söz konusu kararda; çalışan, hatalı davranışının üzerinden aylar geçtikten sonra ihtar verilip uyarılmıştır. Mahkemeye göre; çalışan, hatalı davranışı

nedeniyle, aylar sonra ihtar verilerek uyarılmamalıdır. Her ne kadar, ihtar verilmesi için yasal olarak herhangi bir zaman sınırlaması olmasa da, 6 aylık bir süre geçtikten sonra işverence, çalışana ihtar verilmemelidir. Mahkeme, ihtarın etkisini kaybetmemesi ve hatalı davranışın akabinde çalışana verilmesi gerektiğinden hareketle söz konusu ihtarın “makul bir süre” içinde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme, “makul süre”yi, 6 ay olarak belirlemiştir. Çalışanlara bu kadar uzun bir süreden sonra ihtar verilmemelidir. Ancak çalışanın bu süre içinde yeni ve benzer hatalı davranışlar sergilemesi halinde işverence çalışan, ihtar ile uyarılmamalıdır.

## 2. KARARLARIN İNCELENMESİ

### 2.1. Türk İş Hukukundaki Düzenleme

İş Kanunu'nun 19. maddesi, sözleşmenin fesihinde usulü düzenlemektedir. Buna göre; işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ancak işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilmek isteniyorsa, o takdirde fesihten önce hakkındaki iddialara karşı işçiden savunma almak gerekmektedir. Bunun tek istisnası, işverenin, işçinin iş sözleşmesini, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan halde ve benzerlerine dayanarak feshetmesi durumudur. Bu halde, işçiden ayrıca savunma almaya gerek bulunmamaktadır. Kanun'da belirtilmiş olan hususların dışında işveren için, işçinin iş sözleşmesini feshederken uyması gerekli başkaca bir usul hükmü bulunmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesine göre; Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Yani ispat yükü, kural olarak davacıya düşmektedir. Söz konusu Kanun maddesinde de açıkça belirtildiği üzere bunun istisnası Kanun'da aksine bir hüküm bulunmasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu da genel olan bu kuralın ak-



sine bir düzenleme getirmektedir. İş Kanunumuzun “Fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlıklı 20. maddesinde, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmektedir. Feshin geçersizliğini iddia ederek dava açan işçinin karşısında yer alan davalı işveren, var olan genel kuralın aksine feshin geçerli bir sebebe dayandığını kendisi ispat edecektir. Yer değiştirmiş olan söz konusu bu ispat mükellefiyetinin istisnası işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde ortaya çıkacaktır. Bu halde, işçi, fesih sebebinde gösterilen sebepten başka bir sebep olduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır. İşçinin ispat yükümlülüğüne ilişkin bu hüküm, 4773 sayılı Kanun’da bulunmayan ve 4857 sayılı Kanun ile getirilen bir düzenlemedir<sup>3</sup>.

Kanun’un işverene yüklediği bu ispat mükellefiyeti, kaynağını, “Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”nin 9. maddesinin 2/a fıkrasında bulmaktadır. Ancak Sözleşme’de bu kural açıkça belirtildikten sonra, aynı maddenin 2/b fıkrasında, karar vermeye yetkili mercilerin taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmaları gerektiği belirtilmektedir. İş Kanunumuzda da bu yöntemin benimsenmesi, yani feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespitinin hakim tarafından sundukları delillere göre oluşacak kanaatine bırakılması daha isabetli olurdu. Modern hukuklarda da ispat konusunda benimsenen yöntem budur. Nitekim Fransız Hukuku’nda uyuşmazlık halinde yargıç, tarafların sunduğu delillere göre kanaatini oluşturarak feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanıp dayanmadığını tespit etmektedir<sup>4</sup>.

## 2.2. Neden İhtar?

İşveren tarafından yapılan feshin, geçerli bir nedene dayandığını ispat yükünün işverenin üzerinde olması, işyerindeki insan kaynakları ve personel yöneticilerinin görevlerinin kapsamını geniş-

**Çalışan, hatalı davranışı nedeniyle, aylar sonra ihtar verilerek uyarılmamalıdır.**

**İhtar, fesih bildirim öncesinde işçiye verilen bir nevi “sarı kart” niteliğinde görmek gerekir.**

letmiş ve sorumluluklarını artırmıştır. Şöyle ki; söz konusu kişilerin, işyerinde çalışanlara ilişkin kayıt, rapor, tutanak ve bildirim gibi belgeleri bundan böyle daha düzenli ve güncel bir şekilde tutmaları işverenin ispat mükellefiyeti açısından önemli olacaktır. Zira, İş Kanunu’nun “İşçi özlük dosyası” başlıklı 75. maddesine göre de; işveren, çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenlemek ve bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır.

Bu yüzdendir ki, işçinin hatalı davranışından veyahut veriminden kaynaklanan bir feshin yapılması gerekiyorsa, işveren tarafından gösterilen gerekçe ve deliller büyük önem kazanmaktadır. İşçinin işverence hatalı görünen hareketi meydana geldiği veya verimsizliği tespit edildiği vakit harekete geçilmeli ve işçinin, yapmış olduğu hatalı harekete/verimsizliğe dikkat çekilmelidir. Bu yüzdendir ki; geçerli sebeple yapılan fesih öncesinde, işçinin, öncelikle hukukumuzda olmayan “ihtar” ile uyarılması faydalı olacaktır. İhtarın sözlük anlamı, uyarma, herhangi bir konu, sorun üzerine ilgi veya dikkat çekme, uyarı demektir<sup>5</sup>. İş hukukunda ihtar, çalışana, işyerinin ve işin yürütümünü olumsuz etkileyecek bir sonuç doğuran davranışta bulunması veya verimsizliği halinde verilen önemli bir ikazdır. Bu anlamda, ihtar, fesih bildirim öncesinde işçiye verilen bir nevi “sarı kart” niteliğinde görmek gerekir.

Böylece, ihtar vermek, işverenin fesih hakkını iyiniyetle kullandığını, işçiye hemen değil önce ihtar vererek uyarıp daha sonra işten çıkarmak zorunda olduğunu kanıtlaması bakımından faydalı olacaktır.

## 2.3. İhtarın Fonksiyonları

İhtarın üç fonksiyonu bulunmaktadır. İhtar yazısında, işçinin hatalı davranışı açık ve anlaşılır bir şekilde anlatılmalıdır. İşverene karşı açılan bir davada işçinin personel özlük dosyasının önem arz

ettiğini ifade etmiştik. Bu yüzden ki çalışanın hatalı davranışının vukuu bulunduğu tarih, yer, saat, davranışın meydana geliş şekli, tanıkların imzalamış oldukları ifadeler işçinin dosyasına konulmalıdır.

İhtarın ikinci işlevi ise ikazdır. İhtarda, çalışanın ihtarına konu olan davranışının açık ve kesin bir şekilde kınanmasına dikkat edilmeli ve işçi, iş sözleşmesi ile ilgili yükümlülüklerine uymaya davet edilmelidir.

İhtarın son işlevi ise tehdittir. İhtarda, işçinin ihtarına konu olan davranışını tekrarlamasının ya da değiştirmeden sürmesinin iş ilişkisinin devamını tehlikeye atacağı hususuna yer verilmelidir. İhtarın bu işlevi yerine getirebilmesi için, ihtar yazısında söz konusu davranışın tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği ifadesi muhakkak yer almalıdır.

#### 2.4. Hangi Durumlarda İhtar Verilmelidir?

Pek tabiidir ki, işverenden her durumda ihtar vermesi beklenemez. Eğer işçi sık sık hastalanıyorsa veya zihinsel/fiziki eksikliği varsa bu durumda işçiye ihtar verilmesi, beklenen sonuca ulaştırılmayacağı için bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak mesela, işçi işe yoğunlaşmada bir problem yaşıyor veyahut işçide işe uyum yetersizliği mevcutsa bu durumda işçinin öncelikle bir ihtar ile uyarılması ve bu şekilde kendisine çeki düzen vermesi sağlanabilir. Özellikle işverence, davranıştan kaynaklanan fesihlerde ihtar müessesesi önem arz etmektedir çünkü işçinin, çoğu durumda ihtar edilerek davranışlarını beklenen hale getirmesi mümkün olabilir. Örneğin; işini aksatarak işyerinde dolaşan çalışanın öncelikle uyarılması, bu davranışını tekrarlaması durumunda ise iş sözleşmesinin feshi yolunun tercih edilmesi uygun olacaktır. İşletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde ise ihtar müessesesinin yeri bulunmamaktadır. Zira burada işverenin, yönetim hakkına dayanan işletmesel bir karar mevcut bulunmaktadır.

ILO'nun "166 sayılı İşveren Tarafından İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye Kararı"<sup>6</sup> da "ihtar" müessesesine yer vermiştir. Şöyle ki; Tavsiye Kararı'nın 7. maddesine göre; kusurlu davranış nedeniyle işçi, yazılı olarak uyarılmasına rağmen bu davranışını bir veya birçok kereler tekrarlarsa iş sözleşmesi feshedilebilir. Tavsiye Kararı'nın 8.

**Eğer işçi sık sık hastalanıyorsa veya zihinsel/fiziki eksikliği varsa bu durumda işçiye ihtar verilmesi, beklenen sonuca ulaştırmayacağı için bir anlam ifade etmeyecektir.**

maddesine göre de; işçinin, mesleki yetersizliği nedeniyle işten çıkarılabilmesi için işverenin uygun talimatına ve yazılı olarak usulünce uyarılmasına rağmen kendisini düzeltebileceği makul bir süre sonunda tatminkar bir çalışma tarzına sahip olmaması gerekir<sup>7</sup>. İncelenen ilk mahkeme kararından da anlaşıldığı üzere Alman mevzuatında da, eğer ortada, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir sebep varsa, çalışan öncelikle ihtar ile uyarılmalıdır ki bu Tavsiye Kararı'nda yer alan düzenleme ile paraleldir.

Her ne kadar, İş Kanunumuzda ihtar müessesesi yoksa da, doktrinde sözü edilen Tavsiye Kararı'na göre hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. İşçiye yazılı uyarıda bulunmanın ancak performans/uyum ve benzer işgörenlerden daha az verimli çalışma gibi değişebilir/değiştirilebilir nitelikteki yetersizlikler bakımından anlam taşıyacağı; bunlar dışındaki konularda ise fesihten önce uyarıya ihtiyaç olmadığı ileri sürülmektedir. İşçinin davranışları bakımından ise yazılı uyarının yapılması aranmaktadır<sup>8</sup>.

Bilindiği üzere işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde gerek Kanun'un gerekçesi gerekse Yargıtay Kararlarında bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Buna "feshin son çare olması ilkesi" denmektedir. Her ne kadar işçinin verimi veya davranışından kaynaklanan fesihlerde bu ilkenin uygulanması gerektiğine dair bir düzenleme veya Yargıtay kararı yoksa da, doktrinde tıpkı işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte olduğu gibi bu tür fesihlerde de aynı ilkenin uygulanması gerektiğini savunanlar vardır. İş güvencesi sisteminde esas olan işçinin korunmasıdır, bu yüzden ki işçiyi işyerinde başka bir bölümde çalıştırma imkanı veya eğitim imkanı sağlama olanağı varsa öncelikle bu yollar denenmelidir<sup>9</sup>.

## 2.5. İhtarın Verilme Zamanı ve Şekli

İşverenin ihtar vermesi, çalışanın belli davranışından hoşnutsuzluğunu dile getirmesidir. İhtarın uyarıcı ve caydırıcı bir niteliği de mevcuttur. Bu şekilde işveren ihtarla, çalışanın ihtara konu olan davranışlarını ve verimsiz çalışmasını kabul etmediğini ve bundan sonra da etmeyeceğini bildirir. İşçiyi kabul etmeyeceği hususunu ise iş sözleşmesinin feshedilebileceği tehdidi ile dile getirir.

İhtarda önemli olan, işçinin yapmış olduğu hatalı davranışın işverence tasvip edilmediğini bir an önce öğrenmesi ve kendisine bu konuda çeki düzen vermesinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan ihtarın verilme zamanı da önem taşımaktadır. Yapılan hatalı davranışın üzerinden uzun bir zaman geçtikten sonra uyarılması işçi üzerinde fazlaca bir etki yaratmaz çünkü yapılmış olan o davranış unutulup

ilgili kişiye ulaştırılması, ileride olay, yargıya intikal ettiği vakit işverenin ispat yükü bakımından önemli olacaktır. Eğer işçi, ihtarını tebliğ etmekten kaçınırsa, durum bir tutanakla tespit edilmelidir. Tutanakta, çalışanın ihtarını almaktan veya ihtarını imzalamaktan kaçındığı, tanıklar tarafından beyan edilip imzalanmalıdır.

Eğer işçiyi ihtar verilmek isteniyorsa, öncelikle bu davranışı ile ilgili ondan bir açıklama yapması istenmelidir. Ancak işçinin, savunmasının alınması ihtarın geçerlilik şartı değildir, ihtar geçerliliğini koruyacaktır. İhtar öncesi savunma alınmasının nedeni ise hatalı davranışı veya gösterdiği performans ile ilgili haklı bir nedeni olan işçiyi, gereksiz yere ihtar verip tekrarında iş sözleşmesinin feshi ile tehdit edilmesinin doğru olmayacağıdır. İhtara konu olan olayla ilgili işçinin savunması, tanık ifa-

## Eğer işçiyi ihtar verilmek isteniyorsa, öncelikle bu davranışı ile ilgili ondan bir açıklama yapması istenmelidir.

gitmiş olur. Kendisini hemen uyarmayan işverenin de bu davranışını onayladığını düşünen işçi, bir süre sonra söz konusu davranışını tekrarlayabilir ya da gösterdiği performansın iyi olduğunu düşünerek aynı verimlilikte çalışmaya devam edebilir. İhtarın amacı, işçinin ikaz edilerek ona söz konusu davranışını düzeltmesi veya verimini istenilen seviyeye getirmesi imkanı vermek olduğundan, bu fırsat, işçiyi vakit geçirmeden tanınmalıdır.

İhtarın muhakkak yazılı olarak verilmesi şart değildir. İhtar, sözlü olarak da verilebilir. Ancak taraflar arasında fesih bildirimimin geçerliliği hususunda bir uyuşmazlık çıktığı vakit, daha evvel bahsettiğimiz üzere ispat yükü üzerinde olan işveren için elindeki tüm deliller önem arz edecektir. Bu yüzden ki, işverenin elinde yazılı şekilde bir ihtar yazısı bulunması önemli bir rol oynayacaktır.

Yazılı ihtarlar, iş ilişkisinin sürdürülmesi ve sonra erdirilmesi açısından önemli belgelerdir. Bu nedenle ihtarın bir örneğinin personel özlük dosyasında saklanması gerekmektedir. Sözlü olarak yapılan ihtarlarda ise ihtarın içeriğine ilişkin bir tutanak hazırlanarak bunun da işçinin personel dosyasında saklanması faydalı olacaktır. Yazılı ihtarda olduğu gibi sözlü ihtarın yapılmış olduğuna dair tutanağın bir nüshası da işçiyi verilecektir. İhtarın,

deleri ve diğer deliller personel özlük dosyasında saklanmalıdır.

İhtar, sadece işçiyi işten çıkarma yetkisi olan yöneticiler tarafından değil, iş sözleşmesi gereği yükümlü olunan işlerin yeri, zamanı ve biçimi konusunda görev ve talimat verme hakkı olan tüm amirlerce verilebilir.

## 3. SONUÇ

Taraflardan her birinin iddiasını ispatla yükümlü olduğu genel kuralının aksine İş Kanunumuzun 19. maddesine göre iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene ait olduğundan söz konusu fesih sebebini belgelemek önem taşımaktadır. Bu yüzden de işverenin fesih hakkını iyiniyetle kullandığını, işçiyi hemen değil “en son çare” olarak işten çıkarmak zorunda olduğunu kanıtlaması bakımından işçiyi öncelikle ihtarda bulunmak suretiyle ikaz etmesi faydalı olacaktır. İşçiyi yazılı ihtarda bulunma, ancak performans/uyum ve benzer çalışanlardan daha az verimli çalışma gibi değişebilir/değiştirilebilir nitelikteki yetersizlikler bakımından anlam taşıyacaktır. Bunlar dışındaki konularda fesihten önce uyarıya ihtiyaç yoktur. Davranıştan kaynakla-

## Verilen ihtarın etki göstermesi için, olayın gerçekleşmesinden hemen sonra, fazlaca vakit geçirilmeden yapılması uygun olacaktır.

nan nedenlerde ise ihtar, işçinin davranışı kasdi olmadığı ve ihtar edilerek davranışlarını beklenen hale getirmesinin mümkün olduğu durumlarda verilmelidir.

Her hatalı davranış için ayrı bir ihtar hazırlanması gerektiği unutulmamalıdır. Bu husus ispat kolaylığı açısından önem taşımaktadır. Ancak, işçinin her davranışı ya da verimsizliği ihtarını gerekli kılmayabilir. Bu nedendir ki; her olayı kendi içinde değerlendirip öyle sonuca varmak gerekir. Zira, uzun yıllar işyerinde çalışan bir işçinin sadece bir kere işe gelmesi ya da makul sınırları aşan bir telefon görüşmesi yapmasının altında yatan sebebin araştırılması uygun olur. Eğer ortada davranışı haklı çıkaracak bir sebep varsa, bu takdirde işçiye ihtar verilmesi yerinde olmayacaktır.

Aynı şekilde, verilen ihtarın etki göstermesi için, olayın gerçekleşmesinden hemen sonra, fazlaca vakit geçirilmeden yapılması uygun olacaktır. Bunun için herhangi bir süre vermek doğru olmazsa da "makul bir süre" içinde bu hakkı kullanmak uygun olacaktır.

### DİPNOTLAR

- \* Hukuk yüksek lisans derecesi
- 1 <http://lexetius.com/2001,2286>
- 2 Newsletter Personal (Arbeitsrecht und Führung: Bis wann Sie eine Abmahnung aussprechen müssen), Ocak 2006.
- 3 ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Ağustos 2006, İstanbul, s. 224.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Şubat 2005, Ankara, s. 589.
- 5 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 1. Cilt, 9. Baskı, 1998 Ankara, s. 1053.
- 6 ILO'nun temel ve en önemli fonksiyonlarından biri, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın uluslararası standartları belirleyen Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının üçlü yapı (işçi-işveren-hükümet) tarafından kabul edilmesidir. Bu Sözleşmeler, üye ülkelerin yasama organlarındaki onaylarıyla birlikte, öngördükleri koşullarının uygulanması konusunda bağlayıcı hükümler içermektedirler. Tavsiye kararları ise, politika geliştirme, yasama ve uygulama konularında rehberlik görevi görmekte olup, bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır.
- 7 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, age, s. 577.

- 8 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, age, s. 577., AKYİĞİT Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 268.
- 9 ÇELİK Nuri, age, s. 215., EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2006, s. 169., Yargıtay 9.HD. 06.03.2006 tarih, 2006/3213 E. ve 2006/5521 K. nolu Kararı.