

SİCİL

Haziran '07 • Yıl 2 • Sayı 6

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

26 Haziran 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

Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları 5

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması 22

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri 27

Bektaş KAR - Seracettin GÖKTAŞ

Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler 38

Av. Mehmet UÇUM

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzükleri 49

Şeref ÖZCAN

İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatında İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü ve Risk Değerlendirme Uygulamaları 56

Özlem ÖZKILIÇ

Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama:

İş Sözleşmesinin Devri 62

Av. Cüneyt DANAR

KARAR İNCELEMELERİ

İşe İadede 30 İşçi Ölçütününün Yorumu 75

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi 82

Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN

TOPLU İŞ HUKUKU

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi 87

Prof. Dr. Toker DERELİ

Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi 106

Doç. Dr. Hakan KESER

İşyerinin Kapatılması ve Yasa Dışı Lokavt Uygulaması 124

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU

Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine 129

Av. İlhan DOĞAN

KARAR İNCELEMESİ

<i>Greve Sonradan Katılmanın Sonuçları</i>	142
Doç. Dr. Mustafa ALP	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerin İşverenin Prim Borcundan Müteselsil Sorumluluğu ve Primlerin Ödenmemesinin Yaptırımı</i>	151
Ali GÜNEREN	

<i>Anayasa Mahkemesi'nin 2003/10 E., 2006/106 K., 23.11.2006 Tarihli Kararı Karşısında 506 Sayılı Yasa'nın 26. Maddesine Dayalı Rücu Tazminat Davaları</i>	161
Ercan TURAN	

<i>506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespiti Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi</i>	171
Abdurrahman DURAN	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 Günlü YİBBGKK</i>	185
Utkan ARASLI	

<i>Sosyal Sigortalar Kanunu'na Dayanılarak Verilen İdari Para Cezalarına Karşı Mubatabın Hangi Yargı Merciiine Başvuracağını "Bir Bilen" Var mıdır?</i>	207
Doç. Dr. Aydın GÜLAN	

MALİ HUKUK

<i>Ücretler Üzerinden Alman Gelir Vergisi: Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler</i>	219
Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK	

<i>İş Güvencesi Tazminatı'nın Gelir Vergisine Tâbi Olup Olmadığı Sorunu</i>	224
Doç. Dr. Mustafa AKKAYA	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>Hollanda'da Kısmi Süreli Çalışma</i>	230
Hans HOOGENDOORN	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürlülük Temelinde Ayrımcılık Yasağına Aykırlık Teşkil Eder Mi?</i>	233
Av. Şeyda AKTEKİN	



“Her doğrunun iki yüzü vardır. Birini kabullenmeden önce iki taraftan da bakmış olmak her zaman daha iyidir.”

AESOPOS

Günümüzde ülkemiz, kıyasıyla rekabet ortamı içindedir. Bu ortamda işletmeleri sürdürülebilir kılabilecek etken ise çalışma yaşamının esnekliğinin temin edilmesidir. İş güvencesine ilişkin yürürlükte olan düzenlemelerimizin çoğu ülkeden daha katı olduğu düşünüldüğünde, söz konusu hükümleri dar yorumlamak istibdama yönelik en büyük kötülük olacaktır.

Son dönemde verilen Yargıtay Kararlarına baktığımızda Kanun'da yer almayan bir takım düzenlemelere göre kararlar verildiğini görüyoruz. Örneğin; iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olmak için gerekli 30 işçi kıstası. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında; aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığını, yurtdışında aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan işverene ait tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısının, 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. İşsiz sayısının yüksek olduğu ülkemizde Yargıtay Kararları ile iş güvencesi müessesesine yönelik sonuçlara varılması istibdama vurulacak bir darbe olacaktır. Zira, uzun vadede katı iş güvencesi hükümleri, işgücünün hareketliliğini azaltıp, uzun dönemli işsizliği ve işsizlik sürelerini de artırmaktadır.

Bilindiği üzere, açmış olduğu işe iade davasında feshin geçersiz olduğu tespit edildiğinde işçi, bu kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruyor. İşverence işe başlatılmayan işçiye en az dört en çok sekiz aylık

ücreti tutarında tazminat ödeniyor. Söz konusu bu tazminatın vergi yasaları karşısındaki konumu, özellikle bu ödemenin gelir vergisine tâbi olup olmadığı hususu tartışılmalıdır. Maliye Bakanlığı, bu tazminatların “ücret” niteliğini taşıdığını ve bu kapsamda vergiye tâbi olduğu sonucuna varmaktadır ancak doktrinde aksini savunanlar da bulunmaktadır.

Esnek çalışmanın en yaygın şekillerinden biri de part-time çalışmadır. Part-time çalışma, ne yazık ki ülkemizde tercih edilen bir çalışma biçimi değil. Halbuki, part-time çalışmalar, işgücü piyasası ve çalışma mevzuatının esnek hale getirilmesi, işgücü piyasasının yapısal sorunlarının çözümünde ve işsizliğin azaltılmasında son derece etkilidir. Avrupa Birliği ülkeleri arasında part-time iş sözleşmelerinin yüksek oranlarda görüldüğü ülkelerden birisi olan Hollanda'da özellikle, kadınlar arasında yaygın olan bu istihdam şekli esnekliğe ulaşmada tercih edilen en önemli araçtır.

İşte sizlere bu sayımızdaki konu başlıklarından sadece birkaçı. Yine gündemdeki konuları tartışmaya açan makaleler, yabancı ülke uygulamaları ve Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verilen Sicil dergisinin 6. sayısı ile çalışma hayatının nabzını tutmaya devam ediyor ve güncel gelişmeleri sizlerin değerlendirmenize sunuyoruz.

Saygılarımla,

Av. İsmet SİPAHİ

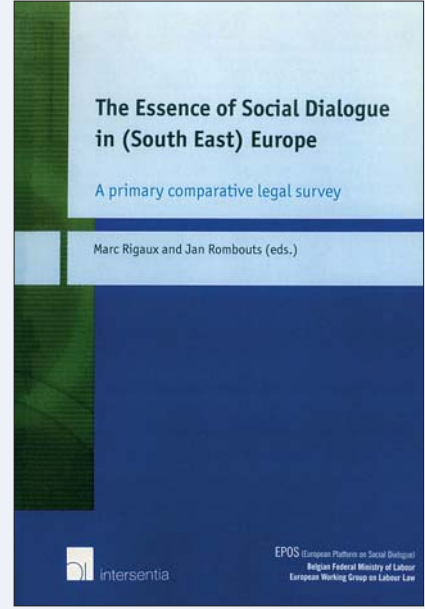
YENİ YAYINLAR



Avrupa Sosyal Diyalog Platformu (EPOS) tarafından düzenlenen ilk seminerin sonuçlarını içeren **“The Essence of Social Dialogue in (South East) Europe”**, Belçika Federal Çalışma Bakanlığı ve Avrupa İş Hukuku Çalışma Grubu'nun katkılarıyla hazırlanmış ve 2006 yılında yayımlanmıştır.

Avrupa İş Hukuku Çalışma Grubu, Avrupa'nın çeşitli üniversitelerindeki iş hukuku ve uluslararası ilişkiler alanında uzmanlaşmış akademisyenlerden oluşmaktadır. 2004 yılında Belçika Federal Çalışma Bakanlığı ve Avrupa İş Hukuku Çalışma Grubu “Avrupa Sosyal Diyalog Platformu-Belçika Ağı” isimli ortak bir program oluşturulması konusunda işbirliği yapmaya karar vermişlerdir. Programın kurucu toplantısı Ocak 2005 tarihinde Brüksel’de yapılmış ve daha sonra Roma’da uzmanların da katıldığı bir toplantı düzenlenmiştir. AB ve Balkanların çeşitli ülkelerinden gelen uzmanların katıldığı bu toplantıda; sosyal diyalogun ortak sorunları tartışılmış ve karşılaştırmalı bir yaklaşımın sağlanması amacıyla ülke raporları sunulmuştur.

Belçika Federal Çalışma Bakanlığı yetkilileri ve akademisyenler arasındaki işbirliği sonucu ortaya çıkan kitapta Türkiye Raporu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. A. Can Tuncay tarafından hazırlanmıştır. Türkiye’de sosyal diyalogun yapısını ve işleyişini tüm ayrıntılarıyla ortaya koyan ve İngilizce olarak hazırlanan rapor; ülkemizde sosyal diyalogun tarafları, sosyal diyalog ve endüstri ilişkilerinin genel görünümü, toplu iş sözleşmeleri, toplu uyuşmazlıkların çözümü, şikayetlerin işletme düzeyinde halli gibi konularda ayrıntılı bilgiler içermektedir.



Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından hazırlanan **“Açıklamalı ve İctihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)”** adlı eser, Ocak 2007 tarihinde yayımlanmıştır. İlk kez 4773 sayılı Kanun ile Türk iş hukukuna getirilen iş güvencesi müessesesine, 4857 sayılı İş Kanunu’nda biraz değiştirilerek yer verilmiştir. Ancak İş Kanunu, iş güvencesini sadece feshe karşı güvence boyutuyla ele almamış, iş ilişkisi devam ederken de çalışma koşullarında güvence ve kimi hükümleriyle de işe giriş güvencesi getirmeye çalışmıştır. Eserde, Türk iş hukukundaki iş güvencesi, işe girişte/işin devamında ve iş sözleşmesi sona ererken güvence ile işçi sendikası yöneticiliği ve işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi incelenmiştir. Konular irdelenirken, yer yer yabancı ülkelerdeki duruma da değinilmiştir. Ayrıca, konularla ilgili Yargıtay Kararları ile ilgili idari birimlerin anlayışını yansıtan genelgelere de yer verilmiştir.

Eserin birinci bölümünde “İş Hukukunun Temel Kavramları” açıklanmaktadır. Kitabın “4857 sy. İş Kanunu’nda İş Güvencesi” başlığını taşıyan ikinci bölümünü, “İşçi Sendikası Yöneticisinin ve Sendika İşyeri Temsilcisinin İş Güvencesi” başlıklı üçüncü bölümü izlemektedir. Eserin ekinde ise Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme, 4857 sayılı İş Kanunu’nun ilgili hükümleri, SSK Başkanlığı Genelgeleri ve Yargıtay Kararları yer almaktadır.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 50/III. maddesi, işin verimliliği, sürekliliği için iş gücünün sahibi işçinin hem dinlenmesi hem de maddî ve manevî ihtiyaçlarını gidermesi için belirli süre çalıştıktan sonra dinlenmesini öngörmüştür. Ara dinlenmeleri yapmak suretiyle günlük ve haftalık çalışma sürelerini dolduran işçiye, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı haftalık çalışma süresinin dışında fazla çalışma yaptırılabilir.

Fazla çalışmanın tanımı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde olduğu gibi, Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 1. maddesinde "günlük iş süresi üstünde çalışma" olarak tanımlamıştır. Öğretide de yasal görüşe uygun yorum yapılmıştır¹. 1475 sayılı Kanunun 35. maddesinde fazla çalışma için günlük çalışma süresi esas alındığından, haftalık çalışma süresi kıstas alınamaz. Buna rağmen Yargıtay'ın o dönemde verdiği bazı kararlarda fazla çalışma için günlük çalışma süresinin dışına çıkılması yeterli görülmemekle birlikte haftalık çalışma süresinin de tamamlanmış olmasının aranması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir². Bu görüşe göre işçinin haftalık çalışma süresini tamamlamasına bakılmaksızın günlük çalışma süresinin aşılmasının fazla çalışma olacağı yolundaki Yasa'daki kıstasın mutlak emredici niteliği göz önünde tutularak bunun değiştirile-

lemeyeceği ve aksi yönde bir yoruma gidilemeyeceği belirtilmiştir³.

Biz de bu görüşe katılarak Yargıtay kararlarına karşı oy yazmış ancak çoğunluğu sağlayamadığımız gibi, yerleşmiş içtihadın dönülmesi oldukça zordu. Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 72/a maddesindeki düzenleme ile haftalık iş günlerine bölünemeyen çalışma sürelerine göre uygulanan haftadan daha uzun döneme göre fazla çalışmanın belirlenmesindeki zorluklar nedeniyle muhalefetimizi devam ettirememiştik⁴.

Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle işçiye fazla çalışma yaptırılabilir. Genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması zorunluluğunu kaldırmıştır. Çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünmesi kuralına esneklik getirilmiştir. Böylece, sözleşmelerle haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saatlik normal haftalık iş süresini aşmayacağı hükme bağlanmıştır.

Getirilen bu düzenleme ile fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin

Fazla çalışmanın haftada kaç saati geçmeyeceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

esas alınması kabul edilmiş ve bunun dışında başka bir ölçüte yer verilmediğinden haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmelidir⁵. Gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde, gerek anılan madde uyarınca çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 3. maddesinde "Tanımlar" başlığı altında "Fazla çalışma: İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmaları, ... ifade eder." denilmektedir.

Ancak işyerlerinde iş sürelerinin günde onbir saati aşmamak üzere farklı bir biçimde, yoğunlaştırılmış iş haftalarının uygulandığı durumlarda, yani denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin ortalama çalışma süresi normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı hallerde toplam 45 saati aşıya da bu çalışmalar fazla çalışma sayılmayacaktır. Günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı günlük çalışma saatleri uygulanması halinde ise, denkleştirme sistemi uygulandığından, iki ay içinde yapılan çalışmaların ortalamasının haftalık 45 saati geçmesi halinde fazla çalışma yapılmış sayılacak ve bu çalışmalarda haftalık ortalama çalışma süresi dikkate alınacaktır. Ancak fazla çalışmanın haftada kaç saati geçmeyeceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Fazla çalışma ücreti konusunda yasada bir değişiklik yapılmamıştır. Böylece her bir fazla saat çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği kuralı aynen korunmuştur.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak fazla çalışma yanında, "fazla sürelerle çalışma" adı altında yeni bir müessese getirmiş bulunmaktadır. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar ise fazla sürelerle çalışmayı ifade etmektedir. 41. maddenin 7. fıkrasında da, her iki müesseseyi kapsayacak şekilde "fazla saatlerle çalışma" kavramına yer verildiği görülmektedir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise, denkleştirme

esasları içinde ortalama haftalık çalışma süresini aşan, fakat 45 saatlik kanuni haftalık çalışma süresinin altında kalan süreler fazla süreli çalışma olarak kabul edilmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Ancak 45 saatin altında belirlenen ortalama haftalık çalışma süreleri üzerinde de oldukları için bu tür çalışmalar fazla süreli çalışma olarak değerlendirilmiştir. Bu çalışmalar, fazla çalışma sayılmayacaklarından, bunlara fazla çalışma ücreti verilmesi mümkün değildir. Yeni düzenleme ile fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile ödeneceği kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesiyle yapılan önemli bir düzenleme de fazla çalışma veya fazla süreli çalışma yapan işçilere istemeleri halinde, bu çalışmalarının karşılığı olarak zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla süreli çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilme imkanının tanınmasıdır. Bu durumda işçi isterse yaptığı günlük çalışma süreleri üzerindeki çalışması için zamlı ücret alabilecek, isterse çalıştığı sürelerin karşılığını serbest zaman olarak kullanabilecektir. İşçi hak ettiği bu serbest zamanı 6 ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanabilecektir.

Kanunda esnek sürelerle çalışma düzenine imkân verilmesi nedeni ile fazla çalışma yapma olanağı oldukça kısıtlanmaktadır. Ancak işverenlerin yasa hükümlerine genelde uyma konusunda öznel hareket etmedikleri için yine de fazla çalışma ücreti söz konusu olabilmektedir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma gereksinimi olan işverence bu onay her yılın başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesinde yer alan gece döneminde fazla çalışma yapılamaz. Ayrıca fazla çalışma ve fazla süreli çalışmaların ne şekilde uygulanacağını daha ayrıntılı bir biçimde göstermek için İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Zorunlu sebeplerle fazla çalışmaya ilişkin ola-

rak, çalışma süresinin sınırsız olmaması için, işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesi ve yapılan fazla çalışmanın yanı sıra gerçekleşmesi halinde fazla süreli çalışma bakımından da 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları esasları içinde ücret ödenmesi kabul edilmiştir. Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu ise uygulamada bir yarar sağlamadığı için kaldırılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 43. maddesinde, olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin düzenleme olan 1475 sayılı Kanun'un 37. maddesinde içerik bakımından bir değişiklik yapılmamış, sadece fazla çalıştırılan işçilere fazla çalışma veya fazla süreli çalışma yapıp yapmadıklarına göre 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanacağı düzenlenmiştir.

Fazla çalışma ücretinin miktarı konusunda yapılan düzenleme, nisbi emredici kurallar çerçevesinde kabul edildiğinden, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesi işçi yararına değişiklikler yapılabilir. Ancak fazla çalışmayı belirleyen kıstasın mutlak emredici niteliği yönünden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesindeki düzenleme ile 1475 sayılı İş Kanununun 35. maddesi hükümlerinde bir farklılık bulunmamaktadır⁶.

1- FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA KAVRAMI

1- GENEL OLARAK

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

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

Denkleştirme halinde ise; günlük azami çalışma süresi olan onbir saati aşmamak koşuluyla, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma sü-

resi olan 45 saatlik normal haftalık iş süresinin aşılması halinde aşan kısmın fazla çalışma sayılacağı hükme bağlanmıştır.

2- GÜNLÜK ÇALIŞMA SÜRESİNİN AŞILMASI

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde fazla çalışma "günlük iş süresi üstünde çalışma" olarak tanımlanmış ise de uygulamada haftalık çalışma süresinin aşılması esas alınmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/1. maddesinde uygulamaya paralel olarak fazla çalışma, haftalık kırk beş saati aşan çalışma olarak kabul edilmiştir. Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Böylece her gün eşit sürede olmak üzere haftanın altı işgününde çalışan işçinin günlük çalışma süresi üzerindeki çalışması haftalık kırkbeş saati de aşacağından fazla çalışmayı oluşturur.

İş Kanunu, günlük çalışma süresi içinde işçiye dinlenmesi ve yemek, içmek gibi ihtiyaçlarını giderilmesi için ara dinlenmesi verilmesini zorunlu tutmuştur. Ara dinlenmesi kural olarak çalışma zamanının ortasında ve aralıksız olarak kullanılır. Bununla birlikte o yerin örf ve âdeti ve işin niteliğine göre sözleşmeler ile aralı bir biçimde ve çalışma zamanının farklı bir bölümünde de ara dinlenmesi verilebilir. Ara dinlenme süreleri işyerindeki çalışma sürelerine göre artan bir biçimde tesbit edilmiştir. Buna göre, dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, ara dinlenmesi verilir (İş K. m. 68/1). Öngörülen bu süreler, asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. Yargıtay'ın son kararlarında, günlük on saatten fazla çalışmalarda ise, ara dinlenmesinin en az bir buçuk saat olacağı kabul edilmektedir.

Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, örneğin cumartesi günü yarım gün çalışılması halinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir. Aslolan işçinin kanunda belirlenmiş çalışma süresi kadar çalıştırılmasıdır. Ancak üretimin artırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun acil ihti-

yaçlarının karşılanması amacıyla, günlük azami çalışma süresi aşılmak suretiyle haftalık normal çalışma süreleri üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak tanımlanabilir.

Kanunda günlük çalışma süresini esas alan bir fazla çalışma tanımına yer verilmemiş olduğu halde Yargıtay denkleştirmede günlük azami çalışma süresi olan onbir saatin üzerindeki çalışmaya fazla çalışma hükümlerini, öğretilerdeki çoğunluk görüşü⁷ paralelinde oy çokluğuyla uygulamaktadır⁸.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin (ÇSY) 4. maddesinde günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşmama çağrı belirtildikten sonra, işçinin bu sınırı aşan sürelerle çalıştırılmasında; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle günlük azami çalışma sınırı olan onbir saatlik çalışmanın aşılması halinde fazla çalışma hükümlerinin uygulanması kanımca mümkün değildir. Zira düzenleyici işlemlerden olan yönetmelikler, tüzük ve yasalara aykırı olamayacakları gibi, öteki üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz⁹. Bu bakımdan ÇSY. m. 4'ü yasa-ya uygun yorumlamak zorunluluğu bulunmaktadır. Denkleştirmede öngörülen onbir saatlik sınırlamanın aşılmasının kararlaştırılması halinde; haftalık ortalama çalışma yerine haftalık çalışma esas alınacağından şayet, 45 saat aşılmışsa fazla çalışma oluşturacaktır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde de fazla çalışma aynı şekilde tanımlanmıştır.

3- HAFTALIK ÇALIŞMA SÜRESİNİN AŞILMASI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde olduğu gibi, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin (FÇFSCY) 3. maddesinde de fazla çalışma, İş Kanunu'nda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde günlük çalışmanın üzerindeki çalışmanın fazla çalışma sayılması yanında, anılan Kanun'un 61. maddesinde 45 saatlik haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit bölünmesi zorunluluğu yolundaki düzenleme de mevcut bulunuyordu. Çalışma sürelerinin esnekliği konusunda Türk iş hukuku mevzuatı oldukça katı bulunduğundan, mevzuatın es-

nek iş sürelerine çoğunlukla izin vermediği öğretilerde savunulmuştur¹⁰. Buna karşın Yargıtay kararları bu katı mevzuatı esnekleştirmişti.

Gerçekten Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde esnek çalışmaya bir ölçüde izin verdiğinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. ve 63. maddelerdeki düzenlemeler karşısında esnek çalışma modellerinden taviz vermesi beklenemez. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde fazla çalışmanın, yasal günlük iş sürelerinin üzerindeki çalışma olarak tanımlanmıştı. Öte yandan anılan Yasa'nın 61. maddesinde haftalık iş süresinin iş günlerine eşit olarak bölüneceğine ilişkin kurala karşılık, Yargıtay'ın pek çok kararında¹¹, fazla çalışmanın gerçekleşebilmesi için günlük iş süresinin aşılması yeterli görülmeyip, fazla çalışma ücretine hak kazanmak için haftalık iş süresinin de aşılması gerektiği vurgulanmaktaydı.

Yargıtay böylece haftalık ortalama iş süresini kabul etmekteydi. Öğretilerde eleştirilen¹² ve eskimiş bir kural olarak kabul edilen haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması esasında Yasa'nın açık kuralına rağmen ayrılmıştı. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesindeki açık düzenleme ve Türk İş Hukuku öğretisinde günlük yasal iş sürelerini aşan çalışmaların fazla çalışma kavramı içinde değerlendirilmesi yolundaki görüşe rağmen Yargıtay, haftalık çalışma süresinin ancak 45 saati geçmesi halinde, fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınmasını kabul etmekteydi. Bu durum çalışma sürelerinde esnekliğin ortalama iş haftası şeklinde uygulaması olarak İş Kanunu'nun emredici kurallarına aykırı düştüğü haklı olarak ileri sürülmüştü¹³.

Ortalama haftalık iş süresinde, temelde haftalık bir gün fazla çalışılan bir sürenin, bir başka gün daha az çalışmak suretiyle dengelenmesi ile iş sürelerinde yasal dayanağı bulunmayan bir esneklik sağlanmaktaydı¹⁴.

II- FAZLA ÇALIŞMANIN ORTAYA ÇIKMASI VE TÜRLERİ

1- FAZLA ÇALIŞMANIN ORTAYA ÇIKMASI

Ülkenin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması ve bunlara benzer sebeplerin bu-

lunması halinde işçiye yılda 270 saatten ve günlük onbir saatten fazla olmamak ve yılda doksan günü geçmemek üzere fazla çalışma yaptırılabilir. Ancak, fazla çalışma işçinin muvafakati bulunmadığında yaptırılmayacağı gibi fazla çalışma için yasal nedenler mevcut değilken, sırf işçiyi taciz etmek amacıyla da yaptırılmaz.

4857 sayılı İş Kanun'un 41., 63. ve 64. maddelerinde çalışma sürelerindeki esneklik için gerekli düzenlemeler yapılmıştır¹⁵. Fazla çalışma kavramı için kanuni günlük çalışma süresi kıstası terkedilmiştir. Günlük çalışma yerini haftalık çalışma süresine bırakmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nda belirli sebeplere ve şartlara bağlı olarak "Kanunda yazılı günlük çalışma süresi dışında" yapılan çalışma, fazla çalışma olarak tanımlanmış iken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda "Fazla çalışma, Kanunda yazılı ko-

bölünerek uygulanması zorunluluğu kaldırılmış ve bu kurala esneklik getirilerek, sözleşmelerle haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Denkleştirme durumunda, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saatlik normal haftalık iş süresini aşamayacağı hükme bağlanmıştır. Getirilen bu düzenleme ile fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır. Ancak işyerlerinde iş sürelerinin günde 11 saati aşmamak üzere farklı bir biçimde, yoğunlaştırılmış iş haftalarının uygulandığı durumlarda, yani denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin ortalama çalışma süresi normal hafta-

Toplu iş sözleşmesi ile olsa da haftalık çalışma süresi yerine, günlük çalışma süresi üzerinde bir çalışmaya fazla çalışma ücreti ödenmesini öngören kural, 2822 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırıdır.

sullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır" denilmiştir. Fazla çalışma için esas alınacak kıstas haftalık çalışma süresi ve Kanunda normal haftalık çalışma için öngörülen "en çok kırkbeş saatlik süre"dir.

Fazla çalışmayı belirleyen bu kıstası esas alan kural mutlak emredicidir¹⁶. Buna aykırı bir yorum yasanın sözü ve amacına aykırıdır. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin gerekçesinde, normal çalışma süreleri ile ilgili yenilikler ve esneklik şartlarına ilişkin açıklamalara yer verilirken haftalık çalışma süresinin aşılması dışında günlük azami çalışma süresinin üzerinde bir çalışma için fazla çalışma ölçütüne yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde aynen "Bu maddede, iş sürelerinde yapılan değişiklikler esas alınarak fazla çalışma süresi ve fazla süreli çalışma belirlenmekte ve bunlara uygulanacak fazla çalışma ücreti ile fazla süreli çalışma ücretinin hesaplanması yöntemleri düzenlenmektedir. 63 üncü maddeye göre genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir ve aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Eski düzenlemeden farklı olarak, haftalık çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde

lık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı hallerde toplam 45 saati aşıya da bu çalışmalar fazla çalışma sayılmayacaktır." Ayrıca yeni düzenlemeye göre ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada 48 saati aşamayacağı yolundaki yasa tasarısı TBMM'den geçmemiştir.

Bu durumda fazla çalışmanın belirlenmesinde haftalık çalışma süresinin 45 saat olması hali esas alındığında günde 11 saati aşmamak şartı ile farklı günlük çalışma saatleri uygulanması halinde yılda 270 saati geçmemek üzere işçiye fazla çalıştırma yaptırılabilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/I. maddesinde fazla çalışmayı belirleyen haftalık çalışma süresi kıstası mutlak emredici olduğundan, taraflarca iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerle, bu ölçüt kaldırılarak, yerine başka bir kıstas getirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi ile olsa da haftalık çalışma süresi yerine, günlük çalışma süresi üzerinde bir çalışmaya fazla çalışma ücreti ödenmesini öngören kural, 2822 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma kıstası, 1475 sayılı İş Kanunu'nda öngö-

Olağan fazla çalışma için işçinin yazılı olarak izni, başka bir anlatımla onayı gereklidir.

rülen ölçütten farklıdır. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihinden sonra 1475 sayılı Kanun hükümleri esas alınarak getirilen toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinde hükmü niteliğindeki personel yönetmeliklerindeki düzenlemelerin geçerliliği kalmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı düzenlemelerin yerini, bu kanun hükümleri almıştır. Toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikaları, yeni mevzuat karşısında hiçbir geçerliliği kalmayan sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmesiyle getirilen normlar olarak varlıklarını sürdürdüklerini ve bunların müktesep hak oluşturduklarını ileri sürerek davalar açmışlar ise de, kabul görmemiştir. Önceki kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenen toplu iş sözleşmesine yansıyan fazla çalışma ölçütü konusunda sözleşmenin hükmü, Yasanın yansız hükümleri ile ilgili olmayıp, emredici kurallara aykırı yeni düzenlemeler getirildiğinden başka bir anlatımla yasa tamamlayıcı (yedek) kurallar koymadığından bu sonuca gidilmiştir¹⁷.

4857 sayılı Kanun'da çalışma süreleri gibi, fazla çalışma kavramı da emredici kurallarla yeni düzenlemelere bağlandığından, bunlar arasında mutlak emredici olarak düzenlenen fazla çalışma kıstasına ilişkin kanun hükümlerinin uygulanmaya başlamasıyla yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu'na dayanan sözleşme hükümlerinin de geçerliliği kalmamıştır¹⁸.

Yargıtay haftada altı işgünü çalışan bir işçinin günlük 7,5 saati aşan çalışmasının fazla çalışma oluşturmadığını, aralıklı çalışma esasının uygulanması halinde ise; ancak haftada 45 saati aşan çalışmasının fazla çalışma ücretine hak kazandıracağını kabul etmektedir. Bu nedenle fazla çalışma ödemesinin, işçi akdi tatil günü çalışmış olsa dahi haftalık çalışma süresi 45 saati aşması halinde aşan süre için söz konusu olduğu benimsenmiştir. Örneğin toplu iş sözleşmesinde sendikanın amatör şube başkanı için günlük çalışma süresi, işin aksatılmaması kaydı ile beş saat olarak belirlenmiş olabilir. Buna rağmen anılan işçinin haftalık çalışma süresi olan beş günde dokuzar saatten olmak üzere

toplam 45 saat çalıştırılmış olması mümkündür. Bu çalışma şeklinin ihtirazi kayıt ileri sürülmeden uzun yıllar devam etmiş olması, ayrıca toplu iş sözleşmesinde beş saatin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin bir hüküm olmaması halinde bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. İşçinin gece vardiyasında verilmesi gereken yarım saatlik dinlenme süresinde çalışmadığına göre bu süre için gece zammı da istenemez. Zaman esasına dayanmadan ve götürü şekilde yürütülen, ayrıca yapılan iş karşılığı olarak ücretle beraber prim alınan işlerde, fazla mesai ve hafta tatili ücreti de talep ediliyorsa, bu çalışmaların belgelerle ispatı gerekir.

2- FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

a) Olağan Fazla Çalışma

Genel sebeplerle fazla çalışma, ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması gibi sebeplerle yapılan normal çalışma üstü çalışmadır (İş K. m. 41/D). Fazla çalışma çalışma için bunu gerektirecek sebepler olmalıdır. Kanun'da ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması gibi sebeplerle fazla çalışma yaptırılabilen öngörülmüştür. Ancak sadece anılan sebepler değil, benzer sebeplerle de fazla çalışma yaptırılabilir. Örneğin bir pastanede nişan veya düğün nedeniyle sipariş fazlalığı fazla çalışma yaptırılmasına sebep olabilir.

Olağan fazla çalışma için işçinin yazılı olarak izni, başka bir anlatımla onayı gereklidir (İş K. m. 41/7). Oysa zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, bu iznin her yılın başında tekrarlanması gerektiği kuralına yer verilmiştir.

İşveren fazla çalışma isteğini işçilere duyurmak zorundadır. Olağan sebeplerle fazla çalışma bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacaktır (İş K. m. 41/8). Ancak bu süre sınırı işçilere yönelik olup, işyerlerine veya yürütülen işlerle ilgili değildir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında buçuklu sonuca varılamaz. Yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır (FÇFSCY. m. 5)

4857 sayılı Kanun'a göre, denkleştirme gereği günlük en fazla çalışma süresi on bir saati aşamayacağından, bir işyerinde haftalık çalışmanın 45 saati aşıp aşmamasına göre fazla çalışma belirlenir.

b) Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma

İşyerinde gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde fazla çalışma yaptırılması zorunlu hale gelebilir. Bu nedenle işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Ancak fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur (İş K. m. 42). Örneğin depremde bütün işçilerin fazla çalışmaya kalması istenebileceği halde, bir arızanın giderilmesi için bir kısım işçilere zorunlu çalışma yaptırılabilir¹⁹.

Zorunlu nedenle yapılacak fazla çalışmanın mücbir sebep (force majeure) niteliğinde olması şart değildir. Fazla çalışmanın bir an evvel yapılmadığı taktirde işyerinde can veya mal kaybına ya da faaliyetin aksaması veya durmasına yol açacak nitelikte bulunması gerekir. Kısaca "işyerinin normal çalışmasını olumsuz etkileyen" durum zorunlu fazla çalışmaya neden olur²⁰.

Zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için haftalık kırkbeş saati aşan çalışma için fazla çalışma ücreti veya denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin toplam kırkbeş saati aşması halinde fazla çalışma ücreti olarak, her bir saat fazla çalışma için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar içerisinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.

Zorunlu sebeplerle fazla çalışmaya ilişkin düzenlemede çalışma süresinin sınırsız olmaması için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesindeki düzenlemeden değişik olarak bu gibi hallerde de işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesi öngörülmüştür²¹.

Zorunlu nedenle fazla çalışmada Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu, uygulamada bir yarar sağlamadığı için kaldırılmıştır.

Yapılan fazla çalışmanın yanı sıra gerçekleşmesi halinde fazla süreli çalışma bakımından da yüzde yirmibeş fazla ücret ödenmesi esas kabul edilmiştir. Öte yandan zorunlu nedenle fazla çalışmada Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu, uygulamada bir yarar sağlamadığı için kaldırılmıştır.

Ortaya çıkmış veya çıkacak bir arızanın giderilmesi veya araç ve gereç için yapılması gerekli zorunlu işler fazla çalışma için gereklidir. Yasa'da zorunlu sebeplerden örnekler verilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle hammadde veya gıda maddelerinin bozulması veya üretimin başarısının tehlikeye düşmesi halinde zorunlu sebebin varlığı kabul edilmelidir. Ayrıca kazanın önlenmesi, kurtarma işlerinin düzenlenmesi ve oluşan kazanın sonuçlarının giderilmesi gibi durumlar da acele yapılması gerekli ve geçici nitelikli işler olarak kabul edilebilir²². Bu nedenle zorunlu çalışmada işçinin onayı aranmaz.

Öte yandan sağlığı bozuk işçilerden zorunlu çalışma beklenemeyeceği söylenebilir²³. Zorunlu çalışma ile denkleştirme esasları uygulanan işyerlerinde haftalık 45 saatin üstünde çalışma halinde %50 zamlı ödeme yapılır veya işçinin isteği ile her saat fazla çalışma için bir saat otuz dakikalık serbest zaman olarak verilir. Haftalık çalışma süresi iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile 45 saati altında kararlaştırılmış ise o sürenin üzerinde bir zorunlu çalışma olması haline her bir saat ücreti %25 yükseltilerek ödenmelidir. Ayrıca işçinin isteği ile zorunlu fazla çalışmanın her bir saati için bir saat onbeş dakikalık serbest zamanın verileceğini burada belirtelim.

İşyerinde zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak şartı ile işçilerin hepsi veya bir kısmı, zorunlu sebeplerle fazla çalışma yapmak zorundadır. Zorunlu nedenle fazla çalışmaya muvafakat aranmaz ise de, işçinin sağlık durumu fazla çalış-

ma yapmaya uygun olmaması durumunda, işçi zorunlu sebeple de olsa fazla çalışmaya zorlanmamalıdır.

Olağan sebeplerle yapılan fazla çalışmadan farklı olarak zorunlu nedenlerle fazla çalışmada yıllık 270 saatlik gibi, herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Günde onbir saatlik çalışma süresi de aşılabilir. Ancak bu halde işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi insanın doğal ihtiyaçlarının giderilmesi gereğidir²⁴.

c) Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma

Seferberlik sırasında ve bu dönemi aşmamak koşuluyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya gerek görülürse işlerin türüne ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücü olan onbir saate çıkarabilir (İş K. m. 43).

Olağanüstü nedenlerle fazla çalıştırılan işçiler için verilecek ücret haftalık çalışma süresini geçmesi veya denkleştirmede ortalık haftalık iş süresini aşması halinde, saat ücretinin yüzde elli fazlası tahakkuk edecektir. Öte yandan işçinin isteği ile her saat fazla çalışma için bir saat otuz dakikalık serbest zaman olarak verilir. Haftalık çalışma süresi iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile 45 saat altında kararlaştırılmış ise o sürenin üzerinde bir zorunlu çalışma olması haline her bir saat ücreti %25 yükseltilecek ödenmelidir. Ayrıca işçinin isteği ile olağanüstü fazla çalışmanın her bir saati fazla çalışma için bir saat onbeş dakikalık serbest zaman olarak verilecektir.

Olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin düzenleme olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 43. maddesinde; 1475 sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesinde içerik bakımından bir değişiklik yapılmamış, sadece fazla çalıştırılan işçilere fazla çalışma veya fazla süreli çalışma yapıp yapmadıklarına göre anılan Kanun'un 41. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sıkıyönetim ve savaş halinde de kısmi veya genel nitelikteki seferberlikte olduğu gibi olağanüstü çalışma söz konusu olacaktır²⁵. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesinde işçinin en fazla günde 16 saat çalışmasına Bakanlar Kurulu karar vereceği belirtilmesine karşın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi nazara alınarak en fazla günde onbir saat çalıştırılabileceği kanısındayım.

III- FAZLA SÜRELİ ÇALIŞMA

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde bir düzenleme bulunmadığından, 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla çalışma hükümlerine tâbi değildi. Fazla çalışmanın günlük çalışma süresine göre belirlendiği dönemde Yargıtay, Kanun'a aykırı olarak olsa da sadece işçinin haftalık çalışma süresini aşar şekilde çalıştırılmasını fazla çalışma olarak nitelemişti. Gerçekten işçinin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde, haftalık çalışma süresini Kanun'da öngörülen 45 saatten az olarak kararlaştırılmasında bu durum ortaya çıkmaktadır. İşçi haftalık yasal sınırı aşmasa da sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin üzerinde çalıştırıldığında, normal saat ücretinin üstünde bir miktar almalıydı. Buna rağmen 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, örneğin 40 saat için anlaşıldığı ve buna aykırı şekilde işçi 43 saat çalıştığında, fazla saatler için karşılığı, sadece normal saat ücreti olarak kabul ediliyordu.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde buna çözüm getirilmiştir. Böyle durumda yapılan çalışma "fazla sürelerle çalışma" olarak kabul edilmiştir. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle belirlenecektir. Bu son düzenlemenin Yargıtay'ın haftalık 45 saate kadar çalışmaya sadece normal saat ücreti uygulamasını öngörmesinden etkilenmiştir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise, denkleştirme esasları içinde ortalama haftalık çalışma süresini aşan, fakat 45 saatlik kanuni haftalık çalışma süresinin altında kalan süreler fazla süreli çalışma olarak kabul edilmiştir. Bu yeni düzenleme çerçevesinde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmayacakları gibi, 45 saatin altında belirlenen ortalama haftalık çalışma süreleri üzerinde de oldukları için bu tür çalışmalar fazla süreli çalışma olarak değerlendirilmiştir. Bu çalışmalar, fazla çalışma sayılmayacaklarından, bunlara fazla çalışma ücreti verilmesi mümkün değildir. Yeni düzenleme ile fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile

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

İş Kanunu'nda öngörülen çalışma süresine ilişkin kural nisbi emredicidir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işyerinde geçerli olan haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında kararlaştırılması halinde, işçinin kararlaştırılan süre ile yasal azami süre olan 45 saat arasında yapmış olduğu çalışmaların fazla çalışmadan farkı, yapılan çalışma nedeniyle ödenecek ücretin veya serbest zamanın yarı yarıya az olmasıdır.

IV- FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELİ ÇALIŞMADA ONAY ALINMASI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde, fazla çalışma yapılabilmesi için şartların uygun olup olmadığını Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün belirlemesi gerekiyordu. Bu nedenle fazla çalışma; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nün iznine bağlı kılınmıştı. İzin işyerinin bütünü için veya bir bölümüne ilişkin verilebileceği gibi, iznin belli bazı işçiler veya işçi gurupları için de verilebilmesine olanak tanınmıştı (FÇ.T. 6/II-III). Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden izin alınması esasına yer verilmiştir.

Fazla çalışma işçinin onayına bağlıdır. İşveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen haklı bir sebep yokken fazla çalışma ücreti verileceğini taahhüt etse de işçiye fazla çalışma yaptıramaz. Fazla çalışmanın nasıl uygulanacağı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca çıkarılan "İş Kanununa İlişkin Fazla

Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği"nde gösterilmiştir. Bununla birlikte işçinin kanunen belli zaman dışında zorunlu veya olağanüstü nedenlerle çalıştırılması zorunluluğu doğabilir. Bu takdirde işçinin muvafakati aranmaz. Bu gibi hallerde işçi çalışmaya mecburdur. Ancak işçi, zorunlu nedenle veya olağanüstü hallerde yaptığı fazla çalışmada saat ücretini yüzde elli zamlı olarak alacaktır.

Yasa, normal sebeplerle olağan olarak yapılan fazla saatlerle çalışmayı işçinin onayına bağlamış bulunmaktadır (İş K. m. 41/VII). Fazla saatlerle çalışma, fazla çalışma yanında fazla sürelerle çalışmayı da kapsayan bir kavram olarak kullanıldığı için, her iki çalışma türünde işçinin onayının alınması gerekir. Zorunlu ve olağanüstü durumlarda yapılanlar hariç, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçinin "yazılı" onayının alınması şarttır (FÇFSCY. m. 9).

1475 sayılı İş Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 5. maddesinde, fazla çalışma için işçinin onayının önceden iş sözleşmesi veya da toplu iş sözleşmeleri ile alınabileceği belirtilmişti. Anılan Tüzüğü'nün 7/e maddesinde ise, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden izin talep edilirken, söz konusu muvafakati belgelendirme zorunluluğunun öngörülmüş olması karşısında, fazla çalışma için yazılı bir onayın bulunması gerektiğinden, fazla çalışmanın uygulanması sırasında da bu onayın alınabileceği kabul edilmekteydi²⁶. Oysa İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürede Çalışma Yönetmeliği'ndeki yazılı onay koşulunu aynı çerçevede değerlendirmek kanımca mümkün değildir²⁷. Zira anılan Yönetmeliğin 8/b maddesinde, "iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen .." denilerek fazla çalışma yapmaktan kaçınabilecek işçiler gösterilirken, 9/II. maddede fazla çalışma için onayı her yıl başında alma zorunluluğu getiren kural karşısında, başka bir yoruma gidilemeyeceği görüşümdedir. Bu son hükmü fazla saatlerle çalışma için yazılı bir dayanak bulunmayan hallerle sınırlı olarak uygulamak gerektiği yolundaki görüşe²⁸ de katılmamaktayım.

Nitekim Yargıtay Özel Dairesi'nin konuyla ilgili kararında, fazla çalışma için her yıl yeniden işçinin onayının alınması gerektiğinden iş sözleşmesinde yer alan, fazla çalışma yapmaya işçinin rıza gösterdiğine ilişkin hükmün ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilmiştir²⁹.

Ancak fazla saatlerle çalışma önceden kabul edilse de, işçinin buna mutlak surette uyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Şayet işçi, sağlığının böyle bir çalışmaya elverişli olmadığını işyeri hekimi veya Sosyal Sigortalar Başkanlığı hekimi, ya da bunların bulunmadığı yerlerde ise herhangi bir hekim raporu ile belgelendirmek koşuluyla, fazla çalışma yapmaktan kaçınabilir (Fazla ÇFSCY. m. 8/b).

İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir örneğini işçinin özlük dosyasında saklaması gerekir (FCFSCY. m. 9).

Fazla çalışma yaptırmaya gereksinimi olan işveren fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayını her yılın başlarında yazılı olarak alırken belgeye neler yazılmalıdır? Yasada biçimle ilgili bir düzenleme bulunmadığından; belgeye, işyeri adresi, unvanı ile işyerinde yılda 270 saatin üzerinde olmayacak kadar, bir fazla çalışma yapılacağına işçinin onay verdiğinin belirtilmesi yeterlidir. Onay belgesinde fazla çalışma dönemi veya tarihinin gösterilmemiş olması onu geçersiz duruma getirmez³³. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.

Fazla saatlerle çalışma önceden kabul edilse de, işçinin buna mutlak surette uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

4857 sayılı Yasa, esnek sürelerle çalışma düzenine imkân verilmesi nedeniyle fazla çalışma yapılmasının oldukça kısıtlandığı, bu bakımdan da Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınmasına gerek kalmadığı gerekçesi³⁰ ile izin koşulunu kaldırmıştır. Bu gerekçenin isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Gerçekten Yasa, esnek çalışma düzenine imkân sağlamakla birlikte, bunu tarafların anlaşmasına bırakmıştır. Böyle bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit paylaşılması esası korunmuştur (İş K. m. 63/I). Bu nedenle denkleştirme yapılmadıkça fazla çalışma söz konusu olabilmektedir. Gerçekten işverenler, ekonomik kriz bahanesiyle, işçi çıkarıp az sayıda işçi ile aynı işi fazla çalışma yaptırılmak suretiyle sonuç almaları söz konusu olmaktadır.

Ancak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nden izin alma koşulunun kaldırılmasına yönelik düzenleme, uygulamada fazla bir pratik öneme sahip bulunmadığından isabetli görülebilir. Gerçekten eskiden Bölge Çalışma Müdürlüğü izni için işçilerin fazla çalışmaya yazılı onaylarının aranmasını³¹, yeni mevzuatın her yıl yazılı izin arayan düzenlemesinin karşıladığı kanısındayım.

Yargıtay iş sözleşmesinde yasa hükümlerine göre fazla çalışma yaptırılabilirliği hükmü bulursa da işçinin onayı alınmadan fazla çalışma yaptırılmayacağını kabul etmiştir³².

maddesi ne göre çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesi gereği onay verildiğini açıklayan belgede işçinin adı, soyadı ve imzasının bulunması zorunludur. Şayet denkleştirme çalışması ile fazla çalışma yapılacak ise, fazla çalışmanın yapılacağı dönem ve tarihlerin onay belgesinde yer alması gerektiği kanısındayım.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde belirtilen fazla saatlerle çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekilleri İş Kanununun 102/c maddesi gereğince, her işçi için para cezasıyla cezalandırılır.

V- FAZLA ÇALIŞMANIN SINIRI VE YASAKLARI

1- FAZLA ÇALIŞMANIN SINIRI

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesine göre işçiye günlük çalışma süresinden sonra yaptırılan çalışma fazla çalışma sayılıyordu³⁴. İşyerinde cumartesi günü çalışma yapıp yapılmamasına göre bu süre yukarıda belirttiğimiz günlük çalışma sürelerinin aşılmış olmasından sonra haftalık çalışma süresinin 45 saati geçmesi halinde söz konusu oluyordu³⁵. Ancak, fazla çalışma süresi günde üç saati geçemeyeceği gibi, "fazla çalışma yapılacak günlerin toplamı bir yılda doksan iş gününden fazla olmaz" yolundaki düzenlemeden, 4857 sayılı İş Ka-

Yargıtay son zamanlardaki kararlarında günlük 10 saatin üzerinde bir çalışma bulunuyorsa, ara dinlenmesinin 1,5 saat kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir.

nunu'nun 41 maddesinde haftalık kırkbeş saati aşan çalışmanın fazla çalışma sayılması yanında yılda 270 saatten fazla çalıştırılmayacağı da hüküm altına alınarak vazgeçilmiştir.

Fazla çalışma, Kanun ve Yönetmelikte yazılı normal haftalık iş süresi üzerindeki çalışmadır. Bu nedenle anılan niteliği taşımayan sürelerin fazla çalışma kavramı içinde düşünülmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, işçinin çalışma süresi içinde kabul edilen süreler (İş K. m. 66) ancak, haftalık çalışma süresini aştığı takdirde fazla çalışma sayılır. Buna karşın İş Kanunu'nun 68. maddesinde öngörülmüş bulunan ara dinlenmeleri fazla çalışmanın hesabında göz önünde tutulamaz. Şayet ara dinlenmeleri sırasında işçi işverenin emir ve talimatına bağlı ve her an iş çıktığında müdahale etmek zorunda olursa, makul bir süre dışındaki ara dinlenme süresi de iş süresinden sayılabilir. Bu makul süre; genellikle günde 7,5 saat veya daha fazla çalışılan işyerlerinde asgari bir saat yemek ve ihtiyaç için kullanıldığı kabul edilen bir ara dinlenmesidir³⁶. Yargıtay son zamanlardaki kararlarında günlük 10 saatin üzerinde bir çalışma bulunuyorsa, ara dinlenmesinin 1,5 saat kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir³⁷.

İşyerinde hazırlama, tamamlama, temizleme işleri sürekli fazla çalışma gerektirmesine karşın, geçici fazla çalışma 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca yaptırılmaktadır³⁸.

4857 sayılı İş Kanunu, fazla çalışmanın haftalık sınırı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Oysa, gerek Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarinin 65/a-III. maddesinde, gerekse Hükümet Tasarısının Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından aynen kabul edilen metnin 63/III. maddesinde ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada kırksekiz saati aşamayacağı öngörülmüştü³⁹. An-

cak bu düzenleme, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiştir. Böylece yedi günlük bir zaman dilimi içinde ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar da içerisinde olmak üzere kırksekiz saati aşamayacağını öngören 93/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6/II. maddesi ile bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Bu durumda işçinin her yıl onayını almak şartıyla haftalık kırksekiz saat sınırlaması söz konusu olmaksızın çalıştırılması mümkün olabilecektir. Böylece, haftada altı gün faaliyette bulunan ve iki aylık denkleştirme döneminin uygulandığı bir işyerinde, işçinin haftada çalıştırılabileceği azami süre 66 saat (6x11); sekiz haftada da 528 saattir (8x66). Sekiz haftalık normal çalışma süresi 360 saat (45x8) olduğuna göre, işçinin iki aylık denkleştirme döneminde yaptığı fazla çalışma 168 saat (528-360) olmaktadır. Ancak yasada kırksekiz saatlik sınırlama getirilseydi, bu süre 384 saat (48x8) olacaktı. Sınır olmadığı için ortaya çıkan fazla çalışma farkı 144 (528-384) saattir. Oysa yasa koyucunun fazla çalışmada haftalık bir sınırlama getirmeyip sadece yıl ölçütünü esas alarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/VIII. maddesinde ikiyüzyetmiş saatlik bir sınırlamayla yetinmiş olması isabetli bulunmamaktadır.

Gerçekten bu sonuç, ikiyüzyetmiş saatin yarısından fazlası olan 144 saatin iki aylık denkleştirme dönemine sıkıştırılması nedeniyle işçinin fiziki yönden korunması görüşüyle bağdaşmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁴⁰. Yasada bu yönde bir sınırlama getirilmemiştir. Bilim komisyonu tasarısında, ortalama haftalık çalışma süresine eklenecek üç veya dört saat gibi bir sınırlama önerilmiştir. Denkleştirme süresinde belirli günlerle sınırlanmak üzere en çok iki veya üç saat süreyle fazla çalışma uygulanabileceğine ilişkin düzenlemelerin yönetmelikte yer alması yolundaki öneriye⁴¹, Yasa'da olmayan bir sınırlamanın yönetmelikle sağlanamayacağı için katılamamaktayım⁴².

Öte yandan, haftalık çalışma süresinin işgünlerine eşit paylaştırıldığı hallerde de işçinin fazla çalışmalar içerisinde olmak üzere bir günlük çalışma için azami süre onbir saat olmakla birlikte, bir yıl içerisinde çalıştırılacak süre olan 270 saatlik fazla çalışma sınırlamasına, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan taslakta yer verilmemiştir. Zira anılan taslakta, işçinin haftada en çok üç saat fazla çalıştırılmasına olanak tanınıyordu. Taslağa göre işçinin bir yılda en

çok 156 saat (3x52 hafta) fazla çalışma yapması mümkün olabilecek iken Hükümet Tasarısının Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından aynen kabul edilen metninde de böyle bir sınırlama yer almamıştı. Gerçekten işçinin bir günde çalıştırılabileceği azamî süre onbir saattir.

Günlük azamî çalışma süresi onbir saat olarak kabul edilmezse, telâfi çalışmalarının günlük çalışma süresini aşamayacağını öngören 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64/II. maddesindeki yasal düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır⁴³. Gerçekten haftada altı gün çalışılan işyerlerinde, çalışma süreleri haftanın günlerine eşit olarak bölünmesi durumunda, işçiler için günlük azami çalışma süresi olan onbir saate kadar olmak üzere fazla çalışma, üçbuçuk saat; beş gün faaliyette bulunan işyerlerinde çalışan işçiler için ise, iki saat olarak karşımıza çıkacaktır. Cumartesi günü kısmen çalışılan işyerlerin-

malara İlişkin Bazı Özel Usul ve Kurallar Hakkında Tüzük'ün 8. maddesinde posta değişiminde işçilerin sürekli olarak en az sekiz saat dinlendirilmeden çalıştırılmayacakları öngörülmüştü. Bundan hareketle, zorunlu nedenlere dayanan veya olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalarda da işçiye en az sekiz saat dinlenme imkânı tanınması gerektiği kabul ediliyordu. Öte yandan fazla çalışma sınırı kavramı, normal sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için olduğu gibi, zorunlu nedenle veya olağanüstü çalışmalar için de söz konusudur. Postalar halinde çalışmada posta değişiminde işçilerin sürekli olarak en az onbir saat dinlendirilmeden çalıştırılmazlar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 43. maddesinde çalışma süresinin en çok çalışma gücüne çıkarılması, gerek anılan Yasa'nın 42. maddesinde zorunlu nedenlerle çalışacak işçiye uygun dinlenme süresi olan onbir saatten az olmayacak

İşçinin yirmidört saatlik bir dönem içinde en az onbir saat dinlenme imkânına sahip olmasının öngörülmesi, 93/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesine uygun düşmektedir.

de günlük yasal iş süresi, çalışılan sürenin kırkbeş saatten çıkarılması suretiyle bulunacak tutarın, önceki günlere eşit paylaşılması sonucunda ortaya çıkan süredir. Gerçekten İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/II. maddesindeki düzenleme bu yoldadır. Böylece onbir saate kadar olan zaman günlük fazla çalışmanın azamî ölçüsüdür. 1475 sayılı İş Kanunu'nun günlük yasal iş süresinin günde üç saati aşmayacak fazla çalışma sınırlamasından vazgeçilmiş ancak günlük onbir saat çalışmanın aşılması koşuluyla normal fazla çalışmanın yıllık 270 saati geçmemesi kuralı korunmuş olmaktadır.

Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi, 4857 Sayılı İş Kanunu da, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalara belirli bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Zira zorunlu nedenlere dayanan fazla çalışmalar işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşamayacaktır. Olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalarda da Bakanlar Kurulu, günlük iş süresini işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilecektir (İş K. m. 42, 43).

1475 sayılı Yasa zamanında, öğretilde, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalış-

bir süre tanınması da aynı süre kadar fazla çalışma yaptırılabilirliğinin kabulüne neden olabilir. Böylece işçinin yirmidört saatlik bir dönem içinde en az onbir saat dinlenme imkânına sahip olmasının öngörülmesi, 93/104 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesine de uygun düşmektedir.

Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan onbir saat sınırlamasını sadece normal sebeplerle yapılan fazla çalışmaları için değil, bunun yanında zorunlu nedenle veya olağanüstü hallerde yapılacak fazla çalışmaları içerisine alan bir ölçü olarak kabul etmek gerekir⁴⁴. Böylece günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağını öngören İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/III. maddesini, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmaları da ilgilendiren bir düzenleme olarak anlamak gerektiği kanısındayım.

Fazla çalışma 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/VIII. maddesinde Yasa'da öngörülen ikiyüzyetmiş saat sınırı, takvim yılı itibarıyla uygulanmalıdır. Zira İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 5. maddesinde "fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen iş-

lere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır.” yolundaki düzenleme bizi bu sonuca götürmektedir⁴⁵.

Gerçekten, 1475 sayılı Kanun’a dayanılarak çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü’nün 2/II. maddesinde, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 35/I-b. maddesinde, Yasa’da yer alan yılda doksan günlük sınırlamanın, fazla çalışmaya başlandığı tarihten itibaren bir yıllık süre içinde uygulanacağı öngörülmüştü. Buna karşılık İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 9/II. maddesinde işçinin her yılın başında onayını alma gereğini esas alan düzenleme, takvim yılını esas alan görüşü desteklemektedir. Gerçekten bu sonuç, uygulama kolaylığını sağlayacağı için isabetli bulunmaktadır⁴⁶.

Öte yandan zorunlu veya olağanüstü sebeplerle yapılan fazla çalışmaların gerekmesi halinde, yıllık ikiyüzyetmiş saatlik sınırlamanın aşılmış olmasının sonuca etkili olmayacağı söylenebilir⁴⁷.

Fazla sürelerle yapılan çalışmalar saat sınırlamasına bağlı değildir. Zira haftalık 45 saate kadar olan süre fazla çalışma olmayıp fazla süreli çalışma olarak normal haftalık çalışma süresine kadar gerçekleşmektedir. Fazla süreli çalışmalar, fazla çalışmalar bakımından öngörülen 270 saatlik sınırın dışında kalmaktadır⁴⁸. Gerçekten fazla sürelerle çalışmanın sınırı konusunda yasa herhangi bir açık düzenleme getirmemiş olsa da, fazla sürelerle çalışmanın özünde bu sınır mevcut bulunmaktadır. Bu da kırkbeş saatin altında belirlenen haftalık çalışma süresiyle kırkbeş saat arasındaki süredir.

Ancak tarafların, fazla sürelerle çalışmayı sınırlamaya tâbi tutmaları da mümkündür. Öte yandan taraflar fazla saatlerle çalışmayı, fazla çalışma ile birlikte toplam ikiyüzyetmiş saat sınırlamasına bağlamaları halinde bu da geçerli sayılmalıdır.

İkiyüzyetmiş saat sınırının aşılması halinde, Yasa’ya aykırı bir fazla çalışma söz konusu olmakla birlikte bunun da yasal karşılığı fazla çalışma ücreti olarak işverenden talep edilebilir. Yasal 270 saatlik fazla çalışmanın yıl içindeki dağılımı sözleşmelerle düzenlenebileceği gibi, bu süre daha aşırgıya çekilebilir⁴⁹.

İş süresine ilişkin sınırlamalar işçilerin şahıslarıyla ilgili olup işyerlerine ilişkin değildir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalış-

ma Yönetmeliği’nin 5. maddesinde, ikiyüzyetmiş saat sınırının işyerlerine ve yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu belirtilmiştir.

Şayet işyerinde işçilere yaptırılan fazla çalışma, tüm işçilerin hepsi birden ikiyüzyetmiş saati aşsa da Yasa’ya aykırı bulunmamaktadır. Ancak her bir işçi, bu sınırlamanın üzerinde çalıştırılmış ise bu uygulama Yasa’ya aykırı olarak nitelendirilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu bu eylemi için işverene, idari para cezası verilmesini öngören bir düzenlemeye sahip bulunmamaktadır. Sadece günlük azami çalışma süresi olan onbir saatin aşılması halinde işveren idari para cezasına mahkûm edilebilecektir (İş K. m. 104).

Her ne kadar işçiye kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak yaptırılan hafta tatilindeki fazla çalışma ile ilgili bir yaptırıma Yasa’da yer verilmiş ise de, haftalık azami çalışma süresinin aşılması dikkate alınarak Yargıtay ve öğretinin bir bölümü, bunu hukuki sonuca bağlanmıştır⁵⁰. Gerçekten İş Hukukunda genel olarak, iş ilişkisinin niteliği ve işçinin korunması ilkesi yönünden, Kanuna aykırı işçi işveren ilişkisine hukuki sonuçlar bağlanmaktadır⁵¹. Gerçekten Yargıtay, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde günlük çalışma süresi dışında olmakla beraber bir günde üç saati veya yılda toplam 270 saati aşması nedeniyle Kanun’a aykırı bulunan çalışmalar için de Kanun hükümlerine göre zamli fazla çalışma ücreti ödenmesine karar vermişti⁵².

Kanuna aykırı fazla çalışmalara ilişkin ilke kararları, 4857 sayılı Kanun döneminde değişen kıstas dolayısıyla daha sınırlı şekilde uygulanabilecektir. Öncelikle, 4857 sayılı İş Kanunu’na göre işçinin, günlük en çok çalışma süresini aşar şekilde çalıştırılması, Kanuna aykırıdır. Ancak belirtilen sınırın aşılarak çalıştırılması halinde İş Kanunu’nun 104. maddesi uyarınca işveren bu uygulaması için her bir işçi için değil, sadece tek eylem için bir idari para cezasına mahkûm edilecektir. Oysa telafi edici dinlemeyi süresi vermeyen işveren her işçi için ayrı ayrı olmak üzere para cezası ödemek zorunda kalacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 41. maddesinde, münhasıran haftalık çalışma süresinin aşılması, fazla çalışma ücreti için gerekli görülmektedir. Bu nedenle günlük azami çalışma süresi olan onbir saat geçen çalışmalar için kanımca fazla çalışma ücreti gerektirmemektedir. Yüksek mahkemenin ka-

rarlarında ve öğretinin çoğunlukla kabul ettiği üzere denkleştirmede, günlük onbir saatin üzerinde çalışmanın fazla çalışma ücretiyle karşılanması yolundaki görüşün⁵³, yasanın sözü ve amacıyla çeliştiği kanısındayım.

Öğretide günlük çalışma süresinin onbir saati aşması üzerine bu çalışmanın karşılığının normal ücret olamayacağı, en çok çalışma sınırını aşan süreler için kanun hükümlerine göre zamlı ücret ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu durumda günlük çalışma süresini "kıstas" olarak alan görüş, hukuki bir geçerlilik kazanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "haftalık" çalışma süresi yerine "günlük en çok çalışma" süresinin Kanun'a aykırı olarak aşılması, "fazla" saatlerdeki çalışma olarak nitelendirilemez. Bu yoldaki düşünce, Yasanın açık hükmüne aykırı olduğundan İş Hukukunun temel ilkeleri açısından uygun bir yorum olmaktan kanımca uzak kalmaktadır. Günlük en çok çalışma sınırını aşan süreler zamlı ücret ödenmesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılması gerekir. Örneğin bir hafta dört gün onikişer saat çalışan işçinin haftalık çalışma süresi 45 saati geçmediğinden, fazla çalışma ücretine hak kazanılamaz⁵⁴.

Öğretide günlük onbir saat çalışmayı aştığı için zamlı ücretin ödenecek sürelerin haftalık 45 saatlik süre ile bunu aşan sürelerin toplamında hesaba katılmayacağı yolundaki görüşe⁵⁵ katılmadığımı belirtmek isterim. Zira Yasa'da haftalık çalışma dışında başka bir ölçüt, fazla çalışma ücreti yönünden kabul edilmemiştir. Esnek çalışma modelleri benimsenerek, fazla çalışmanın telafi edici dinlenme ile denkleştirilmesi, Yasa'ya girmiştir. Günlük çalışmanın sınırını tespit ederken onbir saat ölçütünü belirleyen yasa koyucu, fazla çalışma için günlük bir sınır öngörmemiştir. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/8. maddesinde sadece yıllık fazla çalışma sınırı belirtilmiştir. Bunun aşılması her zaman mümkün olup, sadece iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu yolunda yapılan bir düzenlemede, bunun üzerindeki fazla çalışmaya sonuç bağlanması yönünden uygulamada bir önemi olduğunu söyleyelim.

İş Kanunu'nun 41/8. maddesinde fazla çalışmanın "bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla" olamayacağına açıklanmasıyla yetinilip işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerinde ne kadar süreyle iş

göreceğinin sınırı gösterilmediğinden yasa kurallarını açıklama işlevi bulunan yönetmelikte bir sınırlama getirilmesinin de hukuken mümkün olmadığı düşüncesindeyim⁵⁶.

Gerçekten normlar hiyerarşisinde yasa ile yapılacak bir düzenlemenin yönetmeliğe bırakılmayacağına kuşku bulunmamaktadır. Kaldı ki İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde Yasa'ya uygun olarak günlük çalışmanın sınırı olan 11 saate ilişkin düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde ki hükmün tekrarıdır. Yönetmelik'te yeni bir düzenleme yapılamayacağını düşünmekteyiz. Esasen bu hususta bir sınırlamanın varlığı, Kanun'un mantıki yorumundan hemen çıkarılabilecektir. Nitekim m. 63/2'de denkleştirme kapsamında haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olmayan şekilde bölünmesinde işçinin "günde onbir saati aşmamak" üzere günlük çalışma süresinin belirleneceği öngörülmüştür. Avrupa Birliği normlarına uygun bu sınırlar telafi çalışmasına ilişkin uygulama yönünden de "Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz." şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu kural kıyasen işverenin 41. maddeye göre haftalık çalışma süresinde yapacağı günlük çalışmanın üst sınırının tespiti de göz önüne alınacaktır.

2- FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI

a) Genel Olarak

Bir kısım işlerde fazla çalışma yapılması yasak olduğu gibi, bazı işçilere fazla çalışma yaptırılması da yasaktır. Fazla çalışma yaptırılmayacak işler gece çalışmaları, yer ve su altında yapılan işler ve sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işlerdir.

Gerçekten İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7/a maddesinde gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yönetmeliğin 7/b maddesinde ancak gündüz yapılan bir işe ilişkin gece döneminde fazla çalışma söz konusu olabilir. Zorlayıcı nedenlerle veya olağanüstü nedenlerle gece de olsa fazla çalışma yaptırılabilir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7/c maddesine göre, yer ve su altında yapılan işlerde de fazla çalışma yapılamaz.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8/a maddesine göre fazla çalışma yaptırılmayacak kişiler ise, 18 yaşını doldurmamış kişiler, anılan Yönetmeliğin 8/b maddesinde sağlık durumu itibariyle fazla çalışma yapamayacağı doktor raporu ile belgelenenler, 8/c'ye göre gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler ve son olarak 8/d gereğince kısmi sürelerle çalışan işçilerdir.

b) Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanların Fazla Saatlerle Çalıştırılması Yasağı

Türk İş Hukukuna kısmî süreli çalışmalara ilişkin yasal düzenlemeye ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmiştir. Kısmi çalışma 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde bir tanıma kavuşturulmuş bulunmaktadır. Buna göre, haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli bir iş sözleşmesidir. Yasa da, haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde az belirlenmesi kavramından ne anlaşılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmuyor ise de, madde gerekçesinde ise, bunun, "...hiç olmazsa, tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki süre..." olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinde da kısmî süreli çalışma tanımlanırken, madde gerekçesindeki ölçü esas alınarak, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmanın kısmî süreli çalışma olacağı öngörülmüş bulunmaktadır⁵⁷.

Öte yandan kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya tâbi tutulamayacaklarına ilişkin bir hükme İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8/d. maddesinde yer verilmiştir⁵⁸. Bu nedenle, tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisinden otuz saatten daha çok fakat kırkbeş saatten az çalıştırılan işçiye kırkbeş saate kadar olan çalışmaları için kural olarak fazla sürelerle çalışma karşılığı; kırkbeş saati aşan çalışmaları için de fazla çalışma karşılığı verilerek gerekmektedir.

Ancak tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisinden daha kısa örneğin

haftalık yirmibeş saat çalıştırılacağı kararlaştırılan (kısmî süreli) işçiye bu süreyi aşan hiçbir çalışma yaptırılmayacaktır. Bu yasağın, kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin birden çok işverenle iş sözleşmesi yapması olasılığı dikkate alınarak, onlara, diğer iş ilişkilerinden kaynaklanan edimlerini yerine getirebilmeleri için fazla saatlerle çalışma talebini reddetme imkânı sağlamak amacıyla getirilmiştir⁵⁹. Gerçekten işçinin kısmî süreli iş sözleşmesinde yer alan fazla saatlerle çalışma yükümlülüğüne uymaması, anılan hükmün geçersiz olması nedeniyle işçi aleyhine sonuç doğurmaz. Bu durum işveren açısından haklı ya da geçerli fesih nedeni oluşturmayacaktır. Özellikle yasak olmasına rağmen, fazla saatlerle çalışma yapan kısmi süreli işçinin buna ilişkin karşılığı talep edebileceğini belirtelim. Ancak birden çok işverene bağlı olarak çalışan kısmî süreli işçinin haftalık çalışma süresini aştığı taktirde fazla çalışma ücreti istemesi konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, en son yapılan çalışmanın kırkbeş saati aşan kısmi fazla çalışma olarak kabul edilmelidir⁶⁰. Böylece fazla çalışma karşılığını bu çalışmanın yapıldığı işyerinin işvereni ödemelidir. Bu görüş, işverenin, kendi işyerindeki çalışma sonucunda haftalık sürenin aşılmakta olduğunu bilmesi koşuluyla uygulanabilir. Zira işverenin talimatı ve bilgisi dışındaki çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı genel bir kuraldır. Gerçekten kırkbeş saatlik sınırın aşıldığından haberi olmayan bir işvereni fazla çalışma karşılığı ile yükümlü tutmak bu prensibe uygun değildir⁶¹. Kanımca kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin her bir işvereni ile yaptığı çalışmanın kırkbeş saate olan kısmi fazla süreli çalışma, yasak olmasına rağmen bunun üzerindeki bölümü ise fazla çalışma olarak kabul edilmelidir. Sadece son işverenin sorumlu tutulması Yasa'ya uygun olmayacağı gibi, hakkaniyette de aykırıdır.

SONUÇ

Fazla saatlerle çalışma, normal haftalık çalışma süresine kadar olan süre ile iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan olan süre arasındaki çalışma fazla süreli çalışmayı, haftalık 45 saatin üzerindeki çalışma ise fazla çalışmayı kapsamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde faz-

la saatlerle çalışmanın belirlenmesinde tek kıstas kabul edilmiştir. Bu ölçüt haftalık çalışma süresinin aşılması olup kesinlikle günlük normal çalışma süresinin aşılması, fazla çalışma ücretine hak kazanılmasına neden oluşturmaz. Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinde uygulanan denkleştirme uygulaması da bu kuralı kanımca değiştirmemiştir.

Denkleştirme için günlük azami çalışma süresi olan onbir saati aşmamak koşuluyla, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi olan 45 saatlik normal haftalık iş süresinin aşılmaması halinde fazla çalışmadan söz edilemeyecektir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla süreli çalışma ve fazla çalışma yapma imkânının verilmemesi, bu tür çalışmaların usulen gösterilip işçilerin bir kısım haklarının kısıtlanması önlenmesi yönünden isabetlidir.

Fazla çalışmaya konulan yıllık 270 saatlik sınırlamanın, günlük 11 saatlik azami çalışma süresi ile uyumlu kullanıldığında, yararlı olacağı kanısındayım.

DİPNOTLAR

- 1 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999, s.141.
- 2 Bkz. Yrg. 9. HD., 8.9.1975, E.75/20820, K.75/41048, karar ve D. Ulucan'ın incelemesi, M. Ekonomi/D. Ulucan, İş Hukuku Uygulaması (İHU), İş K. 35 (No.4); 20.1.1977, E.77/3, K.77/1520, karar ve T. Akünal'ın incelemesi, İHU, İş K. 35 (No.5); 9.1.1978, E.78/5, K.78/14, İşveren D., Kasım 1978, s.15; 9.3.1984, E.84/2019, K.84/2532, Tekstil İşveren D., Haziran 1984, s.19-20; 7.2.1984, E.1984/58, K.1984/1044, İşveren D., Mart 1984, s.16-17; 1.2.1990, E.89/9833, K.90/899, Tekstil İşveren D., Temmuz 1990, s.19; 6.3.1997, E.1996/21533, K.1997/4491, Yasa Hukuk D., Ağustos 1997, s.1074; Yrg. 9. HD 4.10.1999, E.1999/1425, K.1999/14947, İşveren D., Şubat 2001, s.15; Yrg. 9. HD., 2.5.2000, E. 2000/2387, K. 2000/6493, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s.69; Günay, C. İ: Şerhli İş Kanunu C.II, Ankara 1998, s.1601.
- 3 Ekonomi, M., İş Hukuku, C.I, B.3, İstanbul 1984, s.294-295; Tunçomağ, K., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.155; Çenberci, M., İş Kanunu Şerhi, B.5, Ankara 1984, s.571-572; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul 2000, s.256-257; Centel, T., İş Hukuku, C.I, İstanbul 1994, s.232; Narmanlıoğlu, Ü., İş Hukuku, C. I, B.3, İzmir 1998, s.495-496; Ulucan, D.: Karar İncelemesi, İHU, İş K. 35 (No.4); aynı yazar, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s.11; Soyer, P., Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.39; Güzel, A., İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Turhan Esener Armağanı, Ankara 2000, s. 213; Engin, M., Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.18-19; Ekonomi, M., 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş Der., C.7, Sa:3, 2004, s.161.
- 4 Bkz. Yrg. 9. HD 4.10.2000, 2000/8140-13110 sayılı karar, Üye Engin Doğu ile birlikte Cevdet İlhan Günay karşı oy yazısı.
- 5 Tunçomağ, K.-Centel, T., İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003, s.147; Ekonomi, s.160; Soyer, P., Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerde Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş HD, 2004/3, s.797-798; Soyer, M. P., Yeni İş Mevzuatı Karşısında Çalışma Süresine İlişkin Bazı Düşünceler, (Basılmamış Tebliğ), s.9.
- 6 Ekonomi, s.161.
- 7 Ekonomi, s.163; Soyer, s.10; Süzek, S., İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, s.628.
- 8 Yrg. 9. HD 12.06.2006, E. 2006 /38035, K.2006/16593.
- 9 Bkz. Gözübüyük, A.Ş. Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s.46.
- 10 Ekonomi, s.64; Tuncay, A. Can, İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul 2002, İstanbul Barosu Yayını, s.178; Ekmekçi, Ö., Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, Ankara 2003, s.84.
- 11 Yrg. 9. HD 21.9.2000, E.2000/7296, K.2000/12129.
- 12 Bkz. Ekonomi, s.64.
- 13 Tuncay, s.166-167.
- 14 Ekmekçi, s.86.
- 15 Bkz. Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gereçesi, MESS Yayını No.386, İstanbul 2002, s. 64, 85-89, 89; Ulucan, D., AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzeni, Mercek, Temmuz 2003, s. 60 vd.; Demir, F., 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz 2003, s. 114 vd.; Demir, F., Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, s. 97 vd.; Ekmekçi, s. 64 vd.; Ekonomi, s.159.
- 16 Bkz. Ulucan, s.64; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, B.19, İstanbul 2006, s.320; Demir, s.116; Eyrenci, Ö., 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret Düzenlenmesi ile İlgili Düzenlemeler, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2003, s.152; Ekmekçi, s.44; Ekonomi, s.160.
- 17 Bkz. Ekonomi, s.164.
- 18 Ekonomi, s.164.
- 19 Bkz. Süzek, s.636.
- 20 Mollamahmutoğlu, H., İş Hukuku, B.2, Ankara 2005, s.700.
- 21 Mollamahmutoğlu, s.701.
- 22 Tunçomağ-Centel s.146-147.
- 23 Tunçomağ-Centel s.147.
- 24 Bkz. Uşan, F., İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.I, İş Hukuku, Ankara 2006, s.148.
- 25 Tunçomağ-Centel s.148.
- 26 Bkz. Tunçomağ-Centel, s.145; Soyer, s.13.
- 27 Karşı görüş: Soyer, s.13.
- 28 Soyer, s.13.

- 29 Yrg. 9. HD 08.05.2006, E.2006/10028, K.2006/13006. "Davalı işveren, davacının sözleşmeye aykırı olarak fazla çalışma yapmak istemediğini, diğer çalışanlara da fazla mesaiye kalmamaları, genel tatil günlerinde çalışmamaları konusunda telkin ve teşvikte bulunduğunu, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davacının imzasını taşıyan sözleşmede fazla mesai yapmayı kabul ettiği, feshin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin "Özel Şartlar" başlığını taşıyan 8.2. maddesinde "işveren, gerekli gördüğü takdirde, işçi, iş saatleri dışında veya tatil günlerinde (bayram, genel tatil ve hafta tatili) çalışmayı kabul eder." kuralına yer verilmiş ise de, fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatının alınması gerekir. Bu nedenle, sözleşmede fazla mesai yapmaya davacının rıza gösterdiğine ilişkin hükmün ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilebilir. Davacının yapmadığı iddia edilen fazla mesainin zorunlu olmadığı ve ayrıca davacının diğer işçileri bu yönde teşvik veya tehdit ettiğine dair dosyada inandırıcı delil de bulunmadığı anlaşıldığından feshin geçerli neden olmadan feshedildiği kabul edilmelidir. Mahkemece davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddine karar verilmiş olması hatalıdır." denilmiştir.
- 30 Bkz. Madde Gerekçesi.
- 31 Bkz. Kurucu, Fazla Çalışma, Ankara 1987, s. 121 vd.; Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.1210.
- 32 Bkz. Yrg. 9. HD 10.10.2005, E.2005/3771 K.2005/32955. Günay, C. İ., İş Kanunu Şerhi, B.2, Ankara-2006, s.1773.
- 33 Bkz. Özdemir, C. S, Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu, Terazî Aylık Hukuk Der., Y.2, Sa.8, Nisan 2007, s.35 vd.
- 34 Bkz. Yrg. 9. HD 21.9.2000, 2000/7296-12129 sayılı karara karşı oy yazısı.
- 35 Bkz. Yrg. HGK 21.3.1979, 919/318; Karşı görüş: Çelik, s.251; Ekonomi, s.296; Narmanlıoğlu, s.495-496; Tunçomağ-Centel, s. 141.
- 36 Bkz. Yrg. 9. HD 13.7.1990, 1990/1590-4963.
- 37 Yrg. 9. HD 08.05.2007, E.2006/27506, K.2007/14555 sayılı kararında "Davacının davalıya ait işyerinde Sensör operatörü olarak çalıştığı, iş saatlerini düzenleme yetkisinin bulunmadığı, kendisinin üzerinde yöneticilerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bir kısım işçiye çalıştığı sırada ücret bordrolarının üzerinde yazılan yazı içeriğinde asgari ücret düzeyi dışındaki yapılan ödemelerin yapılan fazla çalışma karşılığı olduğu yolundaki açıklama, iş sözleşmesi devam ederken, bu tür beyanların imzalanması manevi baskı altında yapıldığı kabul edilmelidir. Davacının işyerindeki pozisyonu göz önüne alındığında yapılan ücret ödemelerinin normal çalışma karşılığı olduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca işyerinde yapılan günlük 12 saatlik çalışmadan 1,5 saat ara dinlenme süresi çıkartılmak suretiyle haftalık 45 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücretine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır." denilmiştir.
- 38 Bkz. Tunçomağ-Centel, s.142-145.
- 39 Bkz. Ulucan, s.101; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul, 2003, s.292; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, s.173.
- 40 Bkz. Eyrenci, s.162; Çelik, s.292; Soyer, s.21.
- 41 Bkz. Ekonomi, s.167.
- 42 Bkz. Günay, C. İ., İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara-2007, s.363.
- 43 Eyrenci, Yeni İş Yasası Semineri, s.162; Eyrenci, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, Sa.1, s.41, 44; Çelik, s.292.
- 44 Karşı görüş: Soyer, s.23.
- 45 İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önce karşı görüş için bkz. Demir, s.101.
- 46 Karşı görüş: Soyer, s.24.
- 47 Soyer, s.24.
- 48 Ekonomi, s.169.
- 49 Soyer, s.24.
- 50 Yargıtayın 27.5.1958 tarihli ve E.15, K.5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Yrg. 9. HD ve HGK kararları ve aynı görüşü paylaşan öğreti için bkz. Ekonomi, s.295 dn. 802; Çenberci, s.573; Tunçomağ, s.156; Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s.198; Erkul, İ., Türk İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1974, s.287; Centel, s.232; Centel, T., İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.268; Narmanlıoğlu, s.330 vd.; aksi görüş, F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.495.
- 51 Süzek, s.246 vd.
- 52 Ekonomi, 162; Yrg. 9. HD., 4.5.1965, E.1622, K.3810, Çenberci, s.589-590; Yrg. 9. HD 25.3.1965, E.2739, K.3822; Selçuki, İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, İstanbul 1973, s.586; Yrg. 9. HD 30.4.1973, E.24456, K.14208, Çenberci, s.590; Yrg. 9. HD 6.11.1996, E.1996/2190, K.1996/20662; Yrg. 9. HD 15.5.1997, E.1997/5352, K.1997/9317, Günay, s.1628, 1639; Günay, C. İ., Şerhli İş Kanunu, 2003 Ek, Ankara 2003, s.452;
- 53 Ekonomi, s.163; Soyer, s.10; Süzek, s.628.
- 54 Bkz. Centel.
- 55 Ekonomi, s.163.
- 56 Karşı görüş: Ekonomi, s.163.
- 57 Bkz. Eyrenci, Ö., Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul, 1989, s.23-24; Centel, T., Kısmi Çalışma, İstanbul, 1992, s.28. Soyer, s.25.
- 58 Bu hükmün isabetsiz olduğu, hatta Kanuna uygun olup olmadığının tartışılabilir nitelikte olduğu yolunda bkz. Çelik, B.19, s.320.
- 59 Soyer, s.26.
- 60 Eyrenci, Yeni İş Yasası Semineri, s.161.
- 61 Bkz. Soyer, s.26.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması

Giriş

Özel öğretim kurumları, geçtiğimiz günlerde çıkarılan yeni bir yasayla, yeniden ele alınıp düzenlenmiştir. Nitekim, 8.2.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu¹, yürürlüğe konulmuş ve bu yasa, daha önceki 8.6.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır (m. 14/D). Söz konusu yasa, birtakım yönetmeliklerin bir yıl içerisinde (14 Şubat 2008 tarihine kadar) çıkarılmasını öngörmüş (m. 14/II); ancak, bunlar kabul edilinceye kadar, mevcut yönetmeliklerin 5580 sayılı Yasa'ya aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunmasını istemiştir (geç. m. 1).

Özel öğretim kurumlarının konumunun yeniden düzenlenmesiyle birlikte, doğal olarak, özel okullarda çalışan öğretmenlerin de yeni statülerinin ne olacağı ve yeni yasanın bunlara sağladığı herhangi bir yeni hak veya yükümlülüğün bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu itibarla, aşağıda ilkin, özel okul öğretmenleriyle yapılacak iş sözleşmesinin kurulma koşulları, yeni yasa (5580 sayılı Yasa) bakımından ele alınacak ve daha sonra da, söz konusu düzenlemeler, yerinde-lik açısından, gözden geçirilmeye çalışılacaktır.

1. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. İş sözleşmesi niteliği

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu

(ÖÖKK), özel okul öğretmeni ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak "iş sözleşmesi"nden söz etmektedir (m. 9/I cümle 1). Buna göre, özel okul öğretmeniyle yapılacak sözleşme, hukuken "iş sözleşmesi" niteliğini taşımak durumundadır.

2. Belirli süreli iş sözleşmesi özelliği

a.) Sözleşmenin belirli süreli olması

ÖÖKK. m. 9/I hükmü "süreli" iş sözleşmesinden söz ettiği için, özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesine süre konulması gerekmekte; buna göre de, özel okul öğretmenin, belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılması, yürürlükteki hukuk bakımından, mümkün bulunmamaktadır. İş sözleşmesinde süre kararlaştırılması ve giderek, belirli süreli iş sözleşmesinin bağitlanması zorunluluğu ise, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde (10 Haziran 2003 sonrasında) birtakım hukuki esaslara dikkat edilmesi gereğini ortaya koymaktadır.

Gerçekten, 625 sayılı (önceki) Özel Öğretim Kurumları Kanunu döneminde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesini tanımlama gereksinimini duymamıştır. Bunun temelinde, söz konusu yasanın (1475 sayılı İş Kanunu'nun), yasal iş güvencesi esaslarını içermeme düşüncesi yatmaktadır. Nitekim, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalış-

mama esasına bağlamıştır. Değişik bir söyleyişle, belirli süreli iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Bu bağlamda, 4857 sayılı İş Kanunu, kötü niyetli işverence görünürde belirli iş sözleşmesi yapılmak suretiyle iş güvencesi hükümlerinin aşılmasını önleme endişesiyle, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tanımını getirmek zorunda kalmıştır.

Buna göre, “iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır” ve “belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi”, belirli süreli iş sözleşmesidir (İş K. m. 11/I). Böylece, iş sözleşmesinde süre kararlaştırılması, tarafların iradesinden bağımsız olacak ve objektif koşullara

bar edilemeyeceğini ve ancak bu süre geçtikten sonra sözleşmenin feshinin ihbarı suretiyle sona erdirilebileceğini tarafların kararlaştırdıkları, belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Buna göre, asgari süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinde tarafların, feshi ihbar hakkını belli bir süreyle tanımamaları sonucunda ortaya çıkmaktadır³.

Özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesi ise, ÖÖKK. m. 9/I bakımından, niteliği itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesidir. Bu yüzden, özü itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olan asgari süreli iş sözleşmesi esaslarının, özel okul öğretmeniyle belirli süreli yapılacak iş sözleşmesine uygulanması, hukuken söz konusu değildir.

Ancak, yakın geçmişte yasal iş güvencesinin kabulünden sonra, özel okul öğretmenlerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamalarının uygun

Asgari süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinde tarafların, feshi ihbar hakkını belli bir süreyle tanımamaları sonucunda ortaya çıkmaktadır.

bağlı bulunacaktır. İşte, özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması zorunluluğunu içeren ÖÖKK. m. 9/I hükmü de, bu anlamda bir “objektif koşul”u oluşturmaktadır².

b.) Asgari bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapılması

İş sözleşmesinin özel okul öğretmeniyle kural olarak “en az bir takvim yılı süreli olmak üzere” yapılması öngörüldüğünden (ÖÖKK. m. 9/I cümle 1); söz konusu sözleşme, hukuken, “belirli süreli iş sözleşmesi” türünde bir iş sözleşmesi olacaktır.

ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmünde birer takvim yılı süreli iş sözleşmesinden söz edilmediği için, yapılacak sözleşmenin mutlaka bir yıl süreli bir iş sözleşmesi olması gerekmeyecek; daha uzun ama belirli süreli bir iş sözleşmesi de yapılabilecektir. Buna göre, söz konusu hükümle anlatılmak istenen; yapılacak sözleşmenin belirli süresinin, kural olarak, bir yıldan daha kısa bir süreyi içermeyeceğidir.

Bunun gibi, anılan hükümdeki “en az” sözcüğüne bakılarak, yapılacak sözleşmenin “asgari süreli bir iş sözleşmesi” olacağından da söz edilemez. Gerçekten, asgari süreli iş sözleşmesi; bilindiği üzere, belli bir süre içinde sözleşmenin feshinin ih-

bulunmadığından söz edilerek, eğitimin aksamaması amacının asgari süreli iş sözleşmeleriyle sağlanabileceği düşünülmektedir⁴. Bu görüşe katılmak, hukuken güç görünmektedir. Çünkü, bir kez, herkesin ve giderek özel okul öğretmenlerinin, yasal iş güvencesinden yararlanmaları gereği, bir zorunluluk değildir. Bunun gibi, iş güvencesi bakımından, özel okul öğretmenin diğer koruma kapsamında bulunmayan işçilere oranla, daha fazla korunmaya değer olduğunu gösteren bir durum da yoktur. Dahası, belirsiz süreli iş sözleşmeleri, eğitimin kesintiye uğraması tehlikesine açıktır. Eğitimin kesintiye uğraması tehlikesini ortadan kaldırmanın yolu ise, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasından geçer. Bu gerçek, 4857 sayılı İş Kanunu öncesi için olduğu kadar, sonrası için de geçerlidir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında çıkarılan (yeni) 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu da, belirli süreli olmaya ilişkin önceki sözleşme yapma esaslarını muhafaza etmek durumunda kalmıştır.

c.) Süresi bir yıldan daha kısa belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması

Özel okul öğretmeniyle bir yıl ve daha uzun süreli bir belirli süreli iş sözleşmesi yapılması kural

Yabancı öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmeleri, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini taşımak ve adı geçen yasanın aradığı biçimde yapılmak durumundadır.

olarak gerekmele birlikte, istisnaen, daha kısa süreyi içeren belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması kanunen mümkündür. Nitekim, ÖÖKK. m. 9/I cümle 2 hükmü, “mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için iş sözleşmesi yapılabilir” anlatımına yer vermektedir. Buna göre, istisnaen iki durum için, bir yıldan kısa süreyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına, kanunen olanak tanınmaktadır. Bunlardan biri, ayrılan öğretmenin yıl içerisinde yerine yenisinin alınması ve diğeri de, özel öğretim kurumunun devredilmesidir. Yasanın anlatım biçiminden, bu durumun sınırlı sayıda olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak, okuldan ayrılmayan fakat herhangi bir nedenle iş sözleşmesi askı durumuna girecek öğretmenin yerine çalıştırılacak kişilerle yapılacak iş sözleşmelerinin de, eğitimin aksatılmaması bakımından, bir yıldan kısa süreyle yapılmasına olanak tanınması zorunluluğu ortadadır.

d.) Zincirleme iş sözleşmesinin yapılması

Belirli süreli iş sözleşmesi, İş K. m. 11/II cümle 1 hükmü uyarınca, ancak “esaslı bir neden” olduğu takdirde, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılabilir. Bu anlamda, özel okul öğretmenin sözleşmesi ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmü uyarınca belirli süreli yapılmak zorunda olduğu ve buna karşılık okul hizmetinin devam ettirilmesi gerektiği için; söz konusu durumun, İş K. m. 11/II cümle 1 anlamında esaslı neden oluşturduğu söylenecek ve özel okul öğretmeniyle zincirleme iş sözleşmesi yapmak, hukuken mümkün bulunacaktır. Buna göre, zincirleme iş sözleşmesi yapılan özel okul öğretmenin belirli süreli iş sözleşmelerinin de, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilmesinden (İş K. m. 11/II cümle 2) söz edilemeyecektir. Bu sonucun, zincirleme sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmemesi esasını benim-

seyen geçmişteki Yargıtay kararlarıyla⁵ bağdaştırıldığı görülmektedir.

e.) Yabancı öğretmenle iş sözleşmesinin yapılması

ÖÖKK. m. 8/IX, “Bu Kanun kapsamında çalışacak yabancılar, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümleri doğrultusunda görevlendirilir” hükmüne yer vermiştir. Söz konusu hükmün, yabancı öğretmenlerine verilecek çalışma izinleriyle sınırlı olduğu ve diğer konularda ise, 5580 sayılı Yasa ve ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekeceği belirtilmelidir. Buna göre, yabancı öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmeleri de, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini taşımak ve adı geçen yasanın aradığı biçimde yapılmak durumundadır.

II. Sözleşmenin Biçimi

1. Yazılı biçim zorunluluğu

ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmü, özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesinin biçimi konusunda, özel düzenleme getirmektedir. Buna göre, söz konusu sözleşme, “yazılı” biçimde yapılacaktır.

İş K. m. 8/II cümle 1 hükmü süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı biçimde yapılması zorunluluğunu öngördüğünden, belirli süresi bir yıldan daha kısa olan iş sözleşmelerinin yazılı biçimde yapılması gerekmemektedir. ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmü ise yazılı biçim zorunluluğu için yapılacak sözleşmenin süresi bakımından herhangi bir ayırım gözetmediğinden ve de özel okul öğretmenleri hakkında özel hüküm olduğundan, artık İş K. m. 8/II cümle 1 hükmündeki ayırma başvuruya gerek kalmamaktadır. Buna göre, ister kural olarak en az bir yıl (ÖÖKK. m. 9/I cümle 1) ve isterse istisnaen daha kısa süreyle (ÖÖKK. m. 9/I cümle 2) yapılacak iş sözleşmesi olsun, özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesinin herhalükârda yazılı yapılması zorunludur.

2. Yazılı biçimin içeriği

ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmü, özel okul öğretmeniyle “en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak” sözleşme yapılacağını belirtmiştir. Buna göre, önümüzdeki (14 Şubat 2008 tarihine kadarki) dönem-

de çıkarılacak bir yönetmelik, özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesinde gözetilecek yazılı biçimin içeriğini belirleyecektir.

Önceki (625 sayılı) ÖÖKK., “yazılı sözleşmede görevin türü, süresi, ders sayısı, aylık ücret veya ders saati başına verilecek ücret miktarı, terfi süreleri, zam oranları, sözleşmenin uzatılması, feshi şartları belirtilir” hükmüne (m. 32/I cümle 3) yer vermişti. Yeni yasa döneminde de, aynı esasların geçerli olacağı söylenmelidir. Değişik bir söyleyişle, 625 sayılı ÖÖKK. m. 32/I cümle 3 hükmünde yer alan konular, önümüzdeki dönemde çıkartılacak yönetmelikte belirtilecek esaslardan olmayıp; yeni yönetmelik, sadece yazılı yapılacak sözleşmenin formatını belirleyecektir. Gerek 625 sayılı ÖÖKK. m. 32/I cümle 3 hükmünde yer alan konuların sözleşme özerkliği içinde taraf iradelerini ilgi-

Gerçekten, söz konusu yönetmeliğin IV numaralı Eki, özel öğretim kurumlarında görev alan öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmesi için, kendine göre bir format metin hazırlamıştır. Öncelikle, söz konusu format metnin, hukuken, kurucu nitelikte olmayıp, sadece düzenleyici mahiyette olduğu belirtilmelidir. Değişik bir söyleyişle, anılan metin, sözleşme yapacak tarafların kararlaştıracakları noktaları sadece şeklen belirlemekte; bunun dışında, söz konusu metin formatına uyulmaması, ÖÖKK. hükümlerine aykırı davranılmadığı sürece, bağtlanacak sözleşmenin hukuken geçersizliğine yol açmamaktadır. Çünkü, özel öğretim kurumları için serbesti söz konusu olup; ÖÖKK., ancak kamu düzeni düşüncesiyle, söz konusu serbestiyi bazen sınırlandırabilmektedir. Bunun dışında ise, tarafların, serbest olmaları esastır.

Sözleşmenin feshi için belli bir süre öncesinden bildirim yapılması, kamu düzenine yönelik bir husus olmadığından; bu konunun düzenlenmesi, taraflara bırakılmıştır.

lendirmesi ve gerekse 5580 sayılı ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmündeki “yönetmelikle belirtilen esaslara göre” anlatımının öncesi ile sonrasında virgüle yer verilmeyişi, böyle bir sonucun kabulünü gerektirmektedir. Buna göre, çıkartılacak yönetmelik, yazılı sözleşme formatında, öncelikle süre olmak üzere taraflarca doldurulması gereken noktaları başlık olarak saptamak durumundadır. Bunun aksinin kabulü, özel öğretim kurumları için geçerli olan sözleşme özerkliği ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, daha üst düzeydeki kurallar içinde yer almayan bir hususun daha alt düzeydeki bir hukuk kuralıyla düzenlenemeyeceği esasına da ters düşecektir. Belirtilen bu noktanın, çıkarılacak yönetmelik bakımından, dikkate alınmasında yarar vardır. Aksi takdirde, söz konusu yönetmeliğin, yargı önüne götürüldüğünde, iptal tehlikesiyle karşılaşması olasılığı ortaya çıkacaktır.

Yazılı sözleşme içeriği hakkında, 5580 sayılı ÖÖKK. m. 9/I cümle 1 hükmünün öngördüğü yönetmelik çıkartılıncaya kadar, daha önce çıkarılmış bulunan “Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği”ne⁶ ekli IV numaralı Ek’in uygulanması söz konusudur (5580 sayılı ÖÖKK. geç m. 1)

Ancak, söz konusu yönetmelik eki, belli bir format öngörürken, sözleşmenin feshi için belli bir süre öncesinden bildirim yapılması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmenin sona erdirilmesi inceleme konumuzun dışında kalmakla birlikte, anılan format hükmünün gerek 625 ve gerekse 5580 sayılı ÖÖKK. hükümleriyle bağdaşmadığını ve söz konusu format hükmüne, bu noktada hukuken geçerlik tanınmaması gerektiğini belirtmekte yarar vardır.

Gerçekten, sözleşmenin feshi için belli bir süre öncesinden bildirim yapılması, kamu düzenine yönelik bir husus olmadığından; bu konunun düzenlenmesi, taraflara bırakılmıştır. Bunun içindir ki; 625 ve 5580 sayılı ÖÖKK., madde metinlerinin hiçbir yerinde, belli bir süre önceden feshin ihbarının yapılması zorunluluğunu (yükümlülüğünü) öngörmüş değildir. Nitekim, yenilenme hali de; kamu düzeninin korunması düşüncesiyle, sadece süresi öğretim yılı içinde sona eren sözleşmeler için öngörülmüştür (625 sayılı ÖÖKK. m. 32/son). 5580 sayılı ÖÖKK.’da, böyle bir hükme yer verilmiş de değildir. Belli bir süre önceden ihbarda bulunmadığı takdirde iş sözleşmesinin yenileneceğine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. ÖÖKK.’nın

böyle bir yenilemeyi öngörmeyişi karşısında, hukuken bunun taraflara bırakıldığı, yani tarafların belirtilen noktada serbest olduklarını ve bunu bağtılayacaklarını sözleşmede kararlaştırıp kararlaştırmamada serbest bırakıldıkları sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yasanın (gerek 625 ve gerekse 5580 sayılı ÖÖKK.'nın) öngörmeyip düzenlemede sözleşme taraflarını serbest bıraktığı bir hususu yönetmeliğin (625 sayılı Yasa hükümlerine dayanılarak çıkarılmış bulunan "Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği"nin) emredici biçimde öngörmesi ise, hukuken söz konusu değildir. Değişik bir söyleyişle, belli bir süre önceden bildirim ve bildirim yapılmadığı takdirde de yenilenme öngörülmeyip bu husus yasayla taraflara bıraktığı için, anılan yönetmelik ekindeki formatın bunu bir geçerlilik koşulu olarak öngörmesi, kuralar hiyerarşisi bakımından düşünülemez.

Ayrıca, anılan yönetmeliğin değişik 55. maddesi, "mevzuata aykırı olmamak kaydıyla sözleşme formuna isteğe bağlı özel şart ve hükümler konulabilir" hükmünü kabul etmiştir. Özel koşul ve düzenleme getirme olanağını tanıyan bir yönetmelikten ise, ilgili formatta emredici biçimde ve de yasa tarafından dahi öngörülmeleyen bir hususu düzenleyip, önceden feshin bildirimini ve bildirim yokluğunda yenilenmeyi öngörmesi beklenemez.

Buna göre, sona erdirmeye ilişkin olarak IV numaralı Ek'te öngörülen düzenleme dışında, yeni yönetmelik çıkarılınca kadar söz konusu yönetmelik ekinde öngörülen formata uyulmasında bir sakınca görülmemektedir. Yeni çıkarılacak yönetmeliğin de, sona erdirmeye ilişkin olarak yukarıda belirtilen hususları dikkate almasında ve önceki formatı aynen tekrarlamamasında, hukuken yarar görülmektedir.

Sonsöz

5580 sayılı ÖÖKK., özel okul öğretmeniyle yapılacak iş sözleşmesinin kurulması konusunda, önemli ölçüde önceki esaslardan ayrılmamıştır. Bu nedenle, önümüzdeki dönemde çıkarılacak olan ilgili yönetmeliğin de, daha önceki yasa döneminde çıkarılmış ilgili yönetmelikteki esasları büyük oranda izleyeceği, şimdiden söylenebilir.

Ancak, önümüzdeki dönemde yapılacak düzenlemede, özel okul öğretmeniyle bağtılanacak iş

sözleşmesinin formatı belirlenirken, özellikle akdedilmiş iş sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda, 5580 sayılı Yasa'yla belirlenmemiş konularda dikkatli olunmasında yarar görülmektedir. Bu bağlamda, 5580 sayılı Yasa'yla tanınmayan hak ve yükümlülüklerin ilgili yönetmelikte öngörülmesi düşünülemeyecektir. Buna göre, aksine düzenlemelerin yargının süzgecine takılacağı, gözden uzak tutulmamalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 14.2.2007, No. 26434.
- 2 S. Ayan, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, AÜHFD LIV, 4 (2005), 450.
- 3 Bkz. M. Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İHSGD II, 5 (2005), 33; S. Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku), İstanbul 2005, 210-211.
- 4 G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek IX, 33 (Ocak 2004), 84. Aynı görüş için ayrıca bkz. Ayan, 450 dn. 79.
- 5 Bkz. Güler, 46 dn. 36'da yer alan Yargıtay kararları.
- 6 RG. 23.6.1985, No. 18790.

Bektaş KAR

Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri

1. GİRİŞ

İş Hukukunda yıllık ücretli izin dışında evlenme, doğum, hastalık ve belirli derecedeki yakınların ölümü gibi çeşitli nedenlerle işçinin izne ihtiyaç duyması doğaldır. İşçiye belirtilen nedenlerle izin hakkının tanınması, kendisi veya aile bireylerinin sağlığının ve özel yaşamının korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yıllık ücretli izin ve hafta tatilinden amaç ve kullanılış şekli itibarıyla farklılık arz ettiklerinden bu yasal izinlerin, "mazeret izinleri" olarak adlandırılmasını uygun buluyoruz.

İş hukuku mevzuatımızda işçinin devamsızlığını haklı gösteren bu haller ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmamakla beraber, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1, 46, 53, 55, 56 ve 74. maddelerinde işçinin evlenme, doğum, ölüm, analık, süt, yol ve diğer mazeret izinleri adı altında yasal izinlerden söz edilmiştir. Bunların bir kısmı açıkça (doğum, yol, süt izni gibi) yasa da düzenlenmiştir. Açıkça düzenlenmeyen izinler ise (evlilik, ölüm izni, bir haftalık süre içinde kalmak kaydı ile işverence verilen diğer izinler gibi) hafta tatili, yıllık ücretli izin hükümleri içerisinde yer almaktadır. Kadın işçinin süt ve analık izinlerine ilişkin hükümler ile hafta tatili ve yıllık ücretli izin hakkının belirlenmesinde çalışmış gibi sayılan sürelerle ilişkin düzenlemelerde işçinin bu tür izin hakkının varlığına değinilmiştir. Ne var ki, ayrıntılı olarak düzenlen-

medikleri için anılan izinleri vermesi noktasında işverenin yönetim hakkının sınırı, işçi açısından bir hak olup olmadığı, süreleri ve çalışılmış gibi sayılıp sayılmayacakları ve dolayısıyla ücretli olup olmadıkları gibi hususlar çözülmesi gereken önemli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk İş Hukuku öğretisinde söz konusu izinleri tüm yönleri ile ele alan bir çalışmanın henüz yapılmamış olduğunu belirtmek gerekir.

Aslında, mazeret izinleri konusundaki yaygın uygulama, bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinde düzenlenerek yapılmaktadır. İşyerinde uygulanan ve iş sözleşmesinin eki niteliğinde sayılan iç yönetmeliklerde de mazeret izinlerine yer verilmektedir. Bu şekilde yasal ya da sözleşmesel dayanağı olan mazeret izinlerinin yıllık ücretli izinden düşülmesi doğru değildir.

Bu çalışmamızda işçinin yıllık ücretli izin dışında çeşitli nedenlerle ihtiyaç duyduğu mazeret izinlerinin hukuki özellikleri, yasa da öngörülen mazeret izinleri, süreleri, kullanılma biçimleri ve ücretli olup olmadıkları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK İZİNLER

a. Yıllık Ücretli İzin

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde ve

devamı maddelerinde yıllık ücretli izin süreleri düzenlenmiştir.

İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süreleri, işçinin hizmet süresine göre belirlenmiştir.

Buna göre;

- a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara 14 (on dört) günden,
- b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara 20 (yirmi) günden,
- c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara 26 (yirmialtı) günden, az olamaz.

Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz. Yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir.

Aynı Yasa'nın 56. maddesinde, "yıllık ücretli izin işveren tarafından bölünemeyeceği, iznin 53 üncü maddede gösterilen süreler içinde işveren tarafından sürekli bir şekilde verilmesinin zorunlu olduğu, ancak izin sürelerinin, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebileceği, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinlerin veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık izne mahsup edilemeyeceği, yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günlerinin izin süresinden sayılmayacağı ve evlilik izninin ayrıca verilmesinin gerektiği, yıllık ücretli izin ile iç içe geçemeyeceği", 57. maddesinde "işverenin, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorunda olduğu", 59. maddede "iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği" hükümlerine yer verilmiştir.

Cumartesi günü kural olarak işgünü olduğundan izin süresine dahildir. Ancak işyerinde haftada 5 gün çalışma var ise, Cumartesi günü de izin süresinden sayılmayacaktır.

b. Mazeret İzinleri

a. Evlenme İzni

Evlenme izni konusunda iş hukuku mevzuatı-

mızda ayrıntılı ve açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun hafta tatili ile ilgili 46. maddesinde ve yıllık ücretli izinle ilgili 53 ve 55. maddelerinde evlenme izninden söz edilmiştir.

46. ve 55. maddelerde, "evlenmede 3 güne kadar, ana, baba, eş, kardeş ve çocuğun ölümünde 3 güne kadar olan izinler ile bir haftalık süre içinde kalmak kaydıyla işverence verilen diğer izinlerin çalışılmış günler gibi hesaba katılır" şeklindeki düzenlemeye paralel olarak, 53. maddede evlilik izninin ayrıca verilmesi gerektiği, yıllık ücretli izin ile iç içe geçemeyeceği belirtilmiştir.

Yasada belirtilen süre evlenme izninin azami sınırını değil, hafta tatili ve yıllık ücretli iznin belirlenmesinde çalışılmış gibi hesaba katılacak asgari süreyi ifade etmektedir. Bu nedenle, yasada öngörülen sürenin en az süreyi ifade ettiği, tarafların daha uzun bir süreyi evlenme izni olarak kararlaştırabilecekleri kanısındayız.

Evlenme izninin işçinin evliliğinde söz konusu olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak, örneğin çocuğunun evlenmesinde işçinin sözü edilen izne hak kazanıp kazanmadığı açık değildir. Bize göre, bu durumun da izin verilmesi gereken bir mazeret olarak kabul edilmesi ve İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddelerinde belirtilen "diğer izinler" kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

b. Ölüm İzni

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddelerinde, işçinin annesi, babası, eşi, kardeşi veya çocuğunun ölümü halinde izin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu izin için yasada öngörülen 3 günlük süre de ölüm izninin azami sınırını değil, hafta tatili ve yıllık ücretli iznin belirlenmesinde çalışılmış gibi hesaba katılacak asgari süreyi ifade etmektedir. Bu nedenle, yasada öngörülen sürenin en az süreyi ifade ettiği, tarafların daha uzun bir süreyi ölüm izni olarak kararlaştırabilecekleri kanısındayız.

Yasada ölüm izninin verilmesini gerektiren mazeretler işçinin annesi, babası, eşi, kardeşi veya çocuğunun ölümü olarak belirtilmiştir. Belirtilen yakınların dışındaki kişilerin ölümü halinde işçiye izin verilmesi için mazeretin işveren açısından kabul edilebilir haklı nitelikte olması gerekir. Kuşkusuz burada göz önünde bulundurulması gereken

husus, toplumun değer yargıları olmalıdır. Bu nedenle, işçinin eşinin anne ve babası ile kardeşlerini bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. İşçinin dedesi, amca, dayı gibi yakınlarının ölümü halinde ise İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddesinde öngörülen "diğer izinler" kapsamında düşünülmesi ve ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri dikkate alınarak işçiye bu nedenle izin verilmesi icap eder.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında nişanlısının anneannesinin ölümünü işçi için haklı bir mazeret olarak değerlendirmemiş, bu nedenle yapılan devamsızlığı fesih için haklı bir neden olarak kabul etmiştir¹. Bu anlamda mazeretin kabul edilebilir olması önem arz etmektedir.

c. Analık İzni

Analık izni 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kadın işçilere doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için izin verilmesi gerekir. Çoğul gebelik halinde doğum öncesi izin süresi ilave olarak 2 hafta olmak üzere 10 hafta olarak belirtilmiştir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.

Belirtilen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir.

Analık izni için belirtilen sürelerin hekim raporu ile belgelendirilmesi gerekir.

Analık iznini kullanan kadın işçiye ücretinin ödenmesi gerekir. Bu hem 74. maddede, hem de 25. maddenin 1. fıkrasının b bendinden açıkça anlaşılmaktadır. Keza bu süre çalışılmış günlerden sayıldığı gibi, yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında da dikkate alınmalıdır (4857/55. md).

Bu süreler dışında, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilmesi zorunludur.

Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesinde, aynı kanunun 74. maddesi hükmüne aykırı olarak "doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran" veya (onlara)

"ücretsiz izin vermeyen" işveren veya işveren vekiline idari para cezası öngörülmüştür. Görüldüğü gibi analık izni verilmesi zorunlu olup, verilmemesi halinde işveren veya vekilinin cezai sorumluluğu bulunduğu anlaşılmaktadır.

Basın İş Kanunu'nun 16/son maddesine göre kadın gazetecinin hamileliği halinde hamileliğin 7. ayından itibaren doğumunun ikinci ayına kadar izinli sayılacağı ve bu müddet zarfında son aldığı ücretin yarısının ödeneceği, doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücretin ödeneceği, gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardımın bu ödemeye tesir etmeyeceği belirtilmiştir.

d. Ücretsiz İzin hakkı

Analık izni ile ilgili düzenlemede, kadın işçinin yasa ile belirlenen analık izin süresine ilave olarak, isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

Doğumdan sonraki sekiz haftalık süre doktor raporu ile veya işçinin isteği üzerine analık izni süresi arttırılmış ise, altı aylık ücretsiz izin süresi bu arttırılmış sürelerin bitiminden itibaren başlar². Analık izninde açıklandığı gibi, analık izni sonrası, işçinin istemi halinde ücretsiz izin verilmesi zorunlu olup, verilmemesi halinde işveren veya vekilinin cezai sorumluluğu bulunduğu anlaşılmaktadır.

Analık izninden sonra kullanılan ücretsiz izin dışında, uygulamada, ekonomik nedenlerle işveren ve işçinin anlaşması ile ücretsiz izin uygulaması da bulunmaktadır. Bu tür izin uygulaması bir hak niteliğinde değildir. Bir nevi iş sözleşmesinin karşılıklı olarak askıya alınması işleminden ibarettir.

e. Süt İzni

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinin son hükümlerinde analık izni hükümleri içinde düzenlenmiştir.

Buna göre, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Süt izninin süresi günlük çalışma

süresinden sayılır. Söz konusu iznin kullanılma şekli günde birkaç saat işten ayrılmadır³. İşçi süt iznini toplamak suretiyle toplu olarak kullanma talebinde bulunamaz. İşveren de sözü edilen iznin toplu olarak kullandırıldığını belirterek sorumluluktan kurtulamaz.

Süt izni, yasa hükmü gereği küçük çocuğun bir yaşına basması ile sona erer.

f. Yol izni

4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izinle ilgili hükümler içinde 56. maddesinde yer almıştır. Azami 4 gündür. Buna göre, "Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır." Bu süre belirtildiği gibi ücretsizdir.

Yol iznini kullanmak için, işçinin iznini işyerinin bulunduğu yer dışında başka bir yerde geçirmesi ve bunu belgelemesi gerekir. Gidiş dönüşü göre yolda geçen süre belirlenecek ve en çok 4 güne kadar verilecektir. Bu izin, yıllık ücretli izin geçirilen yerin, iş yerine uzaklığı esas alınarak, (örneğin bir gün gibi) belirlenmelidir.

Deniz İş Kanunu'nun 40/5. maddesinde bu kanun kapsamındaki işçiye talebi halinde 7 güne kadar ücretsiz yol izni verileceği düzenlenmiştir.

g. Diğer İzinler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddelerinde, ölüm ve evlilik izni dışında, "bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerden" söz edilmektedir. Bir anlamda, evlilik ve ölüm izni dışında, bazı mazeretlere, örneğin işçinin kendisi dışında bir yakınının evliliği, ölüm izni gerektiren yakınlarının dışında amca, dede, yeğen gibi yakınlarının ölümü, sınava girme, eşinin veya çocuğunun hastalığının tedavisi ile ilgilenme, refakat etme gibi nedenlere dayanan izinlerdir. Bunun dışında işveren işçisine, evlilik veya ölüm izninin yetmediği durumlarda bir haftaya kadar izin verebilir. Bir başka anlatımla işveren evlenen ya da yakını ölen bir işçiye yasal olarak öngörülen 3 günü de kapsayacak ve bir haftayı geçmeyecek şekilde izin verdiğinde, bu izin diğer izinler kapsamında sayılmalıdır.

İşveren elbette, işçinin mazeretini dikkate ala-

Yol iznini kullanmak için, işçinin iznini işyerinin bulunduğu yer dışında başka bir yerde geçirmesi ve bunu belgelemesi gerekir.

rak yıllık ücretli izin dışında bir haftayı aşacak şekilde izin de verebilir. Ancak, bu durumda bir haftalık süreyi aşan kısım, yasanın düzenlemesi karşısında, çalışılmış gün gibi sayılmayacaktır.

III. MAZERET İZİNLERİNİN HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

a. Yasal Hak Olma

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1, 46, 53, 55, 56 ve 74. maddelerindeki düzenlemelere göre işçinin talebi halinde söz konusu izinlerin işverence kullandırılması zorunluluğu vardır. Anılan Yasa'nın 46. maddesinin (b) bendinde evlenme ve ölüm izinleri için "verilmesi gereken", 55. maddenin (i) bendinde "verilecek izinler" denilmesi bu tür izinlerin işverence verilmesi zorunluluğuna ve işçi yönünden yasal bir hak olduğuna işaret etmektedir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.09.2005 gün ve 365-30290 sayılı kararında;

"Dosya içeriğinden 1.8.2000-18.8.2000 tarihleri arasında izinli bulunan davacının 18.8.2000 tarihinde işbaşı yapmadığı 20.8.2000 tarihinde evlendiği anlaşılmaktadır. Davacı evlilik sebebiyle hizmet akdini feshettiğini iddia ederek kıdem tazminatı talep etmiş, davalı ise 18-19-20/8/2000 tarihinde işe devamsızlık yaptığı gerekçesiyle bakılı olarak hizmet akdini feshettiğini savunmuştur.

İşveren davacının hizmet akdini feshettiğine dair ifadesini açıklamamış ve davacıya yöneltmemiştir. Diğer taraftan akdinin feshi tarihinde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 51/b maddesine göre evlilik halinde davacının üç günlük evlenme izni çalışılmış sürelerden sayılır. İşveren tarafından evlilik izni verilmediği savunulmuş ise de bu izin yasal bir hak olduğundan ve evlilik de bu süre içerisinde gerçekleştirildiğinden devamlılığın haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu izin bitmeden davacı 20.8.2000 tarihinde evlenmiş ve bu tarihten sonra iş yerine gelmeyip

Yargıtay istikrarlı olarak, evlilik izni gibi mazeret izinlerinin yasal bir hak ve bu tür izinlerin verilmesinin zorunlu olduğunu açıkça belirtmektedir.

baklı olarak hizmet akdini sona erdirmiştir. Bu durumda kıdem tazminatı isteminin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır.”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.9.1990 gün ve 1990/5336 Esas, 1990/5454 Karar sayılı bir kararında, yine evlilik izni hakkında şöyle bir karar vermiştir.

“İşçinin evlendiği kayıtlı sabittir. TİS. hükmü de göz önünde tutularak, evlenmeden önce kendisine izin istemesi üzerine gerekli izinin verilmemesi doğru değildir. Bu nedenle, işçinin evlenmesinden birkaç gün sonra iş akdini işveren tarafından devamsızlık nedeniyle feshedilmesi baklı görülemez. Bu durumda ihbar tazminatına karar vermek gerekirken, bu isteğinde reddine karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirir.”

Görüldüğü gibi Yargıtay istikrarlı olarak, evlilik izni gibi mazeret izinlerinin yasal bir hak ve bu tür izinlerin verilmesinin zorunlu olduğunu açıkça belirtmektedir.

Yasada belirtilen mazeret izinleri işçi açısından yasal bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılması sözleşmenin diğer tarafına fesih hakkı vermez. Başka bir anlatımla, söz konusu izinlerden dolayı meydana gelecek devamsızlık, haklı nedene dayandığından fesih nedeni yapılamayacaktır. Yargıtay eşi hasta olan ve yanında bulunması gereken işçinin devamsızlığının mazerete dayandığını ve fesih nedeni yapılamayacağına karar vermiştir⁴.

Mazeret izinleri, yıllık ücretli izin ve hafta tatili gibi, çalışma hakkı kapsamında ele alınmalıdır. Yıllık ve haftalık ücretli izinlerle, belli bir süre işçinin dinlenerek ruhi ve bedeni güç kazanması amaçlanmıştır. Mazeret izinleri, belirli olayların veya durumların gerçekleşmesine bağlı olduklarından genel anlamda dinlenme hakkı kapsamında ele alınmamıştır⁵. İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamına giren yıllık ve haftalık ücretli izinler de olduğu gibi, sözü edilen izinlerin kullanılmasında da sadece işçinin değil, işverenin de çıkarı söz konusudur.

Gerçekten, uygulamada işe devamsızlığa haklılık niteliği kazandıran söz konusu izinler, işçinin maddi ve manevi yönünden gelişimi ile ilgilidir. İşçinin maddi ve manevi yönden işgücünü koruyabilmesi hem kendi, hem de işveren yönünden gerekli olduğu gibi, aile ve dolayısıyla toplum sağlığının korunmasına ve geliştirilmesine de hizmet eder⁶. Bu açıdan bakıldığında işçiye ihtiyaç duyduğu mazeret iznini kullandırmak işverenin koruma ve gözetme borcunun gereğidir.

İşçiye hak ettiği mazeret iznini kullandırmayan işveren, gözetme borcuna ve dolayısıyla sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur. Belirtilen akdi sorumluluğun en somut sonuçlarından biri kuşkusuz işçinin bunu haklı fesih nedeni yapabilmesidir. İşverenin mazeret iznini vermediği işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi ile ortaya çıkacak hukuki sonuçlardan başka hukuki veya cezai bir yaptırım yasada öngörülmemiştir.

İşçi iznini mazeretine uygun olarak kullanması gerekir. Örneğin, babası ölen işçinin, bu nedenle aldığı mazeret iznini cenaze defin işlerinin bulunduğu yerde kullanması beklenir. İstirahat raporu alan işçinin rapor süresi içinde başka bir işyerinde çalışması doğruluk ve bağlılığa aykırı bir davranış olur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında raporlu süre içinde başka bir işyerinde çalıştığı tespit edilen işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı yönünde hüküm vermiştir⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da işçinin raporlu olduğu günlerde başka bir işverenin işyerinde fiilen çalışmasının doğruluk ve bağlılık kuralları ile bağdaşmadığına, işverence bu nedenle yapılan feshin haklı olduğuna karar vermiştir⁸.

b. Kural Olarak Ücrete Tâbi Olma

İş hukukunda temel kural, ücretin çalışma karşılığı olmasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 29. maddesinde de “ücret gemiadamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından nakden ödenen meblağdır” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, ücret ancak çalışma karşılığı ödenmelidir. Açıkça düzenleme olmadığı durumlarda, karşılığında çalışma olmadığı için işçiye bu günler karşılığı ücret öden-

memesi gerektiği düşünülebilir. Bu kapsamda yıllık ücretli izin dışındaki diğer izinlerden, açıkça hüküm olduğu için, ücretsiz izin ve yol izninin ücretsiz olduğu, analık izninde ücretin ya da işgöremezlik ödeneğinin ödenmesi ve süt izninde ücretin ödenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak sorun, açıkça düzenleme olmayan evlilik, ölüm izni ile işverence verilen diğer izinlerde çıkmaktadır.

Bununla birlikte, iş hukuku mevzuatımızda işverenin temerrüdü (BK. m. 325), işin ifasında geçici imkânsızlık (BK. m. 328, İK. m. 48) ve ifayı kabulde geçici imkânsızlık (İK. m. 40) hallerinde işçi fiilen çalışmamasına rağmen işveren ücret ödemekle yükümlü tutulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 49/son maddesinde yer alan "hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir." hükmü aylık ücretli-maktu aylıklı işçilerin hasta, izinli veya mazeretli oldukları durumda kural olarak ücretlerinden fiilen çalışmadıkları günlerin karşılığı ücretin mahsup edilemeyeceği sonucuna götürmektedir. Bununla birlikte, İş Kanunu'nun 48/2. maddesinde "hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir" şeklinde ifade edilen hükme göre, işçiye sigortadan ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin maktu aylıktan mahsup edilmesi gerekir.

İş Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında, maktu aylıklı işçiler için mazeret izinleri ücretlidir. Bu durumda, mazeret izninin tatil gününe rastlaması sonucu değiştirmez⁹. İşçinin aylık ücretli olmadığı durumlarda ise, yasada belirtilen mazeret izinlerinin bir kısmı (ölüm ve evlenme izinleri gibi) konusunda İş Kanunu'nda bir boşluk olduğu söylenebilir. Bu durumda, boşluğun Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi ile doldurulması gerekir¹⁰.

Borçlar Kanunu'nun "iş ifa edilemediği halde ücret" başlığını taşıyan 328. maddesinde "uzun

müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır" kuralı yer almaktadır. Öğretide MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Kanunu'nun Borçlar Kanunu'nun 328. maddesini karşılayan özel hükümlere yer verdiği ve Borçlar Kanunu'nun anılan hükmünün İş Kanunu'nun özel hükümleri karşısında genel hüküm niteliği taşıdığı gerekçesi ile Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin İş Kanunu'na tâbi işçilere uygulanamayacağını ileri sürmüştür¹¹. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, maktu aylıklı olmayan işçiler için mazeret izinlerinin bir kısmının (evlenme izni, ölüm izni gibi) ücretli veya ücretsiz olacağı noktasında İş Kanunu'nda açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır¹². Bir boşluk olduğu söylenebilir. Bu durumda, boşluğun Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi ile doldurulması gerektiği görüşündeyiz.

Borçlar Kanunu'nun "iş ifa edilemediği halde ücret" başlığını taşıyan 328. maddesine göre, "uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır". Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinde işçinin hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın, kısa bir süre iş görme edimini yerine getirmediği durumda, işe gelmediği kısa günler karşılığı ücreti isteyebileceği belirtilmiştir. Evlilik, ölüm ve işveren tarafından bir haftalık süre içinde kalmak kaydı ile verilen diğer izinler gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın kısa bir süre işi ifa etmeme şeklinde değerlendirme yerinde olacaktır. O halde, bu tür mazeret izni alan işçiye gelmediği günler için ücreti ödenmelidir.

Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi işçinin maktu aylıklı olup olmasına göre bir ayırma gitmeksizin "uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde" işçinin ücret isteme hakkının bulunduğunu öngörmüştür. Maddede geçen "... bu gibi sebepler..." ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği, sadece hastalık veya askerliğe benzer sebepleri değil, işçinin doğrudan kendisi ile ilgili olmamakla beraber, çevresin-

Maktu aylıklı işçiler için mazeret izinleri ücretlidir.

İş Kanunu'na tâbi sözleşmeler bakımından ücrete tâbi mazeret izni süresi, yasadaki düzenlemeye göre en az 3 gün, en çok bir haftadır.

de çalışmasını etkileyen objektif nedenlerin de (trafik tıkanıklığı, cenaze törenine katılmak, kaza, hamilelik v.s. gibi) işin ifasını engelledikleri ölçüde dikkate alınması gerektiği öğretide kabul edilmektedir¹³.

Söz konusu hükme göre öncelikle, uzun müddet için yapılmış bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir. “Uzun süre”den kastedilen, tarafların uzun süreli bir iş sözleşmesi yapmaları veya uzun süreli bir sözleşme yapılmamış olmakla beraber, yapılan sözleşmenin uzun süre devam etmiş olmasıdır¹⁴. Kararlaştırılan veya çalışılan sürenin uzun süreli sözleşme niteliğini kazandırıp kazandırmadığı bir görüşe göre hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁵. Diğer bir görüşe göre ise, sürenin bir yıldan fazla olması veya işçinin bir yıldan fazla çalışmış olması “uzun süre” koşulu için yeterlidir¹⁶.

Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin ikinci uygulanma koşulu, geçici ifa imkânsızlığı doğuran olayın işçinin kusurundan kaynaklanmamasıdır. İşçinin kusurunun bulunup bulunmadığı objektif iyniyet kurallarına göre belirlenecektir. İşçi hafif kusuru olsa bile anılan düzenlemeden yararlanacaktır¹⁷. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a bendine göre işçinin kusuru ile bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğar. Belirtilen sürelerde işçinin bir tür “izinli” sayıldığı görülmektedir. Ancak, devamsızlık işçinin kusurundan kaynaklanan hastalık veya sakatlıktan kaynaklandığı için izin süresinin ücretli olacağı söylenemez.

Ücret talep hakkının doğumu için üçüncü şart, işi ifa edememenin nispeten kısa bir süre olması gerektiğidir. Sürenin kısa olması koşulu, ifa imkânsızlığının geçici nitelikte olması gerektiğini ifade eder. Öğretide sürenin kısa olup olmadığının sözleşmenin süresi veya süre kararlaştırılmamışsa çalışılan süre ile oranlama yapılarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸. Ancak, bu görüş Borçlar Kanunu'na tâbi sözleşmeler yönünden kabul edilmektedir. Kanaatimizce, İş Kanunu'na tâbi sözleşmeler bakımından ücrete tâbi mazeret izni süresi yasadaki düzenlemeye göre en az 3 gün, en çok bir haftadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesi (İş K. m. 40); evlenme ve ölümlerde verilen 3 günlük izin süreleri ile bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerin (İş K. m. 46/c) hafta tatili ücretinin belirlenmesinde çalışılmış gibi sayılması (m. 46. bent b ve c) yukarıda vardığımız sonucu destekleyen düzenlemelerdir. Kuşkusuz, mazeret izninin belirtilen sürelerden daha fazla süre için ve ücretli olarak kararlaştırılması mümkündür.

İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin (III) numaralı bentlerinde belirtilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bir haftalık süre için ödenmesi gereken günlük yarım ücret, işçinin zorlayıcı sebebin ortadan kalktığı andan itibaren çalışmaya devam etmesi şartına bağlıdır. İşçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ise, feshin kendine özgü yaptırımını saklı kalmak üzere, işçi bu yarım ücrete hak kazanamaz¹⁹.

Basın İş Kanunu'nun 16/son maddesine göre kadın gazetecinin hamileliği halinde hamileliğin 7. ayından itibaren doğumunun ikinci ayına kadar izinli sayılacağı ve bu müddet zarfında son aldığı ücretin yarısının ödeneceği, doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücretin ödeneceği, gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardımın bu ödemeye tesir etmeyeceği belirtilmiştir.

Yine Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinde talim veya manevra dolayısıyla silah altına alınan gazeteciye bu süre içinde ücretinin ödeneceği, yedek subay olarak veya sair suretlerle askeri hizmet karşılığı aylık alan gazetecinin almakta bulunduğu bu aylığının gazetecilikten aldığı ücretten az ise, işveren, gazeteciye yalnız aradaki farkı ödemesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı maddede kısmi veya umumi seferberlik dolayısıyla silah altına alınan gazetecinin bu suretle geçirdiği üç aylık süreye ait ücretin

Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan Ulusal Bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz iken, mazeret izinlerinde böyle bir kural yoktur.

de işverence ödenmesi gerektiği, ayrıca ilk muvazaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik süresince son aldığı ücret yarı oranında ücret ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Yine Basın İş Kanunu'nun 17. maddesine göre gazetecinin mensubu olduğu mevkuhtedeki bir yayının dolayısıyla hürriyetinin tahdide uğramadığı süre içinde ücretinin işverence ödenmesi gerekir. Aynı hükme göre her ne sebeple olursa olsun, yayını tatil edilen mevkuhte çalışanlar tatil tarihinden itibaren iki ay süre ile ücretlerini alırlar.

c. Çalışılmış Gibi Sayılma

Mazeret izinleri kural olarak, çalışılmış sayılır (İş K. m. 46, 55, 74). Kanaatimizce mazeret izninin tamamı değil, kural olarak, sadece ücrete tâbi kısmı çalışılmış gibi sayılmalıdır. İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddelerinde evlenme ve ölüm izninin 3 güne kadarı, diğer izinlerde (analık, süt, yol vb.) ise bir haftaya kadarı çalışılmış gibi sayılacağı belirtilmiştir. Taraflarca yasada belirtilen süreden daha fazla mazeret izni süresi öngörüldüğü durumlarda aksi kararlaştırılmamış ise İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddesinde belirtilen süreler kadar çalışılmış sayılacaktır.

İş Kanunu'nda işin zorlayıcı sebepler yüzünden bir haftadan çok tatil edilmesi durumunda çalışılmayan bir haftalık süre için günlük yarım ücret ödenmesi gerektiği öngörülmesine (m.40) rağmen, yıllık ücretli izin hesabı bakımından bu sebeple çalışılmayan onbeş günlük süre, işçinin yeniden işe başlaması şartıyla, çalışılmış gibi sayılır (m. 55/d).

Çalışılmış sayılan söz konusu süre sadece hafta tatili ve yıllık ücretli izin açısından değil, hizmet süresine bağlı diğer alacaklar yönünden de geçerlidir. Bu bağlamda ihbar ve kıdem tazminatının belirlenmesinde de çalışılmış sayılan mazeret izin süresi göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca belirtil-

melidir ki, çalışılmış sayılan mazeret izin süresi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21 maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından gerekli olan altı aylık kıdem hesaplanmasında da dikkate alınacaktır.

d. Ertelenememe Özelliği

Yıllık ücretli izin ile hafta tatilinin süresi İş Kanunu'nda nispi emredici olarak düzenlenmiş olup, işçinin belli bir süre çalışması durumunda hak edeceği yıllık izin ve hafta tatilinin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi yönetim hakkı kapsamında işverene tanınmıştır. Başta Anayasamızın 50/2. maddesi ve Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralı olmak üzere kanunlarımızda işverenin yönetim hakkını sınırlayan çeşitli hükümlere yer verilmiştir. İşçinin hukuki açıdan mazeretli sayılmasını gerektiren inceleme konusu izinlerde ise işverenin yönetim hakkı yıllık izin ve hafta tatiline göre nispeten sınırlıdır. Örneğin, babası ölen, hastalanan, evlenen veya doğum yapan bir işçiye verilmesi gereken iznin kullanılması kural olarak ileri bir tarihe ertelenemez. Bununla beraber, tarafların mazeret izinlerinin sonraki bir tarihte kullanılabileceğini kararlaştırmaları mümkündür. İş hukuku mevzuatımızda mazeret izinlerinin işverence kullandırılmamasının işçi tarafından haklı nedenle fesih sebebi yapılmada hukuki ya da cezai yaptırıma bağlanmadığını da belirtmek gerekir.

Yıllık ücretli izin, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye yılın herhangi bir zaman diliminde yada daha sonraki bir dönemde kullandırılabilir. Kullandırılmadığı takdirde sonuçta, iş sözleşmesinin feshi ile bu hak izin alacağına dönüşmektedir. Oysa yıllık ücretli izin dışındaki yasal diğer izinlerin, izni gerektiren olgunun, örneğin evliliğin gerçekleştiği anda kullanılması gerekir. İşçi bu iznini, izni gerektiren olay bittikten sonra işverene talepte bulunarak kullanamayacağı gibi, ileride kullanmadığı gerekçesi ile karşılığı ücretin ödenmesini talep edemez. Bir başka anlatımla, bu izinler ileride alacağı dönüşmez.

Yıllık ücretli izinler iş günü üzerinden kullanılırken, diğer yasal izinlerde bu durum söz konusu değildir. Bir başka anlatımla yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan Ulusal Bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süre-

sinden sayılmaz iken, mazeret izinlerinde böyle bir kural yoktur. Diğer izinlerde izne neden olan olay iş günü dışında gerçekleşmiş ise, bu tatil günü, kullanılan izinden sayılmalıdır.

Mazeret izninin ertelenememe özelliğinin bir diğer sonucu da işçinin söz konusu izinlerinin yıllık ücretli izinden mahsup edilememesidir. Başka bir anlatımla, yıllık ücretli izin süresi mazeret izni süresi kadar uzamış sayılmaz. Bu nedenle, işçi mazereti doğuran olay sırasında yıllık ücretli izinde ise daha sonra ayrıca mazeret iznini talep edemeyecektir. Nitekim Yargıtay da bir kararında *“mahkemece davacı işçinin kullandığı 12 günden az olan izinlerin, 1475 Sayılı İş Kanununun 52. maddesi uyarınca yıllık izinden sayılamayacağı gerekçesiyle istek konusu izin ücretine karar verilmiştir. Davacı işçinin imzasını taşıyan izin talep formlarında kaç gün izin kullanmak istediği belirtilmiş ve bu sürenin bazı belgelerde mazeret izninden sayılması hususu açıklanmış bazılarında ise yıllık izinden mahsup edilmesi istenmiştir. Mazeret izni olarak talep edilen günlerin yıllık izin süresinden mahsubunun yapılmamış oluşu isabetlidir. Ancak, yıllık iznin 12 günden az olarak kullanılmasına dair işçi tarafından imzalanan bu tür talep dilekçesi üzerine verilen izinlerin, yıllık izinden sayılması gerekir. Karar bu yönden de hatalı olmuştur.”* demek suretiyle mazeret izinlerinin yıllık ücretli izinden mahsup edilemeyeceğini kabul etmiştir²⁰.

IV. MAZERET İZİNLERİNİN KULLANILMASI

a. İşçinin Talep veya Bildirimde Bulunması

Mazeret izinlerinin kullanılabilmesi için kural olarak işçinin bu yönde talepte bulunması gerekir. Söz konusu izinler belli olayların gerçekleşmesine bağlı olduklarından, mesai saati dışında ve talepte bulunma imkanının bulunmadığı bir durumda olay (ölüm, kaza veya hastalık gibi) gerçekleşmiş ise,

Mazeret izninin tamamı değil, kural olarak, sadece ücrete tâbi kısmı çalışılmış gibi sayılmalıdır.

işçi içinde bulunduğu şartlar ölçüsünde ve kısa bir süre içinde durumu işverene bildirmelidir. Böylece işveren geçici ifa imkânsızlığının ortaya çıktığı bu durumlarda işin akışının bozulmaması için gereken tedbirleri alabilmelidir. Çalışma hayatı içinde bazen işçi hastalığı nedeni ile işe gelememesine rağmen, durumu işverene bildirmemekte doktor tarafından verilen istirahat süresi sona erdikten sonra işyerine gelip raporu sunmaktadır. Çoğu zaman işveren durumdan haberdar olmadığı için, çıkış işlemlerini yapmakta ve işgücü ihtiyacını karşılamak için yeni bir işçi işe almaktadır. Belirtmek gerekir ki, işçinin durumu işverene bildirme olanağı bulunmasına rağmen, işvereni devamsızlık nedeni konusunda haberdar etmemesi dürüstlük kuralına uymaz. Nitekim Yargıtay, mazeretini bildirdiğini kanıtlayan işçinin, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz nedene dayandığını belirtmiştir²¹.

b. Mazeretin Belgelenmesi

Mazeretin belgelenmesi, hem işin ifa edilememesine rağmen ücret ödeme ile ilgilidir, hem de devamsızlığın haklı olduğunun kanıtlanması bakımından gereklidir. İşçi, devamsızlığının yasa da belirtilen haklı nedenlere dayandığını ispatlayamadığı takdirde işverence devamsızlık nedeni ile yapılan fesih işlemi diğer koşulları da mevcut ise haklı fesih olarak kabul edilecektir.

Yargıtay bir kararında “Davacının hizmet akdi 27-30.1.2003 tarihleri devamsızlık yapması sebebiyle 1475 Sayılı Yasa’nın 17/2-f maddesi gereğince davalı tarafından feshedilmiştir. Davalı ibraz ettiği tutanaklar ve dinlettiği tanıkların davacının devamsızlığını kanıtlamıştır. Davacı devamsızlık yapılan tarihlerde işe devam ettiğini veya mazeretli olduğunu ileri sürüp bu konuda delil ibraz etmemiştir. Buna rağmen mahkemenin davacıdan duyularını intikal ettiren davacı tanıklarının beyanlarına itibar ederek ve varsayımla davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” demek suretiyle devamsızlığı sabit olan ancak haklı bir mazeret ileri sürüp kanıtlamayan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilmiştir²². Yine Yargıtay diğer bir kararında “...Davalı işverence 2.4.2001 tarihinde düzenlenen işten ayrılma bildirim formunda davacının 29, 30 Mart 2001 tarihlerinde işe gelmediği belirtilmiştir. Ayrıca

Mazeretin belgelenmesi, hem işin ifa edilememesine rağmen ücret ödeme ile ilgilidir, hem de devamsızlığın haklı olduğunun kanıtlanması bakımından gereklidir.

işyerinde kart basma saatlerini gösteren devam kontrol çizelgesinde de davacının anılan tarihlerde işyerine girişine rastlanmadığı anlaşılmaktadır. Devamsızlıkla ilgili işverenin bu tespitlerinden sonra devamsızlığın nedenini araştırmak işçinin savunmasını almak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konuda devamsızlığın geçerli bir mazerete dayandığını ispat yükü davacı işçiye düşmektedir. Somut olayda davacı işçi böyle bir mazereti kanıtlayamamıştır.... davacının iş sözleşmesinin feshi 1475 sayılı İş Kanununun 17/II-f bendine uygun düştüğünden...” gerekçesi ile davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir²³. Mazeretini belgelendiren bir işçi ile ilgili kararında ise, “Davacı ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuş, mahkemece bu istekler reddedilmiştir. Dosyadaki Bölge Çalışma Müdürlüğü raporu ve tanık beyanlarında davacının annesinin hasta olması nedeniyle işe gelemediğini belirtmişlerdir. Dosyada mevcut 2-3/6.2001 tarihli tutanaklardan davacının işe gelmediği belirtilmiş ise de; 3.6.2001 tarihli doktor reçetesinden davacının annesinin hastalığı nedeniyle işe gelmediği, bu durumda mazeretin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Mahkemenin yazılı şekilde isteklerin reddine dair kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir²⁴.”

V. SONUÇ

Beşeri bir varlık olan işçinin çeşitli nedenlerle mazeret iznine ihtiyaç duyduğu, çalışma hayatı içinde sıkça rastlanan bir durumdur. Konu ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde yasal düzenleme yetersizliği açık bir şekilde hissedilmektedir. Ayrıca yaygın olarak uygulanan bu tür izinlere öğretilde yeteri kadar değinilmemiştir. Zaman zaman toplu iş sözleşmeleri veya personel yönetmeliklerinde bu tür izinlere yer verilmekte ise de, süreleri ve ücretli olup olmadıkları açıkça ka-

rarlaştırılmadığından oluşabilecek anlaşmazlıkların çözümünde zorluklar yaşanmaktadır. Ayrıca bir kısım mazeret izinlerinin işverence kullandırılmaması halinde uygulanacak hukuki ve cezai yaptırımlar yasada öngörülmediği için, tarafların kararlaştırdıkları izinlerin uygulanmasında önemli ölçüde sorunlar çıkmaktadır. Gerçekten, mazeret izinlerinin süreleri ve ücretli olup olmadıkları konusundaki tartışmalar da göz önünde bulundurulduğunda, çalışma barışının temini ve iş güvencesinin sağlanması açısından bu konuda yasal düzenlemelerin bir an önce yapılması gereği ortaya çıkmış bulunmaktadır. Yapılacak düzenlemelerde sözü edilen izlerin süresi, ücretli olup olmadıkları ve izlerin kullanılacağı zamanı belirleme konusunda işverenin yönetim hakkının sınırı gibi hususlar açıkça belirtilerek, mevcut ve olası uyuşmazlıkların önüne geçilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 9. HD, 03.10.2000, 2000/9309-12891 (Kişisel Arş.).
- 2 Narmanlıoğlu, Ünal.; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998, s.568; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.704.
- 3 Yargıtay 9. HD 18.11.1996, 12721-21296 (Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara 2005, s.1754).
- 4 Mahkemece davacı işçinin 5.7.1999-19.7.1999 tarihleri arasındaki işe devamsızlığı konusunda haklı bir mazereti olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir. Dosya içinde bulunan Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi'nin 26.7.2001 tarihli yazısına göre davacının eşinin “psikotik” özellikli mani tanısı ile 2.7.1999-8.7.1999 tarihleri arasında yatarak tedavi gördüğü anlaşılmaktadır. Davacı işçi işverenliğe verdiği 14.9.1999 tarihli dilekçede hasta olan eşini anılan hastaneye tedavi için yatırdığını açıkça belirtmiştir. Dosya içeriğine göre davacının eşinin uzun süre psikolojik tedavi gördüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının anılan tarihlerdeki devamsızlığının haklı nedene dayandığının kabulü ile ihbar ve kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir. Yazılı şekilde anılan tazminatların reddine karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 9. HD 10.6.2003, 2003/291-10513 (Kişisel Arşiv).
- 5 Mollamahmutoglu, Hamdi, İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2005, s.722.
- 6 Tunçomağ, Kenan; İş Hukuku, Cilt 1, 3.Bası, İstanbul 1984, s.314.
- 7 Yargıtay 9. HD 13.5.1991, 457-18358 (Akyiğit, Ercan, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2006, s.1035); Aynı Daire'nin benzer kararı, 9.7.1996, 7565-15521 (Akyiğit, Aynı yer, s. 1039).
- 8 Yargıtay HGK 29.5.1991, 1991/9-223, 1991/315 (Kılıçoğlu, M, İş Kanunu Şerhi, 1.Bası, Ankara 1999, s.579).
- 9 Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2.Bası, Ankara 2006, s.1580.

- 10 Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku, Cilt 1, 3.Bası, İstanbul 1984, s.201.
- 11 Mollamahmutoğlu, aynı yer, s.409.
- 12 Aksi görüş Mollamahmutoğlu, aynı yer, s. 409, Yazara göre, İş Kanunu'na göre hastalık, askerlik ve benzeri nedenlerden (kaza, doğum, gebelik, kanundan doğan çalışma yükümlülükleri) doğan geçici ifa imkânsızlığı hallerinde işçi ücret talep hakkına sahip değildir. Zira, İş K.nun 25/I. maddesinin son fıkrasında hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi geçici ifa imkânsızlığı hallerinde sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesinin koşulları belirtildikten sonra "Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez" hükmü ile bu hallerde ücret talep edilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir.
- 13 Mollamahmutoğlu, aynı yer, s.407.
- 14 Mollamahmutoğlu, aynı yer, s.406.
- 15 Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.22 Mollamahmutoğlu, aynı yer, s.406-407.
- 16 Reisoğlu, S, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.178.
- 17 Bkz. Mollamahmutoğlu, aynı yer, s. 408.
- 18 Mollamahmutoğlu, s.407-408.
- 19 Çenberci, M, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.799.
- 20 Yargıtay 9. HD 28.09.2004, 2003/23099, 2004/20821 (Kişisel Arş.).
- 21 "Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde çalışan davacının rahatsızlığı nedeni ile 28.11.2005 tarihinde 3 günlük istirahat raporu aldığı ve evinde dinlendiği, rapor sonrası ardi ardına mazeretsiz ve izinsiz işyerine gelmediği gerekçesi ile iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı rapor sonrası rahatsızlığının devam etmesi nedeni ile işyerine gidemediğini ve bu durumu işverene bildirdiğini iddia etmiş, bu iddiasının dinlettiği tanıklarla doğrulanmıştır. Davacı tanıklarından biri halen işyerinde çalışan işçidir. Dinlenen davalı tanıklarından biri de, davacının rapor bitimi davacının hasta olduğunu gelemeyeceğini bildirdiği halde vizite kağıdı istemediğini, bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Somut bu maddi olgulara göre, davacının rapor bitimi devamsızlığı rahatsızlığı devam ettiğinden, mazerete dayanmaktadır. Davalı işverene bu mazeretini bildirmiştir. Davacının iş sözleşmesi haklı ve geçerli nedenle feshedilmediğinden, davanın kabulü gerekir. Yazılı şekilde reddi hatalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.01.2007. 2006/30017. 2005/1039" (Kişisel Arş.).
- 22 Yargıtay 9. HD. 21.2.2005, 2004/16476-2005/5572 (Kişisel Arş.); Aynı Dairenin benzer yöndeki kararı: 24.1.2007, 2006/16636-2007/743 (Kişisel Arş.).
- 23 Yargıtay 9. HD 10.2.2004, 10635-1799 (Kişisel Arş.).
- 24 Yargıtay 9. HD 22.11.2004. 2004/9659-25782 (Kişisel arş.).
- Tunçomağ, K, İş Hukuku, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Akyiğit, E, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Kılıçoğlu, M, İş Kanunu Şerhi, 1. Bası, Ankara 1999.
- Oğuzman, K, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Reisoğlu, S, Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- Çenberci, M, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- Kişisel Arşiv.

KAYNAKÇA

- Narmanlıoğlu, Ü, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998.
- Süzek, S, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.704.
- Mollamahmutoğlu, H, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005.
- Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara 2005.

Av. Mehmet UÇUM

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Yayın Yönetmeni

Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler

I- GENEL OLARAK

4857 sayılı Yasa'nın 75. maddesi "işçi özlük dosyası" kenar başlığını taşımaktadır. Bu maddenin eşiti olan 1475 sayılı Yasa'nın 71. maddesinde "işçi çizelgeleri" başlığı altında düzenleme yapılmıştı. Anılan maddede sayma yöntemi ile işçi çizelgelerinde bulunması gereken bilgiler belirlenmişti¹. Sayma yönteminin yarattığı sınırlılık ve sayılan bilgilerin iş ilişkisinin ihtiyaçlarına tam yanıt verememesi 71. maddenin sorunlarından biriydi. Bu nedenle olsa gerek kanun koyucu 4857 sayılı Yasa'nın 75. maddesini düzenlerken sayma yönteminden vazgeçmiştir. Bunun yerine işverene genel bir yükümlülük getirilmiş ve yükümlülüğün kapsamı, "işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca işverenin düzenlemek zorunda olduğu belgeler" olarak belirlenmiştir. Bu durum öğretide eleştirilmiş ve "İş Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesinin önemli bir eksiğinin işçi özlük dosyasının kapsamının belirlenmemiş olduğu" ileri sürülmüştür². Öncelikle belirtmek gerekir ki kanunda özlük dosyası kapsamının belirlenmediği görüşünü kabul etmek güçtür. Belki somut olarak kapsamın belirlenmediğini ileri sürmek daha doğru olur. Bu sonuca ulaşılmasının nedeni de sayma yönteminden vazgeçilmesidir. Bize göre ka-

nun koyucunun işçi özlük dosyasının kapsamında yer alacak bilgi ve belgelere ilişkin sayma yönteminden vazgeçmesi yerindedir. Sayma yönteminden vazgeçilmesinin "konuyu işverenin inisiyatifi-ne bırakan"³ bir sonuç doğuracağı görüşüne katılmak da güçtür. Çünkü işverene getirilen yükümlülük İş Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu belge ve kayıtları saklamakla sınırlıdır. Demek ki özlük dosyasının kapsamında nelerin yer alacağı kanunda genel olarak belirlenmiş ve bu belirleme yapılırken kanuna dayalı bilgi ve belge ölçütüne yer verilmiş ancak ismen sayılmamıştır. Bu nedenle işverenin kanunun koyduğu ölçüt ve sınırlar dışında bilgi ve belge toplamasının hem İş Kanunu'nun 75. maddesine hem de Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine özellikle 135. maddeye aykırılık oluşturacağına ve uygun yaptırımlarla karşılaşacağına şüphe yoktur.

II- ÖZLÜK DOSYASI KAVRAMI VE DÜZENLEME KOŞULLARI

İş Kanunu m. 75'e göre işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren 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.

Yasal kurallara göre özlük dosyası tutmanın koşulları şöyle sıralanabilir

i- Özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan işlerin ve işyerlerinin işverenleri için geçerlidir⁴. Buna göre Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında olan işçilerle ilgili özlük dosyası tutmak yasal bir zorunluluk değildir.

ii- İş Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca sürekli işlerde özlük dosyasına ilişkin 75. maddenin uygulanmayacağı hüküm altına alınmış olduğundan, özlük dosyası sadece sürekli işlerde çalışan işçiler için tutulacaktır⁵.

iii- Bir kişinin bir başkasına ilişkin özlük dosyası düzenleyebilmesi için o kişiyle arasında bir iş ilişkisinin olması gerekir. İş ilişkisinin olmadığı durumlarda kişisel veriler hukuka aykırı kaydedilirse bu eylem suç oluşturur (TCK m.135). İş ilişkisi özlük dosyası tutmak bakımından bir hukuka uygunluk sebebidir.

Taraflar arasında henüz bir iş ilişkisi bulunmadan özlük dosyası tutulması söz konusu olamayacağına göre işçi adaylarına ilişkin özgeçmiş bilgilerinin arşivlenmesi (CV arşivi) üzerinde durmak gerekir. Değindiği gibi özgeçmiş bilgilerinin rıza dışı tutulması hukuka aykırıdır. Gerçektende TCK m. 135/1. fıkra ya göre "hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir". Rıza bir hukuka uygunluk sebebi olduğundan işçi adaylarının rızasıyla arşivlenen özgeçmişler bakımından hukuka aykırılık söz konusu olamaz. Bununla birlikte sonradan rızasını geri alan kişinin özgeçmiş bilgilerinin arşivden çıkarılması gerekir. İş görüşmelerinde edinilen bilgiler bakımından da eğer kişiyle iş ilişkisi kurulmamışsa rıza dışı arşivleme, suç oluşturan eylem sayılır. Bu nedenle gerek özgeçmişlerin gerekse iş görüşmelerinde edinilen bilgilerin insan kaynakları aday işçi arşivinde tutulabilmesi için ilgili kişilerin açık ya da örtük rızalarının sağlanmış olması önem taşımaktadır.

iv- Nihayet iş ilişkisinin ancak işveren tarafı işçisiyle ilgili özlük dosyası tutabilir. İşçi, işvereni hakkında bir dosya tutma yetkisine sahip değildir.

İşverene getirilmiş özlük dosyası tutma yükümlülüğü işverenin "özlük dosyası düzenleme borcu" olarak da nitelenmektedir⁶. Özlük dosyası tutmak işve-

ren bakımından yasal bir yükümlülük veya borç olmakla birlikte aynı zamanda işverenin yetki kullanmasını gerektiren bir durum da yaratmaktadır. Çünkü işverenin bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için, kişisel özellik taşıyanlar da dâhil olmak üzere iş ilişkisine bağlı olan tüm verileri işçiden talep etme yetkisine sahip olması gerekir. Dolayısıyla işveren, özlük dosyasının kapsamını oluşturmak bakımından işin yönetimi hakkı çerçevesinde kararlar alabilir ve uygulayabilir. İşverenin bu yönde aldığı kararlara aykırı davranışların, işçinin itaat etme borcunun ihlali olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir.

Özlük dosyası içeriği işçinin özel yaşam alanına ait bilgilerden oluşur. Başka deyişle üç alan teorisine göre⁷ iş yaşamı özel yaşam alanı içinde kalır. "Kişinin, ailesi, arkadaşları, iş çevresi gibi belirli kişilerle çeşitli nedenlerle birlikte bulunması [sonuç], bu kişiler tarafından bilinen eylemleri, kendine ilişkin bilgiler ve olaylar, özel yaşam alanını oluşturur. Bu alandaki yaşam olayları, belirli kişilerce bilinmekle birlikte kamuya açık değildir."⁸ Dolayısıyla işveren, işçi özlük dosyası kapsamında bulunan bilgileri özel yaşam alanının gereklerine uygun olarak korumak zorundadır.

Özlük dosyalarının sanal ortamda başka deyişle bilgisayar belleğinde yer alacak bir dosya olarak tutulup tutulamayacağı öğretide tartışma konusu yapılmıştır. Yasada bu konuda bir ayırım yapılmadığı için, gerekli güvenlik önlemlerinin alınması koşuluyla özlük dosyalarının bilgisayar ortamında tutulmasının, maliyet azaltıcı etkisi de gözetilerek mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür⁹. Ancak aynı görüş kapsamında uygulama sorunları dikkate alındığında şimdilik sanal ortam yerine gerçek ortamda özlük dosyalarının tutulmasının işleri kolaylaştıracağı da önerilmektedir¹⁰.

Özlük dosya içeriğinin sanal ortamda tutulmasının çeşitli yararları olabileceği tartışmasızdır. Islak imza taşıyan belgelerin tarama yöntemiyle sanal ortama aktarılabilmesi günümüz koşullarında tüm özlük dosya içeriğinin bilgisayar dosyası olarak saklanması olanaklıdır. Ancak gerçek özlük dosyasının tüm işlevlerini sanal özlük dosyasının yerine getireceğini ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü tarama yoluyla bilgisayar ortamına aktarılan belgelerin çıktıları fotokopi niteliğinde olduğundan, gerek denetim makamlarının işlemlerinde gerekse işçi-işveren arasında ortaya çıkacak çekişmelerde,

itiraza uğradığında hiçbir hukuki değeri olmayan belgelere dönüşür. Fotokopi üzerinden imza incelemesi de yapılamayacağı için¹¹ belgenin aslının saklanması zorunlu hale gelir. Özlük dosya içeriğinde yer alan belgelerin her halde tamamına yakını ıslak imza gerektiren türde belgeler olduğundan sanal ortama aktarılan özlük dosyasının bir de gerçek ortamda tutulması zorunlu hale gelir. Bu durumda işçi özlük dosyasının sanal ortamda tutulmasının tek yararı gerçek dosya içeriklerinin kolay ve hızlı görülmesi, izlenmesi ve denetimi olur. Bununla birlikte güvenli elektronik imza uygulaması yapılabilen yerlerde sanal özlük dosyası içeriği, işçinin güvenli elektronik imzasıyla teyit edilirse o zaman sanal dosyanın gerçek dosya işlevini büyük ölçüde yerine getireceğine şüphe yoktur. Gerçekten de 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesine göre güvenli elektronik imza, elle atılan imzanın hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak bu halde dahi resmi şekil ve özel merasim gerektiren hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile yapılamayacaktır (EİK. m. 5/2). Bu kapsamda yer alması olası hukuki işlem belgelerinin örneğin cezai şart ve tazminat yaptırımı içeren iş sözleşmelerinin veya işçiden yaptığı işin niteliği gereği teminat taahhüdü alan işlemlerin bilgisayar çıktılarının işçinin güvenli elektronik imza ile teyidi olsa bile itiraz halinde geçerli olmayacağını eklemek gerekir.

Bunlara göre özlük dosyasını;

- işçinin mevcut iş ilişkisinin gerektirdiği ölçüde çalışma yaşamına ilişkin bilgi ve belgeleri içeren, kapsamı sadece bunlarla sınırlı olan,
- işçinin çalışma ilişkileri dışında başka bir amaçla kullanılmayan,
- işçinin özel yaşam alanına ait kabul edilen,
- işveren tarafından toparlanmış olan ve
- ilkesel olarak gerçek ortamda tutulan bilgiler bütünü olarak tanımlayabiliriz.

III- ÖZLÜK DOSYALARININ İÇERİĞİ

1- Belgelerin Sınıflandırılması ve Kanunilik İlkesi

Özlük dosyalarının içeriğinde yasanın anlatımıyla öncelikle işçiye ait kimlik bilgilerinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca kanunlarca düzenlen-

Özlük dosyası sadece işçinin haklı yararına uygun olanları değil işverenin haklı yararına uygun bilgi ve belgeleri de içerir.

mesi zorunlu bilgi ve belgelere de özlük dosyasında yer verilmelidir. Özlük dosyası sadece işçinin haklı yararına uygun olanları değil işverenin haklı yararına uygun bilgi ve belgeleri de içerir.

Özlük dosyasının içeriğinde yer alan bilgi ve belgeleri sınıflandırırken zorunlu ve gerekli belgeler ayrımı yapmak yerinde olur. Bunun için idari para cezası yaptırımı bir ölçüt olarak kullanılabilir: Gerçektende zorunlu belgelerin tutulamaması çoğunlukla doğrudan idari para cezası yaptırımı gerektiren nitelikte olmakla birlikte, buna karşılık gerekli belgelerin tutulmaması, doğrudan idari para cezası yaptırımına konu olmamaktadır. Gerekli belgelerin tutulmaması her ne kadar doğrudan yaptırıma konu olmasa da bu durum işverenin gerek işçiye gerekse denetim makamlarına karşı ispat veya delil bildirme yükünü yerine getirmesine engel olacağından işveren yine cezai ve hukuki yaptırımlarla karşı karşıya kalır. Bu nedenle zorunlu ve gerekli belgeler arasındaki ayrımı sadece yaptırıma konu olup olmamalarına göre ayırmak yeterli değildir¹². Ayrıca yaptırım ölçütü her zorunlu belgenin doğrudan yaptırıma konu olmaması nedeniyle de yetersiz kalmaktadır. Nitekim işçi kimlik bilgileri doğrudan kanun hükmüne dayandığı için zorunlu belge niteliği taşımakta ama özlük dosyası içinde işçinin kimlik bilgilerini gösteren bir belgenin olmayışı (örneğin nüfus kayıt örneğinin bulunmaması) doğrudan yaptırım konusu olmamaktadır. Yazılı sözleşme zorunlulukları bakımından da doğrudan yaptırım söz konusu olmamaktadır.

Bu nedenle zorunlu belgeler ile gerekli belgeler arasındaki ayrımın temel ölçütünü zorunlu belgelerin doğrudan bir kanun hükmüne dayanması, gerekli belgelerin ise kanunilik vasfına dolaylı sahip olması olarak belirlemek isabetli olur. Bu koşula özlük dosyasının tutulmasında kanunilik ilkesi denebilir. Buna göre her iki belge grubu da kanuna dayalı olmak zorundadır. Başka bir anlatımla işverenin işçi özlük dosyası içeriğinde bulundurabileceği her türlü bilgi ve belgenin ya doğrudan kanunun bir hükmü-

ne dayanması (zorunlu belgeler) veya işverenin kanundan kaynaklanan hakları ve borçlarıyla ilgili (gerekli belgeler) olması gerekir.

Özlük dosyası bağlamında, dolaylı kanunilik ilkesini sağlayan hükümlerden en önemlisi İş K. m. 109'da yer almaktadır. Madde hükmüne göre bildirimler konusunda temel kural İş Kanunu'nda öngörülen tüm bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiğidir. Eğer bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Tutanakta yapılan bildirim içeriği, bildirim yapılan kişinin imzadan kaçındığı yer alır ve tutanağın altı hazır bulunan en az iki kişi tarafından imzalanır. İş K. m. 75 uyarınca bu tutanakların ve işçiye yapılan bildirimlerin birer örneğinin işçi özlük dosyasında saklanması gerekir.

İşçi özlük dosyasında yer alması gereken belgelerin bir diğer vasfı bireyselliklerdir. Başka deyişle doğrudan veya münhasıran işçiye ait olmayan bir belgenin işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisine etkisi olsa da özlük dosyasında yer almasına gerek yoktur. Bu bağlamda Sendikalar Kanunu m. 62 uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilmesi zorunlu olan işe alınan ve ayrılan işçilere ilişkin bildirimlerin, toplu işçi çıkarma prosedürü çerçevesinde İş K. m. 29 çerçevesinde yapılan bildirimler ile tutanaklar gibi kolektif nitelikli bilgi ve belgelerin işçi özlük dosyası kapsamında tutulması ve saklanması söz konusu değildir. Aynı şekilde İş K. m. 52'de yer alan yüzde usulü çalışan işyerlerinde işverenin işçi temsilcisine vermek zorunda olduğu her hesap pusulasının toplamını gösteren belgeler de toplu nitelikli olduğundan bireysel özlük dosyalarında saklanması gerekmez. İşverenin toplu nitelikli bilgi ve belgeleri, çalışma ilişkilerine yönelik ortak bir dosya düzeni içinde tutulması yeterlidir. Elbette ki işverenin toplu nitelik taşıyan belgelerin işçiye ait bölümünü, işçi özlük dosyası içinde tutmasına da bir engel yoktur. Öğretide ileri sürülenin¹³ aksine bize göre topluca verilen aylık sigorta prim bildirimleri için de aynı esaslar geçerlidir. Aylık sigorta prim bildirimlerinin işçi özlük dosyasında yer almasının gerekli olmadığını, sigortalılar listesinin çalıştıkları süreyi gösterecek şekilde işyerinde asılması zorunluluğu da ortaya koymaktadır (506 sy. K. m. 79/4).

Sonuç olarak işçi özlük dosyasında yer alacak tüm bilgi ve belgelerin kanunilik ve bireysellik

vasfına sahip olması temel koşuldur. Bu koşul zorunlu belgeler bakımından doğrudan bir kanun hükmüne dayanma, gerekli belgeler konusunda ise dolaylı olarak kanundan kaynaklanma şeklinde kendini gösterir.

2- Zorunlu Belgeler

Burada kanunlarca işverene getirilmiş yükümlülükler kapsamında düzenlenmesi zorunlu olan başlıca belgelere yer verilmiştir. Sıralananların yanı sıra birçok farklı belgenin de olabileceğini vurgulamak gerekir. Ayrıca belirtilen her belgenin her işçinin dosyasında olması söz konusu değildir. İşçinin yaşına, cinsiyetine, uyuşuna, istihdam şekline ve yaptığı işe göre farklı belgelere ihtiyaç duyulabileceği gibi bazılarında olması gereken belgeler başkalarında gerekli görülmebilir. Bu çerçevede başlıca zorunlu belgeleri şöyle belirleyebiliriz:

- İşçiye ait kimlik bilgileri (İş K. m. 75),
- İşe giriş bildirgesi (506 sy. SSK. m. 9),
- Yabancı uyruklu işçiler için çalışma izni (4817 sy. Kanun),
- Süresi bir yıl ve daha fazla olan asgari ve azami müddetli belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma var ise bir örneği (İş K. m. 8/2)¹⁴,
- Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma var ise bir örneği (İş K. m. 11),
- Çağrı üzerine çalışma var ise sözleşmenin bir örneği (İş K. m. 14),
- Yazılı iş sözleşmesi yapılmamış ise işe aldıktan sonra en geç iki ay içinde işçiye verilmesi zorunlu olan "iş koşullarını içeren yazılı belgenin" işçinin bu belgeyi aldığını gösteren şerhini ve imzasını taşıyan örneği (İş K. m. 8/3),
- Her ay işçiye verilmesi zorunlu olan "ücret hesap pusulasının" işçinin imzasını taşıyan örneği (İş K. m. 37),
- İşçiden alınan fazla saatlerle çalışmaya onay belgeleri (İş K. m. 41),
- Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde işçiden alınan Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalışmaya onay belgeleri (İş K. m. 44),
- Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçi için alınması zorunlu doktor raporu (İş K. m.86),
- Çalıştırma yaşındaki çocukları işe almadan önce alınması zorunlu doktor raporu (İş K. m. 87),
- Ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlar ile çocuklar için belirli periyotlarda alınması zorunlu işe de-

vamda engel olmadığını gösteren kontrol muayene raporları (İş K. m. 86 ve 87),

- Hamile kadınların doğumdan önce üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde gerekli olan doktor onayı (İş K. m. 74/1),

- Doğum öncesi ve sonrası izinlerin artırılması gerektiğini gösteren doktor raporu (İş K. m.74/2),

- Yıllık ücretli izinleri gösteren ve işçinin imzasını taşıyan izin kayıt belgesi (İş K. m. 56/son),

- İş sözleşmesi sona erdiğinde işçiye verilmesi zorunlu olan "çalışma belgesi"nin bir örneği ile belgenin işçiye verildiğini gösteren ve işçinin imzasını taşıyan ispat belgesi (İş K. m. 28),

- İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca verilmesi zorunlu olan (İAB) İşten Ayrılma Bildirgesi (4447 sy. İSK. m. 48/4).

3- Gerekli Belgeler

Burada sıralanan belgeler değinildiği üzere işverenin yasal yükümlülükleri ve borçları ile iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları çerçevesinde özellikle işin kanuna uygun; verimli ve doğru yönetimi, işin kanunlara uygun düzenlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanması, denetim veya çekişme hallerinde ispat ya da delil bildirme yükünü yerine getirmeye yardımcı olması gibi amaçlarla toparlanan belgeler niteliğindedir. Elbette bu nitelikte belgeler de burada sayılanlarla sınırlı değildir.

- İşçi işe alınırken yaptığı iş başvurusunun formu, işe alma sırasında işçiyle yapılan mülakat, görüşme ve test sonuçları,

- Yazılı belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmış ise işçinin imzasını taşıyan bir örneği,

- Sendika üyesi işçi bakımından üyelik belgesi ve üye olmayanlar bakımından dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanma talebini içeren dilekçe¹⁵,

- İşçinin ücretinde ve sosyal haklarında ortaya çıkan değişiklikleri gösteren belgeler,

- İşçi için uygulanan "performans ve verimlilik değerlendirme sisteminin" periyodik sonuçlarını gösteren belgeler,

- İşçiye iş sürecinde yapılan bildirimler, uyarılar, kurallara göre verilmiş cezalar, işçiye yapılmış savunma vermesi çağrıları, işçinin vermiş olduğu savunmalar, bildirimleri tebliğden kaçınan işçiye ilişkin tutanaklar,

- Serbest zaman kullanmak isteyen işçinin istek dilekçeleri ve serbest zaman çizelgesi,

Tüm özlük dosyası içeriğinin 10 yıl süreyle saklanması yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

- Denkleştirme esasının uygulandığı günlerde işçinin periyodik (en fazla iki aylık) çalışma sürelerini ve ücretli boş zamanlarını gösteren çizelgeler,

- İşçiye verilen her türlü izne ilişkin talep dilekçeleri ve izin kullandırma çizelgeleri,

- Terfi ve nakil işlemlerini gösteren belgeler,

- Esaslı değişiklik anlaşmaları,

- İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin gerekli bilgilerin, araç ve gereçlerin verildiğini gösteren, araç ve gereçlerin listesini içeren, işçinin imzasını taşıyan belgeler,

- İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işyerinde yapılmış ve yapılacak eğitimleri ve işçinin bu eğitimlere katıldığını ve katılacağını gösteren çizelgeler,

- İşyerinde ilan edilen ara dinlenmeleri çerçevesinde işçiden haftalık ya da aylık alınacak ara dinlenmeleri kullandığına ilişkin belge,

- Vizite kâğıtlarının örnekleri,

- İstirahat raporlarının örnekleri,

- Gece çalışması yaptırılan işlerde gece çalışmalarının 7,5 saatten fazla yapılmadığını gösteren ve işçinin imzasını taşıyan gece çalışma çizelgeleri,

- İşçinin gece ve gündüz postalarında çalışması halinde haftalık posta değişikliğini gösteren bireysel posta çizelgesi,

- Geçici iş ilişkisi ile devredilecek işçiden devir sırasında alınmış olan yazılı rıza,

- Kadın işçiler bakımından; çoğul gebelik varsa bunu gösteren doktor raporu, hamilelik için periyodik kontrollerin ne zaman yapılacağını gösteren kadın doğum uzmanının raporu, süt iznini nasıl kullanmak istediğini gösteren işçinin imzasını taşıyan dilekçe, bu isteğe göre oluşturulmuş süt izni çizelgesi,

- Bunların dışında işçiyle ilgili departmanlar arası yazışmalar ve gerekli görülen diğer belgeler,

- İş sözleşmesinin feshine veya diğer sona erme nedenlerine ilişkin belgeler¹⁶,

- Ve nihayet iş sözleşmesi sona erdiğinde işçiye yapılması zorunlu ödemelerinin yapıldığını gösteren işçinin imzasını taşıyan ödeme makbuzları ve ibraname.

IV- ÖZLÜK DOSYASININ KULLANILMA AMACI VE SINIRLARI

1- Saklama Yükümlülüğü

İşveren, düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak yükümlülüğü altındadır (İş K. m. 75). İşverenin bu yükümlülüğünün iş ilişkisi boyunca devam ettiğine şüphe yoktur. Ancak iş ilişkisi sona erdikten sonra saklama süresinin ne olacağına ilişkin İş K. m.75'te hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre BK m. 125'te yer alan genel zamanaşımı süresine kıyasla 10 yıllık bir saklama süresi makul görülmektedir¹⁷. Eğer zamanaşımı hükümlerine kıyasen bir saklama süresi belirlenecek ise ücretlere ve kullanılmayan yıllık izinlerin ücretlerinin ödenmesine ilişkin belgeler bakımından BK m. 126'dan mülhem beş yıllık saklama süresi de ileri sürülebilir. Tazminat ödeme belgeleri bakımından ise 10 yıllık süre esas alınabilir. Ancak özlük dosyası içeriği sadece mali haklara ilişkin belgeler içermektedir. Denetim işlemlerinde dayanak olacak belgelerden idari para cezaları riskini ortadan kaldıracak belgeler bakımından 6183 sayılı Yasa'nın 102. maddesi uyarınca 5 yıllık tahsil zamanaşımı, sigorta primlerinin belgeleri bakımından BK m. 125'te yer alan 10 yıllık zamanaşımı hükümleri dikkate alınabilir. Görüldüğü üzere zamanaşımında 5 veya 10 yıllık süreler olması nedeniyle özlük dosyasının saklama süresinde farklı uygulamalar kaçınılmaz olmaktadır. Bunun bir karışıklık yaratması söz konusu olabilir. Öte yandan beş yıl sonra imha edilecek belgelerin on yıllık zamanaşımına bağlı uygulamalar yönünden hukuki değeri olduğu da hesaba katılmalıdır. Bu nedenle biz de ileri sürülen görüşe katılarak tüm özlük dosyası içeriğinin 10 yıl süreyle saklanmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz¹⁸.

2- Gösterme Yükümlülüğü

İşveren işçi özlük dosyasında tuttuğu belge ve kayıtları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır (İş K. m.75). Gösterme yükümlülüğünün bir diğer yasal dayanağı da İş K. m. 92'de yer almaktadır.

Yetkili memur kavramından "Devletin çalışma

hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını denetleme ve teftiş görevini yürüten görevlilerin anlaşılması gerektiği" savunulmaktadır¹⁹. Bizce de bu görüş isabetlidir. Gerçekten de "yetkili memur" kavramı İş K. m.92 ve 93'ün hükümlerinde de tekrarlanmakta ve "iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişle ödevli olan iş müfettişleri" olarak tanımlanmaktadır. SSK müfettişleri de yetkili memur kavramı içinde sayılır²⁰. 506 sayılı Yasa'nın 130/1. maddesi uyarınca sigorta müfettişleri kanununun uygulanması bakımından İş Kanunu'nda belirtilen teftiş, kontrol ve denetleme yetkilerine haizdirler. Demek ki iş hayatına ilişkin denetim ve teftiş yetkili olmayan memurların görevleri ne olursa olsun işçi özlük dosyasına görme yetkileri olmadığı gibi işverenin de yetkisiz memurlara işçi özlük dosyasını gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Yasadaki yetkili merci kavramından anlaşılması gereken ise mahkemeler ve hâkimliklerdir. Yetkili memurlar dışında işveren, işçi özlük dosyasını bir mahkeme kararı veya hâkim kararı olmaksızın hiçbir kuruma ya da merciye veremez. Mahkemeler veya hâkimlikler ya önlerindeki bir iş için işçi özlük dosyasına gerek duyabilirler ve bu durumda verdikleri karar uyarınca işveren işçi özlük dosyasını doğrudan mahkemeye veya hâkimliğe sunar. Ya da herhangi bir kurum veya merci işçi özlük dosyasına ihtiyaç duyabilir. Bunun için bir mahkeme veya hâkim kararının olması gerekir. Böyle bir karar olmaksızın özlük dosyasının bir makam veya merciye verilmesi özlük dosyasının hukuka uygun olmayan kullanımı kapsamında değerlendirilir.

3- Hukuka Uygun Kullanma ve Açıklamama Yükümlülüğü

Konuyla ilgili değineceğimiz diğer bir husus "işveren[in], işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları[na] ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü" olmasıdır (İş K. m. 75/2).

a- Hukuka Uygun Kullanma Yükümlülüğü

Hukuka uygun kullanma yükümlülüğü hukuka uygunluk kavramının doğası gereği dürüstlük kurallarına uygun kullanımı da içerir. Yasa koyucunun dürüstlük kurallarına ayrıca yer vermesini öncelikle konuya ilişkin gösterdiği duyarlılık bakımından bir vurgu olarak anlamak gerekir. Ayrıca

dürüstlük kurallarına uygun kullanımdan söz edilmesi, dürüstlük kuralının haklar ve borçlara ilişkin olması nedeniyle, özlük dosyasını kullanmanın işverenin hakkı olarak kabul edildiği şeklinde de değerlendirilebilir. Elbette işverenin yetki kullanabildiği bir yerde bu yetkisini bir haktan aldığını kabul etmek hukukun genel mantığına uygun düşer. Aşağıdaki açıklamalarda hukuka uygun kullanım kavramını dürüstlük kurallarına uygun kullanımı da kapsayacak şekilde kullandığımızı belirtelim.

Hukuka uygun kullanımın yasada belirlenmiş iki hali yetkili memurlara belgelerin gösterilmesi ile mahkeme veya hâkim kararıyla belgelerin sunulmasıdır. Bunların dışında işveren, işçi özlük dosyası içindeki belge ve kayıtları genel hukukun belirlediği sınırlar içinde ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmak yetkisine sahiptir. İşveren bu yetkisini haklı yararı bulunan hallerde kullanabilir.

İşverenin haklı yararı bulunan hallere ilk örnek olarak; alacak iddiaları, idari para cezası yaptırımı, sigortalı çalışmaya yönelik çekişmeler, işçiye yönelik talepler gibi iddia ve savunma hakkının kullanılması için özlük dosyasından yararlanma olarak gösterilebilir. İşveren bu tip hallerde işçi özlük dosyası içinde yer alan belge ve kayıtlara dayanarak idari mercilere karşı veya yargı yerlerinde savunma ve iddia haklarını kullanabilir.

İkinci olarak işveren, işini ve bağlantılı olarak çalışanlarını tanıtırken özlük dosyası içinde yer alan belge ve kayıtlardan tanıtımın gerektirdiği ölçüde yararlanabilir. Örneğin internet ortamında web sitesinde çalışanlarına ilişkin bilgi veren işveren, eğitim durumunu, mesleki özelliklerini ve deneyimlerini, yabancı dil bilgilerini, tanıtımın amacına uygunsuz çalışanların yaş bilgilerini kullanabilir. Medeni hal bilgilerine yer verip vermemek yine tanıtımın amaçlarına uygunluk ölçütüne göre belirlenebilir. Ancak işverenin dikkat etmesi gereken husus tanıtımda işçinin yer almasını istemediği unsurlar ile başka türlü yer almasını istediği unsurların kullanılmayacak oluşudur. Bu noktada tanıtımda kullanılacak özel kişisel bilgiler ile görsel malzeme konusunda işçinin rızasının alınması en doğrusudur. Ancak eğitim, mesleki vasıf, yabancı dil bilgisi, deneyim gibi özelliklerin kullanılmasına işçinin bir itirazı olamaz. Tanıtıma ilişkin bu kurallar tüm medya araçlarında yapılacak tanıtımlar için geçerlidir.

Bunların dışında işveren, haklı yararı olan du-

rumlarda ve haklı yararlar orantılı olarak başka deyişle ölçülü olmak kaydıyla her zaman özlük dosyası içindeki belge ve kayıtları kullanabilir.

b- Açıklamama Yükümlülüğü

İşverenin özlük dosyasını kullanma yetkisinin en önemli sınırı "gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamak yükümlülüğüdür". Bunu işverene yasa yoluyla getirilmiş sır saklama yükümlülüğü olarak adlandırmak da mümkündür²¹. İşverenin açıklamama yükümlülüğünün devreye girebilmesi için açıklamaya konu yapılacak bilginin; açıklanması halinde işçinin haklı çıkarının zarar görmesi veya işçi yönünden zarar tehlikesi yaratması ya da işçinin kişiliği bakımından olumsuz izlenim oluşturma olasılığının bulunması gibi işçinin haklı çıkarını ihlal sayılabilecek herhangi bir durumun olması gerekir. Başka bir anlatımla işçinin açıklamama yönündeki isteği tek başına bilginin gizli tutulması için yeterli olmaz. Objektif olarak da bilginin açıklanmaması için bir neden olmalıdır. Örneğin eski hükümlü konumunda istihdam edilen bir işçinin hükümlülük bilgilerinin adli sicil kaydından çıkarılmasından sonra işçiyle ilgili düzenlenen belgelerde eski hükümlülük haline yer verilmemesinde işçinin haklı çıkarı vardır. İşine engel olmayan sağlık sorunları olan işçinin sağlık bilgilerinin, işin niteliği gerektirmiyorsa işçinin istememesi halinde medeni hal ve yaş bilgilerinin, işe engel olan sağlık sorunlarında hastalığın türüne ilişkin bilginin, işçinin gelir ve ekonomik durum bilgilerinin gizli tutulmasında işçinin haklı çıkarı olduğu ileri sürülebilir. İşçinin ikametgâh bilgilerinin gizli tutulmasında da haklı çıkarı olduğu şüphesizdir. Elbette somut duruma göre hangi bilginin gizli tutulmasında işçinin haklı çıkarı olduğu saptanırken burada sayılanlardan farklı olan birçok bilgi ortaya çıkabilir.

Açıklamama yükümlülüğünü ortadan kaldıran tek hal mahkeme veya hâkim kararıyla istenen bilgilerdir. Bu durumda da kararın belirlediği sınırlar dışına çıkan veya kararın gösterdiği yerlerden başka yerlere sunulan bilgiler açıklamama yükümlülüğünün ihlalini oluşturur.

4- Doğru Bilgi Verme Yükümlülüğü

İş K. m. 75'te açıkça düzenlenmemekle birlikte işin mahiyeti gereği işveren özlük dosyasında tuttuğu belge ve kayıtları doğru bilgilere dayandırma

ve bu belge ve kayıtları kullandığında da doğru bilgiler verme yükümlülüğü altındadır. Konuya ilişkin İş K. m. 28'de çalışma belgesine ilişkin özel düzenleme de vardır. Bu hükme göre doğru bilgiler içermeyen belgeye dayanarak işçiyi işe alan yeni işveren zarar görmesi koşuluyla eski işverenden tazminat isteyebileceği gibi zarar gören işçi de eski işvereninden tazminat isteyebilir.

5- Delil Niteliği

İşçi özlük dosyasında yer alan belge ve kayıtların delil niteliği vardır. Çenberci işçi çizelgelerinin işverenlerin aleyhine delil teşkil edebileceği görülmüştür²². Bize göre işçi özlük dosyası sadece işveren aleyhine değil lehine de delil oluşturabilecek bilgi ve kayıtlar içerdiğinden taraflar arasındaki çekişmede her iki taraf yönünden de delil niteliği taşır²³.

V- İŞÇİNİN ÖZLÜK DOSYASINA İLİŞKİN HAKLARI

1- Erişim ve Örnek İsteme Hakkı

İşçinin özlük dosyasının bir örneğinin kendisinde bulunmasını isteme hakkı tartışılması gereken konulardan biridir. Aydın, İş Kanunu'nun 75. maddesinin en önemli eksiğinin işçiyeye dosyaya erişim, itiraz ve düzeltme hakkı vermeyişi olduğunu belirtmektedir²⁴. Gerçekten de yasal kurallarda işçiyeye böyle bir hakkın açık olarak tanınmamış olması bir eksiklik olmakla birlikte işçinin özlük dosyasına erişim, örnek isteme, itiraz ve düzeltme talebinde bulunma hakkının olmadığı sunucuna varılamaz. Genel olarak gözetme borcu çerçevesinde işverenin işçiyi aydınlatma yükümlülüğünün bulunması işçinin özlük dosyasına yönelik erişim hakkı ve diğer talep haklarının dayanağını oluşturur. Nitekim Sözek'e göre "... işçiyeye gerekli bilgilerin verilmesi, ... işçiyeye kendisini ilgilendiren bazı belgeleri inceleme olanağının tanınması", işverenin gözetme borcunun kapsamında yer alır²⁵. Ayrıca İş Kanunu'nda sayılan işverenin düzenlemek zorunda olduğu belgelerden işçiyeye verilmesi gerekenler bakımından ise özel pozitif dayanaklar vardır. Ücret hesap pusulası, iş koşullarını gösteren yazılı belge ve elbette yazılı sözleşme, iş ilişkisi sona erdiğinde çalışma belgesi gibi konularda işveren yasal kurallar gereği işçiyeye örnek vermek zorundadır. Nihayet

İş K. m. 109 uyarınca işçiyeye ilişkin her türlü bildirim yazılı olması ve tebliğ edilmesi zorunluluğu, tersinden okunduğunda işçinin örnek isteme hakkına pozitif bir dayanak da oluşturmaktadır.

2- Değişiklik Talep Etme ve İtiraz Hakkı

Değişiklik isteme hakkı işçinin farklılaşan kişisel ve mesleki bilgilerinin özlük dosyasına yansıtılması, özlük dosyası bilgilerinin güncellenmesi ve işçi aleyhine yapılmış uygulamalara ilişkin belgeler, belge dayanağı kararlarla birlikte itiraz etme gibi bir dizi değişik durumu kapsar. Toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu yerlerde itiraz hakkı toplu iş sözleşmesinde yer alan kurallara göre de kullanılabilir. Endüstri ilişkileri kurulu, uyuşmazlıkları çözüm kurulu gibi TİS'le getirilen mekanizmalar aracılığıyla da itiraz hakkının kullanılması söz konusu olabilir. Sendikalar Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca sendika işyeri temsilcileri aracılığıyla da itiraz hakkının kullanılması olanağı bulunmaktadır. İşyeri sendika temsilcilerinin yasal görevlerinden biri de işçilerin şikâyetlerini çözümlenektir. Özlük dosyası çerçevesindeki itirazların da bu kapsamda yer alacağına şüphe yoktur. TİS olmayan işyerlerinde işçiler doğrudan işyeri yönetimine, işveren vekillerine itirazlarını yapabilir ve itirazları hakkında bir karar verilmesini isteyebilirler. Nihayet çalışma hayatını denetime yetkili merciler aracılığıyla da işçilerin itiraz haklarını kullanmaları ve bir sonuç talep etmeleri mümkündür.

3- Yargısal Denetim İsteme Hakkı

Hak arama özgürlüğünün bir sonucu olarak işçiler özlük dosya kapsamında yer alan belge ve kayıtlar yönünden yargısal denetim isteme hakkına sahiptir. Nitekim Yargıtay'da işverenin yönetim hak ve yetkisini kısıtlamamak kaydıyla belli konularda yargı denetimine izin vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; "*İşverenin, çalışma düzen ve disiplinini sağlamak amacıyla, kurallarını önceden belirlemek koşuluyla, çalıştırdığı işçisine disiplin cezası uygulaması mümkündür. İşçinin her yönden özlük hakları ilgilendiren disiplin cezasının iptaline ilişkin dava açma hakkının varlığı, aynı zamanda temel haklar arasında yer alan hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu*

çudur. Esasen, verilen (ihtar) cezasının iptali iste mi eda niteliği taşıyor ve işçinin böyle bir davayı aç masında hukuki yararında vardır” sonucuna ulaş mıştır²⁶. Yüksek mahkeme; ihtar cezasının TİS’e ay kırılığının iş mahkemesinde dava konusu edilebile ceği²⁷, iş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı olmamakla birlikte Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karara bağlanabileceği²⁸, yönünde kararlar da vermiştir. Görüldüğü üzere işçinin özlük dosyası içeriğinde yer alan ve iş ilişkisinden kaynaklanan hukukunu etkileyen her türlü belge konusunda dayanak işlemin denetimi talebiyle yargıya başvuru hakkı bulunmaktadır.

4- Delil Olarak Dayanma Hakkı

Nihayet işçinin işyerinde hakkında tutulmuş olan özlük dosyası içeriğinde yer alan tüm belge ve kayıtlara çekişme halinde delil olarak dayanma hakkı olduğu da açıktır. Nitekim iş yargılamasında işçilik haklarına yönelik açılan tüm davalarda işçiye ilişkin işyeri kayıtları başlıca deliller arasında gösterilmektedir. İşçinin delil olarak dayandığı özlük dosyasının mahkemeye sunulmaması halinde işçi lehine bir kanaat oluştuğu ve işçinin iddiaları bakımından ispat kolaylıkları sağlandığı, örneğin fazla çalışma iddialarında zayıf ve çürük delil olarak nitelenen tanık beyanlarıyla gerçeğe uygun olmayan talepler ileri sürüldüğü tespiti yapılmaktadır²⁹. Hayatın olağan akışı ölçütünün de gerçeğe aykırı taleplerin sınırlandırılması bakımından geliştirildiği vurgulanmaktadır³⁰. Buna karşılık özlük dosya içeriğinin tam olduğu, belge ve kayıtların eksiksiz tutulduğu durumlarda çekişmelerin daha adil çözüldüğü ve bu durumun işveren lehine olduğu belirtilmektedir³¹. Bize göre de özlük dosya içeriğinin kanuna uygun tutulduğu durumlarda çekişmelerin çözümünde yazılı belgeler daha etkili olacağından gerçeğe uygun veya gerçeğe en yakın kararlar çıkma olasılığı yüksek olur.

İşçinin özlük dosyası içeriğine delil olarak dayanması konusunda savunulan bir başka görüşte işverenin dayanılan delili bildirmemesi halinde işçi lehine karine oluştuğunun kabul edilmesidir³². Bu görüşe göre örneğin İş K. m. 37 uyarınca tüm ücretler ve kesintilerine ilişkin ücret hesap pusulasının düzenlenmediği durumlarda işveren yasal bir

yükümlülüğe aykırı davranarak işçiyi bu delile dayanma olanağından yoksun bırakmış olur. Bu durumda işçinin fazla çalışma yapmadığını işveren ispat etmelidir. Olmayanı ispat etmek imkânsıza yakın derecede güç olduğundan ileri sürülen bu görüş çerçevesinde ispat uygulaması yapmak mümkün değildir. Kaldı ki işverenin ücret hesap pusulasını düzenlemeyişi çoğunlukla işçi aleyhine değil kendi aleyhine sonuç doğurmakta ve yukarıda değinildiği gibi işçiler tanık beyanlarıyla kolayca ispat şartını yerine getirmektedir.

VI- YAPTIRIMLAR

İşverenin özlük dosyasına ilişkin olarak ihlal sayılabilecek tutum ve davranışları üç kategoride yaptırımla karşılaşılır. Bunlar; idari para cezası, ceza hukuku yaptırımı ve hukuki sorumluluktur.

İşverenin yaptırıma konu olabilecek ihlalleri;

- özlük dosyasının düzenlenmemesi,
- özlük dosyasının yetkili memur ve mercilere gösterilmemesi,
- açıklamama yükümlüğüne aykırı davranılması³³,
- özlük dosyasının hukuka aykırı kullanılması ve
- özlük dosyalarına hukuka aykırı olarak veri kaydedilmesi

olarak sınıflandırılabilir.

Özlük dosyalarına ilişkin yaptırımlarla hedeflenen amaçlar iş hukuku bakımından işçinin kişiliğinin korunması ve çalışma hayatının mevzuata uygun yürümesinin sağlanması ile genel hukuk yönünden kişisel verilerin korunmasıdır.

1- İdari Para Cezası Yaptırımı

a- Özlük Dosyası Düzenlememe Yönünden

İş K. m. 104 özlük dosyasının düzenlenmemesi durumunda işveren veya vekiline idari para cezası verilir. 2007 yılı için belirlenmiş idari para cezası miktarı 844-YTL.’dir. Bu para cezası maktu nitelikte olduğundan her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artırılır. Özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü her işçi için bireysel ve bağımsız bir yükümlülük olarak işverene getirilmiş olduğu için tutulmayan her özlük dosyası için ayrı ayrı ceza uygulanır. Bu ceza özlük dosyasının düzenlenmemesine yönelik olduğundan, dosyanın eksik ve yetersiz düzenlenmiş olması halinde salt bu nedenle idari para cezası uygulanmaz³⁴. Bununla birlikte kanunlar-

ca düzenlenmesi zorunlu görülen fakat düzenlenmemiş olan belgelere ilişkin olarak yasada öngörülen idari para cezaları ayrıca uygulanır. Örneğin iş koşullarını içeren yazılı belge, ücret hesap pusulası düzenlenmedikleri için özlük dosyasında bulunmuyorsa işveren veya vekiline bu nedenle yine de idari para cezası verilir. Özlük dosyasının düzenlenmemesi ile saklanmamasının hukuki sonuçları aynı olduğu için başka bir deyişle saklanmayan özlük dosyasının düzenlendiğinin kanıtlanması mümkün olmadığı için saklanmayan özlük dosyası yönünden de düzenlememe fiiline dayanarak idari para cezası verilmesi gerekir³⁵. Buna karşılık açıklamama yükümlülüğüne aykırı davranış için yasa da idari para cezası yaptırımını öngörülmemiştir.

b- Yetkili Memur ve Mercilere Göstermeme Yönünden

Özlük dosyasının yetkili idari memur ve mercilere gösterilmemesi hem İş Kanunu hem de 506 sayılı Kanun'da idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

İş K. m. 107 uyarınca 92. maddenin 2. fıkrasında yer alan, iş müfettişlerine istenen bilgi ve belgeleri gösterme ve verme yükümlülüğüne aykırı davranış halinde işveren veya vekiline idari para cezası verilir. Para cezasının 2007 yılına ilişkin miktarı 8455-YTL.'dir. Bu para cezası da maktu nitelikte olup her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artırılır.

506 sayılı Yasa'nın 140. maddesinin "d" bendine göre sigorta müfettişlerinin istediği defter ve belgeleri 15 gün içinde sunmayan işverenlere vergi mevzuatındaki statülerine göre aylık asgari ücretin üç katından on iki katına kadar idari para cezası uygulanır. Bu para cezası nispi nitelikte olduğundan yeniden değerlendirilme oranına göre artması söz konusu olamaz (Kabahatler K. m. 17/7) . Para cezasında yıllara göre ortaya çıkan artışın nedeni asgari ücretin artmasıdır.

Vergi müfettişlerinin işçi özlük dosyalarını inceleme yetkileri yoktur. Bu nedenle işverenden istedikleri belgeler arasında işçi özlük dosyasında yer alan belge ve kayıtlar olamaz. Vergi müfettişlerinin inceleme ve denetleme yetkisi vergiyle sınırlı olduğundan yetki alanlarına sadece işçilerin ücretinden kesilmesi gereken gelir vergisi ve damga vergisinin denetimi girer. Bu noktada da vergi

yükümlüsü işçi olmakla birlikte kaynakta kesme ödevi nedeniyle vergi sorumlusu olan işverenden bilgi ve belge istenebilir. İşveren bu bağlamda gelir stopajına ilişkin beyannameleri ve vergi mevzuatı uyarınca düzenlemek zorunda olduğu defterleri vermekle yükümlü olur. Dolayısıyla işçi özlük dosyası kapsamında verilmesi gereken belge veya kayıt olmaz. Bu nedenle vergi müfettişlerine de işçi özlük dosyasını gösterme yükümlülüğü olduğu, gösterilmemesi halinde yaptırım uygulanabileceği şeklinde savunulan görüşün isabetli olduğu söylenemez³⁶.

2- Ceza Hukuku Yaptırımı

Özlük dosyası işçinin özel hayat alanına ilişkin olduğu için işverenin bir hukuka uygunluk sebebi olmadan işçinin özlük dosya bilgilerini ifşa etmesi TCK 134/2. madde uyarınca bir yıldan üç yıla kadar hapis gerektiren suç olur. Aynı şekilde işçinin çalışma hayatı ile ilgili olmayan kişisel verileri ile siyasi, felsefi, dini görüşlerini, ırki kökenlerini, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerini, cinsel yaşamlarını, sağlık sorunlarını, sendikal bağlantılarını ilgilendiren kişisel verilerini kaydetmekte TCK 135. madde uyarınca altı aydan üç yıla kadar hapis cezası getiren suç oluşturulmaktadır. Nihayet işveren işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı olarak bir başkasına verirse bu da bir yıldan dört yıla kadar çıkan hapis cezasıyla sonuçlanabilecek TCK. m. 136'da yer alan suç oluşturur. Ayrıca iş ilişkisinin bulunması bu suç tiplerinde ağırlaştırıcı sebep sayılır ve verilecek cezalar yarı oranında artırılır (TCK m. 137/b).

3- Hukuki Sorumluluk

Sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak işçi hakkındaki gizli kalması gereken bilgilerin açıklanması işverenin hukuki sorumluluğunu doğurur. İşçinin kişilik haklarının ihlal edilmesi ve haklı çıkarının zedelenmesi sonuçlarını doğuran bilgi açıklama hallerinde işçi genel hükümlere göre işverene karşı maddi ve manevi tazminat davaları açabileceği gibi, ihlalin önlenmesine yönelik tedbirler alınmasını da hâkimden talep edebilir. İşçinin bu yönden dayanaabileceği kanun hükümleri MK. 24 ve 25. maddeler ile BK'nın 41 ve 49. maddeleridir³⁷. Ancak işverenin bu bağlamdaki sorumluluğunun temeli sözleşmeye aykırılıktır. Bu nedenle zamanaşımı ve sorumlulu-

ğün kusur, zarar ve miktar bakımından kapsamının tayininde haksız fiil hükümlerine göre değil akde aykırılık hükümlerine göre hareket edilir. Son olarak belirtelim ki işverenin özlük dosya bilgilerini hukuka aykırı açıklaması, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı da verir³⁸.

DİPNOTLAR

- 1 Madde karşılaştırması için bkz. Uçum, Mehmet; Ramazan Çakmakçı; Gerekçeli ve Karşılaştırmalı İş Kanunu ve Temel Mevzuat, Legal Yayınları, İstanbul: Temmuz 2003, s. 115-116.
- 2 Aydın, Ufuk; İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara: 2006, s. 492-494.
- 3 Aydın, aynı yer.
- 4 Akyiğit, Ercan; İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, İkinci baskı, Ankara: Ocak 2006, s.1907.
- 5 1475 sayılı Yasa bakımından da aynı sonuç için bkz. Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, s.953.
- 6 Süzek, Sarper; İş Hukuku, Beta, 3. Bası, İstanbul: 2006, s.372.
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, K. Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul: 2006.
- 8 Sevimli, s.8.
- 9 Aydın, s.492.
- 10 Aydın, aynı yer.
- 11 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2004/11642, K. 2005/6794, T. 16.06.2005; Yargıtay 6.Ceza Dairesi, E. 2003/1775, K. 2004/7635, T. 14.06.2004. Anılan kararlarda fotokopi belgelerin hukuken geçersiz olduğu ve fotokopi üzerinde imza incelemesi yapılmayacağı sonuçlarına varılmıştır. Yargıtay'ın ilgili tüm daireleri bakımından bu sonuçlar uzun yıllara dayalı yerleşik içtihatır.
- 12 Daha önce tarafımızdan ileri sürülen bu görüşü, açıklanan gerekçelerle değiştirdiğimizi belirtmek isterim. Karşılaştırma için bkz. Uçum, Mehmet; Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayınları, İstanbul: 2003, s.100.
- 13 Aydın, 494; Çil, 1347; Akyiğit, 1907. Yazarlar sigorta prim bildirelerinin ve ödeme belgelerinin işçi özlük dosyası içinde saklanması gerektiği görüşündedirler.
- 14 İş K. m. 8 f. 2'de yer alan süresi bir yıl ve daha fazla süren iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını zorunlu tutan hükmün 11. madde yer alan belirli süreli iş sözleşmelerine ait hüküm karşısında farklı bir yoruma tabi tutulması gerektiği görüşündeyiz. Bize göre bu hüküm belirli süreli iş sözleşmeleri için değil içinde müddet unsuru olan belirsiz süreli iş sözleşmeleri için kullanılmalıdır. Bu nitelikte olan asgari ve azami müddetli belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bir yıl ve daha fazla süre unsuru varsa bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması zorunlu olmalıdır. Böylelikle hem mevcut bu kuralın etkili olması sağlanabilir, hem asgari ve azami müddetli belirsiz süreli iş sözleşmelerine bir yıl ve daha fazla süre unsuru içerenler bakımından yazılı şekil güvencesi getirilmiş olur, hem de İş K.'nin 8. ve 11. maddeleri arasında bir çelişki olduğu tartışması sona ererek belirli süreli iş sözleşmelerinin süresi ne olursa olsun yazılı şekilde yapılacağı sonucuna varılır. Bu yorumun kabulü halinde bir yıl ve daha fazla süre unsuru içeren asgari ve azami müddetli belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması ve özlük dosyasında saklanması zorunlu hale gelir.
- 15 Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara: 2004, s.1347. Yazar da bu belgelerin özlük dosyasında saklanmasını gerekli görmektedir.
- 16 Akyiğit, s.1908. Yazar da iş sözleşmesinin feshiyle ilgili belgelerin özlük dosyasında saklanması gerektiği görüşündedir.
- 17 Akyiğit, s.1908.
- 18 Özlük dosyalarının korunması ve saklanması konusunda karşılaştırmalı ve ulusal üstü hukuk yönünden ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aydın, s. 495-499.
- 19 Çil, s.1347.
- 20 Çil, aynı yer.
- 21 Aydın, s.502.
- 22 Çenberci, s.953.
- 23 Benzer görüş, Çil, s.1347.
- 24 Aydın, s.501.
- 25 Süzek, s.312.
- 26 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 9-639 K. 1987/797, T. 23.10.1987.
- 27 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1987/3816, K. 1987/3991, T. 20.04.1987.
- 28 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1996/1014, K. 1996/10093, T. 14.05.1996.
- 29 Özdemir, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta, İstanbul: Şubat 2006, s. 237.
- 30 Özdemir, aynı yer.
- 31 Özdemir, s.238.
- 32 Özveri, Murat; Fransız hukukunda benzer bir yaklaşımın olduğunu belirterek aktaran Özdemir, sayfa 237 ve dipnot 804.
- 33 Aydın, s.502.
- 34 Aynı görüşte, Aydın, aynı yer.
- 35 Aksi görüşte, Akyiğit, s.1908.
- 36 Bkz. Aydın, aynı yer.
- 37 Aydın, s.503.
- 38 Aynı görüşte, Çil, s.1347.

Şeref ÖZCAN

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzükleri¹

I. Giriş

Yeni İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen dört yılın iş sağlığı ve güvenliği açısından genel bir değerlendirmesi yapıldığında, iyi veya kötü olarak ifade edilebilecek hususların ötesinde, son derece yoğun bir sürecin geçirildiği rahatlıkla söylenebilir. Bu dönemde; 4857 sayılı Yasa ile birlikte yeni kurumların gündemimize gelmesi yanında, çok sayıda yeni yönetmelik yürürlüğe girmiş, bu arada yürürlüğe giren yönetmeliklerden üçü hakkında iptal kararı verilmiş, tüm bunların yanı sıra, 1475 sayılı Yasa'ya göre yürürlüğe girmiş olan (yönetmelik ve) tüzüklerin durumu da, ayrı bir tartışma konusu olmuştur.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlüğe girmiş olan tüzük ve yönetmeliklerin yürürlüğünün devamı, 4857 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi ile sağlanmıştır. Söz konusu tüzüklerin yürürlüğünün devamını sağlayan geçici 2. madde, aynı zamanda bu yürürlüğün sonunu da düzenlemiştir. Tartışma ise bu sonun gelip gelmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Bakanlık) uygulamasında, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili temel olarak nitelendirilebileceğimiz tüzüklerin yürürlüğünü sürdürdüğü kanaati hâkimken, öğretide, konu hakkında, şimdiye kadar gelen görüşler² aksi yönde olmuştur.

Eski İş Kanunu'na göre yürürlüğe girmiş olan

tüzük ve yönetmeliklerin hâlihazırdaki yürürlük durumunun değerlendirmesi, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu amaçla, öncelikle mülga 1475 sayılı Yasa'nın, işçi sağlığı ve iş güvenliği alanını tüzük ve yönetmeliklerle düzenleme biçimine değinilecek, daha sonra 4857 sayılı Yasa'nın bu konudaki yönetmeliklerle düzenleme yaklaşımı değerlendirilecek ve son olarak da geçici 2. maddede üzerinde durularak, mevcut duruma ilişkin yaklaşımımız aktarılacaktır.

II. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dönemi

1971 yılında yürürlüğe girmiş olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda, işçi sağlığı ve iş güvenliği alanının asıl olarak tüzüklerle düzenlenmesi yaklaşımı tercih edilmiştir. Nitekim, Yasa'nın "Sağlık ve Güvenlik Tüzükleri" başlıklı 74/f.1. maddesi içeriği "... gereken sağlık şartlarının, ... çıkabilecek hastalıklara engel olacak tedbir ve araçların, ... lüzumlu olan araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirlemek üzere ... bir veya birden fazla tüzük çıkarır" şeklinde düzenlenmiştir. Yasanın bu açık hükmü gereği, söz konusu 74/f.1. maddeye dayanılarak; "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü (İSİGT)³", "Parlayıcı Patlayıcı Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışılan İşyerleri ve İşlerde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük (Par.Pat)⁴", "Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü (Yapı

Aynı konuda iki farklı değerlendirmenin bulunması durumunda, çözüm, özel olan düzenlemenin genel olana tercihi şeklinde değil, çalışan için daha iyi koruma sağlamış olanın uygulanması yönünde aranmaktadır.

İSİGT)⁵” ve “Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzük (Maden İSİGT)⁶” yürürlüğe girmiştir. İşçi sağlığı ve iş güvenliği alanının tüzüklerle düzenlenmesi yaklaşımının uygulamaya geçirilmesi⁷ de, asıl olarak söz konusu dört tüzük ile sağlanmıştır.

Söz konusu edilen işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili dört tüzüğün hâlihazırdaki yürürlük durumunun değerlendirilebilmesi için, öncelikle bu tüzüklerin birbiriyle olan ilişkisinin açığa çıkarılması gerekmektedir. İSİGT'nin dışındaki diğer üç tüzüğün kapsamı kendi alanları ile sınırlıyken, İSİGT, mülga 1475 sayılı Yasa kapsamındaki bütün işyerlerine ve bütün işlere uygulanabilir niteliktedir. Ayrıca, İSİGT'nin, diğer tüzüklerin sınırlı olan kapsamında dahi geçerli olduğu hususu, söz konusu tüzüklerin 1. maddelerinde yer almaktadır. Bu haliyle, İSİGT'nin, temel tüzük olarak adlandırılması da mümkündür. Ancak, özellikle belirtilmelidir ki, anılan tüzüklerden hiçbirisi, diğerine göre özel veya genel düzenleme konumunda olmayıp, bu nedenle tüzüklerden birinin daha belirleyici veya üst durumda olması da söz konusu değildir. Bu husus, temel tüzük niteliğindeki İSİGT için de geçerlidir. Gerçekten de, İSİGT temel nitelikli bir tüzük olmakla birlikte, bu tüzüğün de, diğer tüzüklerin üzerinde veya altında olan bir yanı bulunmamaktadır. Çoğunlukla İSİGT'de genel düzenlemeler, diğer tüzüklerde ise özel düzenlemeler yer alsa da, İSİGT ile diğer tüzüklerin, aynı anda, aynı iki konuyu birlikte düzenlemeleri de sık rastlanılan bir durumdur. Bu nedenle, İSİGT ile diğer üç tüzük arasında, özel düzenleme - genel düzenleme gibi bir ilişki bulunmamaktadır. Aslında söz konusu

olan, dörde bölünmüş tek tüzüğün varlığı gibidir. Nitekim, elektrik ile ilgili olarak, İSİGT içinde 85 maddeden meydana gelen bir bölüm mevcut iken, Par.Pat içinde de, bir kısmı İSİGT'deki düzenlemelerle benzer sayılabilecek nitelikte olan ve 29 maddeden meydana gelen elektrikle ilgili bir bölüm yer almaktadır. Sadece bu durum bile, tüzüklerin özel ve genel düzenleme olarak düşünülmesizin hazırlandığını göstermektedir. Söz konusu edilen dört tüzük içinde de, diğerinin düzenlemesine aykırı olarak değerlendirilebilecek hükümler mevcut olmayıp, aynı konuda iki farklı değerlendirmenin bulunması durumunda ise, çözüm, özel olan düzenlemenin genel olana tercihi şeklinde değil, çalışan için daha iyi koruma sağlamış olanın uygulanması yönünde aranmaktadır⁸. Bu yorum tarzının, aynı zamanda işçi lehine olduğu da açıktır. Özellikle, Par.Pat'ın zamanla eskimesi üzerine, İSİGT'nin 4. maddesinin uygulamaya sokulması, tam da bu nedenledir.

Açıklandığı üzere, eski İş Kanunu döneminde yürürlükte bulunan tüzüklerin birbiri karşısındaki konumu, birinin asıl, diğerlerinin tali olması şeklinde değildir. İSİGT dışındaki diğer üç tüzük, sadece kendi sınırları içinde geçerli olup, yukarıda da açıklandığı üzere, aynı alanı, aynı anda birden çok tüzüğün düzenleyebilmesi de söz konusu olabilmektedir. Aslında bu durum, mülga 1475 sayılı Yasa'nın 74. maddesinde yer alan “bir veya birden fazla tüzük çıkarılır” ibaresinin, hem bir gereği, hem de bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, boya işi yapılmakta olan bir inşaatta; hem Yapı İSİGT'nin, hem İSİGT'nin, hem de Par.Pat'ın uygulanması söz konusu olabilecek ve bu tüzüklerden birinin diğerine göre önceliği ise bulunmayacaktır. Bu durum, eski İş Kanunu dönemindeki işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatı ile 4857 sayılı Yasa döneminin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı arasındaki önemli farklardan birisini meydana getirmektedir.

III. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı

İş Kanunu Tasarısı'nın bilim komisyonu tarafından hazırlanmış halinin 78. maddesinin birinci fıkrasının son satırında yer alan “... amacıyla yönetmelikler çıkarılır.” ibaresi, iş sağlığı ve güvenliğine

İş sağlığı ve güvenliği alanı ile ilgili olarak yayımlanmış olan yönetmeliklerin önemli bir kısmı, Konsey Direktifleri'nin doğrudan çevirisi yoluyla hazırlanmıştır.

ilişkin temel ilkelerin tüzük olarak düzenlenmesi, yönetmeliklerin ise bu temel ilkelerin detaylandırılması amacıyla kullanımı, sağlıklı bir mevzuat çatısı kurulması bakımından isabetli olacaktır” gerekçesiyle, Meclis'te yapılan görüşmeler sırasında “... amacıyla tüzük ve yönetmelikler çıkarılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğe rağmen, iş sağlığı ve güvenliği alanının asıl olarak yönetmeliklerle düzenleneceği, maddenin ifadesinden anlaşılmaktadır.

Bakanlık da; temel ilkelerin belirlendiği bir tüzük çıkarılması yerine, bu temel ilkeleri de yönetmelik ile düzenleme şeklinde tercih kullanmış⁹ ve bu amaçla Avrupa Birliği'nin 12.06.1989 tarihli 89/391 sayılı Konsey Direktifi esas alınarak “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği¹⁰” (İSG Ynt.) yayımlanmıştır. Gerçekten de, bu Yönetmelik ana yönetmelik olarak düşünülmüş, yine çeşitli Konsey Direktifleri esas alınarak hazırlanıp yayımlanmış olan diğer yönetmeliklerin içeriği, özellikle risk değerlendirmesi ve asgari standartların saptanması konusunda, bu yönetmeliğe yapılan atıflarla da oluşturulmuştur. Bilindiği üzere, yargı süreci tamamlanmamış olmakla birlikte, bu Yönetmelik iptal¹¹ edilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği alanı ile ilgili olarak yayımlanmış olan yönetmeliklerin önemli bir kısmı, Konsey Direktifleri'nin doğrudan çevirisi¹² yoluyla hazırlanmıştır. İptal kararlarını göz önüne almaksızın, yayımlanmış olan 33 yönetmeliği değerlendirdiğimizde, bu yönetmeliklerden birinin (İSG Ynt.) ana yönetmelik olduğu, 18'inin yavru yönetmelik konumunda bulunduğu, kalanların ise genel olarak bu kapsamın dışında varoluşa sahip olduğu söylenebilecektir.

Ana yönetmelik - yavru yönetmelik yaklaşımı, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının en belirleyici yanlarından birini oluşturduğu gibi, bu düzenleme tarzı, aynı zamanda, yeni dönemin, bir önceki dönemden önemli bir farkını da meydana getirmek-

tedir. Gerçekten de, artık bir önceki dönemde olduğu gibi birbirinden bağımsız olarak varlığını sürdüren düzenlemeler bulunmamaktadır. Söz konusu olan, iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenleyen ve çerçeve yönetmelik de denilen bir ana yönetmelik ile bu yönetmeliğe bağlı yavru yönetmeliklerdir¹³. Ana yönetmelik ile ilkeler ve genel yaklaşımlar belirlenmekte, yavru yönetmelikler ise bu ilkeler ve genel yaklaşımları esas alarak, kendi kapsam alanını düzenlemektedir. Bu düzenleme tarzı; yönetmeliklerin, son hukuk kaynağı olarak, ilkelere ve genel yaklaşımları değil, ayrıntıları saptaması gerektiği yönünde, haklı olarak eleştirilmiştir¹⁴. Nitekim, Danıştay'ın söz konusu edilen iptal kararı içeriğinde de, benzer bir yaklaşım yer almıştır.

IV. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüklerinin Yürürlük Durumu

1. Genel Olarak

4857 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, işçi sağlığı ve iş güvenliği alanına yönelik olarak 1475 sayılı Yasa uyarınca yürürlüğe sokulmuş olan tüzük ve yönetmeliklerin iptalinin söz konusu olması durumunda doğacak boşluk, önemli sınırları da beraberinde getirebilirdi. Bu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla, 4857 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi “1475 sayılı Kanuna göre halen yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin, bu Kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümleri, yeni yönetmelikler çıkarılınca kadar yürürlükte kalır” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde, birkaç noktanın önemli olduğu fark edilmektedir. Öncelikle; hâlihazırda yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin, 4857 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin yürürlüğü devam edecek, aksi durumda, ilgili hükümlerin geçerliliği olmayacak ve Yasa'nın yürürlüğe girmesi ile bu hükümler kendiliğinden iptal edilmiş sayılacaktır. Örnek vermek gerekirse, Yasa'nın 79. maddesi hükmü uyarınca, işyerlerinde işin durdurulmasına ve işyerinin kapatılmasına karar vermeye yetkili olan komisyonun başkanı kıdemli iş müfettişi olarak saptanmış olunması sebebiyle, Yasa yürürlüğe girdiği andan itibaren, “İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyeri-

nin Kapatılmasına Dair Tüzük¹⁵’ün 3. maddesinde yer alan, komisyona bölge müdürünün başkanlık edeceğine dair ifadenin bir geçerliliği olmayacak, ancak söz konusu Tüzükün bunun dışındaki hükümleri yürürlükte kalacaktır¹⁶. İşçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüklerinin yürürlüğüne ilişkin olarak, geçici 2. madde metninde yer alan diğer koşul, yeni yönetmeliklerin çıkarılmasıdır. Yani, söz konusu tüzük ve yönetmelik hükümleri, aynı konuda yeni yönetmelikler çıkarılincaya kadar yürürlükte kalacaktır. Maddenin bu kısmının değerlendirilmesi sanıldığı kadar kolay olmayıp, bu durum “... acaba hangi hükümler birbiriyle çelişiyor, hangisi çelişmiyor? Bunun içinden çıkmak mümkün değil” şeklinde ifade de edilmiştir¹⁷. Gerçekten de, çıkarılmış olan her bir yönetmelikte, bu yönetmeliğin, herhangi bir tüzüğün bazı hükümlerini veya bütünü iptal¹⁸ edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekecektir. İşçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüklerinin kapsamı göz önüne alındığında, bu tüzükleri bütünsel olarak iptal edecek bir yönetmelik yerine, kısmen iptaline neden olacak yönetmeliklerin yayımlanması beklenen bir durum olup, nitekim uygulamada da bu durumla karşılaşmıştır. Bu durumda, “Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik¹⁹’in yürürlüğe girmesi ile “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü”nün “Kişisel Korunma Araçları” başlıklı altıncı kısmının yürürlüğünü sürdürmesine imkân kalmaması halini örnek olarak verebiliriz. Ayrıca, “Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik”in 8. maddesinin (g) ek bendi ile sıvı oksijen bulunan depolama tanklarının yerleştirilmesinde gerekli asgari güvenlik mesafeleri saptanmış olduğuna göre, bu konuda, sıvı oksijene ilişkin olarak Par.Pat.’ta yer alan (Madde 22 - Çizelge IV.d) güvenlik mesafelerinin bir hükmünün kalmadığı²¹ hususu, rahatlıkla söylenebilecektir.

İşçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili tüzük hükümlerinin yürürlüğünün değerlendirilmesi açısından, sadece bu hükümlere yönelik olarak yeni düzenlemelerin yürürlüğe girip girmediğinin tespiti yeterli olamamaktadır. Tespiti gereken ve asıl zor olan bir durum da; bu konuda bir düzenlemenin yapıp yapılmayacağına önceden bilinmemesidir. Gerçekten de; eski tüzüklerde düzenleme olan

Çıkarılmış olan her bir yönetmelikte, bu yönetmeliğin, herhangi bir tüzüğün bazı hükümlerini veya bütünü iptal edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

bir konuda, yeni bir düzenleme yapılmasının düşünülüyor olması da mümkündür. Bunun anlamı, eski düzenlemenin yürürlüğünün sürmesi istenmediği gibi, bu konuda yeni bir düzenlemenin yapılması da tercih edilmemiş olabilir. Kanaatimize göre bir örnek vermek gerekirse; İSİGT’nin 29. maddesinde yer alan tükürük hokkaları konusunda; eski düzenlemenin yürürlüğünü sürdürmesi düşünülmeceği gibi, bu konuda yeni bir düzenleme de yapılmayacaktır. Bu durumun, idarece beyan olunana kadar bilinebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, konu hakkında, idareden açıklama beklemek herkesin hakkıdır. Nitekim, Bakanlar Kurulu da, iradesini, tüzükleri iptal eden tüzükleri yayımlama yoluyla göstermektedir. Tüzükleri iptal eden tüzük yayımlama yaklaşımı eleştirilmiş²² olunmakla birlikte, bu eleştirilere hak verme olanağı bulunmadığı gibi, yukarıda da açıklandığı üzere, bunun zorunlu tek yol olduğu kanaati taşınmaktadır.

2. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği

İSG Ynt.’nin yürürlüğe girmesi ile, İSİGT’nin yürürlükten kalktığı görüşü²³ ileri sürülmektedir²⁴. Bu görüşü ileri sürebilmenin yegâne yolu, başta İSG Ynt. olmak üzere, yayımlanmış olan diğer yönetmeliklerin de, İSİGT’yi kapsayacak nitelikte olmasından geçmektedir. Aksi takdirde, sadece isim benzerliğinden dolayı, İSG Ynt.’nin, İSİGT yerine yayımlandığı gibi bir sonuca varılmak zorunda kalınır.

İSG Ynt. ile İSİGT’nin kapsamaları yanında, anılan geçici 2. madde hükmü uyarınca, içeriklerinin de ayrıntılı olarak karşılaştırılması gerekmektedir. Bu konunun zorluğuna değinilmiş olunmakla bir-

Yayımlanmış olan yönetmeliklerin durumu kadar, bu konuda başka düzenlemenin yapıp yapılmayacağı konusunun da netleşmesi gerekmektedir.

likte, İSG Ynt. ile İSİGT arasında, tüzüğün ilk 4 maddesi dışında çok da benzer bir nokta bulunmadığı da ayrıca belirtilmelidir. Kanaatimizce, İSG Ynt.'nin sahip olduğu ana yönetmelik statüsünün, İSİGT'de de bulunduğu varsayımından yola çıkılarak, İSİGT'nin yürürlüğünün sona erdiği gibi yanlış bir sonuca varılmaktadır. Oysa ki, İSİGT ana tüzük konumunda olmadığı gibi, İSG. Ynt. de, İSİGT'nin düzenlediği bütün alanları düzenlemektedir. Bu nedenlerle, İSG Ynt. (ve yayımlanmış olan diğer yönetmelikler) İSİGT'nin yürürlüğüne son verecek yeni yönetmelik konumunda değildir. Ancak, İSG Ynt. ile yayımlanmış olan diğer yönetmeliklerin, iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenlemek açısından yeterli olduğu ve bu nedenle İSİGT kapsamındaki bütün alanları da düzenlediği görüşü söz konusu olabilir ki, ispata muhtaç bu görüşün, idarece doğrulanması bir zorunluluktur.

Benzer bir durum, Maden İSİGT için de söz konusudur. Bu konuda hem "Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği", hem de "Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği" yayımlanmış olunmakla birlikte, alana ilişkin düzenlemelerin bu kadar olup olmadığı konusunun açığa çıkarılabilmesi, yine idarenin beyanı ile sağlanabilecektir. İdare, yukarıda da değinildiği üzere, iradesini, tüzükleri iptal eden tüzük yayımlayarak göstermektedir. Oysa ki, ne İSİGT konusunda, ne de diğer işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzükleri konusunda, açıklandığı tarzda bir irade beyanı söz konusu olmamıştır.

İşçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili temel tüzüklerin yürürlükten kalkması için sağlanması gereken koşullardan ilki, söz konusu tüzük hükümlerinin, 4857 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olması durumudur ki, bu koşulun sağlanması durumunda, ortada herhangi bir sorun görünmemektedir. Gerçekten de, sadece bu koşulun sağlanmış olunması hali, başkaca bir duruma gerek bırakmaksızın, ilgi-

li tüzük hükümlerinin veya tüzüğün yürürlüğünün sona ermesi için yeterlidir. Bir diğer koşul, yeni yönetmeliklerin gerek kapsam, gerekse de içerik olarak, söz konusu tüzükleri içerecek hükümlere sahip olmasıdır. Tartışmalı olan yan burası olup, bu konuda bilinemezliğe tahmin yapılmayacaksa, söz konusu tüzüklerin yürürlüğüne son verecek düzenlemeleri yapmaya yetkili olan idarenin, bu konudaki görüşüne bakılması gerekmektedir. Bu durum ise, Yasa'nın ilgili geçici 2. maddesinde açıkça yazılmamış olunmakla birlikte, bu konuda bir başka koşulun daha bulunduğunu göstermektedir. Gerçekten de; yayımlanmış olan yönetmeliklerin durumu kadar, bu konuda başka düzenlemenin yapıp yapılmayacağı konusunun da netleşmesi gerekmektedir. Bir dönem, Bakanlıkça yapılan uygulama yönetmelikleri hazırlık çalışmasının varlığı dahi, henüz yeterli düzenleme yapılmadığını göstermektedir. Bu nedenle, İSG Ynt.'nin veya İSG Ynt. ile birlikte diğer yönetmeliklerin yayımlanmış olması sebebiyle, işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüklerinin yürürlüğünün sona erdiğine dair görüşe katılabilme olanağımız bulunmamaktadır.

3. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzükleri ve İdari Para Cezaları

İşçi sağlığı ve iş güvenliği tüzükleri, mülga 1475 sayılı Yasa'nın 74. maddesine dayanılarak yürürlüğe girmiş olup, bu hükümlere muhalefetin yaptırımı, aynı Yasa'nın 101. maddesinde düzenlenmişti. 4857 sayılı Yasa, söz konusu tüzüklerin yürürlüğünün devamını sağlamakla birlikte, bu tüzük hükümlerine riayetsizlik halini açıkça düzenlememiştir.

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere muhalefet, 4857 sayılı Yasa'nın 105. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddenin 1. fıkrasında, Yasa'nın 78. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tüzük ve yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekili aleyhinde idari para cezası verileceği hükmüne bağlanmıştır. İşçi sağlığı ve iş güvenliği tüzükleri, fıkrada değinilen tüzük ve yönetmelikler içinde yer almadığı gibi, bu hükümlere muhalefete, kıyasen idari para cezası uygulanması da mümkün görülmektedir. Buna rağmen, söz konusu tüzüklerde yer alan hükümlere riayetsizlik²⁵ durumunun, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili genel hükümlere de riayetsizlik anlamına geleceği dikkatlerden kaçmamalıdır. Bu nedenle, böylesi bir durum, 4857 sayılı Yasa'nın 77.

İş sağlığı ve güvenliği alanında, belirsizliğe ve bilinemezliğe imkân tanımamak gerekmektedir.

maddesi hükmünün de ihlali anlamında olacağından, Yasa'nın 77. maddesi delaletiyle, 105/f.2.'den idari para cezası yaptırımını gündeme gelebilecektir. Bakanlığın 2006/9 sayılı Genelgesi ekinde yer alan "İş Teftişi Rehberi"nin benzer değerlendirmesi, bu haliyle isabetlidir.

V. Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, iş sağlığı ve güvenliği alanının son derece dinamik, ancak o kadar da sıkıntılı bir süreç geçirdiği görülmektedir. Bu konuda yaşanan ve dolaşısıyla da tartışılan pek çok sorun bulunmaktadır. Sorunlardan birisini de, mülga 1475 sayılı Yasa'nın 74. maddesine dayanılarak yürürlüğe girmiş olan işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüklerinin yürürlük durumu oluşturmaktadır.

Söz konusu tüzüklerin yürürlükten kalktığı yönünde görüşler olsa da, anılan tüzüklerin karşılığı olabilecek nitelikte düzenlemelerin tamamıyla yürürlüğe girdiği yönünde bir netlik olmadığı gibi, idarenin de bu yönde herhangi bir irade beyanı söz konusu değildir. Bu haliyle, söz konusu tüzüklerin yürürlüğünün sona erdiğini savunabilme imkânı bulunmamaktadır.

Sonuca etkili olmamakla birlikte, işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüklerinin yürürlükten kalkmamış olmasının, aynı zamanda iyi de olduğunu söylemek gerekmektedir. Gerçekten de, yeni yönetmeliklerin son derece genel ve muğlak hükümlere²⁶ sahip olması, konunun taraflarının elini kolunu bağlamaktadır. Oysa ki, iş sağlığı ve güvenliği alanının, muhakkak ki netliğe ve özel hükümlere ihtiyacı bulunmaktadır. Yapılması gerekenlerin açık ve net olarak saptanamamasının bir sonucu olarak; çalışan açısından yeterince korunamaması gibi bir durum ortaya çıkmakta, işveren açısından ise, muğlaklığın bir sonucu olarak, her durumda bilinemezlikten sorumlu olma ve bu durumdan da kurtulamama hali söz konusu olmaktadır²⁷.

İş sağlığı ve güvenliği alanında yaşanan karmaşanın halli konusunda, öncelikli görev Bakanlı-

ğa düşmekte olup, bu konuda, bir ara çalışması da yapılmış olan uygulama yönetmeliklerinin güncelleştirilerek yürürlüğe koyulması son derece işlevli olacaktır. Bu yönetmeliklerin güncelleştirilmesi çalışması sırasında, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yapılmış olan proje teftişleri ile elde edilmiş olan sonuçlardan da faydalanılması gereği açıktır. Böylesi uygulama yönetmeliklerinin yürürlüğe girmesinin ardından ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili tüzüklerin yürürlükten kaldırılması imkânı güncel hale gelecektir. Bu tüzüklerin, uygulama yönetmelikleri veya benzeri düzenlemeler yapılmadan yürürlükten kaldırılması ise, alanda mevcut olan karmaşanın daha artmasından başka bir sonuç yaratmayacaktır.

İş sağlığı ve güvenliği alanında, belirsizliğe ve bilinemezliğe imkân tanımamak gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Alana dair temel kavramın; eski İş Kanunu döneminde "işçi sağlığı ve iş güvenliği", yeni Yasa döneminde ise "iş sağlığı ve güvenliği" olmasından yola çıkılarak, çalışma içerisinde de, 4857 sayılı Yasa dönemine ilişkin değerlendirmelerde "iş sağlığı ve güvenliği", önceki döneme ilişkin değerlendirmelerde ise "işçi sağlığı ve iş güvenliği" kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Söz konusu adlandırmaların olumlu veya olumsuz şekilde değerlendirilmesi gözetilmeksizin yapılmış olan bu tercihin amacı, sadece çalışmanın daha anlaşılabilir olmasının sağlanması kaygısıdır.
- 2 Ekmekçi, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık: İstanbul, 2005, ss. 32 - 36 (İşyeri Örgütlenmesi); Centel, Tankut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2006, ss. 8; Ayrıca Sayın Centel, TİSK tarafından düzenlenmiş olan "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatında Kaos" başlıklı seminerde sunduğu tebliğde de benzer bir görüşü ileri sürmüştür (http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1546 [25.05.2007]).
- 3 04.12.1973 gün ve 7/7583 sayılı Kararnameyle (RG. 11.01.1974, 14765) yürürlüğe konulmuştur.
- 4 27.11.1973 gün ve 7/7551 sayılı Kararnameyle (RG. 24.12.1973, 14752) yürürlüğe konulmuştur.
- 5 02.07.1974 gün ve 7/8602 sayılı Kararnameyle (RG. 12.09.1974, 15004) yürürlüğe konulmuştur.
- 6 13.08.1984 gün ve 84/8428 sayılı Kararnameyle (RG. 22.10.1984, 18553) yürürlüğe konulmuştur.
- 7 Aslında bu yaklaşım, mülga 1475 sayılı Yasa'ya özgü olmayıp, mülga 3008 sayılı Yasa'da da benzer bir hüküm (madde 55/f.1) yer almıştır. Ancak, 3008 sayılı Yasa'da, 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak, "bir umumi nizamname"ye atıf vardır.
- 8 Çeşitli kimyasalların işyeri ortamında bulunmasına müsaade edilen sınırlar Par.Pat içinde düzenlenmiş olsa da, 1973'ten sonra yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında, bu değerlerin yetersizliği tartışma dışıdır. Bu durumda, İSİGT madde 4 uyarınca,

- ILO veya OSHA tarafından kabul görmüş değerlerin alınması mümkün olabilmektedir.
- 9 Yürürlüğünü durdurma ve iptal kararları ardından, çerçeve direktifin önce tüzük olarak yürürlüğe sokulması denenmiş, bu olmayınca, direktifin hazırlanmış olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı'nca içerilmesi yoluna gidilmiş olup, çalışmanın kapsamı gereğince bu konulara değinilmeyecektir.
- 10 RG. 09.12.2003, 25311.
- 11 Danıştay 10. Daire 16.05.2006, E. 2004/1942, K. 2006/3007 sayılı kararı.
- 12 Ulusal Programımızın bir gereği olarak, Konsey Direktiflerinin bir an önce yayımlanması yaklaşımı tercih edilince, ülkemizin bu alandaki tarihsel birikimi göz önüne alınmaksızın ve yapılan birebir çevirilere dayanılarak hazırlanmış yönetmeliklerin eleştirisine, bu çalışmanın içeriğinde değinebilme imkânı bulunmamaktadır. Ancak, kapsamında tek bir işçi bile bulunmayan "Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik" in dahi yayımlanmış olması, bu yaklaşımın en çarpıcı örneklerinden birini oluşturmaktadır.
- 13 Bu arada, pek üzerinde durulmamış olunmakla birlikte, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği" nin iptali sonucu olarak, bu Yönetmeliğe atıfta bulunan Yönetmeliklerin ilgili hükümlerinin üzerinde durulması gerekmektedir. Öyle ki, risk değerlendirmesini esas aldığı bilinen yeni yönetmeliklerin, bu hususa ilişkin atıf yaptığı temel düzenleme (İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 6/c. maddesi) ortadan kalkınca, bu yönetmeliklerin diğer hükümlerinin geçerliliğinin de ayrıca değerlendirilmesi zorunludur.
- 14 Ekmekçi, s. 27; Centel, s. 5.
- 15 26.04.1987 gün ve 87/11798 sayılı Kararnameyle (RG. 14.06.1987, 19487) yürürlüğe konulmuştur.
- 16 Bu konuda İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik (RG. 05.03.2004, 25393) yayımlanmıştır.
- 17 Ekmekçi, Ömer, "5510 Sayılı Yasada İşveren Yükümlülükleri", Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, TİSK Yayınları, Ankara, 2007, s. 76.
- 18 Tüzüklerin, yönetmeliklerle iptal edilemeyeceğine dair değerlendirmelerin kabul edilemeyeceği, çünkü iptalin aslında yönetmelikle değil Yasa'nın geçici 2. maddesi yolu ile yapıldığı hususu, isabetle vurgulanmıştır (Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 32).
- 19 RG. 11.02.2004, 25370.
- 20 RG. 26.12.2003, 25328.
- 21 Ruhsat uygulamalarında, çeşitli belediyelerin, asgari güvenlik mesafesi olarak anılan tüzük hükmünü aramaya devam ettiklerine dair yakınmalarla karşılaşmaktadır.
- 22 Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 33.
- 23 Bkz. yukarıda (2) no.lu dipnot.
- 24 Bu konuda, İSG Ynt.'nin iptali ile İSİGT'nin zorunlu olarak yürürlüğe girmesi gerekeceği gibi görüşlerle karşılaşılrsa da, yürürlükten kaldırılmış bir tüzüğün, herhangi bir nedenle ve kendiliğinden yürürlüğe girebileceği anlamına gelen bu yaklaşımın savunulabilir yanı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 36.
- 25 Burada kastedilen, eski tüzüklerde yer alan, ancak yeni yönetmeliklerce düzenlenmemiş olan hususlardır.
- 26 Centel, s. 8.
- 27 Gerek uygulamada yaşananlara, gerekse de öğretiden ve sosyal taraflardan gelen eleştirilere rağmen, yeni mevzuatta muğlaklık ve belirsizlik olmadığını ileri sürebilmek ise, ancak uygulama ve teftiş konusunda yeterli bilginin bulunmamasından kaynaklanır kanaatindeyiz.

Özlem ÖZKILIÇ

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi

İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatında İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü ve Risk Değerlendirme Uygulamaları

1. GİRİŞ

Kömür ve çeliğin yanı sıra diğer sektörlerde de ekonomik birliği kurmak amacıyla 1957'de Roma Anlaşması'nı imzalayan altı ülke "Avrupa Ekonomik Topluluğu"nu (AET) kurmuşlardır. Roma Anlaşması'nın 2. maddesi AET'nin hedefini şu şekilde açıklar: "Topluluğun görevi, ortak pazarın kurulması ve üye ülkelerin ekonomik politikalarının giderek yaklaştırılması, yaşam düzeyinin hızla yükseltilmesi ve birleştirdiği devletler arasında daha sıkı ilişkileri gerçekleştirmektir."

Avrupa Komisyonu, 1985 yılında iç pazarın oluşturulmasına yönelik programı içeren Beyaz Kitabı yayınlamış, Tek Senet ile birlikte Ortak Pazar'ın gerçekleştirilmesi için gerekli hukuki ve politik dayanak oluşturulmuş ve Beyaz Kitap'ta yer alan program genişletilmiştir.

1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması'yla Avrupa Topluluğu Avrupa Birliği adını almış ve AET kısaltması AB olarak değiştirilmiştir. Bu anlaşmayla, Ekonomik ve Parasal Birlik, Ortak Güvenlik ve Dış Politika ile İçişleri ve Hukuk alanında işbirliği başlıklarında yeni bir yapı tanımlanmıştır. 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam

Anlaşması'yla ise Maastricht Anlaşması'nın günün koşullarına uyarlanması ve bu çerçevede tek para birimine geçiş, AB'nin genişleme süreci ve AB vatandaşlığı ele alınmıştır.

Avrupa Birliği-Türkiye ilişkilerinin resmi başlangıcı, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 6 ülke tarafından kurulmasının ardından Türkiye'nin ortaklık için 31 Temmuz 1959'da yaptığı başvuruya dayanmaktadır. AET Bakanlar Konseyi Türkiye'nin ortaklık başvurusunu kabul etmiş ve yapılan hazırlık görüşmelerini takiben 12 Eylül 1963 tarihinde 'Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir Ortaklık yaratan Anlaşma' olan Ankara Anlaşması'nı imzalamıştır. 1963 yılında yürürlüğe giren Ankara Anlaşması, Türkiye ile AB arasında kurulacak olan Gümrük Birliği'nin üç aşamada gerçekleştirilmesini öngörmüştür. Adaylık sürecinde müktesebat uyumu çalışmalarının tanımlanması ve değerlendirilmesi açısından dikkate alınması gereken üç önemli unsur; Katılım Ortaklığı Belgesi (KOB), AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (UP) ve Yıllık Düzenli İlerleme Raporlarıdır. AB Konseyi tarafından 14 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen, aday ülkelerin üyelik hazır-

lıklarına yardımda kullanılacak bir dizi politika aracının temelini oluşturan Katılım Ortaklığı Belgesi (KOB)'nin, Sosyal Politika ve İstihdam başlığı altında iş sağlığı ve güvenliği konusu, kısa vadeli tedbirler olarak yer almıştır.

2003 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi'nin Sosyal Politika ve İstihdam başlığı altında kısa vadeli tedbir olarak yer alan iş sağlığı ve güvenliği konusunda, AB mevzuatının iç hukuka aktarımı için bir program kabul edilmesi ve orta vadede de bu mevzuatın iç hukuka aktarımı ve uygulanması beklenmektedir.

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar 24 Temmuz 2003 tarih ve 25178 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Program'ın ilk 3 ana bölümünde Program ilkeleri ve kriterleri ortaya konmuş, IV. bölümde ülkemizin AB müktesebatını üstlenebilmesi için yapacağı düzenlemelerin ayrıntılı bir takvimi önerilmiş, V. bölümde müktesebatın uygulanmasına yönelik idari ve kurumsal yapılanma takvimi verilmiş, VI. bölümde ise programın gerçekleştirilmesi için gereken finansman ihtiyacı müktesebat başlıkları halinde ayrıntılı biçimde yer almıştır.

Bu kapsamda, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, Ulusal Program'ın "Sosyal Politika ve İstihdam" başlığı altında belirlenen "Bireysel ve Toplu İş Hukuku", "Kadın-Erkek Eşitliği", "Ayrımcılığın Önlenmesi" konusundaki AB mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmıştır.

İş sağlığı ve güvenliği son yıllarda AB'nin de en çok yoğunlaştığı ve önem verdiği sosyal politika konularından biridir. Avrupa Komisyonu'nun belirlediği 2002-2006 yılları için iş sağlığı ve güvenliği stratejisi, "çalışma hayatındaki değişimleri ve başta psiko-sosyal konularda olmak üzere yeni risklerin ortaya çıkması durumunu göz önünde bulundurarak global bir iş sağlığı ve güvenliği yaklaşımı"ni benimsemektedir.

2. İŞVERENİN RİSK DEĞERLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avrupa Topluluğu'nda teknik mevzuat uyum çalışmaları 1961 yılında başlatılmıştır. Bu kapsamda yürütülen çalışmalar sonucunda, Roma Anlaş-

ması'nın 251. maddesi gereğince Direktiflerin hazırlanmasında, 1969 yılında Klasik Yaklaşım (Old Approach), 1985 yılında Yeni Yaklaşım (New Approach), 1989 yılında Global Yaklaşım (Global Approach) ve 1990 yılında da Modüler Yaklaşım (Modular Approach) uygulanmaya başlanmıştır.

Tüm yeni yaklaşım direktiflerinin ekinde bulunan "Temel Sağlık ve Güvenlik Gereklileri", Avrupa Birliği ülkelerinde, 80'li yılların ikinci yarısından itibaren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı içerisinde yer alan risk analizi ve risk değerlendirmesi kavramları ile de yakından ilgili bulunmaktadır. Esasen, Avrupa Birliği hukukunda, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak iki alan söz konusudur. Bunlar; ürün güvenliği ve işletme güvenliğidir.

Bu çerçevede, risk analizi ve risk değerlendirmesi de, ürünlere yönelik ve işletmeye yönelik olmak üzere iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Avrupa Birliği'nin 89/391/EEC sayılı Çalışanların Sağlık ve Güvenliğini İyileştirmek İçin Önlemler Alınması Hakkındaki Çerçeve Direktifi kapsamında işletme güvenliğine yönelik olarak uygulanan risk analizi ile birlikte Avrupa Birliği'nin 2001/95/EC sayılı Yeni Genel Ürün Güvenliği Direktifi kapsamında da ürün güvenliğine yönelik olarak risk analizi uygulamaları yapılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı beşinci bölümünün, "İşverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri" başlıklı 77. maddesi, iş sağlığı ve güvenliği alanında işçilerin ve işverenlerin yükümlülüklerini düzenlemiştir. AB müktesebatı ile uyum çalışmaları kapsamında ise 21 tane iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliği yayımlanmıştır, yayımlanan neredeyse tüm iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerinde ise işverene risk değerlendirme yükümlülüğü verilmiştir.

Mevzuatımız gözden geçirildiğinde aşağıdaki yönetmelik maddelerinde risk değerlendirmesinin işverene yükümlülük olarak verildiği belirtilmektedir.

- a) **Çerçeve Direktif 89/391/EEC Sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi Gereğince Risk Değerlendirme (İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği; Danıştay 10. Dairesi 2004/1942 Esas No ile yürütmeyi durdurma)**

Bakanlığımız tarafından Çerçeve Direktif olan 89/391 sayılı Konsey Direktifi, İş Sağlığı ve Güven-

liği Yönetmeliği olarak yayımlanmış, ancak Danıştay 10. Dairesi İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin yürütmesini 2004/1942 esas nolu ve 24 Mayıs 2004 tarihli kararı ile durdurmuştur. 89/391 sayılı Konsey Direktifi Çerçeve Direktiftir, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağı olarak hazırlanmıştır ve tüm tarafların görüşüne sunulmuştur.

89/391 sayılı Konsey Direktifi'nin genel yükümlülükler başlığı altında 6. maddesinde işverenler; sağlık ve güvenliğin korunması ile ilgili önlemlerin alınmasında, risklerin önlenmesi, önlenmesi mümkün olmayan risklerin değerlendirilmesi, risklerle kaynağında mücadele edilmesi, iş ekipmanları, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen gösterilmesi, teknik gelişmelere uyum sağlanması, tehlikeli olanların, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanlarla değiştirilmesi, genel bir önleme politikasının geliştirilmesi, toplu korunma önlemlerine, kişisel korunma önlemlerine göre öncelik verilmesi de dahil olmak üzere işçilerin sağlık ve güvenliği yönünden tüm riskleri değerlendirmekle yükümlüdür.

İşverenin diğer yükümlülükleri başlığı altında 9. maddesinde ise işverenler; işyerinde risklerden özel olarak etkilenebilecek işçi gruplarının durumunu da kapsayacak şekilde sağlık ve güvenlik yönünden risk değerlendirmesi yapmakla, risk değerlendirmesi sonucuna göre alınması gereken koruyucu önlemlere ve kullanılması gereken koruyucu ekipmana karar vermekle, çalışmalar ve değerlendirmelerle ilgili kayıt ve dokümanların hazırlanması ile yükümlüdür.

b) Gürültü Yönetmeliği Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

İşverenin, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 9. maddesinin (a) bendinin (1) numaralı alt bendi uyarınca, risk değerlendirmesini yaptırırken, Gürültü Yönetmeliği'nin 6. maddesi gereğince; darbeli gürültüye maruziyet de dahil maruziyetin düzeyine, türü ve süresine, maruziyet sınır değerlerine ve maruziyet etkin değerlerine, özellikle hassas risk gruplarına dahil işçilerin sağlık ve güvenliklerine olan etkilerine, teknik olarak mümkünse, gürültü ile işe bağlı ototoksik maddelerin etkileşimlerine veya gürültü ile titreşim arasındaki etkileşimlerin işçinin sağlık ve güvenliğine olan et-

kisine, kaza riskini azaltmak için kullanılan ve işçiler tarafından algılanması gereken uyarı sinyalleri ve diğer sesler ile gürültünün etkileşmesinin işçilerin sağlık ve güvenlikleri yönünden dolaylı etkisine, iş ekipmanlarının gürültü emisyonları ile daha az gürültülü olan alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına, gürültüye maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine, yeterli korumayı sağlayabilecek kulak koruyucularının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

c) Titreşim Yönetmeliği Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

İşverenin, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (c) bendine göre risk değerlendirmesini yaptırırken, Titreşim Yönetmeliği'nin 6. maddesi gereğince; özellikle, titreşim veya tekrarlanan şoklara maruziyet de dahil maruziyetin türü, düzeyi ve süresi, maruziyet sınır değerleri ve maruziyet etkin değerleri, riske duyarlı işçilerin sağlık ve güvenliğine olan etkileri, mekanik titreşim ile işyeri veya başka bir iş ekipmanı arasındaki etkileşimden kaynaklanan ve işçinin güvenliğine tesir eden dolaylı etkileri, iş ekipmanı üreticilerinin mevzuat gereği verdiği bilgileri, mevcut ekipman yerine kullanılabilir, mekanik titreşime maruziyet düzeyini azaltacak şekilde tasarlanmış iş ekipmanının bulunup bulunmadığı, bütün vücut titreşimi maruziyetinin işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam etmesi durumunda maruziyetin boyutu, düşük sıcaklık ve bunun gibi özel çalışma koşulları, sağlık gözeti minden elde edilen bilgileri, mümkünse yayımlanmış bilgileri dikkate alması gerekmektedir.

d) Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

İşveren, işyerinde tehlikeli kimyasal madde bulunup bulunmadığını tespit etmek ve tehlikeli kimyasal madde bulunması halinde, işçilerin sağlık ve güvenliği yönünden olumsuz etkilerini belirlemek üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (c) bendi ile 9. maddesinin (a) bendi-

ne uygun şekilde, risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesinde özellikle; kimyasal maddenin sağlık ve güvenlik yönünden tehlike ve zararları, imalatçı, ithalatçı veya satıcılardan sağlanacak malzeme güvenlik bilgi formu, maruziyetin türü, düzeyi ve süresi, kimyasal maddenin miktarı, kullanma şartları ve kullanım sıklığı, mesleki maruziyet sınır değerleri ve biyolojik sınır değerleri, alınan ya da alınması gereken önleyici tedbirlerin etkisi, önce yapılmış olan sağlık gözlemlerinin sonuçlarını değerlendirecektir.

e) Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

◆ Patlayıcı Ortam Risk Değerlendirmesi:

İşverenler, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde belirtildiği şekilde işyerinde risk değerlendirmesi yaparken patlayıcı ortamdan kaynaklanan özel risklerin değerlendirmesini yönetmeliğin 6. maddesine istinaden; patlayıcı ortam oluşma ihtimali ve bu ortamın kalıcılığı, statik elektrik de dahil tutuşturucu kaynakların bulunma, aktif ve etkili hale gelme ihtimalleri, işyerinde bulunan tesis, kullanılan maddeler, prosesler ile bunların muhtemel karşılıklı etkileşimleri, olabilecek patlamanın etkisinin büyüklüğü, patlama riski, patlayıcı ortamların oluşabileceği yerlere açık olan veya açılabilen diğer yerler de dikkate alınarak bir bütün olarak değerlendirilecektir.

◆ Patlayıcı Ortam Oluşabilecek Yerlerin Sınıflandırılması:

İşveren yönetmeliğin 9. maddesi gereğince; patlayıcı ortam oluşması ihtimali olan yerleri sınıflandırmakla, sınıflandırılmış olan bölgelerde Ek-II'de verilen asgari gereklerin uygulanmasını sağlamakla ve işçilerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye atabilecek miktarda patlayıcı ortam oluşabilecek yerlerin girişine Ek-III'de verilen işaretleri koymakla yükümlüdür.

◆ Patlamadan Korunma Dokümanı:

Yönetmeliğin 10. maddesinde ise işverenin, bu yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilen yükümlülüğünü yerine getirirken, "Patlamadan Korunma Dokümanı" olarak anılacak belgeleri hazırlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Patlamadan Korunma Dokümanı'nda, özellikle; patlama riskinin belirlendiği ve değerlendirildiği,

alınacak önlemler, patlayıcı ortam olarak sınıflandırılmış yerler, asgari gereklerin uygulanacağı yerler, çalışma yerleri ile uyarı cihazları da dahil iş ekipmanının tasarımı, işletilmesi, kontrol ve bakımının güvenlik kurallarına uygun olarak sağlanması ve son olarak da işyerinde kullanılan tüm ekipmanın "İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği"ne uygun olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

f) Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

Yönetmeliğin 5. maddesine istinaden işverenin; kanserojen ve mutajen maddelere maruziyet riski bulunan işlerde çalışanların, bu maddelere maruziyet şekli, maruziyet miktarı ve maruziyet süresini belirleyerek risk değerlendirmesi yaptırmak ve alınması gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini tespit ettirmek yükümlülüğü bulunmaktadır.

g) Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

İşverenin, asbest tozuna maruziyet riski bulunan çalışmalarda, asbestin türü ve fiziksel özellikleri ile çalışanların maruziyet derecesini dikkate alarak yönetmeliğin 5. maddesi gereğince risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

h) Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

Her işverenin yönetmeliğin 8. maddesi gereğince, toplu koruma yöntemleri ile risklerin önlenemediği veya tam olarak sınırlandırılmadığı durumlarda, kişisel koruyucu donanımlardan işçilerin sağlık ve güvenlikleri için gerekli olanları Ek-I'de örneği verilen tabloya göre risk değerlendirmesini yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

ı) Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik Gereğince İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü

Biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan

herhangi bir çalışmada, işverenlerin yönetmeliğin 5. maddesine istinaden, işçinin maruziyetinin türü, düzeyi ve süresi, zararlı biyolojik etkenlerin tümünün oluşturduğu tehlikeler dikkate alınarak risk değerlendirmesi yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

3. RİSK DEĞERLENDİRME UYGULAMALARI

Dünyada, günümüzde uygulanan standart halini almış veya almamış birçok risk değerlendirme yöntemi mevcuttur. Yeni yönetmeliklerimize baktığımızda "Risk Değerlendirmesi" çalışmalarının yapılmasında katkı sağlayacak kişilerin başta işveren olmak üzere iş sağlığı ve güvenliği mühendisi, işyeri hekimi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu üyeleri, mühendis ve teknik elemanlar ile çalışanlar olduğunu görmekteyiz.

Her işyerinin kendine özel farklı farklı tehditleri bulunmaktadır, risk değerlendirmesi çalışması aşamasında bu konuda uzmanlaşmış teknik bir ekip tarafından işyerinde, ne tip metodların uygulanması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak işyerlerindeki risk değerlendirme çalışmaları incelendiğinde tüm iş sağlığı ve güvenliği mühendisleri ile teknik ekiplerin neredeyse tamamının 5x5 matriste yoğunlaştıkları gözlenmektedir. Oysa ki risk değerlendirme yöntemlerindeki çeşitliliğin nedeni değişik sektörlerdeki tehditleri değişik bakış açılarından yöntemlerle tespit edebilmektir. Örneğin; risk değerlendirme çalışmasına 5x5 matrisle başlayan bir firma, eğer kazaya ramak kalma sıklık hızı fazla ise hata ağacı analizi, arkasından FMEA uygulamalı ya da makine ağırlıklı kazalar çoğunlukta ise sistem güvenilirliğini tespit etmek amacıyla SIL (safety integrity level) veya Risk Graf vb. ile çalışmaya devam etmelidir.

Ayrıca risk değerlendirme çalışmasını işyeri bölümlerinde tamamladıktan sonra tekrar ne kadar zaman sonra yeniden risk değerlendirme yapılacağı ile ilgili özellikle sorular sorulmakta ve 5 yılda bir gibi sürelerden bahsedilmektedir.

Mevzuatımız incelendiğinde Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik hariç 5 yıl gibi bir süreden bahsedilmemektedir ki bu süre yalnızca kimyasal maruziyet risk değerlendirmesi için verilmiştir. Kimyasallarla çalışmada özellikle maruziyet sonucu etkiyi tespit etmenin zorluğu, doz-etki cevabı-

nın belirlenmesindeki güçlükler nedeniyle kimyasal maruziyet risk değerlendirmesinde 5 yıl gibi bir süreden bahsetmek makuldür.

Ancak işyerleri düşünüldüğünde yaşayan ve sürekli olarak değişiklikler gösteren işletmelerin bölümlerinde bir kere risk değerlendirme çalışması yaptıktan sonra 1 yıl veya 5 yıl vb. sürelerde tekrar risk değerlendirmesi yapmak risk değerlendirme çalışmalarının proaktif düşünce yapısına aykırıdır. Şu anki durumda ne yazık ki işyerlerinin çoğunda risk değerlendirme çalışmaları, işyerlerine gelebilecek müfettişlere gösterilerek yükümlülükten kurtulmak amacıyla hazırlanmış dokümanlardan ibaret kalmaktadır.

Risk değerlendirme çalışmaları sadece bir kişinin yapabileceği bir çalışma değildir ya da sadece kanuni gereklilik gereği yapılması gereken ve daha sonra bir köşede bekletilen, işyerine gelen müfettişlere gösterilecek birkaç sayfa doküman değildir. İşyerlerinde doğru uygulanan risk değerlendirme çalışmaları sonucunda olası tehlikelerle ilgili aksiyonlar ve gerekli bütçeler planlanmalı ve bu çalışmalar işyerindeki çalışma koşullarında iyileşme getirmeli, gerçek risklerin görülmesini sağlamalı, iş kazası ile meslek hastalığı sıklık hızı ile ağırlık hızında düşme sağlamalıdır.

Unutulmamalıdır ki sadece risk değerlendirme yöntemlerinin bilinmesi yeterli değildir. Bu yöntemlerin tümünün başarı olasılığı uygulamayı yapan teknik kişilerin tecrübesiyle orantılıdır, aynı zamanda işyeri üst yönetiminin de yapılan çalışmalara destek olması ve gereken mali desteği sağlaması başarıyı sağlamak için mutlak suretle gereklidir.

İşyerine, işletmeye, prosese yada organizasyona en uygun risk analiz yönteminin belirlenmemesi ya da kantitatif analiz yöntemlerinin kullanılması gereken bir işyerinde kalitatif analiz yönteminin tercih edilmesi sonucu risk analizini işyeri kendisi bile yapsa zaman ve para kaybına yol açabilecektir.

Bir diğer problem de işyerlerinde risk değerlendirme çalışmalarını yapmakta olan birçok mühendis ve teknik elemanın özellikle olasılık ve istatistik teoremlerini bilmemeleri veya kullanmamalarıdır. Risk değerlendirme çalışmalarının en önemli kısımlarından biri de tehlikeyi belirledikten sonra bu tehlikenin meydana gelme olasılığını belirle-

mektir. Bu nedenle de risk değerlendirme çalışmalarını yapacak ekipteki her bir bireyin olasılık ve güvenilirlik teoremlerini bilmesi gerekmektedir.

İşe uygun olmayan metodların seçilmesi ya da birkaç metodun bir arada kullanılmaması nedeniyle risk analizinin sonuçlanmasının beklenmesi esnasında geçen sürede, güvenlik önlemlerinin biran evvel uygulanması gereken durumlarda gerekli önlemlerin alınmasında gecikme olacak ya da bu önlemler alınmadan kaza meydana gelebilecektir.

Bir işletmede risklerin sadece olasılık ve şiddetinin hesaplanması o işletmedeki kaza olasılığını ve riskini ortadan kaldırmaz, önemli olan belirlenen risklere uygun kontrol önlemlerinin alınabilmesidir. Fakat işyeri yöneticileri riski belirledikleri ve bildikleri halde önleyici yatırım konusunda kararsız kalabilmektedir.

Ön tehlike analizi (PHA), bir işyerinde yapılması gereken ilk risk değerlendirme yöntemidir. Başlangıç aşamasında öncelikle her işyeri kendi tehlike ve risklerini içeren bir risk haritasını çıkarmalı, ön tehlike analizini yapmalı ve bu aşamadan sonra kullanılacak yöntemlere karar verilmelidir. Yurtdışındaki uygulamalar incelendiğinde risk değerlendirme çalışmalarında ilk önerilen değerlendirme yöntemi ön tehlike analizidir, özellikle de risk haritasının çıkarılmasını sağlaması açısından işletmedeki yöneticilere avantaj sağlamaktadır.

Proses FMEA veya HAZOP kimya iş kolları düşünülerek geliştirilmiş yöntemlerdir. Özellikle tasarım FMEA, kalite aracı olarak metal sektöründeki bir çok firmada uzun yıllardır uygulanmaktadır. FMEA elektrik, makine, inşaat ve hizmet sektöründeki çalışma şartlarındaki tehditleri belirlemede çok uygun bir yöntemdir.

Markov Simulasyonu vb. çok daha ileri analiz teknikleri de bulunmaktadır, ancak sanayimizde bu yöntemleri başarı ile uygulayabilecek teknik eleman sıkıntısı bulunmakta, ayrıca işletmelerdeki yönetimlerin bu çalışmalara inanarak finansal destek sağlamaları gerekmektedir. FTA ise tüm işyerlerine uygulanır, ancak uygulaması için yüksek tecrübe gereklidir. JSA ise; işyerindeki işçilerin yetkilerinin, sorumluluklarının tanımlandığı, iç yönetmelik ve yönergelerin hazırlandığı sistematik çalışabilen işyerleri için uygulanabilir.

Risk değerlendirmesi uygulamalarının işletmelere birçok yarar sağlayacağını söylemek gereksiz-

dir, ancak sadece kanuni gereklilik nedeni ile yapılan yanlış uygulamalar işletmeye hiçbir yarar sağlamadığı gibi zaman ve maddi kayba da sebebiyet verecektir.

İşletmelerde uygulanacak risk değerlendirme çalışmaları esnasında karşılaşılabilecek problemleri ele aldığımızda aşağıdaki sorunlarla karşılaşıldığını görürüz. Bunlar;

◆ Risk değerlendirmesi sonuçlarının, objektif olması beklenirken daha çok subjektif olabilmektedir.

◆ Kalitatif yöntemlerde (5x5 matris, Kinnley yöntemi, PHA vb.) özellikle de tehlikelere olasılık ve şiddet değeri ataması yapılması aşamasında risk değerlendirmesini yapan mühendis veya teknik elemanların olasılık teoremlerini bilmemeleri ve subjektif mi yoksa nispi frekans mı kullanacaklarını bilmemeleri nedeniyle tespit edilen risk öncelik sayısının gerçek değerinden düşük ya da yüksek olması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

◆ Tüm işyerlerine uyan bir risk analizi metodolojisi mevcut değildir. Çünkü, her işyerinin kendine özel farklı farklı tehditleri vardır. Risk analizi ve yönetimi yapılacak olan bir işyerinde, öncelikle ne tip bir risk analizi ve yönetimi metodunun uygulanması gerektiği belirlenmelidir.

◆ Risk analizi ve yönetimi prosesi, önceden belirlenmiş kesin adımları olan prosesler değildir.

◆ Kantitatif ve kalitatif risk analizi yöntemlerinin çatısı altında, bir çok risk analizi metodolojisi mevcuttur. Bu metodlar, riski yorumlama aşamasında birbirinden ayrılırlar. Bu nedenle de risk analizinin tecrübesi ve birikimi riski yorumlama aşamasında büyük önem kazanır.

KAYNAKÇA

- ÖZKILIÇ, Ö., İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri ve Risk Değerlendirme Metodolojileri, TİSK, Ankara, Mart, 2005.
- ÖZKILIÇ, Ö., Risk Değerlendirmesi Kavramı ve İnsan Hatalarını Önleme Metodlarına Genel Bakış, İş Müfettişleri Dergisi, Ankara, Haziran, 2005.
- ÖZKILIÇ, Ö., Risk Değerlendirmesi Kavramı, TİSK, İşveren Dergisi, Ankara, Haziran, 2005.
- www.calisma.gov.tr
- www.rega.basbakanlik.gov.tr

Cüneyt DANAR

MESS Müşavir Avukatı

Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri

1. GİRİŞ

İş sözleşmesinde karşılıklı edimlerin borçlanılmasında ve ifa edilmesinde sorumlu olan taraflar esasen, gerçek ya da tüzel kişiliği haiz olan, hatta tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşları olarak da karşımıza çıkabilen “işveren” ile sadece gerçek kişi olan “işçi”dir.

Borçlar Kanunu’nda düzenlenen tarafların borçlarına bakıldığında bu borçların ana başlıklar halinde; işverenin ücret ödeme borcu, işçiyi koruma borcu, eşit işlem yapma borcu ve İş Kanunu’ndan doğan diğer borçları olduğunu, diğer yandan, işçinin de iş görme borcu, işverenin talimatına uyma borcu, sadakat borcu ve rekabet etmeme borçlarının bulunduğunu görmekteyiz.

İş sözleşmesinin devamı süresince taraflar mutlak surette aynı kalamayabilirler. Yukarıda ana hatlarıyla saydığımız ve iş sözleşmesinden doğan borçların ifa edileceği taraf, hukuka uygun işlemlerle değişebilir. Birleşme, satın alma, işverenin ölümü, özelleştirme gibi durumların yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenen işyerinin veya bir bölümünün devri ve 7. maddesinde

de düzenlenen geçici iş ilişkisi ile de benzeri değişiklik mümkün olabilmektedir.

İş sözleşmesinin özellikle işveren tarafında gerçekleşen değişiklikler bugüne kadar esasen Borçlar Kanunu’nda düzenlenen alacağın temliki, borcun nakli ve işyerinin devri gibi müesseselerle açıklanmaya çalışılmış, konunun kıdem tazminatına etkisi bakımından da mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan 14/II. maddesi ile çözümler üretilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, iş hukukumuzda ilk defa düzenlenen “işyerinin devri”, “geçici iş ilişkisi” ve “çalışma koşullarında değişiklik” kavramlarıyla da konuya yaklaşılmıştır.

Yukarıda sayılan hukuki düzenlemeler ile işverenin tarafının değişmesi karşısında işçinin haklarını korumak amaçlanmış, ancak iş ilişkisinde yaşanan gelişmeler sonucu ayrı bir hukuki ilişki ortaya çıkmış, kullanılan kavramların bu ilişkiyi tanımlamadaki yetersizlik fark edilmiş ve ayrı bir kavramın varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Zira yeni bir kavramla açıklanmaya çalışılan hukuki ilişkinin içinde, işverenin değişmesi de kaçınılmaz bir sonuç olarak kendisini göstermektedir. Mevcut kavramlarla ta-

nımlanması yetersiz olan bu hukuki ilişki, öğretide ve yargı kararlarında “iş sözleşmesinin devri” olarak kendisine yer edinmiştir.

İş sözleşmesinin devri, ilk olarak yargı kararlarıyla hukuki kimlik kazanmış, ardından İş Kanunu Tasarısı ile düzenlenmek istenmiştir. Ne var ki, ileride detaylı olarak inceleneceği üzere, iş sözleşmesinin devri, kanunlaşma sırasında Tasarı metninden çıkartılarak mevcut 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alamamıştır. Bunun neticesi olarak iş sözleşmesinin devri, halen yargı kararlarıyla hukuki kimliğini devam ettirebilmektedir.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İLE BENZERLİK GÖSTEREN HUKUKİ KAVRAMLAR

Yazımızın başında da belirttiğimiz üzere, gerek Borçlar Kanunu'nda, gerekse İş Kanunu'nda yer alan bazı müesseseler ile iş sözleşmesinin devri kavramı açıklanmaya çalışılmışsa da, söz konusu müesseseler ile iş sözleşmesinin devrinin farklı müesseseler olması nedeniyle, yeterli bir çözüm üretilememiştir.

1. Alacağın Temliki

Borçlar Kanunu'nun 162-172. maddeleri arasında düzenlenen “alacağın temliki”, dar anlamda bir borç ilişkisinde alacağın alacaklı tarafından bir başka şahsa devredilmesi¹; başka bir deyişle, “devredenle devralan arasında yapılan tasarruf işlemi niteliğindeki bir sözleşme ile alacağın, devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçirilmesidir”².

Alacağın temliki, alacağın devreden alacaklı ile devralan şahıs (yeni alacaklı) arasında yapılacak bir anlaşma ile vukubulur³. Borçlunun bu sözleşmeye katılması veya muvafakat etmesi aranmaz, hatta borçlunun yapılan işleme katılması şöyle dursun, temlikin geçerli olabilmesi için ona temlik akdinden önce veya sonra haber vermeye bile lüzum yoktur⁴.

İşverenin işin ifasını talep hakkının diğer bir işverene devredilmesi anlamında, iş sözleşmesinin devri alacağın temlikine benzemektedir. Ancak iş sözleşmesinin devri ile alacağın temliki arasında şu farkların bulunduğunu söylemek mümkündür:

- Borçlar hukuku alacağın temlikini düzenlemekte fakat bu bir ilişkide taraf değişikliğine neden olmamaktadır. Oysa iş sözleşmesinin dev-

rinde o ilişkiden doğan hakların ve borçların topluca eski taraftan yeni tarafa geçmesi yani bir taraf değişikliği söz konusudur⁵.

- Alacağın temlikinde borçlunun muvafakatine gerek yoktur, devreden ile devralan alacaklı aralarında bir sözleşme yaparak alacağı devredebilirler. Ancak iş sözleşmesinin devrinde, işçinin de muvafakati gereklidir.

- Son olarak, alacağın temlikinde devralan alacaklı devir tarihinden önceki döneme ilişkin bir sorumluluk altına girmemekte iken, iş sözleşmesinin devrinde, işçilik haklarına ilişkin olarak devralan işveren tüm süreden yani devirden önceki ve sonraki süreler birleştirilerek sorumlu olacaktır. Örneğin işçinin yıllık ücretli izin süresi iş sözleşmesinin devredildiği tarihe göre değil, iş sözleşmesinin başlangıç tarihine göre belirlenecektir.

2. Borcun Nakli

Borçlar Kanunu 173-181. maddeler arasında, borcun üçüncü bir kişiye devredilmesini düzenlemiştir. Borcun nakli, üçüncü bir şahsın alacaklı ile akit yaparak asıl borçlunun yerine geçmesinden ibarettir⁶. Bu müesseseye “borcun dış yüklenilmesi” de denilmektedir⁷.

Borcun nakli ile borcun pasif sujesi değişmekte ve eski borçlu artık borçlu olmaktan çıkmaktadır. Borcun naklinden sonra, borçtan kurtulan eski borçluya karşı alacaklı artık hiçbir talep yönelte-meyecektir. Borcun nakledildiği kişinin bu borcu ihlal etmesi, ortadan kaybolması, ödeme güçlüğü içine düşmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebepten dolayı alacaklının eski borçluya başvurması mümkün değildir⁸.

Borcun nakli sözleşmesi borcu üstlenecek olan yeni borçlu ile alacaklı arasında yapılacağından, kural olarak eski borçlunun bu sözleşmeye muvafakati aranmaz. Bununla beraber, borcun nakli müessesesinin özelliğinden dolayı, devralan borçlu ile alacaklı arasında bir sözleşme yapılmadan önce, borçlu ile borcu üstlenecek olan üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılır -ki buna “borcun iç yüklenilmesi” ya da borçtan kurtarma vaadi⁹ denir- ve bunun ifası olarak alacaklı ile yeni borçlu arasında borcun nakli sözleşmesi akdedilir.

İşverene karşı temelde iş görme borcu ve buna bağlı diğer borçları ifa edecek olan tarafın değişmesi açısından iş sözleşmesinin devri ile borcun

nakli benzerlik gösterse de, şu hususlarda farklılıklar bulunmaktadır:

- Borçlar hukuku borcun naklini düzenlemekte fakat bu bir ilişkide taraf değişikliğine neden olmayıp, yalnızca münferit borçların devri sonucunu doğurmaktadır. Oysa iş sözleşmesinin devrinde o ilişkiden doğan hakların ve borçların topluca eski taraftan yeni tarafa geçmesi yani bir taraf değişikliği söz konusudur¹⁰.

- Borcun naklinde sözleşme, borcu devralan üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılmaktadır. Bu sözleşmede devreden borçlunun bulunması ya da muvafakat vermesi gerekli değildir. Oysa ki iş sözleşmesinin devri, devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında yapılacak bir “üçlü mutabakat” ile mümkündür. İş sözleşmesinin devrinin sadece devreden ve devralan işveren arasında ya da bu işverenlerden biri ile işçi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşmesi mümkün değildir.

- Borcun nakli ile iş sözleşmesinin devri arasındaki bir diğer fark da, borcun naklinde borcu ifa edecek olan taraf yani borçlunun şahsında bir değişiklik söz konusu iken; iş sözleşmesinin devrinde iş görme borcunun borçlusu olan işçinin değil, bu borcun ifa edileceği taraf yani işverenin değişmesinin söz konusu olmasıdır. Borcun nakli, borcun ona bağlı fer'i haklarla beraber var olduğu şekliyle üçüncü bir kişide devamını sağlarken, iş sözleşmesinin devrinde ise, borcun dışında diğer alacak hakkı ve yükümlülükleri ile birlikte sözleşmenin taraf sıfatının değişmesine yol açmaktadır¹¹.

3. Geçici İş İlişkisi

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen geçici iş ilişkisi, “bir işverenin, işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici bir süre için bir başka işverene vermesi”¹² ya da “bir işverenin kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisinin iş görme edimini onun da rızasını almak koşuluyla belirli ve geçici bir süre için diğer bir işverenin emrine vermesi”¹³ şeklinde tanımlanabilir. Öğretide bu ilişkiye “ödünç iş ilişkisi” de denildiği için, anlatım birliğinin sağlanması açısından sürekli işverene “ödünç veren”, geçici iş ilişkisi kurulan işverene de “ödünç alan” ve nihayet işçiye de “geçici işçi” denilecektir.

İş Kanunu'nun 7. maddesine bakıldığında, geçici iş ilişkisinin kurulabileceği işler ve bu ilişkisinin süresinin sınırlandığı görülmektedir. Buna göre;

eğer işçi holding bünyesi içerisinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde geçici olarak görev yapacak ise, işçinin sürekli işveren nezdinde yaptığı iş ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren yanında göreceği işin benzerlik göstermesine gerek yoktur. Diğer yandan, işçi holding bünyesi ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan, başka bir işveren yanında geçici olarak çalışacak ise, ancak yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla geçici iş ilişkisi kurulabilir¹⁴.

Geçici iş ilişkisinde işçi, geçici bir süre için bir başka işveren nam ve hesabına çalışmaktadır. Dolayısıyla, işçi bir başka işverene ait işyerinde çalışmakla birlikte, bu çalışmayı kendi işvereni nam ve hesabına yapıyorsa, geçici iş ilişkisinin varlığından söz edilemez¹⁵.

Geçici iş ilişkisi işçinin rızası ile ve altı ayı geçmemek üzere yapılabilen, gerektiğinde de en fazla iki defa yenilenebilmektedir. Geçici iş ilişkisine dair sözleşmenin ödünç veren ve ödünç alan işveren arasında yapılması yeterlidir, işçinin bu sözleşmede mutlaka yer almasına gerek yoktur, zira devir anında alınmış olan işçinin yazılı izninin bu yöndeki iradeyi ortaya koyduğu düşünülmelidir. Bununla birlikte, üç tarafın aynı anda katılımı ile geçici iş ilişkisinin kurulması en olağan yoldur¹⁶. Esasen geçici iş ilişkisi, “sürekli (ödünç veren) işveren, geçici (ödünç alan) işveren ve geçici işçi arasında kurulan üçlü sözleşme ilişkisine”¹⁷ dayanır.

Geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri birbirine benzemekle beraber, bu iki müessese arasında şu farklar bulunmaktadır:

- Geçici iş ilişkisinde işçinin bir başka işverenin emir ve talimatıyla çalışmaya başlamasıyla, geçici işçi ile ödünç alan işveren arasında bir hizmet ilişkisi kurulmamaktadır. Geçici iş ilişkisi, işçinin kendi işvereni ile olan iş sözleşmesinin başka bir işverene devri değildir. Nitekim öncelikle, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi ilişkisi devam etmektedir¹⁸. İşçinin ödünç veren işverenle olan iş sözleşmesinin devam ettiği hususu İş Kanunu'nun 7. maddesinde ifade edilmekte; işverenin (ödünç veren) ücreti ödeme yükümlülüğünün devam ettiği ifadesiyle de yukarıdaki görüşler desteklenmektedir. Oysa ki iş sözleşmesinin devrinde artık işçi devralan işverenin işçisidir, devir tarihinden sonraki döneme ilişkin ücret ve diğer haklardan

devreden işverenin bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

● Geçici iş ilişkisi en fazla 18 aylık süreyle (altı ay ve iki defa yenileme sürelerinin toplamı) sınırlandırılmıştır. Oysa ki iş sözleşmesinin devri bir süreyle sınırlı değildir, devralan işveren yanındaki iş sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar iş ilişkisi devam edecektir.

● Geçici iş ilişkisinde işçi başka bir işveren yanında geçici olarak çalıştırıldığında, geçici işçinin ödünç veren işveren yanında yapmakta olduğu işe benzer işte çalıştırılması gerekir. Oysa ki iş sözleşmesinin devrinde böyle bir sınırlama kaideten bulunmamaktadır.

● Son bir fark da, ödünç alan işverenin geçici işçiyi bir başka işverene geçici olarak verebilmesi noktasında toplanmaktadır. Geçici iş ilişkisinde işçi ödünç alan işverenin işçisi olmadığından, başka bir deyişle ödünç alan işveren geçici işçinin iş sözleşmesinin tarafı olmadığından, ödünç alan işverenin geçici işçiyi bir başka işverene geçici olarak devretmesi hukuken mümkün değildir¹⁹. İş sözleşmesinin devrinde ise devreden işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçtiğinden, devralan işveren artık işçinin yeni işverenidir ve devralan işverenin bu işçiyi başka bir işverene geçici olarak devretmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir²⁰.

4. İşyerinin Devri

İşyerinin devri İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralan işverene geçecektir.

Madde metninde geçen "hukuki bir işleme dayanarak" ifadesine örnek olarak gerekçede satış ve kiralama gösterilmiştir. Bu hukuki işlem satış veya kiralama dışında, bağışlama, trampa, şirketleşmeye gidilmesi ve benzeri şekillerde de ortaya çıkabilir²¹.

İş Kanunu, şu hallerde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir:

- Tüzel kişiliğin birleşmesi,
- Katılma,
- Türünün değişmesiyle sona erme.

Bu üç tip işlemde önceki işverenin tüzel kişiliği sona erdiğinden, tüzel kişiliği sona ermiş olan

işverenin işçilik haklarından sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu nedenle bu üç işlemde İş Kanunu'nun 6. maddesindeki birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkün olamayacaktır.

Gerekçede miras yoluyla intikalin işyeri devri kapsamında olmadığı açıklanmıştır. Gerçekten, işverenin ölümü halinde işyerinin bir hukuki işleme dayalı olarak mirasçılara devrinden bahsolunamaz. Kaldı ki, bu konuda Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar. Aynı maddede, miras bırakanın aynı haklarının, alacaklarının, diğer malvarlığı haklarının, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyedliklerinin doğrudan doğruya mirasçılar tarafından kazanılacağı ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumluluğunun doğduğu açıklanmıştır. Bu itibarla miras yoluyla intikal, İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında teknik olarak işyeri devri değildir. İşverenin yerini kanun gereği mirasçılar almakta ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmeleri yine mirasçılara geçmektedir. Ölen işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarının da mirasçılara geçeceği Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde açıklanmıştır²².

İş Kanunu'nun 6. maddesine göre işyerinin veya bir bölümünün devrinde, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapılmalıdır. Yani yıllık ücretli izin, kıdem ve ihbar tazminatı, iş güvencesinden yararlanmada dikkate alınacak altı aylık süre gibi konularda devreden işveren yanında geçen süreler adeta devralan işveren yanında geçmiş gibi dikkate alınmalıdır.

İş Kanunu, bu gibi durumlarda devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenleri birlikte (müteselsilen) sorumlu tutmuştur. Ancak bu sorumluluk devreden işveren açısından, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır.

Bu noktada, Kanun'daki iki yıllık sorumluluğun kıdem tazminatına da uygulanıp uygulanmayacağı hususu öğretilde yoğun biçimde tartışılmıştır. Bu hususta öğretilde ağırlıkla kabul edilen görüş; mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen ve halen yürürlükte olan 14. maddesi-

nin ikinci fıkrasına göre çözüme gidilmesi ve devreden işverenin kendi döneminden ve devir esnasındaki ücret üzerinden, devralan işverenin ise tüm dönemden sorumlu olmasıdır. Bu görüşün dayanakları; devreden işverenin sorumlu tutulabilmesi için devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken bir hakkın bulunması ancak kıdem tazminatının devir tarihinde doğmaması, yürürlükte olan 14. maddenin kıdem tazminatı ile ilgili açık bir düzenlemeyi ihtiva etmesi, bu maddede devreden işverenin sorumluluğunun süre ile sınırlandırılmaması ve 14/2 hükmünün 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olmasıdır²³.

İşyerinin devri, işçi ya da işveren yönünden başlı başına bir fesih konusu yapılamayacak ve devir, işçi yönünden haklı sebep oluşturmayacaktır. İş Kanunu'nun 6. maddesine göre işyerinin veya bir bölümünün devri fesih konusu yapılmaktan çıkartılmıştır ancak, devreden veya devralan işveren, varsa ekonomik ve teknolojik sebeplerle yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bununla birlikte, işçi veya işveren tarafından iş sözleşmesi, işyerinin devri dışındaki haklı sebeplerle her zaman için feshedilebilecektir.

İş Kanunu'nun 6. maddesinde son olarak, bu maddedeki hükümlerin iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri müesseseleri, hüküm ve sonuçları bakımından karıştırılmaya müsait, hatta çoğu zaman özellikle kıdem tazminatı açısından aynı hükümlerin kullanıldığı müesseselerdir. Bununla birlikte, aralarında şu farkların olduğunu söylemek mümkündür:

- Her şeyden önce işyerinin devri hukuki bir işlemle mümkündür. Yukarıda açıkladığımız üzere, hukuki işlem içine satış, kiralama, bağışlama, trampa, şirketleşmeye gidilmesi ve benzeri işlemler girilmektedir. İş sözleşmesinin devri ise devreden ve devralan işverenler ile işçinin imzalayacakları üçlü bir protokolle mümkün olup, yukarıda sayılan hukuki işlemler niteliğinde değildir. Zira yukarıda sayılan işlemler işyerinin tüzel kişiliği ile ilgilidir; iş sözleşmesinin devri ise gerçek kişi olan işçinin iş

sözleşmesinin bir başka işverene devredilmesi ile ilgilidir²⁴.

- Bir başka fark da muvafakat hususundadır. Yukarıda sayılan hukuki işlemlerde işçinin muvafakati aranmamakta, iş sözleşmesinin devrinde ise muvafakat bir geçerlilik şartı olmaktadır.

- Son fark da; devreden işverenin devirden önce doğmuş bulunan ve devir tarihinde ödenmesi gereken haklardan, devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sorumlu olmasıdır. İş sözleşmesinin devrinde ise devreden işverenin böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

5. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen çalışma koşullarında değişiklik, iş sözleşmesi veya eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin yapılmasıdır.

Kanun'un 22. maddesine göre, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmak istendiğinde, işverenin bu değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmesi gerekir. Bu bildirim tarihinden itibaren altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler, işçiye bağlamayacak, yani işçi mevcut koşullarda çalışmaya devam edecektir. Bu durumda işveren, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığı veya fesih için bir başla geçerli nedenin bulunması halinde iş sözleşmesini sona erdirebilecektir.

İş sözleşmesinin devri, ana hatlarıyla belirttiğimiz çalışma koşullarında değişikliği de içinde barındırıyor gibi gözükse de, şu farklılıkların üzerinde durmak gerekir:

- Birinci fark; İş Kanunu'nun 22. maddesinin ancak esaslı değişikliklerde uygulanabilir olmasıdır. Eğer öngörülen değişiklik esaslı ise işçinin muvafakati aranacaktır. İş sözleşmesinin devrinde işçinin herhükkârda muvafakati gerekir.

- İkinci fark, çalışma koşullarında esaslı değişiklikte işçiye kabul etmesi için altı işgünlük bir sürenin tanınmasıdır. İş sözleşmesinin devrinde ise işçiye bir düşünme süresi vermeye gerek yoktur, zira yapılacak üçlü protokolde işçinin de imzası, yani muvafakatine yer verilecektir; yoksa devreden ve devralan işverenin bir anlaşma yapması ve işçiye bunun tebliğ edilerek bir süre içinde muvafakat vermesinin beklenmesi söz konusu değildir.

● Üçüncü fark; taraf değişikliğine ilişkindir. 22. maddede düzenlenen çalışma koşullarında değişiklikte işveren değişmeksizin, çalışma saatleri, çalışma şartları veya benzeri diğer koşullarda değişiklik söz konusu olabilecektir. Oysa iş sözleşmesinin devrinde, iş görme borcunun bir başka işverene karşı yerine getirilmesi, iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla diğer bir işverene geçmesi, yani işveren tarafında bir değişikliğin olması söz konusudur.

● Dördüncü ve son bir fark da; değişikliğin etkili olacağı dönemle ilgilidir. 22. maddenin son fıkrasına göre, çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Bu maddeye göre yapılacak değişiklik ancak bu değişikliğin kabul edildiği tarihten itibaren ileriye yönelik hüküm doğurabilecektir. İş sözleşmesinin devrinde ise, sözleşme başından itibaren yani devreden işveren yanında başladığı tarihten itibaren tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçmekte, iş sözleşmesinin koşulları başından itibaren yeni işveren nezdinde uygulanmış sayılmaktadır.

III. YARGITAY KARARLARI

Yargıtay HGK'nın 1.3.2006 tarih ve 2006/9-53 E., 2006/27 K. sayılı kararında; olay mülga 1475 sayılı İş Kanunu zamanında geçmekle, işçi önce A şirketinden ödünç iş ilişkisiyle B şirketine gönderilmiş, 11 ay sonra ödünç iş ilişkisi karşılıklı olarak sonlandırılmış ve B şirketinin gerçek işçisi olarak çalıştırılmaya devam edilmiş, işçiye B şirketinden dava dışı C şirketine transferine ilişkin belge imzalatılmak istenmiş, işçi de imzalamayarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş ve kıdem tazminatı talep etmiştir. Mahkemece ödünç iş ilişkisinin 1475 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen Yargıtay tarafından bu uygulamanın kabul edildiğinden hareketle, işçi adına yapılan bu değişikliğin iş koşullarında esaslı değişiklik mahiyetinde olmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiş; Yargıtay da, işyeri değiştirilmeksizin ve aynı işi yapması koşulu ile dava dışı diğer şirket işçisi olarak çalıştırılmak istenmesini ödünç iş ilişkisi olarak değil, 14/II. madde uyarınca işyerinin el değiştirmesi olarak değerlendirmiş ve işçinin 16/II-e maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshedebileceği gerekçesiyle kararı bu yönde bozmuştur. HGK'nın önüne gelen olayda özetle; önce işyeri

devrine ilişkin hükümlere yer verildikten sonra, işçi işveren arasındaki iş ilişkisinin devrinde işveren tarafının değişmesi, bir başka anlatımla iş sözleşmesinin devrinde ortada üçlü bir ilişki olduğu ifade edilmiştir. Devamla, işçinin de bu ilişkiye rızasının gerektiği, işçinin çıkarları göz önünde tutulduğunda sadece devreden ve devralan işverenin ifade beyanıyla iş sözleşmesinin devrinin mümkün olmayacağı, iş sözleşmesinin devrinde işyerinin değişmesi koşulunun bulunmadığı, işçinin rızasının bulunması koşulunun da yargı kararlarıyla vurgulandığı ifade edilerek; olayda iş sözleşmesinin devrinin bulunduğu, işçinin öğretilde de benimsendiği gibi 1475 sayılı Kanun'un 16/II-e maddesinde yer alan iş şartlarında esaslı bir değişikliği ifade etmekte olduğu ve işçinin bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanacağı yolunda hüküm kurulmuştur.

Yargıtay 9. HD.'nin 27.2.2006 tarih ve 2005/22422 E. ile 2006/4664 K. sayılı ve aynı tarihli 2005/22419 E., 2006/4661 K. sayılı kararlarında; olayda iş sözleşmesi A işyerinde sona erdirildikten dört gün sonra işçinin, A işyerinin % 90 hissesine sahip olan Belediye'de çalışmaya başlamıştır. Bu sürelerin birleştirilmesi suretiyle kıdem tazminatı talep edilmektedir. Mahkemece, Belediye tarafından işçinin kendi bünyesine devredildiği ve işçinin devri hükümleri çerçevesinde isteğin kabulüne karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında özetle; 4857 sayılı Kanun'da işçinin devri diye bir müesseye yer verilmediği, bununla birlikte Yargıtay içtihatlarında iş sözleşmesinin devrinin kabul edildiği, bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren, devralan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatının gerektiği, olayda böyle bir mutabakatın kanıtlanmadığından hareketle, A işyerindeki iş sözleşmesi feshedildiği için olayda iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceği ve işyeri devrinin olup olmadığının incelenmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

14.11.2005 tarih ve 2005/7767 E., 2005/35771 K. sayılı kararda; işçi A işyerinden dava dışı B işyerine yapılan nakli kabul etmemiş ve kıdem-ihbar tazminatlarını talep etmiştir. Olayda A işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi bulunmaktadır ve nakil de bu toplu iş sözleşmesindeki hükme göre yapılmak istenmiştir. Mahkemece dava reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme, B işyerinin söz

konusu toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında kaldığından hareketle naklin buna dayandırılmayacağı; naklin ancak üçlü mutabakat ile mümkün olabileceği ancak olayda işçinin muvafakatının kanıtlanamadığı ifade edilerek, işverenin bu eyleminin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabulünün gerektiğine karar vermiştir.

10.11.2005 tarih ve 2005/361 E., 2005/35713 K. sayılı kararda Yargıtay; davacının dava dışı A işyerinde çalışmakta iken iş sözleşmesinin devri suretiyle davalı B işyerinde çalışmaya başladığı ve sözleşmenin son işveren tarafından feshedildiği anlaşıldığından, kıdem tazminatı hesabında tüm çalışma süresinin nazara alınması yönünde hüküm kurmuştur.

29.9.2005 tarih ve 2005/309 E., 2005/31664 K. sayılı kararda Yargıtay; davacının davalılardan A işyerinde çalıştığı sırada iş sözleşmesinin devri suretiyle diğer davalıya ait işyerinde çalışmaya başladığı ve iş sözleşmesinin son işveren B işyeri tarafından sona erdirildiği anlaşıldığından, iş sözleşmesini devreden işverenin ihbar ve kıdem tazminatından sorumlu tutulmasının mümkün olmadığına, ihbar tazminatından sözleşmeyi fesheden işverenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

15.9.2005 tarih ve 2005/28475 E., 2005/30013 K. sayılı kararda Yargıtay'ca; A işyerinin iflas nedeniyle kapanması üzerine işyeri başka bir yerde bulunan B şirketinde davacının işe alındığı, bu işe alma sırasında iş sözleşmesinin devredildiğinin başka bir deyişle yeni işyeri sahibi B işyerinin önceki işyerinde geçen çalışmaları ile ilgili alacakları kabul ettiğinin kanıtlanamadığı, işçilerin toplu olarak davalıya ait başka bir işyerinde işe alınmış olmasının da iş sözleşmesinin devrinin varlığını göstermediği ifade edilerek, davalı şirketin tüm sürelerden sorumluluğunun kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Ancak kararın karşı oy yazısında özetle; işyeri veya iş sözleşmesinin devri nedeniyle dava dışı şirkette geçen hizmetten davalının sorumlu olduğunun kabulü yönündeki yerel mahkeme kararının onanması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay HGK'nın 13.4.2005 tarih ve 2005/9-203 E., 2005/252 K. sayılı kararında; yerel mahkeme devreden ve devralan her iki davalı işverenin tüm alacaklardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması yönünde karar vermiştir. Yargıtay, "mahkemece hüküm altına alınan tazminat ve alacakla-

rın tamamından davacının nakledildiği işverenin sorumlu tutulması doğru ise de, nakleden işverenin kıdem tazminatı ile izin ücreti, fazla mesai, bayram genel tatili ve bunların günlük % 5 fazlası yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir" gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuş, yerel mahkeme de bozma kararının bu kısmına uymuş, diğer kısımlarına direnmiştir. HGK da özetle; Yargıtay Özel Daire'nin görüşü yönünde hüküm kurmuştur.

14.3.2005 tarih ve 2004/19810 E., 2005/8203 K. sayılı kararda Yargıtay; davacının davalı Holding'ten dava dışı B şirketine iş sözleşmesinin devri suretiyle gönderilmişse davalı Holding'in kıdem tazminatı, ücret ve fazla mesaiden devir tarihine kadar kendi işyerinde geçen çalışma süresiyle sınırlı olarak sorumlu olduğu, incelemenin bu yönde yapılması gerektiğine karar verilmiştir.

6.5.2004 tarih ve 2003/23101 E., 2004/10723 K. sayılı kararda Yargıtay'ca; olayda işyeri devri ya da iş sözleşmesinin devrinin kanıtlanamadığı belirtilmekle birlikte, başka bir sermaye şirketinde geçen çalışmaların şirketlerin aynı kuruluşa bağlı olduğu gerekçesiyle birleştirilmesinin mümkün olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur.

14.3.2001 tarih ve 2001/225 E., 2001/3914 K. sayılı kararda; işçi, iş sözleşmesinin devri neticesinde devralan işveren yanında çalışmaya devam ederken, sözleşmenin sona erdiği düşüncesiyle devreden işverenden kıdem tazminatı isteğiyle dava açmış ve yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. Yargıtay özetle; bu durumun eski ve yeni işverenler ile işçinin rızalarıyla oluşan işçi devri ya da hizmet devrinden ibaret bulunduğunu ve iş hukukunda esneklik çerçevesinde caiz görüleceğini, iş sözleşmesinin henüz sona ermeyip devam ettiğini, devam eden bir akitteyse kıdem tazminatı istenemeyeceğini belirterek, yerel mahkeme kararını bozmuştur.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Bilim Komisyonu'nca hazırlanan İş Kanunu Tasarısı'nın "İş sözleşmesinin devri" başlıklı 7. maddesi şu şekildeydi:

"Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir.

Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile iş-

çi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır.

6. maddenin (a) bendinin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır.”

Maddede sözü geçen 6. maddenin (a) bendinin ikinci fıkrası ise; “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.” hükmünü içermektedir²⁵.

İş sözleşmesinin bir bütün olarak devri ile iş ilişkisinin taraflarının değişme olasılığı özellikle holding veya grup şirketler bünyesinde sıkça rastlanan bir durumdur. Farklı tüzel kişilikleri olan şirketlerden birinde çalışan bir elemanın işine gereksinim kalmadığı zaman, aynı çatı altında bir başka

320. maddesi ile ilişkisine bakıldığında bu maddenin iş sözleşmesinin devrine cevaz verdiğini söylemek mümkündür. Gerçekten, maddenin birinci fıkrası, “Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça, işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez.” şeklindedir ve ikinci fıkrası da, “İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi aynı kayıtlara tâbidir.” şeklinde olup, işverenin işin yapılmasını isteme hakkının başkasına devrini düzenlemiştir. Bu maddede söz konusu olan, sadece işçilerin bir işverenden başka bir işverene naklidir. Yoksa işyerinin (işletmenin) bütün halinde devri sonucu meydana gelen işveren değişikliği değildir. Kaldı ki, Borçlar Kanunu’nun 320. maddesinin işyerinin (işletmenin) devri sonucu meydana gelen işveren değişik-

Tasarıda yer alan hüküm incelendiğinde, devrin sadece grup veya holding şirketleri arasında olabileceği yönünde bir sınırlamanın olmadığı fark edilmektedir.

tüzel kişi işverenin yanında çalıştırılması söz konusu olduğunda, uygulamada bazen ilgili kişinin iş sözleşmesi feshedilmekte ve kendisine tazminatları ödenmektedir; bazen de işçinin de isteği ve kabulüne bağlı olarak iş sözleşmesi yeni işverene devredilmektedir²⁶.

Tasarıda yer alan hüküm incelendiğinde, devrin sadece grup veya holding şirketleri arasında olabileceği yönünde bir sınırlamanın olmadığı fark edilmektedir. Yargı kararlarına bakıldığında da iş sözleşmesinin devri için bu yönde bir sınırlamaya rastlanmamaktadır. Tasarı’daki hükme göre devir işleminin sonucu, devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisinin sona ermesi ve devralan işverenin tüm hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren sıfatını kazanmasıdır. Öte yandan, devrolunan işçinin, devredildiği işyerinde işe yeni giren işçi işlemi görmesi de engellenmiştir. Devir işçinin tüm hak ve borçları ile birlikte olacağına göre, işçinin ücretinde veya diğer haklarında devirle birlikte bir azaltma yapılması mümkün olmamak gerekir. Tasarı böylelikle, işveren değişikliğinin, sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişiklik olmaksızın gerçekleşmesini öngörmüştür²⁷.

İş sözleşmesinin devrinin Borçlar Kanunu’nun

liğini de kapsadığı iddia edilse bile, işyerinin bütün halinde devri kıdem tazminatı açısından (mülga) İş Kanunu’nun 14/II. maddesinde özel biçimde ve emredici olarak düzenlenmiş olduğu için, kıdem tazminatı söz konusu oldukça (mülga) İş Kanunu’nun 14/II. maddesinin uygulanacağında şüphe yoktur²⁸.

Mollamahmutoğlu’na göre; “İş sözleşmesinin devrinde, devirle birlikte işveren sıfatı bir başka kişiye geçmekte, sözleşme bu yeni işverenle işçi arasında varlığını sürdürmekte, eski işveren ile işçi arasında artık bir ilişki kalmamaktadır. Devirle, iş sözleşmesi bütün hak ve yükümlülükleriyle bir başka işveren tarafından üstlenildiğinden, işçinin devirden önceki işveren nezdindeki kıdemi ve buna göre sahip olduğu haklarını yeni işverene karşı da ileri sürebilmesi kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin devri, hukuken üç taraflı ilişkiler çerçevesinde değerlendirilebilecek bir devir sözleşmesi ile olur. Devir, her iki işveren arasında iş sözleşmesinin devrini konu edinen bir sözleşmeye işçinin rıza göstermesiyle gerçekleşebileceği gibi, kendine özgü bir sözleşmeyle de yapılabilir²⁹.”

*Güzel*e göre; “Konuya ilişkin ve isabetli olan Yargıtay kararları uyarınca iş sözleşmesinin devri

halinde, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti yönünden her iki işveren yanında geçen süreler birlikte değerlendirilecektir. Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüş, kıdem tazminatı açısından mülga 1475 sayılı Yasa m. 14/II hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanmasının adil olacağını, buna göre devreden işverenin kendi çalıştırdığı süre ve ödediği son ücret düzeyi ile sınırlı olarak sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, devralan işverenin kıdem tazminatının tamamını ödemesi halinde önceki işverene rücu noktasında da aynı hesap yöntemi belirleyici olmalıdır.

Öğretide belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devrinde ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinden sorumluluk hususunda, iş sözleşmesini devralan işverenin tek başına sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bu sonuç, sözü edilen işçilik alacağının niteliğinden doğmaktadır. İş sözleşmesinin devri ile işçinin önceki işveren nezdindeki süreleri, devralan işverence gözetildiğinden ve iş sözleşmesinin devri bir fesih niteliğinde olmadığından, izin hakkından sorumluluk da devralan işverene geçecektir. Yıllık izin ücreti, İş Kanunu uyarınca ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelmektedir.

Diğer tüm işçilik alacaklarından sorumluluk konusunda ise, bizim de benimsediğimiz çözüm tarzı olarak, iş sözleşmesinin devrinde benzer bir üçlü ilişkiyi düzenleyen İş Kanunu'nun 6. maddesinin uygulanarak, devir anında doğmuş bulunan her türlü hakların devralan işverene geçeceği, devreden işverenin bu haklardan sorumluluğu açısından da 6. maddedeki iki yıllık sürenin uygulanabileceği veya herhangi bir süre sınırı konulmayabileceği ifade edilmektedir. İki yıllık sürenin uygulanması daha isabetli olacaktır³⁰.

Her ne kadar İş Kanunu'nda düzenlenmese de iş sözleşmesinin devri müessesesi uygulamada varlığını sürdürmekte, üstelik öğretide ve Yargıtay kararları ile de mevcudiyeti kabul edilmektedir.

Çankaya-Çile göre, "İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının başkalaştırılması olarak da değerlendirilmez. Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçi iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde işbaşı yapmaması, düşüncemize göre işverence iş sözleşmesinin feshi niteliğindedir.

İşçinin önceden alınacak izniyle ya da iş sözleşmesine konulan bir hükme dayanılarak bu ilişkinin tesisi mümkün görülmemelidir. Öte yandan, iş sözleşmesinin devrinde işçinin devralan işverene ait işyerinde devreden işverene ait işyerinde çalıştığı işlere benzer işlerde çalıştırılması zorunluluğu olmasa gerekir.

İhbar tazminatı ile izin ücretinden iş sözleşmesini devralan işveren tek başına sorumlu olmalıdır. Bu sonuç, her iki işçilik hakkının özelliğinden doğmaktadır. İş sözleşmesinin devri ile işçinin önceki işveren nezdindeki süreleri devralan işverence gözetileceğinden ve iş sözleşmesinin devri bir fesih olmadığından, ihbar ve izin hakkı bakımından haklar da iş sözleşmesini devralan işverene geçecektir.

Konuyla ilgili Yargıtay kararlarından çıkan sonuç, iş sözleşmesinin devrinde ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti açısından devreden işveren ve devralan işveren yanında geçen çalışmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi şeklindedir. İş sözleşmesini devralan işveren, işçinin ileride hak kazanabileceği ve tüm süreye göre hesaplanacak olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücretinin tamamından sorumludur. 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesinin işçi naklinde de uygulanabileceğinin kabulü halinde, iş sözleşmesini devreden işverenin kendi çalıştırdığı süre ve ödediği son ücret seviyesi ile sınırlı olarak sorumlu olduğu kabul edilebilir. Esasen 14. maddenin devreden işveren yönünden sorumluluğunun belirlediği anılan hüküm, adil sonuçlar içermektedir. Son işverenin tamamını ödemesi halinde önceki işverene rücu noktasında da aynı hesap yönteminin belirleyici olması yerinde olur.

Diğer tüm işçilik haklarına gelince, bu konuda iki farklı çözüm tarzı benimsenebilir; öncelikle her bir işverenin çalıştırdığı dönemle sınırlı sorumlu

olduğu kabul edilebilir ki, iş sözleşmesini devralan işverenin önceki işveren döneminde doğmuş bulunan işçilik alacaklarından sorumlu olduğu yasalarımızda düzenlenmemiş olmakla bu çözüm şekli daha çok hukuka uygun gelebilir.

Bu konuda ikinci bir görüş olarak, devir anında doğmuş olan her türlü hakların devralan işverene geçeceği de varsayılabilir. Bu yorum tarzının işçi lehine olduğu açıktır.

İşçinin iş sözleşmesinin devrinin bir sonucu da, devreden işveren yanında geçen hizmetlerin işçinin iş güvencesinden yararlanması ön koşulu olan altı aylık kıdem hesabında dikkate alınması gerektiğidir³¹.”

Akyiğit'e göre; “Her ne kadar sözleşmenin devri/üstlenilmesi yasada düzenlenmemişse de, işyerinin başkasına intikali bağlamında yasada kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin için öngörülen kimi hükümlerdeki çözümün, içerdiği menfaatler dengesine uygun olarak bu olayda da kıyasen (örnekseme yoluyla) uygulanması yerinde bir tutum olacaktır. Ancak işyerinin başkasına devri durumunda işçinin kıdem tazminatından ve ticari işletmenin devri bağlamında borçlardan (BK. 179-181) eski işverenin de sorumluluk taşıdığı gerçeği, işyeri değil de sözleşmenin devrinde yaşanabilecek mi sorusunu çağırıştır. Menfaatler dengesi aynı çözümün burada da benimsenmesini icap ettirir³².”

Başbuğ'a göre; “Yasa ön tasarısı, iş sözleşmesinin üçüncü bir kişiye devrini mümkün görmekle beraber, bu devir işleminden dolayı işçinin yasadan ya da sözleşmeden doğan bazı haklarını da garanti altına almıştı. İşyerinin devrine ilişkin hukuki sonuçlar, iş sözleşmesinin devrinde de uygulanacaktır. Sözleşmeyi devralan üçüncü kişi özellikle, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin gibi yasanın hizmet süresine bağladığı; işten çıkarmada hizmet süresine göre bir sıralamanın yapıldığı ya da ücretin ve terfinin hizmet süresine göre belirlendiği sözleşme hükümlerinde hizmet süresi bu esasa göre hesap edilecektir³³.”

Buraya kadar olan açıklamalar göstermektedir ki, her ne kadar İş Kanunu'nda düzenlenmese de iş sözleşmesinin devri müessesesi uygulamada varlığını sürdürmekte, üstelik öğreti ve Yargıtay karar-

Kıdem tazminatından sorumluluk hususunda, kıdem tazminatının işveren üzerindeki yükünde bir iyileştirme yapılmaksızın getirilecek çözümler hep tartışmaya açık olacaktır.

ları ile de mevcudiyeti kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin devrinin yukarıda I. Bölüm'de açıkladığımız kavramlarla aynı olmadığı, kendine özgü bir yapısı olduğu da açıktır. Diğer yandan, hukuki sonuçları açısından en çok, işyerinin devri müessesesi ile mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan ve kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinden yararlanılmaktadır.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin devrinin üçlü bir protokolle yapılması gerektiği tartışılmamalıdır. Zira burada iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla bir başka işverene devri ile işveren tarafı değişmekte ve sonraki dönemle birleşmektedir, bunun için de işçinin muvafakatine ihtiyaç vardır. Muvafakat hususunda olması gerekenin, muvafakatin devir anında alınması yönündeki görüşün yanı sıra, bu iznin sözleşmenin başında da alınabilmesi şeklindeki görüşe de itibar edilmelidir. Her iki halde de dürüstlük kuralı (Medeni Kanun m. 2) ilkesi ihlal edilmemelidir. Gerçekten, Yargıtay'ın “feshin son çare olması” ilkesi yönünde verdiği kararlar dikkate alındığında, ileride o işçinin bu ilke gereği fazla çalışmaların kaldırılması, ücretsiz izin verilmesi ya da eğitim verilerek başka bölümde değerlendirilmesi gibi yollar tüketilmesine rağmen istihdamının mümkün olmadığı, eşdeyişle istihdam fazlası olduğu durumlarda, başka bir işverene devredilerek haklarının ve sözleşmenin devamının iş sözleşmesinin devrine yönelik muvafakatin baştan alınması ile de sağlanmasının, söz konusu ilkeye uygun düşeceği söylenebilir. Tekrar edelim ki muvafakatin baştan alınması, bunu bir meslek haline getirmek gibi Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırılık teşkil edecek amaçları taşımaması gerekir.

İş sözleşmesinin hukuki sonuçları açısından, kıdem tazminatından öncelikle devralan işverenin tüm süre ile sorumlu tutulması yönündeki kararlar ve görüşlere katılmaktayız. Zira iş sözleşmesinin devri bir

fesih niteliğinde değildir. Bu suretle, işçinin iş sözleşmesi devir ile sona ermemekte, sadece başka işveren nezdinde devam etmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki; kıdem tazminatından sorumluluk hususunda, kıdem tazminatının işveren üzerindeki yükünde bir iyileştirme yapılmaksızın getirilecek çözümler hep tartışmaya açık olacaktır.

Devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu konusunda ise; hiç değilse kendi dönemi ve ödediği son ücret ile sorumlu tutulması yönündeki ağırlıklı görüşün tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Her şeyden önce, iş sözleşmesinin devir ile sona ermediğini kabul ederken, bu defa, sözleşmenin ileride son bulması halinde, sözleşme sanki devir tarihinde sona ermiş gibi devreden işvereni o dönemle sorumlu tutmanın kendi içinde bir çelişki yarattığına inanmaktayız.

Bu konuda diğer bir sorun, devralan işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinden sonra işçinin işe iade davası açması ve kazanması ile gündeme gelebilecektir. İşçiye ödenecek işe iade tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden acaba devreden işvereni yine sorumlu tutacak mıyız? Bu hususun da tartışılması gerekir.

İş güvencesi konusunda öğretilerde işçinin altı aylık kıdemini hesabında, devreden işveren yanında geçen sürelerin dikkate alınacağı yönünde görüş bildirilmekle birlikte; devreden işverenin 30 kişiden fazla işçi çalıştırmasına rağmen devralan işverenin daha az işçi çalıştırması durumunda sözleşmenin sona ermesi bakımından işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılmamıştır. İş Kanunu'nun amir hükmü olan 18. maddesinde yer alan iş güvencesinden ya-

İhbar tazminatından devralan işvereni tek başına sorumlu tutarken, kıdem tazminatından devreden işvereni kendi dönemi ile sorumlu tutmanın, sırf 14. maddede kıdeme ilişkin hüküm olmasına dayandırılmasının tartışmaya değer olacağı inancındayız.

Diğer yandan, devir tarihinden yıllar sonra sözleşmenin sona ermesi halinde, devreden işvereni kendi döneminde ödediği son ücret ile sorumlu tuttuğumuzda, ödenecek meblağın sözleşmenin sona erdiği tarihe göre önemsiz hale gelecek kadar değer kaybetmesi ihtimalinde nasıl bir çözüm yolu bulunacaktır?

Bir başka sorun da, iş sözleşmesinin devralan işverence kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdirilmesi ya da işçinin istifa etmesi halinde yaşanabilecektir. Sözleşme nihayetinde kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdiğinde yine devreden işvereni kendi dönemiyle sorumlu mu tutacağız? Böyle bir sonuca gidilmesinin hukuken mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Çünkü devir ile iş sözleşmesi kesinleştiği olarak yeni işveren nezdinde devam edeceğinden, sözleşmenin sona erme şekli her iki işveren için de geçerli olmalıdır. Devralan işveren açısından kıdeme hak kazandırmayacak şekilde sona ermeyi kabul edip, devreden işveren açısından aynı sonuca varmanın hukuken mümkün olması gerekir.

rarlanma şartlarının söz konusu işçi bakımından bir kısmının gerçekleştiği dikkate alındığında nasıl bir çözüme varılacaktır? Bu husus da tartışmaya değer ve çözüm bekleyen bir başka konudur.

Devreden işverenin sorumluluğunun, İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen işyerinin devrindeki gibi iki yıllık süreyle kabul edilebileceği şeklindeki görüşün, biraz önce ifade ettiğimiz sınıkların hiç değilse bir kısmının çözümü açısından değerlendirilebileceği söylenebilir. Yine de bu görüşün de tartışılması gerektiğini ifade edebiliriz.

İhbar tazminatı ve yıllık izin süresinden sorumluluk esasına ilişkin; bu hakların ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile kazanılacağı, bu sonucun her iki işçilik hakkının özelliğinden doğduğu, 14. madde uyarınca kıdem tazminatında her iki işverende geçen sürelerin birleştirilmesi gerektiği ve yıllık izin ücretinin de ancak sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel hale geleceğinden bahisle, bunlardan sadece devralan işverenin tek başına sorumlu tutulması gerektiği yönündeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay kararlarına mevcut hukuki düzenlemeler ışığında katılmaktayız. Ancak burada ihbar

İş sözleşmesinin devrine ilişkin kapsamlı ve özel bir düzenleme gereklidir.

tazminatından devralan işvereni tek başına sorumlu tutarken, kıdem tazminatından devreden işvereni kendi dönemi ile sorumlu tutmanın, sırf 14. maddede kıdeme ilişkin hüküm olmasına dayandırılmasının tartışmaya değer olacağı inancındayız. Zira 14. maddenin iş sözleşmesinin devrini kapsayıp kapsamadığı da öğretilerde tartışılmıştır. Kaldı ki, kıdem tazminatına ilişkin yapılması öngörülen yasal değişikliklerin ne yönde olacağı da kesinlik kazanmamıştır. Diğer yandan, yıllık izin alacağının ancak sözleşmenin sona ermesinde muaccel hale geleceği İş Kanunu'nun 59. maddesinde amir hüküm olarak düzenlenirken, devir ile sözleşmenin sona ermediği kabul edilirken ve bundan devreden işvereni sorumlu tutmazken, sözleşme devir tarihinde sona ermiş gibi kıdem tazminatından devreden işvereni kısmen de olsa sorumlu tutmak da ayrı bir çelişkidir.

Diğer işçilik alacaklarından devreden işverenin sorumluluğu hususunda; öğretilerde buna yönelik ağırlıklı görüş oluşmadığından, bu konuda dile getirilen ve yukarıda ifade edilen her iki görüşün de tartışılması yerinde olacaktır. Konuya getirilecek çözümün Medeni Kanun'un 2. maddesinin ruhuna uygun olması gerektiği ifade edilebilir.

Yasalaşması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısı'nda iş sözleşmenin devri şu şekilde düzenlenmektedir:

“Sözleşmenin devri

Madde 433- Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin rızası alınmak suretiyle sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

Devir işlemiyle birlikte, devreden işveren ile işçi arasındaki hizmet ilişkisi sona erer ve devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.”

Söz konusu hüküm, İş Kanunu'nda bu müessesenin düzenlenmemesi halinde önem kazanacaktır. Zira İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devri düzenlenmez ise, Borçlar Kanunu “genel kanun” ol-

ması niteliği ile, iş sözleşmesinin devrinde uygulanacak ve bugünkü mevzuatta yaşanan sorunlar devam edecektir. Çünkü yukarıdaki hüküm, İş Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme ile neredeyse aynıdır ve ne yazık ki yazımızda işaret ettiğimiz sorunlara ancak sınırlı ölçülerde yanıt getirmektedir. Örneğin buradaki düzenlemede Tasarı'da yer alan ve devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu yönündeki atfı dahi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; ister holdinge bağlı işyerleri arasında isterse başka işyerleri arasında olsun, iş sözleşmesinin devrine ilişkin kapsamlı ve özel bir düzenleme gereklidir. Zira esneklik hükümleri gereği bu tip devirler artık hukukumuzda kabul edilmekte ve iş güvencesi kapsamında feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda da iş sözleşmesinin devam etmesine hizmet etmektedir. Yapılacak düzenlemede İş Kanunu Tasarısı, Borçlar Kanunu Tasarısı ve mülga İş Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan ve kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesindeki hükümlerin ve kıdem tazminatındaki muhtemel yasal değişikliklerin yanı sıra, yukarıda sakıncalarını belirttiğimiz tüm hususların dikkate alınması zaruridir. Özellikle kıdem tazminatından sorumluluk hususunda, kıdem tazminatının işveren üzerindeki yükünde bir iyileştirme yapılmaksızın, iş sözleşmesinin devri konusunda bir yasal düzenlemeye gidilmesi düşünülemez. Aksi halde, iş sözleşmesinin devri yasalarımızda yer alsa bile, eksiklikleri yine yargı kararları ile giderilmeye çalışılacak; bu da hem zaman kaybına hem de mahkemeler üzerindeki iş yükünün artmasına sebep olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2000, s. 891.
- 2 OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., s. 894.
- 3 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 240.
- 4 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., s. 894.
- 5 AKYİĞİT, Ercan, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2001, s. 42.
- 6 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 272.

- 7 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 269 vd.; OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., s. 926 vd.
- 8 OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., s. 937.
- 9 Bkz. dn. 7.
- 10 Bkz. dn. 5.
- 11 BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs/Ağustos 2003, s. 10.
- 12 EKMEKÇİ, Ömer, Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/2004, s. 367.
- 13 DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, MESS, MERCEK, Temmuz 2003, s. 83.
- 14 Aynı ve benzer yönde görüşler için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, s. 370; ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s. 147.
- 15 Aynı ve benzer yönde görüşler için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, s. 367; ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 144.
- 16 ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 146.
- 17 EKMEKÇİ, Ömer, s. 372.
- 18 Aynı ve benzer yönde görüşler için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, s. 372; ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 147 vd.
- 19 EKMEKÇİ, Ömer, s. 373.
- 20 Aynı yönde görüş için bkz. ODAMAN, Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2007, s.282.
- 21 ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 181.
- 22 ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 181.
- 23 Bu konudaki görüşler için bkz. GÜZEL, Ali, Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (yayımlanmamış tebliğ), ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 186, 192 vd.; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004, s. 63, dn. 23 ve orada atıfta bulunulan yazarlar; bu hükmün kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. AKYİĞİT, Ercan, s. 45.
- 24 Aynı ve benzer yönde görüş için bkz. ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 244.
- 25 Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminat Fonu Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, MESS, 2. Baskı.
- 26 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 94 ve dn. 57'de atıfta bulunulan yazarlar.
- 27 EKMEKÇİ, Ömer, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine (Tebliğ), Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Seminer Notları, 25-29 Eylül 2002, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Marmaris, 2002, s. 89.
- 28 TUNÇOMAĞ, Kenan, İşyerinin Devri ve Kıdem Tazminatı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Türk Kamu-Sen, İstanbul, 1991, s. 369 vd; ayrıca, aynı ve benzer yönde görüşler için bkz. dn. 22.
- 29 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2005, s. 232 vd.
- 30 GÜZEL, Ali, Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (yayımlanmamış tebliğ).

31 ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, s. 244 vd.

32 AKYİĞİT, Ercan, s. 44 vd.

33 BAŞBUĞ, Aydın, s. 11 vd.

KAYNAKÇA

- OĞUZMAN, Kemal M. - ÖZ, Turgut M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, 2000.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.
- AKYİĞİT, Ercan, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2001.
- BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs/Ağustos 2003.
- EKMEKÇİ, Ömer, Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/2004.
- DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, MESS, MERCEK, Temmuz 2003.
- ÇANKAYA, Osman Güven - ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.
- GÜZEL, Ali, Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (yayımlanmamış tebliğ).
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004.
- Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminat Fonu Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, MESS, 2. Baskı.
- EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2005.
- EKMEKÇİ, Ömer, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine (Tebliğ), Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Seminer Notları, 25-29 Eylül 2002, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Marmaris, 2002.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, İşyerinin Devri ve Kıdem Tazminatı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Türk Kamu-Sen, İstanbul, 1991.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2005.
- ODAMAN, Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2007.

Prof. Dr. A. Can TUNCA

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşe İadede 30 İşçi Ölçütününün Yorumu

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/32297

Karar No : 2007/3272

Tarihi : 12.02.2007

KARAR ÖZETİ

158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

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

KARAR

Davacı işi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde toplam 10 işçinin çalışması nedeni ile davacının işe iade talebinde bulunamayacağını, iş sözleşmesinin şirketin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeni ile feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı şirketin Türkiye'de tek şubesinin bulunduğu, davacının bu şubede çalıştığı, fesih tarihi itibari ile işyerinde çalışan sayısının 30'dan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının merkezi İsviçre'de bulunan davalı şirketin İstanbul'da bulunan şubesinde çalıştığı, iş sözleşmesinin adı geçen firma temsilcisi tarafından imzalandığı, işe giriş bildirgesinin Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirildiği ve iş sözleşmesinin feshinin de yine anılan firma temsilcisi tarafından gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kısaca "İş Güvencesi Kanunu" olarak adlandırılan 4773 sayılı Kanunda on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu sayı 30'a çıkarılmış; 18. maddede bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından ge-

rekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Davalı işveren, fesih bildiriminde Avrupa Bölgesindeki gelirlerinin ve karlılıklarının önemli ölçüde azalması sebebi ile yönetim yapısının yeniden organize edilmekte olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiş ise de, bu hususta yeterli kanıt sunmamıştır. Bu nedenle, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.

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

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

- 1) İstanbul 5. İş Mahkemesi'nin 12.10.2006 gün ve 14-817 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
- 2) Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının Türkiye'deki işine iadesine,
- 3) Davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 4 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine,
- 4) Davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,
- 5) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 6) Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 450.-YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,
- 7) Davacı tarafından yapılan (33.50) YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,
- 8) Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 12.2.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

I. Karara konu olan iş akdinin feshi olayı, merkezi İsviçre olan bir firmanın Türkiye'deki şubesinde meydana gelmiştir. Şubeden işçi çıkarılmasına neden olarak, yabancı şirketin Avrupa'daki gelirlerinin ve

Bir yasanın yurtdışında uygulanamayacağına dair hüküm içermesi hiç de olağan bir yasa yapma tekniği değildir.

kârlılık durumunun önemli ölçüde azalması ve yönetimin yeniden yapılanma ihtiyacı gösterilmiştir. İşe iade davasına bakan iş mahkemesi şubede 10 işçi çalıştırıldığını ve bu sayının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için aranan sayının (30 işçi) altında olduğunu gerekçe göstererek iş akdi feshedilen davacının talebini reddetmiştir.

Yargıtay 9. HD, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için söz konusu Kanun'un 18. maddesinde belirtilen 30 işçi ölçütü kapsamına şirketin yurtdışında bulunan aynı işkolundaki diğer işyerlerinde çalışan işçilerinin de gireceğini öne sürerek, davacının iş güvencesinden yararlanması gerektiğini ve esasen davalı şirketin feshe neden gösterdiği kârlılığın azalmasını ve yeniden yapılanma gereğini kanıtlayacak yeterli belge sunamadığını gerekçe göstererek davacının işe iadesine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin çok tartışma götürür nitelikteki bu kararına gerekçe yaptığı şu tespiti ise daha çok tartışılır niteliktedir. “..Kanunkoyucu tarafından yurtdışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır”. Oysa yasalarda olağan duruma dokunulmak istenmediği durumlarda bir açıklama yapılmaması esas olup olağan durumun tersinin amaçlandığı durumlarda ise bu konuda açık bir hükme yer verilmesi gerekir. Hele bir yasanın yurtdışında uygulanamayacağına dair bir hüküm içermesi hiç de olağan bir yasa yapma tekniği değildir. Çünkü yasalar kural olarak onları çıkaran devletin ülkesinde uygulanır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu argümanını paylaşma olanağı bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkeme, yukarıya aldığımız bu çok yeni 12.2.2007 tarihli kararından önce verdiği 3.7.2006 tarih ve E.9818, K.19560 sayılı kararında da hemen hemen aynı sonuca varmıştır. Yalnız o kararda işçi çıkartılan yer, merkezi Almanya'da bulunan bir radyo televizyon şirketinin (Bayerischer Rundfunk München) Türkiye'deki irtibat bürosudur. O kararda

da 30 işçi ölçütünün tespitinde firmanın Almanya'da bulunan aynı işkolundaki diğer işyerlerinde çalışan işçi sayısı göz önünde tutularak ve fesih nedeni olarak gösterilen işlerdeki azalma, teknolojik gelişme ve işyerinde yeniden yapılanma savunması yeterli görülmeyerek işe iade kararı verilmiştir. Oysa Yargıtay'ca kararı bozulan iş mahkemesi, yasaların mülkiyeti ilkesini gerekçe göstererek işe iade davasını reddetmişti. Bilindiği gibi ne şubenin, ne de irtibat bürosunun tüzel kişiliği bulunmadığı için davanın tüzel kişiliğe, yani şirkete karşı açılması gerekir. Karardan tam olarak anlaşılammakla birlikte davada böyle yapılmış olduğunu tahmin ediyoruz.

Yargıtay'ın bu önceki kararı birkaç ay önce inceleme konusu yapılmış ve devletler hususi hukuku alanında son yıllarda ortaya atılan yabancı unsur taşıyan sözleşme ilişkilerine “doğrudan uygulanan kurallar” teorisi dayanak yapılarak sonuçta karar isabetli bulunmuştur¹. Biz ne Yargıtay kararındaki görüş ve sonuca, ne de sözünü ettiğimiz karar incelemesindeki görüşlere katılabiliyoruz.

II. 1475 sayılı İş Kanunu ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe girdiğinde, Türk İş Hukukunda ilk kez işçiye işverenin keyfi fesihlerine karşı koruma (iş güvencesi) getirilmiştir. İş güvencesi getirmekle birlikte bunun kapsamını sınırlayan 4773 sayılı Yasa, iş güvencesinden yararlanacak olan işçilerin en az 6 aylık kıdeme sahip olmalarının yanı sıra çalıştıkları işyerinde işçi sayısının en az 10 olması şartını da getirmiştir. Böylece bazı sosyal ve ekonomik düşüncelerle küçük işletmeler ve işyerleri iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında tutulmak istenmiştir. Bu durum yeni iş güvencesi sistemine dayanak teşkil eden ve T.C. tarafından 1994 yılında onaylanan 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin, bazı çalışan kesimlerin Sözleşmenin kısmen ya da tamamen kapsamı dışında bırakılabileceğine dair hükmüne uygun düşmekteydi. Daha sonra 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesinin kapsamını daraltarak 4773 sayılı Yasa'nın getirdiği 10 işçi ölçütünü 30'a çıkarmıştır. Bu değişikliğin gerçekçi olup olmadığı, iş güvencesi sisteminin etkinliğini azaltıp azaltmadığı, anayasal eşitlik ilkesine ters düşüp düşmediği tartışmalarını² bir yana bırakarak bu incelemede 30 işçi ölçütünün nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğine odaklanmak istiyoruz.

Nitekim, 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesine göre "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır... İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir." Otuz işçi ölçütüne işverene sadece iş akdiyle bağlı olan çalışanlar girer. İş sözleşmesinin türü önemli değildir. Sözleşme belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilir. Tam zamanlı sözleşme olabileceği gibi kısmi zamanlı sözleşme de olabilir. 5188 sayılı Kanuna tâbi özel güvenlik görevlileri, hatta iş güvencesinden yararlanamayan işveren vekilleri de bu sayıya dahildir³. Bu çalışanların devamlı olarak işyerinde bulunmasına gerek olmayıp izinde olanlar, kaza, doğum ve hastalık nedeniyle raporlu olanlar da hesaba katılır⁴. Ancak geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlar bu sayıya dahil edilemezler. Çünkü bu çalışanlar esasen kendisini geçici olarak gönderen işverenin bordrosundan ücret almaya devam etmektedirler. Ayrıca işletmede çalışan çıraklar, stajyer öğrenciler, meslek öğrencileri, sözleşmeli personelde iş akdi ile çalışmadıklarından hesaba katılmazlar⁵.

Otuz işçi kıstasına hangi andaki sayının esas alınacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre yasa metni açık olup feshin yapıldığı esnada işyerinde çalışan işçi sayısının esas alınması gerekir⁶. Bir başka görüşe göre ise bu sonuç iş güvencesinden yararlanmayı değişken işçi sayısına ve tesadüflere bağlı kıldığı için adil sayılmaz, iş güvencesinden beklenen amaca uygun düşmez. Bu nedenle Alman Hukukunda da kabul edilen görüşe uygun olarak işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan işçi sayısına göre hareket etmek daha doğru olur⁷. Bu görüş doktrinde taraftar bulmuştur⁸. Bize göre bu görüş de varsayım dayalı olması bir yana, varsayım dayalı bu tespitin yapılması hayli güç olduktan başka işverenin işletmesel kararına bir anlamda müdahale edici niteliktedir. Ayrıca varsayım dayalı sayılar işletmeler arasında eşitsizlik de yaratacaktır. Yasa koyucu otuz işçi ölçütünde bu kadar ince hesaplar yapılmasını istemiş olsaydı bunu metinde açıkça belirtebilirdi. Ni-

tekim Yargıtay da fesih tarihindeki işçi sayısının işe iade davası açan işçilerle birlikte belirlenmesine karar vermiştir⁹.

İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bu işyerlerindeki toplam işçi sayısına göre 30 işçi ölçütünün aranması bir bakıma işyerlerinin parçalara ayrılarak Kanunun dolanılmasına izin verilmemesi içindir¹⁰.

Ekleyelim ki, tarım ve orman işletmesi söz konusu olduğunda burada çalışanların iş güvencesinden yararlanabilmeleri işletmede en az 50 işçi çalıştırılmasına bağlıdır (İş. K.md. 4/b). Nihayet 30 işçi ölçütü konuluş amacı yönünden ele alındığında kanımızca da nispi emredici nitelikte bir hüküm olup sözleşmelerle işçiler lehine indirilebilir hatta kaldırılabilir¹¹.

III. Bize göre olaydaki işe iade davası Yargıtay'ın bir önceki (3.7.2006) tarihli kararı ile bozulan iş mahkemesi kararındaki gerekçe ile, yani yasaların yer yönünden uygulanmasında geçerli olan "mülkiyet esası" gereğince yurtdışında çalışan işçilerin söz konusu sayıya dahil edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmeliydi. Çünkü olaydaki işyeri Türkiye'de kurulu iken işten çıkarılan işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırabilmek amacıyla 30 işçi ölçütü Yüksek Mahkeme'ce işyerinin sahibi yabancı şirketin yurtdışındaki diğer işyerlerine kadar genişletilmiştir. Bir diğer ifade ile Yasa'nın uygulama alanı Avrupa'ya ya da yurtdışındaki başka işyerlerine kadar uzanan daha geniş bir alana yayılmıştır. Bunun doğru bir yaklaşım olduğunu sanmıyoruz. Gerçekten bu yaklaşım yasaların uygulanması açısından esas olan ilkeye, yani mülkiyet (ülkesellik) esasına aykırıdır.

Uluslararası hukukta hukuk kurallarının uygulanması açısından iki temel ilke vardır: Ülkesellik ve kişisel ilkesi. Hukuki ihtilafa yol açan olay ya da ilişki nerede ortaya çıkmışsa o ülke hukuk kurallarının uygulanmasını kabul eden ilkeye ülkesellik (mülkiyet) ilkesi denir. Bu sistemde ülke sınırları içerisinde yaşayan, çalışan herkes yabancı, vatandaş ayırımı yapılmaksızın o devletin hukukuna tâbi olur. Bu ilke, her devletin sahip olduğu egemenliğe dayanarak ülkesinde kendi hukukunu uygulamak istemesinin doğal bir sonucudur. Nitekim, Yargıtay HGK, bir Suudi Arabistan şirketine ait işyerinde çalışmakta olan Türk işçisinin orada uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre tespitine ilişkin isteği, olaya mülkiyet esası gereğince 506 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı

gerekçesiyle geri çevirmiştir¹². Bununla birlikte bu ilke her olayda mutlak olarak uygulanması gereken bir ilke de değildir. Özellikle vatandaşlarının kendi ülkelerindeki özel hukuktan ve sosyal güvenlikle doğan bazı haklarını (ehliyet, evlilik, miras, sosyal sigorta gibi) korumak amacıyla, bu ilke, bazı durumlarda yerini diğer bir ilkeye, kişisel ilkesine terk eder. Bu ilkeye göre kişi nereye giderse gitsin, isterse ülkesi dışında bulunsun vatandaşı olduğu ülke hukuku onu izler¹³.

Öte yandan uluslararası özel hukukta, bir kanunlar ihtilafı konusu vardır. İçinde yabancılik unsuru taşıyan olay sözleşme ve uyuşmazlıklara uygulanacak kural ve ilkeleri belirler. Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku aralarında anlaşarak belirlemedikleri durumlarda her hukuk düzeni bazı bağlama kuralları belirlemiştir. Bunlar hukuki ilişkinin niteliğine ve özelliğine göre kimi durumlarda sözleşmenin yapıldığı yer kanunu, kimi durumlarda sözleşmenin ifa yeri kanunu veya ikametgâh kanunu ya da hakimin kanunu olabilir¹⁴. İçinde yabancı unsur taşıyan bir iş ilişkisinin ya da sözleşmesinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığa genelde işin yapıldığı yer kanunu (lex loci contractus) uygulanır. Bununla birlikte olayın özelliğine göre işletme merkezinin bulunduğu yer kanunu, sözleşmenin yapıldığı yer kanunu, tarafların vatandaşlıkla bağlı oldukları ortak devletin kanunu da (ortak hukuk) olabilir. Buradaki temel saik, Türk iş hukukunun işçiyi daha çok koruyabilecek nitelikte olduğu varsayımdır. Bu bağlamda Yargıtay Türk işverenin Libya'daki işyerinde çalışmış Türk işçisinin kıdem tazminatı talebine ilişkin uyuşmazlıkta Türk İş Hukukunun uygulanmasına karar vermiştir¹⁵. Bazı durumlarda da işçinin geçici olarak yurtdışına gönderilmesi halinde çoğunlukla gönderen işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır ki buna "yayma teorisi" adı verilir¹⁶.

Ülkemizde 22.5.1982'den beri, uygulanmakta olan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. maddesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine öncelikle tarafların açık olarak seçtikleri hukukun, böyle bir karşılaştırma bulunmayan durumlarda borcun ifa yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Eğer borcun ifa yeri birden fazla ise borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edileme-

İçinde yabancı unsur taşıyan bir iş ilişkisinin ya da sözleşmesinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığa genelde işin yapıldığı yer kanunu (lex loci contractus) uygulanır.

diği hallerde sözleşmenin en yakın bağlılığının bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bu kuralı iş ilişkisine uyguladığımızda, içinde yabancı unsur taşıyan iş sözleşmeleri öncelikle işin görüldüğü yer hukukuna tâbi olacaktır. Ancak iş ilişkisinin içindeki yabancılik unsurunun ağırlığına, hukuki ilişkinin özelliğine göre başka hukuklarda (işletme merkezi, sözleşmenin yapıldığı yer ya da hakimin hukuku) uygulama alanına sahip olabilecektir¹⁷.

IV. Karara konu olayda ise, iş sözleşmesi Türkiye'de yapılmıştır. Çalışan Türk vatandaşıdır. İş Türkiye'de görülmektedir. Sadece işveren yabancıdır. İşçi Türk yasalarına göre işten çıkarılmıştır. Böyle bir ilişkiye Türk iş hukuku kurallarının uygulanması kadar doğal bir şey olamaz. Ülkesellik ilkesi bunu gerektirir.

Yüksek Mahkeme, iş güvencesini işletmenin büyüklüğü açısından sınırlayan ve 30 işçi ölçütü getiren Yasa'nın 18. maddesindeki "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" hükmünü aynı işverenin yurtdışındaki işyerlerine kadar genişleten bir yorum yapmıştır. Oysa İş Kanunu'nun hiçbir yerinde, hatta madde gerekçesinde dahi bu yoruma olanak tanıyan en ufak bir açıklık yoktur. Yüksek Mahkeme bu yorumuyla sadece 4857 sayılı Yasa'nın uygulama alanını değil, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesine göre çıkarılan İşkolları Tüzüğü'nün uygulama alanını da yurtdışına kadar genişletmiş olmaktadır. Kaldı ki, her ülkede işkolları farklı kapsamda ve sayıda düzenlenmiştir. Örneğin bizde 28 iken Almanya'da işkolu sayısı 16, İngiltere'de 12'dir. Bazı ülkelerde hem işkolu, hem de işyeri esasına göre sendikacılık yapılmaktadır. Yabancı ülkedeki şubenin (ya da irtibat bürosunun) bağlı olduğu merkezdeki işkollarının bizim işkollarıyla her zaman özdeş olduğu herhal-

de iddia edilemez. Bu gerçek karşısında 30 işçi ölçütü belirlenirken yurtdışındaki işyerleri de hesaba katıldığında her zaman sağlıklı sonuç alınması mümkün olmayacaktır.

Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 4773 sayılı Kanun'la getirilen 10 işçi ölçütünü 30'a çıkartarak iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını daraltmış olması da Yüksek Mahkeme'ye bir tür düzeltme yapar gibi iş güvencesini uygulama uğruna işverenin yabancı ülkelerdeki işyerlerini aynı işkolundaki işyerlerine dahil etme yetkisi vermez. Ne yazık ki, karar metninde çok açık olmasa da böyle bir amaç izlendiği izlenimi mevcuttur. Bize göre 30 işçiyi tutturmak için aynı işverenin yurtdışındaki işyerlerini de hesaba katmak yasa koyucunun açık iradesini aşmak olur.

Bu mantık 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tâbi gazetecilerin de (eğer gazete işletmesinin yurtdışında başka işyerleri varsa bunların da) 30 işçi ölçütüne girmeleri sonucunu doğuracaktır. Hatta bu mantık işi daha da abartılı boyutlara götürerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulanmasını belli sayıda işçi çalıştırmaya bağlayan hükümlerinin yurtdışında da uygulanması sonucunu ortaya çıkaracaktı. Öyle ki yabancı ülkelerde şubeleri ya da işyerleri bulunan tarım ve orman işletmelerinde İş Kanunu'nun uygulanabilmesi için aranan 50 işçi sayısına (md.4/b) böylelikle ulaşmak mümkün olabilecektir. Ya da İş K. md. 80 gereği iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak için, İş K. md. 81 gereği işyeri hekimi, İş K. md. 82 gereği iş güvenliği mühendisi ve teknik eleman çalıştırmak için aranan 50 işçi sayısı gene bu yolla sağlanabilecektir. Her ne kadar İş K.md. 30 işyerlerinde özürlü ve eski hükümlü çalıştırmak için en az 50 kişinin çalıştırılmasını öngörüyorsa da Yasa işverenin birden fazla işyerine sahip olması halinde toplam sayıya göre davranılmasını işyerlerinin aynı işkolunda değil, aynı il sınırları içinde bulunması şartına bağlamıştır. Ülkede yabancı şirketlerin şube veya irtibat bürosu açmaları onların tamamen işletmesel kararının sonucu olup bunların sayısının çoğalması Yüksek Mahkeme'ye işçiyi feshe karşı koruma uğruna fesih için yurtdışındaki işyerlerini de hesaba katma hakkı vermez. Bu değişiklik ancak yasa koyucunun işidir.

V. Durum böyle iken doktrindeki bir kısım yazarlar Yargıtay'ın 30 işçi ölçütünü aynı işverenin

yabancı ülkelerdeki diğer işyerlerinde çalıştırılan toplam işçi sayısına kadar yaymasını, uluslararası özel hukukta "doğrudan uygulanan kurallar" teorisine dayanarak isabetli bulmuşlardır¹⁸. Biz Yargıtay'ın incelediğimiz kararının dayanağının bu teori olamayacağını düşünüyoruz. Bu teori taraftarları devletin ekonomik, sosyal ve politik yapılanmasını sağlamaya yönelik hukuk kurallarının özellikle ekonomik yönden zayıf durumda olan kişilerin (tüketici, işçi, sigortalı, vs.) korunması amacıyla yabancı ülkedeki hukuki ilişkilere dahi uygulanabileceğini savunurlar¹⁹. Bu kuralların temel özelliği, iç hukuk düzeninin ekonomik ve sosyal tutarlılığını sağlamak için vazgeçilmez oldukları, sadece tarafların çıkarına hizmet eden bir nitelikte olmaması ve özellikle güçlü bir kamu yararına hizmet amacı taşımalarıdır²⁰. Bir başka ifade ile doğrudan uygulanan hukuk teorisi, devletin korumak istediği sosyal ve ekonomik çıkarlar ve güttüğü sosyal ve ekonomik politikanın sonucu olarak özel kişiler arasındaki yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanan hukuk kurallarının iç hukukla sınırlı kalmayıp uluslararası alana yayılmasını ifade eder²¹. Aslında bu kurallar ülkeden ülkeye, zamandan zamana değişkenlik gösterirler²². Daha çok iş hukuku alanına giren konularda işçinin korunmasını, ekonomik alanda tüketicinin ve kiracının korunmasını, sosyal alanda ailenin, çocuğun korunmasını amaçlayan kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğu ileri sürülür²³. Sözü edilen incelemede sonuç itibarıyla, iş güvencesini ilgilendiren hükümlerin işçiyi koruyucu özelliği nedeniyle yurtdışı ilişkilere dahi doğrudan uygulanabileceği ileri sürülmektedir²⁴.

Biz İş Kanunu'nun iş güvencesi kriterleri ile ilgili hükmünün yabancı ülkede doğrudan uygulanan hukuk teorisi kapsamında değerlendirilmesinin pek isabetli olmadığını, aksine Yargıtay kararının İş Kanunu hükümlerinin ülkesellik esasına aykırı biçimde yabancı ülkeye yayılmasına neden olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki, Kocasakal'ın tezinde incelediği devletler özel hukuku ilişkilerinde doğrudan uygulanan hukuk teorisinin herkes tarafından benimsendiği de söylenemez. Bu teori 1960'lı yılların sonunda ortaya atılmış, ancak çoklarınınca eleştirilen bir teoridir²⁵. Ayrıca iş güvencesi T.C.'nin değişmez bir sosyal politikası olmadığı gibi kamu düzeni ile de ilgili bir rejim değildir.

Sonuç itibariyle, Yargıtay 9.HD'nin 6 ay ara ile verdiği iki karar, işçilere iş güvencesi sağlamak uğruna yıllardır uygulana gelen temel hukuk kurallarını bir kenara iten, uluslararası hukukta kanunların uygulanmasının ülkesellik ilkesine tâbi olduğu gerçeği ile bağdaşmayan ve başka abartılı sonuçlara yol açabilecek marjinal nitelikte diyebileceğimiz iki karardır. Dileriz bu kararlar toplam iki kalır, sayısı artmaz. Kocasakal'ın da belirttiği gibi (15, 25 vd.) doğrudan uygulanan kurallar sınırsız ve evrensel bir uygulama alanına sahip değildir. Bir kuralın doğrudan uygulanabilir olması için uyumsuzluğun ve hukuki ilişkinin uluslararası niteliklere sahip olması ve uygulanacak hukukun (lex forinin) bu hususta açık ya da örtülü bir ifade içermesi gerekir. İş K. md. 18'in metninde ise böyle bir durum yoktur. Md. 18, işverenin yabancı ülkelerdeki işyerlerine kadar genişletilecek bir uygulama alanı içermemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3, 78 vd.
- 2 SÜZEK, 437-438; ÇELİK, 206; GÜZEL, 28; MOLLAMAHMUTOĞLU, 565, 569.
- 3 SOYER, 40; UÇUM, Legal İHSGHD, Mart 2003, 575.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, 162.
- 5 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 172.
- 6 SÜZEK, 439; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 164; ÇELİK, 207.
- 7 EKONOMİ, 39.
- 8 MOLLAMAHMUTOĞLU, 568; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 165; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 171; SOYER, 42.
- 9 9. HD, 20.11.2006, E.22120 K.30720.
- 10 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 160.
- 11 SOYER, 43; EKONOMİ, 28; Yarg. 9. HD, 26.5.2006, E.12317, K.19404 ve kararı isabetli bulan G. B. YILDIZ, Legal İHSGHD, 2006/11, 903 vs.
- 12 HGK 7.6.1989, E.10-316, K.411.
- 13 AYBAY/AYBAY, Hukuka Giriş, 2.bası, İstanbul Bilgi Üni. Yayınları, İstanbul 2005, 325-326; Ö. ANAYURT, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 7. bası, Ankara 2005, 219; A. ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3.bası, İstanbul 1980, 135; Z. İMRE, Medeni Hukuka Giriş, 3.bası, İstanbul 1980, 135-136.
- 14 G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 3. bası, İstanbul 1986, 290; A. ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1984, 15 vd.; A.C. TUNCAY, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, ONAR ARMAĞAN'ından Ayrı Basım, İstanbul 1977, 905-906; T. CENTEL, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 1994, 48-50.
- 15 9. HD, 6.7.1992, E.1621, K.7890 ve T. CENTEL'in kararı isabetli bulan inceleme: İş Hukuku D., Sayı 4, Ekim-Aralık 1992, 601 vd.
- 16 TEKİNALP, 291.
- 17 CENTEL, İş Hukuku, 49.
- 18 M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3, 87 vd.
- 19 H. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Kasım 2001, 8 vd.
- 20 KOCASAKAL, 10-11.
- 21 KOCASAKAL, 12.
- 22 KOCASAKAL, 14.
- 23 KOCASAKAL, 16; AYGÜL/UŞAN, 90.
- 24 AYGÜL/UŞAN, 91 vd.
- 25 E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 5.bası, İstanbul 1988, 8.

KAYNAKÇA

- Ö. ANAYURT, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 7.bası, Ankara 2005.
- AYBAY/R. AYBAY, Hukuka Giriş, 2.bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2005.
- ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3.bası, İstanbul 1980.
- M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3.
- T. CENTEL, İş Hukuku, C.1. Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 1994.
- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İş İade Davaları, Ankara 2005.
- N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 19.bası, İstanbul 2006.
- ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1984
- M. EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi: 1, TÜSİAD 2005.
- EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2004.
- M. KILIÇOĞLU/K. ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- H. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2.bası, Ankara 2005.
- H. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 5.bası, İstanbul 1988.
- P. SOYER, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, 2005.
- S. SÜZEK, İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2005.
- G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 3.bası, İstanbul 1986.
- C. TUNCAY, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, Onar Armağanından Ayrı Basım, İstanbul 1977.
- G. B. SERHATLI YILDIZ, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emrediciliği İlkesi, Legal İHSGHD, Sayı 11, 2006.

Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/9818

Karar No : 2006/19560

Tarihi : 03.07.2006

KARAR ÖZETİ

158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm

işyerleri dikkate alındığında, işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı tarafından husumetin doğrudan temsil olunan şirkete yöneltilmesi gerektiği yönündeki savunmasının da işçi sayısı bakımından adı geçen şirketin bir bütün olarak düşünülmesini icap ettirmektedir.

KARAR

Davacı işçi iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren irtibat bürosunun tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle davanın öncelikle bu nedenle reddi gerektiğini, ayrıca irtibat bürosunda iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibarıyla çalışan işçi sayısının otuzdan az olduğunu belirterek bu nedenle de davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işyerinde fesih tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısının 17 olması nedeniyle dava-

cının iş güvencesi hükümlerinin kapsamında bulunmadığı, mülkîlik ilkesi gereği Almanya'da çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının, merkezi Almanya'da bulunan Bayerischer Rundfunk München isimli firmanın Türkiye irtibat bürosunda çalıştığı, iş sözleşmesinin adı geçen firma temsilcisi tarafından imzalandığı, işe giriş bildirgesinin Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirildiği ve iş sözleşmesinin feshinin de yine anılan firma temsilcisi tarafından gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kısaca "İş Güvencesi Kurumu" olarak adlandırılan 4773 sayılı Kanunda on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununda bu sayı otuza çıkarılmış, 18. maddeyle bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyer-

leri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı tarafından husumetin doğrudan temsil olunan şirkete yöneltilmesi gerektiği yönündeki savunmasının da işçi sayısı bakımından adı geçen şirketin bir bütün olarak düşünülmesini icap ettirmektedir.

Davalı işveren, fesih bildiriminde iş sözleşmesinin işlerdeki azalma, teknolojik gelişmeler ve işyerinde yeniden yapılanma gereği küçülme yoluna gidildiği gerekçesi ile feshedildiğini belirtmiş ise de, bu hususta yeterli kanıt sunmamıştır. Bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.

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

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- İ. 2. İş Mahkemesinin 28.02.2006 gün ve 513-40 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işine iadesine,

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

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

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca 400,00 YTL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 20,00 YTL. yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8- Temyiz harcının isteği halinde ilgisine, kesin olarak 03.07.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Önce 4773 sayılı Kanun'la ve şimdi de 4857 sayılı yeni İş Kanunu vasıtasıyla yapılan bir büyük değişiklik olan "iş güvencesi"ne ilişkin hükümlerin artık mevzuatımıza dahil olması çalışma hayatımızı derinden etkilemiştir. Bugün neredeyse her fesih işe iade davası ile sonuçlanmakta, tüm bölgelerde açılan iş mahkemesi sayısı artmakta, Yargıtay'ın yükü de her geçen gün içinden çıkılmaz hale gelmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türkiye 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ni onayladıktan sonra yükümlülük altına girdiği iç hukuk düzenlemesi yapma mecburiyetini böylece yerine getirmiştir.

4773 sayılı Kanun'la 1475 sayılı Kanuna monte edilmeye çalışılan "iş güvencesi"ne dair hükümler birtakım değişikliklerle 4857 sayılı yeni İş Kanunu'na dahil edilmiştir. Aslında başlı başına bir inceleme konusu olmakla birlikte, genel olarak ifade etmek gerekirse, yeni İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin feshinin mutlaka geçerli bir sebebe dayandırılması gereği kabul edilmiş ve böylece işçi kesiminin de uzun yıllardır adeta hayali olan bir değişikliğe gidilerek yeni bir dönem başlatılmıştır. İtiraf etmek gerekir ki, belki de yeni dönemin en önemli gelişmesi olarak adlandırılacak bu değişiklik sayesinde, "iş güvencesine dair hükümlerin kapsamı içindeki işçiler açısından", hiçbir gerekçe göstermeden iş sözleşmesine süreli fesih bildiriyle son verilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. Zira, Kanundaki iş güvencesine dair hükümler her işçiye uygulanamayacaktır. Kanunun 18/1. maddesine göre; ancak otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Kanunda, otuz kişi gibi bir sınır getirilmesi kanımızca isabetli olmuştur, zira çok küçük işyerlerinde iş güvencesine dair hükümleri uygulayabilmek pek de kolay değildir. Özellikle işe iade müessesesinin verdiği önemli imkânın bu tür işyerlerinin kendilerine özgü özellikleri dikkate alındığında tatbik edilebilmesi beraberinde başka birtakım sorunları da getirebilirdi. Ayrıca, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda sayı bu kadar yüksek olmamakla birlikte, iş güvencesinin belli bir miktar işçi çalıştıran

işyerleriyle sınırlandırıldığı da bilinmektedir. Söz konusu maddeyle, Türkiye, onaylayıp bir iç hukuk düzenlemesi haline getirme yükümlülüğü altına girdiği ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nde belirtilen "geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu"nu mevzuatına dahil etmiştir.

"İş güvencesi" müessesesi birçok açıdan incelemeye muhtaç olmakla birlikte, inceleme konusu yaptığımız karar bakımından konuya bakıldığında otuz işçilik sınır ayrıntılı irdelenmelidir. Kanunun söz konusu 18. maddesinin henüz 1. fıkrasında iş güvencesinin kapsamı belirtilmekte ve "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." şeklinde bir hüküm getirilmektedir. Ne var ki söz konusu 30 işçi sınırı yeni birtakım soruları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; söz konusu 30 işçi, işverenin tek bir işyerinde mi bulunmalıdır, yoksa aynı işverene bağlı birden fazla işyerindeki toplam işçi sayısı mı dikkate alınmalıdır, diğer yandan hesaplama yapılırken işkolu dikkate alınmalı mıdır şeklinde sıralanabilecek sorular bulunmaktadır. Kanun koyucu adı geçen 18. maddenin 4. fıkrasında bu hususlardan bazılarını açıklık getirmektedir. Buna göre; "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir." Bu hüküm vasıtasıyla, birtakım işverenlerin sadece iş güvencesi kapsamı dışında kalmak için işyerlerini bölmeleri ve böylece otuz işçinin altında kalmaları engellenmek istenmiştir. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu burada söz konusu işyerlerinin aynı il sınırları içinde kalması şartını aramamış, işyerlerinin sadece aynı işkolunda bulunmaları koşulunu getirmiştir¹. Bu durumda, aynı işverene ait işyerleri aynı il sınırları içinde bulunsun ya da bulunmasın, aynı işkolunda oldukları sürece, bu işyerlerindeki işçi sayısı bir bütün olarak değerlendirilecektir². Belirtmek gerekir ki; doktrinde Çelik, yapılacak bir değişiklikte bu hükümdeki "aynı işkolunda" ibaresinin kanundan çıkarılmasının isabetli olacağını ifade etmektedir³. Demir'e göre de; "toplu iş hukukunda önem arz eden "işverenin aynı işkolundaki işyerleri" sınırlandırması, bireysel iş

hukukunun iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını zorlaştırması bakımından “işçinin korunması” ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, esasen Anayasa’nın “ölçülülük ilkesi”ne aykırı düşen otuz işçi sayısının, bir de hesaplanmasında getirilen “işyerlerinin aynı işkolunda bulunması” şartı ile desteklenmesi, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını iyice daraltmaktadır⁴.

İfade etmek gerekir ki; İş Kanunu md.18/4 gibi bir kural bulunmasaydı da, işverenin sadece işçileri iş güvencesinden yoksun bırakmak üzere işyerini bölme yoluna gittiği veya ayrı işkollarına tâbi hale getirmeye çalıştığı ileri sürülüp, bu durum kanıtlandığı takdirde yine de işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılabilirdi⁵. Zira işkolu konusunda özel bir hüküm bulunması karşısında işçilerini iş güvencesinden yararlandırmamayı amaçlayan bir işverenin atacağı adımlardan bir tanesi, bölerek oluşturduğu işyerlerini ayrı işkollarına tâbi hale getirmeye çalışmaktır. Ancak bu durumda da işverenin kötüniyeti ortaya çıktığı takdirde işçilerin tümü iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabileceklerdir. Bir başka deyişle, söz konusu hüküm bulunmasaydı bile, iyiniyet kıstası dikkate alınacak ve maksadı sadece işçileri iş güvencesinden yararlandırmama olan bir hareket hukuki olarak değerlendirilmeyecek ve işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecekleri.

İncelememize konu olayda da aynı kriter üzerinden sonuca ulaşmak gerekmektedir kanısındayız. Şöyle ki; gerek ülkemizde gerekse diğer bazı ülkelerde birtakım işverenlerin örneğin vergi avantajlarından yararlanmak için üretimlerini komşu ülkelere hatta coğrafi olarak uzak ülkelere dahi kaydardıkları görülmektedir. Vergi mevzuatı açısından bakıldığında farklı yorum yapılabilecek olan bu husus, konumuz bakımından değerlendirildiğinde yapılan bu operasyonun sadece İş Kanunu’nda belirtilen 30 işçi sınırını bertaraf etmek maksadıyla yapıldığı tespit edildiğinde, işverenin aynı işkolundaki tüm işçilerinin toplamını alarak sonuca ulaşmanın daha doğru olacağı kanısındayız. Ancak kararda da belirtildiği şekilde, kanun koyucu tarafından yurtdışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olmasını gerekçe göstermek ve buna dayanarak işçi lehine yorum yapmak ve aynı işkolunda başka işyerleri bulunduğu

açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alınarak işçi sayısı bakımından gerekli şartların mevcut olduğunu kabul etmek yönündeki Yüksek Mahkeme kararına katılmıyoruz. İnceleme konusu yaptığımız kararı ele alan bir başka çalışmada da aynı yönde bir yorum yapılmakta ve bir kanun hükmünün ülke dışında uygulanamayacağına ilişkin bir kural içermesinin, kanun yapma tekiği açısından doğru olmadığı ifade edilmektedir⁶.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki; işverenin iki farklı ülkede işçi istihdam etmesinin tek nedeni İş Kanunu md.18’deki 30 işçi sınırını bertaraf etmek olmayabilir. Örneğin, yatırımını yurtdışında yapan bir girişimcinin Türkiye ile ticari ilişkiye girebilmek için bir irtibat ofisi kurması ve burada otuzun altında işçi çalıştırması halinde, sadece yurtdışındaki işçileri dikkate alınarak, Türkiye’deki irtibat ofisindeki işçileri iş güvencesi hükümleri dahilinde değerlendirmek kanımızca hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracaktır. Burada kanaatimize göre son derece önemli bir tercihle bir kez daha karşı karşıya kalınmaktadır. Şöyle ki; bir yandan iş hukukunun temel varoluş sebebi olan “işçiyi koruma ilkesi”ne, diğer yandan da 4857 sayılı Kanunun ana mantığına ve getirdiği düzenlemelere bakınca, ciddi sorularla karşı karşıya kalmaktayız. Güvenlik ile esneklik arasında nasıl bir denge kurulmalıdır? İş hukuku başlangıçtaki misyonundan, işçileri korumaktan uzaklaşmakta mıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışma yaşamının dinamizmi karşısında iş hukukunun içerdığı kuralların çağın gerisinde kalması mümkün değildir. Bir başka deyişle, iş hukuku sürekli değişmek zorundadır. Ne var ki, her yeni düzenleme “çağdaş” sıfatı kazanmaya yetmemektedir⁷. İş hukukunun çağdaşlığından söz edebilmenin temel koşulu; işçinin, çalışma hayatının ortaya çıkardığı yeni çalışma ilişkilerinin, yeni çalışma ortamının olumsuzluklarından korunmasıdır. Ancak, bu durum, bugün çalışma mevzuatının, önceki koruyucu özelliğini aynen sürdüreceği anlamına da gelmemektedir. Çünkü, çalışma mevzuatının sanayi toplumu içinde taşıdığı koruma özelliği, günümüzün bilgi toplumunda temelini yitirmiş bulunmaktadır⁸. Gerçekten de, günümüzde iş hukuku, sadece çalışanı korumak olan geleneksel rolünü oynamamakta, istihdam ve iş yaratmayla da yakından ilgilenmektedir. İş hukuku, artık sadece işi olan insanları değil, iş arayanları da güvence altına almaya çalışmaktadır. İş hukukunun düzenlemeleri ve prensipleri, hem piya-

sanın mantığını hem de koruma yaklaşımını içermektedir⁹. Zira, artık iş hukukunun istihdamı desteklemek, rekabet edebilirliğe yardımcı olmak gibi yeni bir işlevi üstlenmesi söz konusudur. Gerçekten de birçok ülkede iş hukuku ve endüstriyel ilişkiler, başlıca hedefi şirketlerin rekabet gücünü ve istihdam artışını desteklemek olan bir yaklaşıma kaymıştır. Belirtmek gerekir ki, iş hukuku alanında yapılacak değişikliklerden, tek başlarına istihdam yaratmalarını beklemek doğru değildir. Ancak, çalışma mevzuatı ekonomik sistemin verimli yönetiminin ve buna bağlı olarak istihdam yaratılmasının ve istihdamın sağlıklı sürdürülmesinin önünde bir engel oluşturmamalıdır. Bu nedenle, iş hukukunun, işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini terk etmeden, yeni işler yaratılmasını engellemek için piyasaya ve işletmeye daha duyarlı olması gerekmektedir. İş hukuku günümüzde, bir taraftan yaşama ve çalışma koşullarını korumanın aracı olmalı, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumundadır.

Bu anlamda, inceleme konumuz olan somut olayda da işletmenin faaliyetleri düşünüldüğünde ve hukukun ekonominin hizmetinde bir bilim dalı olduğu şeklindeki düşüncemiz dikkate alındığında, işletmenin Türkiye’de bir irtibat ofisi olması, firma bir Türk şirketi olsun ya da olmasın, ticari olarak avantajlı bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle, gerek saf bir hukuk mantığıyla bakıldığında, gerekse sosyal politika açısından konuya yaklaşıldığında, Yargıtay’ın yukarıda ifade etmeye çalıştığımız hususları incelemeden sadece işçi lehine olması nedeniyle bu sonuca ulaşmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Kanımızca Yüksek Mahkeme’nin yapması gereken, öncelikle, Türkiye’de irtibat bürosu olan şirketin yapısını incelemek, yurtdışında ve ülkemizde ayrı ayrı işçi çalıştırma amacını tespit etmek, bunun hangi ihtiyaçtan doğduğunu belirlemektir. Eğer bu yapı sadece İş Kanunu’ndaki 30 işçi sınırını bertaraf ederek Türkiye’de çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalarını engellemek amacıyla taşıyorsa, iyinin bulunmadığından bahisle Türkiye’deki irtibat bürosunda çalışan işçiler, sayıları ne olursa olsun iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanmalıdırlar. Bu yapının belirtilen amaç için oluşturulmadığı tespit edilmesi halinde ise sadece yurtdışındaki işçilerin varlığı nedeniyle, irtibat bürosunda çalışan işçiler

iş güvencesi hükümleri dahilinde değerlendirilmemelidirler.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, S., İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005, s.438.
- 2 Yargıtay 9. HD., 10.11.2003, E.2003/18919, K.2003/2003/18913, Bkz. Günay, C.İ., İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, 2005, s.624
- 3 Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, 2004, s.198.
- 4 Demir, F., İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, s.187-188 ; Aynı yönde bkz. Çankaya, O.G./ Günay, C.İ./ Gökteş, S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.169.
- 5 Günay, s.580.
- 6 Aygül, M./ Uşan, F., “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.3, C.2, 2007, s.83-84; Adı geçen çalışmayı yapan yazarlar, Türkiye’de bulunan irtibat bürosunda çalışan işçilere iş güvencesinin uygulanabilmesi için aranan otuz işçi sayısının hesaplanmasında, iş hukukunda işçinin korunması ilkesi ve yorumun işçinin lehine yapılması gerekliliği yanında söz konusu kuralın, milletlerarası özel hukukta, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi ve kuralın uygulama alanı bakımından amaçlarını gerçekleştirmek için ülke dışındaki kişileri de kapsamı gerekliliği karşısında, ülke dışında çalışan işçilerin de dikkate alınması yönündeki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin ulaştığı sonuca değişik gerekçelerle de olsa katıldıklarını ifade etmektedirler. Bkz. Aygül/Uşan, s.93
- 7 Özveri, M., “İş Yasası Tasarısının Değerlendirilmesi”, Selüloz-İş Dergisi, S.74, Nisan-2003, s.16.
- 8 Centel, T., “2000’li Yıllarda Çalışma Mevzuatı”, Mercek, Ocak-2000, s.36.
- 9 Ekin, N., “İş Yasası Reformunun Dayanakları: Güvenlik ve Esneklik”, İşveren Dergisi, C.41, S.6, Mart-2003, s.31.

KAYNAKÇA

- Aygül, M./ Uşan, F., “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.3, C.2, 2007, s.83-84.
- Centel, T.: “2000’li Yıllarda Çalışma Mevzuatı”, Mercek, Ocak-2000.
- Çankaya, O.G./ Günay, C.İ./ Gökteş, S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, 2004.
- Demir, F., İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, İzmir, 2005.
- Ekin, N., “İş Yasası Reformunun Dayanakları: Güvenlik ve Esneklik”, İşveren Dergisi, C.41, S.6, Mart-2003.
- Günay, C.İ., İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, 2005.
- Özveri, M., “İş Yasası Tasarısının Değerlendirilmesi”, Selüloz-İş Dergisi, S.74, Nisan-2003.
- Süzek, S., İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005.

Prof. Dr. Toker DERELİ

Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye’de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi*

1. KONU VE ÖNEMİ

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ, ILO) sendikal özgürlüklere ilişkin temel sözleşmeleri son birkaç yıldır siyasal kriterler arasında değerlendirilmek suretiyle Türkiye’nin AB üyeliği süreci bakımından da özel bir önem kazanmış bulunmaktadır. Bilindiği gibi, Türkiye çalışma mevzuatı sendika özgürlüklerini ve toplu pazarlık haklarını kısıtlayıcı hükümler taşıdığı gerekçesiyle Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1980’li yıllardan bu yana sürekli olarak eleştirilmiştir. Geçmişte mevzuatımızda yapılan çeşitli yasal ve Anayasal değişiklikler sayesinde bu eleştirilerin bir kısmı çözüme kavuşturulmuştur. Ancak, temel bazı noktalarda UÇÖ Uzmanlar Komitesi’nin eleştirileri devam etmektedir. Nitekim Uzmanlar Komitesi’nin bu yıla ilişkin raporunda geçmişteki bazı eleştiriler tekrarlandığı gibi yeni birkaç gözleme de yer verilmiş, ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığımızın hazırladığı son taslakların da değerlendirilmesi yapılmıştır. UÇÖ Sözleşmeleri Avrupa Birliği’ne üye devletlerde toplu çalışma ilişkilerinin asgari paydasını oluşturduğuna göre bu eleştirileri olanaklar ol-

çüsünde bertaraf etmeye yönelik yasa değişikliklerini gerçekleştirmek, hem ülkemizin UÇÖ normlarına ve AB müktesebatına uyumu, hem de endüstri ilişkileri sistemimizin çağdaşlaşması açısından önemlidir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının hazırladığı ve sosyal tarafların görüşüne sunduğu yeni yasa taslakları daha öncekiler gibi bir yandan UÇÖ’nün bazı eleştirilerini dikkate alırken, aynı zamanda uygulamada karşılaşılan sorunları gidermeyi amaçlayan düzenlemeler getirmeye çalışmıştır. 2821 sayılı “Sendikalar Kanunu” ile 2822 sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu”nda değişiklikler öngören bu taslaklar daha önce hazırlanan taslaklardan belirli noktalarda farklılıklar göstermektedir. Uzmanlar Komitesi’nin bu yıl Haziran ayında toplanacak oturumundaki görüşmelere temel olacak 2007 raporunda ülkemize 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler bağlamında yine yer verildiğine göre, söz konusu taslakların değerlendirilerek gecikmeden yasalaştırılması, ülkemiz çıkarları açısından çeşitli yararlar sağlayacaktır.

Bu kısa değerlendirmede, önce UÇÖ Sözleşmeleri’nin uygulanmasını denetlemekle görevli Apli-

kasyon Komitesi'nin geçtiğimiz yıllarda Türkiye ile ilgili çeşitli eleştirilerini sıralayacak, bunu izleyen bölümde ise, söz konusu taslakları bu eleştiriler açısından değerlendireceğiz.

Türkiye, UÇÖ Aplikasyon Komitesi'nde en çok 98 sayılı Sözleşme bağlamında tartışılmış, bu yılki Uzmanlar Komitesi raporunda da 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler açısından eleştirilmiştir. Bu nedenle ülkemizin bu yıl bu sözleşmelerden en az biri üzerinde sorgulanma olasılığı vardır. Uzmanlar Komitesi, memurlarla ilgili eleştirilerini de 87, 98 ve kısım 151 sayılı Sözleşmelerdeki ilkelere dayandırmıştır. 4688 sayılı "Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası"na ilişkin olarak Bakanlık ve ilgili sosyal taraflarca bir değişiklik taslağı hazırlanmış olmakla birlikte, bu yazımızda değerlendirmelerimizi esas itibarıyla 2821 ve 2822 sayılı Yasalar'da değişiklik önerileri getiren taslaklar üzerinde yapacak, kamu görevlilerinin sendikal haklarıyla ilgili önemli bazı gözlemlere ise sınırlı bir çerçevede yer vereceğiz.

II. 87 ve 98 SAYILI ILO SÖZLEŞMELERİ'NİN TEMEL İLKELERİ

Türkiye tarafından 1993 yılında onaylanan "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi"nin içerdiği hak ve ilkeler özetle şunlardır:

1) İşçilerin ve işverenlerin, hiçbir ayırıma tâbi olmaksızın ve önceden izin almaksızın sendika kurma ve sadece bu kuruluşların kurallarıyla bağlı olarak istedikleri sendikalara üye olma hakkı;

2) İşçi ve işveren sendikalarının federasyon ve konfederasyon kurma ve bu kuruluşlara üye olma hakkı; bunun gibi, sendika, federasyon ve konfederasyonların uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarına üye olma hakkı;

3) İşçi ve işveren sendikalarının ve bunların üst kuruluşlarının, kamu makamlarının hakkın yasaya uygun kullanımını engelleyen veya kısıtlayan her türlü müdahalesinden uzak biçimde, kendi tüzük ve yönetmeliklerini düzenleme, temsilcilerini tam bir serbestlikle seçme, yönetimlerini ve faaliyetlerini düzenleme ve programlarını belirleme hakkı;

4) Sendika, federasyon ve konfederasyonların tüzel kişilik kazanmalarının yukarıda belirtilen hakların kullanımını kısıtlayacak nitelikte koşullara bağlı tutulmaması;

5) İdarî makamlara işçi ve işveren sendikalarını ve bunların üst kuruluşlarını kapatma ya da durdurma yetkisi tanınmaması;

6) İşçilerin ve işverenlerin örgütlenme haklarını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun tüm önlemlerin alınması.

87 sayılı Sözleşme'de "işçi" sözcüğü, kamu görevlilerini de içerecek ve tüm çalışanları kapsayacak bir anlamda kullanılmıştır. Sözleşme ile sağlanan güvencelerin silahlı kuvvetlere ve güvenlik mensuplarına (polise) ne ölçüde uygulanacağı ise, ulusal mevzuata bırakılmıştır. Öte yandan, 87 sayılı Sözleşme, grev hakkına değinmemekle birlikte, Sendika Özgürlükleri Komitesi, yorum ve içtihatlarıyla bu hakkın "işçi sendikalarının faaliyetlerini tam bir serbestlikle düzenleme hakkı" içinde düşünülmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Ülkemiz tarafından 1951 yılında onaylanan "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkının Uygulanmasına İlişkin 98 sayılı ILO Sözleşmesi"nin içerdiği hak ve ilkeler ise özetle şunlardır:

1) Çalışanların istihdamlarında -işe alınmaları, çalıştırılmaları ve iş ilişkisine son verilmesi açısından- sendika karşıtı ayırıcı eylemlere karşı yeterli bir korumadan yararlanmaları hakkı;

2) Bu korumanın özellikle bir işçinin istihdamını bir sendikaya üye olmama veya üyelikten ayrılma koşuluna bağlayan, sendika üyeliği nedeniyle veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin izniyle çalışma saatleri içinde sendika faaliyetlerine katılması nedeniyle işten çıkarılmasına veya başka bir biçimde zarara uğramasına yol açan eylemleri kapsamaması;

3) İşçi ve işveren kuruluşlarının gerek doğrudan, gerekse temsilcileri veya üyeleri aracılığıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve yönetimlerine yönelik müdahalelerine karşı yeterli korumadan yararlanmalarının sağlanması;

4) İşverenler veya işveren sendikaları ile işçi sendikaları arasında işçilerin çalışma koşullarının toplu sözleşmelerde düzenlenmesi amacıyla gönüllü pazarlık yönteminden yararlanılmasını ve bu yöntemin tam anlamıyla geliştirilmesini teşvik etmek ve geliştirmek için gerektiğinde ulusal koşullara uygun önlemlerin alınması;

5) Örgütlenme hakkına saygıyı sağlamak amacıyla, gerektiğinde ulusal koşullara uygun bir mekanizmanın oluşturulması.

98 sayılı Sözleşme'nin kapsamına girmeyen gruplar ise, yine 87 sayılı Sözleşme'de olduğu gibi, silahlı kuvvetler ve polis ile Sözleşme'nin VI. fıkrası uyarınca devlet yönetiminde görev alan (kamu erkini kullanan) kamu görevlileridir. Diğer bir deyişle, UÇÖ devlet yönetiminde doğrudan görev almayan, yani kamu gücü ve erkini kullanmayan memurların 98 sayılı Sözleşme kapsamında olduklarını, dolayısıyla memur statüsüne sokulmuş olsalar dahi, örneğin ulaşım sektöründe, resmi eğitim kurumlarında, KİT'lerde, yerel yönetimlerde çalıştırılan kamu görevlilerinin işçilerle aynı sendikal özgürlüklerden, toplu pazarlık ve grev hakkından yararlanmaları gerektiğini öne sürmektedir. Oysa ülkemize 98 sayılı Sözleşme'ye ilişkin hemen her oturumda yöneltilen önemli bir eleştiri, Türkiye'de çok sayıda kamu çalışanın yapay biçimde memur statüsüne geçirilmiş olduğu, ancak bunların dar anlamda memurlara ilişkin 151 sayılı ILO Sözleşmesi kapsamında düşünülmeceği, 98 sayılı Sözleşme'nin VI. fıkrası bağlamında değerlendirilerek işçilerle aynı sendikal haklardan yararlandırılmaları gerektiği iddiasıdır. Uzmanlar Komitesi'nin 87 ve 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler bağlamında yaptığı bu değerlendirmeler Komite'nin bu yıla ait 2007 Raporu'nda da dile getirilmiştir. Ancak kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin ve özellikle 4688 sayılı Yasa bağlamındaki değerlendirmeler bu makalenin kapsamı dışında bırakıldığından, konunun bu boyutunun ayrıntılı biçimde başka bir incelemede ele alınması gerekir.

87 ve 98 sayılı Sözleşmelerin içerdiği uluslararası çalışma normları, kabul edildikleri 1948 ve 1949 yıllarından bu yana, başta Sendika Özgürlüğü Komitesi olmak üzere, UÇÖ'nün denetim organlarıca sürekli olarak yorumlanıp geliştirilmişlerdir. Bu yorumlar, uluslararası toplumda genel kabul gören bir çeşit içtihat hukuku niteliği kazanmıştır. Ne var ki, bu standartlar, evrensel bir uygulanabilirlik sağlamak amacıyla oldukça esnek asgari normlar şeklinde ifade edilmiş olmaları ve gerektiğinde üye devletlere "ulusal koşullara uygun" düzenlemeler yapma olanağının açık tutulmuş olması karşısında, bazı yorum ve değerlendirmeler zaman içinde kesinlik kazanamamış bulunmaktadır. Örneğin, 87 sayılı Sözleşme'nin özellikle memurlar için grev hakkını içerip içermediği konusunda denetim organlarının işçi ve işveren kanatları arasındaki görüş ayrılığı sürmektedir.

III. ILO DENETİM ORGANLARINCA 87 ve 98 SAYILI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN TÜRKİYE MEVZUAT VE UYGULAMALARINA YÖNELTİLEN BAŞLICA ELEŞTİRİLER

Bu eleştiriler, 2821 ve 2822 sayılı Sendikalar ve Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Yasalarının konularına göre aşağıdaki biçimde özetlenebilir. Hemen belirtmeliyiz ki, ilgili Sözleşmelerin temel ilkelerine dayanan eleştirileri cevaplamakta Türkiye daha çok zorlanmakta, öte yandan daha yumuşak ve ulusal koşullara uygunluk kriterinin kullanılabilirdiği ya da farklı yorumlara açık ilkeler söz konusu olduğunda savunma yapmak daha az sorunlu olmaktadır.

A. Sendikalar Kanunu Bakımından

1. Meslek ve İşyeri Esasına Dayalı Sendika Kurulamaması

UÇÖ denetim organları, 2821 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki meslek ve işyeri esasına göre sendika kurulamayacağını öngören hükmü, 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bulmakta ve eleştirmektedir. Bilindiği gibi, 2821 sayılı Kanun'a yön veren amaçlardan biri, 1980 öncesi dönemde sayısı çeşitli düzeylerde kurulu bin civarında sendikadan oluşan yapıyı sadeleştirmek, sendika sayısını azaltarak daha merkezi birimlere dayalı "güçlü" sendikacılığın yolunu açmaktır. Hükümet, bu eleştiriye karşı, söz konusu "güçlü sendikacılık" savını kullanmakta, faaliyet alanı sadece bir işyeri ya da işletme olan bir sendikanın, işverene karşı bağımsız olamayıp "sarı sendika" kimliğine bürünebileceğini, varlığı o işyerine ve dolayısıyla belli bir işverenin devamlılığına bağlı kalacağı için yaşama ve gelişme olanaklarının sınırlı kalabileceğini öne sürmektedir.

Örgütlenme hakkı nihayet işyerinden başlayıp kullanılacağı için, bir işyerinde yeterli sayıda çalışanın sendika kurabileceği, ancak sendikal hakları etkin olarak kullanabilmek için bu örgütün bir işyerine bağımlı olmaktan çıkmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir. Nitekim, bu nitelikte bir sendi-

“Meslek esasına dayalı sendika kurma” yasağına yöneltilen eleştiri UÇÖ denetim organındaki tartışmalarda herhangi bir ciddi sorun yaratmamıştır.

kaya yargı kararı ile toplu sözleşme ehliyeti tanımayan (Almanya) ya da işletme sendikasını sendika özerkliği açısından sakıncalı bulan (ABD örneği) ülkeler mevcuttur. Belirtmek gerekir ki, bu konudaki UÇÖ eleştirileri önemli bir boyuta ulaşmamıştır. Ne var ki bu sınırlama, sendikanın toplu sözleşme yetkisi kazanabilmesi için işkolunda aranan yüzde 10 temsil barajı ile birarada düşünüldüğünde, eleştirinin haklılık ve geçerliliği kuvvetlenmektedir. Esasen, işyerinde sendika kurma yasağına yöneltilen eleştiri çoğunlukla yüzde 10 barajı sınırlaması ile birarada gündeme getirilmektedir.

Öte yandan, 3. maddedeki “meslek esasına göre sendika kurulamaması” ilkesine yöneltilen eleştiriye karşı, kanun koyucunun “işkolu esasına göre, Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile kurulan sendika” tipine dayalı bir model oluşturmayı amaçladığı, bunun esasen Türkiye gibi sanayileşmeye geç başlayan ülkelerde egemen model olduğu, söz konusu yasağın mevcut olmadığı dönemlerde dahi meslek ve zanaat esasına dayalı bir sendikacılığın Türkiye’de gelişmemiş olduğu gerçeğine işaret edilmektedir. “Meslek esasına dayalı sendika kurma” yasağına yöneltilen eleştiri de UÇÖ denetim organındaki tartışmalarda herhangi bir ciddi sorun yaratmamıştır.

2. Federasyon Kurma Yasağı

Anayasa’nın 51. maddesinde sendika kurma özgürlüğü düzenlenirken “sendika ve üst kuruluşlar” deyimi kullanılmakla beraber, 2821 sayılı Kanun’da yalnızca sendika ve konfederasyon kuruluşunun düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Oysa, 87 sayılı Sözleşme’nin 5. maddesi, federasyon kurma hakkını da açıkça tanımıştır. Bu eleştiriye cevaben, sendikacılığımızın örgüt yapısında benimsenen “işkolu esasına göre Türkiye çapında faaliyette bulunma amacı ile kurulan milli sendika” tipinin, esasen federasyonlardan beklenen işlevleri gördüğü, 1980 öncesi dönemde mevcut olan ve aynı işkolunda kurulu işyeri

sendikalarının üyeliği ile oluşturulan federasyonların işkolu düzeyinde toplu sözleşme ehliyetine sahip oldukları, oysa 2822 sayılı Kanun işkolu düzeyinde toplu sözleşmelere yer vermediği için mevcut sistemde federasyonların işlevine gerek kalmadığı ileri sürülmektedir.

Mevcut modelde, işkolu düzeyinde kurulan milli sendikalar, işyeri, işyerleri ve işletmeler düzeyinde olduğu kadar, bir işkolunun önemli bölümlerini, hatta bazen tümünü kapsayan çok-işverenli (grup) sözleşmeleri yapabilmektedir. Öte yandan, federasyon ve konfederasyon gibi sözcükler yine bazı ülkelerde farklı anlamlarda ya da bunların yerine değişik terminoloji ile ifade edilebilmektedir (örneğin, ABD’de konfederasyon yapısındaki tepe örgüt için American Federation of Labour - Congress of Industrial Organizations, işkolundaki federatif yapılar için international unions gibi). Belirtilen gerekçelerle yapılan savunmalar UÇÖ Aplikasyon Komitesi’nde geçmişte ikna edici olmuştur. Bu nedenle taslaklar mevcut sendikal yapıda bir değişiklik öngörmemiştir. Ancak, ILO’nun bu konularda fazla ısrarlı görünmemesi aynı eleştirilerin önümüzdeki yıllarda tekrar gündeme getirilmeyeceği anlamına gelmemektedir.

3. İşçinin Aynı Zamanda Birden Çok Sendikaya Üye Olamaması

Anayasa’nın 51. ve Sendikalar Kanunu’nun 22. maddesine dayanan bu sınırlama, bilindiği gibi 1980 öncesi dönemde ortaya çıkan ve toplu sözleşme yetkisinin saptanmasında çeşitli güçlüklerle neden olan teknik bazı sorunları çözmek amacıyla getirilmiştir. Ancak, bu sınırlama eleştirilmektedir. Aynı amaçla getirilen üyelik ve istifanın noter onayı ile gerçekleştirilmesi kuralı da, sendika özgürlüğünü kısıtlayacağı gerekçesiyle denetim organınca eleştirilmektedir. Her iki eleştiri de son tahlilde işçinin sendikaya üye olma ve sendika üyeliğinden çekilme özgürlüğünün var olduğu savıyla cevaplanmaya çalışılmıştır. Ancak, geçmişteki teknik güçlükler ve usûlsüzlük gerekçeleri yeterli olmamakta, dolayısıyla bu konular Sendika Özgürlükleri Komitesi’nin gündeminde kalmaktadır.

4. Bazı Çalışan Kategorilerine Sendika Kurma ya da Sendikaya Üye Olma Haklarının Tanınmaması

Özel kanunlardaki yasaklardan örneğin çırakların (3308 sayılı Kanun, md. 1) ve özel okul öğ-

retmenlerinin sendika üyeliği üzerindeki yasaklar devam etmektedir. Bunun gibi, sözleşmeli personelin ve evde çalışanların sendika üyeliğine ilişkin yasaklar UÇÖ tarafından sorgulanmaktadır. Özel kanunlardaki yasakların bir an önce kaldırılması, kuşkusuz zorunlu ve acil bir konu haline gelmiştir. Nitekim, UÇÖ'ye özel kanunlarda var olan bu yasakların gecikmeksizin kaldırılacağı ifade edilmiştir.

1980'li yıllarda KİT'ler için öngörülen sözleşmeli personel statüsünün çeşitli boyutları yanı sıra, sendika özgürlüğüne getirdiği kısıtlamalar, bilindiği gibi ciddi tartışma ve uyuşmazlıklara yol açmıştı. Bugün gelinen noktada 4688 sayılı "Kamu Görevlileri Kanunu" kamuda işçiler dışındaki tüm çalışanları kapsadığı için, sözleşmeli personelin memur sendikalarına üye olmaları kabul edilmektedir. Ancak, yukarıda değinildiği gibi, UÇÖ 98 sayılı Sözleşme'nin VI. fıkrası gereği, kamuda devlet yönetiminde doğrudan görevli olanlar dışında tüm kamu görevlilerinin sendika ve toplu pazarlık - grev hakkından yararlanmaları gerektiğini öne sürdüğüne göre, sözleşmeli personelin 4866 sayılı Memur Sendikaları Kanunu kapsamında düşünülmesinden tatmin olmayacaktır.

Bu alanda köklü bir çözüm, kapsamlı bir personel reformu ile kamu erkini doğrudan kullanan ve kullanmayanlar arasında kesin bir ayırım yaparak, 98/VI bağlamındaki kamu çalışanlarına toplu sözleşme ve grev haklarını tanımaktan geçecektir. Kaldı ki, UÇÖ Uzmanlar Komitesi, kamu erkini kullanan dar anlamdaki memurlar için dahi 4688 sayılı Kanun'un öngördüğü toplu görüşme ve uzlaştırma süreçleri ile yetinilemeyeceğini ileri sürmekte, bunlar için de 151 sayılı Sözleşme çerçevesinde toplu sözleşme hakkı tanınmasını ve arabuluculuk, uzlaştırma veya tahkim gibi bağımsız ve tarafsız bir "çalışma koşullarını belirleme mekanizması" oluşturulmasını talep etmektedir. Çıraklar ve evde çalışanlar için ise, şimdilik getirilebilecek bir çözüm mevcut değildir. Esasen, gerek UÇÖ, gerek

Özel kanunlardaki yasakların bir an önce kaldırılması, kuşkusuz zorunlu ve acil bir konu haline gelmiştir.

Avrupa Birliği son birkaç yıldır bunların ve enformel sektördeki tüm çalışanların çalışma mevzuatı kapsamına alınması gereğine işaret etmektedir. Salt istekten öte, başka birçok teknik tanım ve uygulama sorununu da beraberinde getireceğinden, bu yöndeki eleştirilerin kısa dönemde cevaplanabilmesi olasılığı görünmemektedir.

5. Sendika ve Konfederasyonların Zorunlu Organlarına Seçilecek Kişilerde Aranacak On Yıl Bilfiil Çalışmış Olma Koşulu

Anayasa'nın 51. maddesi ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen bu koşulun, sendikaların temsilcilerini serbestçe seçmeleri hakkını ihlâl etmesi nedeniyle 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı olduğu belirtilmekte ve derhal kaldırılması istenmektedir. 1982 Anayasası'nın 51. maddesindeki bu koşul, 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Aynı koşul 2821 sayılı Kanun'da 01.06.2007 tarihinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.

6. İşçilerin İşten Çıkarmalar Dahil Sendika Karşısı Eylemlere Karşı Korunmalarının Yetersiz Oluşu

Uzmanlar Komitesi, sendika temsilcisi dışındaki sendika görevlileri ve üyelerinin de sendikal nedenlerle işten çıkarmalara karşı etkili biçimde korunmasını istemiş, Hükümetin, Sendikalar Kanunu 31. maddedeki tazminat yaptırımına dayalı cevabını yetersiz bularak, en azından bu yaptırımın uygulamadaki kanıtlarını talep etmiştir. Hükümetin izleyen yılda söz konusu yaptırımları kanıtlayan çeşitli mahkeme kararlarını sunması ve iş güvencesinin 4773 sayılı Kanun'la yasallaşmasının ardından, bu eleştiri önemini kaybetmiştir. Ancak, UÇÖ sendika temsilcilerine tanınan ayrıcalıklı korumanın, işyerinde işçilik niteliği devam eden (amatör) sendika görevlilerine de sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Makul ve yerine getirilmesi güç olmayan bu korumanın bir yasa değişikliği ile gerçekleştirilmesi uygun olacaktır. Nitekim mevcut taslaklar bu konulardaki güvenceleri pekiştirmiş ve daha açık hale getirmiştir.

7. Sendika Üyelik Aidatları Üzerindeki Sınır

Üyenin, sendikaya ödeyeceği aylık üyelik aidatını, işçinin bir aylık çıplak ücreti ile sınırlayan

Sendikalar Kanunu'nun 23. maddesi eleştirilmekte, bunun yine 87 sayılı Sözleşme gereği ilgili sendikanın kararına bırakılması istenmektedir.

8. Yerel ve Genel Seçimlerde Aday Olan Sendika Yöneticilerinin Sendikadaki Yönetim Görevlerinin Adaylık Süresince Askıda Kalması, Seçildikleri Takdirde Sona Ermesi

Uzmanlar Komitesi, 2821 sayılı Kanun'un 37. maddesindeki bu sınırlamanın, 87 sayılı Sözleşme'deki "sendikaların yöneticilerini tam bir serbesti içinde seçmeleri" ilkesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle kaldırılmasını istemektedir. Hükümet, verdiği cevapta, söz konusu hükmün sendikaların yöneticilerini serbestçe seçmek hakkını ihlâl etmediğini, ancak burada seçimlerde aday olan yöneticinin seçildiği takdirde sendikadaki yönetim görevini bırakıp mesaisini yeni siyasi görevine hasretmesinin amaçlandığını ifade etmiştir. Ayrıca, yöneticinin sendikadaki görevleri ile seçime girdiği siyasi partinin program ve faaliyetleri arasında çelişkiler olabileceği, görüş ve çıkar çatışmalarının hem sendikasına, hem de partiye ve yasama faaliyetine zarar verebileceği belirtilmiştir. Nitekim, 1980 öncesinde bu engelin olmayışı nedeniyle sendika yöneticiliği ile yasama organındaki görevlerini birarada yürüten bazı sendikacılar için bu çeşit sakıncaların doğduğunu, bu arada sendikalar üzerindeki diğer siyasi yasakların kaldırılmış olduğunu öne sürmektedir.

9. Sendikaların Televizyon ve Radyo İstasyonları Kurma Yasağı

13.04.1994 tarih ve 3984 sayılı Kanun'da öngörülen sendikaların televizyon ve radyo istasyonları kurma yasağının kaldırılması istenmektedir.

10. Sendikaların Yabancı Kişileri Türkiye'ye Davet Edebilmesinin ve Yabancı Kuruluşların Daveti Üzerine Bir Sendika Temsilcisinin Yurtdışına Gönderilmesinin İçişleri Bakanlığı'nın İznine Bağlı Olması

Komite, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda öngörülen bu sınırlamanın, sendikaların uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarıyla ilişkilerini olumsuz yönde etkileyebileceği için kaldırılmasını istemektedir. Komite'ye göre, bu konuda yalnızca usûle

ilişkin giriş vizeleri gibi zorunluluklar yerine getirilmelidir. Ayrıca, sendikaların uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarına üyeliğini düzenleyen Sendikalar Kanunu 28. maddesinin üyeliğe ilişkin belli bir serbesti tanımakla beraber, bu serbestiyi aşırı koşullara bağlamış olmasını UÇÖ eleştirmiştir. Bunun gibi, Komite 2821 sayılı Kanun'da hüküm bulunmaması halinde, 63. maddeye göre "Dernekler Kanunu" hükümlerinin uygulanacağını belirtilmiş olması karşısında, sendikaların hangi durumlarda Dernekler Kanunu'na tâbi olduklarını ve uygulamada bu hükümlerin sendikalar üzerindeki etkilerini sormaktadır.

11. Yönetim Kurulu'na İşten El Çektirmede Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Mahkemeye Başvurması

Uzmanlar Komitesi, Sendikalar Kanunu'nun 53. maddesi ile 12. maddeye aykırı hareket eden konfederasyon, sendika ve sendika yönetim kuruluna işten el çektirme yaptırımının harekete geçirilmesinde Bakanlığa da inisiyatif tanınmasını eleştirmekte, bu hakkın sadece kuruluşun üyeleri tarafından kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bildiği gibi, ülkemizde işten el çektirme yaptırımı ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilir. 12. madde, sendika genel kurullarının toplantı zamanı ve usûlleriyle ilgilidir. Hükümet, işten el çektirme yaptırımının ancak mahkeme kararı ile olabileceğini, mahkemeye başvurma hakkının üyeler kadar Bakanlığa da tanınmasının ise kamu düzeni ve yararı için doğal ve gerekli olduğunu belirtmiştir. Nitekim, benzer prosedürler, tüzük ve belgelerde Kanuna aykırılık (md. 54), faaliyetin durdurulması (md. 56) gibi konular için de söz konusudur.

12. Sendika Tüzüklerinde Bulunması Gereken Maddelerin Yasayla Belirlenmesi

Yasa'nın, sendika tüzüklerinde bulunması gereken konu başlıklarını göstermesi UÇÖ tarafından eleştirilmiş, tüzüklerin yapımının tamamen bu kuruluşların kendi kararına bırakılması istenmiştir. Hükümet ise, bu ayrıntıların sadece yol gösterici kriterler olarak düşünülmesi gerektiğini, konu başlıkları altındaki içeriğin tamamen sendikanın yetkili organının kararı ile doldurulmasının doğal olduğunu belirtmiştir.

B. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Bakımından

1. Bir İşçi Sendikasının İşyeri veya İşletme Düzeyinde Toplu Sözleşme Yetkisi Alabilmesi İçin Öncelikle Kurulu Bulunduğu İşkolunda İşçilerin En Az Yüzde 10'unu, Bunu Takiben de İşyeri veya İşletme Düzeyinde Çalışan İşçilerin Yarıdan Bir Fazlasını Temsil Etmesi (Çift Baraj) Koşulu

Bilindiği gibi, bu koşul denetim organlarında 2822 sayılı Kanun'un kabulünden bu yana en çok eleştirilen, hemen her yıl Aplikasyon Komitesi gündeminde tartışılan konuyu teşkil etmiştir. UÇÖ "çift kriter" diye adlandırdığı bu sınırlamayı 98 sayılı Sözleşme'ye aykırı bularak şiddetle eleştirmekte ve özellikle yüzde 10 işkolu barajının tamamen kaldırılmasını istemektedir. UÇÖ yıllar içinde çeşitli ülkelerdeki uygulamalara ilişkin olarak yaptığı yorumlarda, işçilerin işyeri ve bunun üstündeki düzeylerde toplu pazarlık haklarının işkolu ve ulusal düzeyde birtakım sayısal temsil koşullarına bağlanmasının 98 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü toplu pazarlık özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmektedir.

Yüzde 10 temsil barajı ile ilgili şikayet, UÇÖ gündemine 1980'li yılların ikinci yarısında Türk-İş tarafından getirilmiş, hükümet eleştirilere bu kriterle güçlü sendikacılığın amaçlandığı savı ile cevap vermiştir. Nitekim, 1980 öncesi dönemde miktarı bini bulan işçi sendikaları sayısı, diğer bazı hükümlerin yanı sıra, esas itibarıyla bu kriter sayesinde 100 civarına indirilmiştir. Bu arada, 1980 öncesi dönemdeki çok sayıda ve parçalanmış sendikal yapının, yetki tespitinden siyasi ve ideolojik çatışmalara kadar birçok alanda yarattığı sorunlara değinilmiştir. Sorunun hemen her konferans döneminde Aplikasyon Komitesi'ne getirilmesi sonucunda, 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren, hükümet yüzde 10 temsil barajını kaldırmayı düşündüğünü ifade etmiş, ancak bunun için sosyal tarafların mutabakatının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

Konferans Komitesi'ndeki işçi sözcüleri ise, 98 sayılı Sözleşme'yi onaylayan ülkeleri bağlayıcı niteliğinden dolayı bu sosyal mutabakata gerek ol-

madığını, nihayet Türkiye'nin her yasama konusunda mutabakat sağlama yoluna gitmediğine göre, hükümetin siyasi iradesini kullanarak çift kriteri kaldırmasını beklediklerini ifade etmektedir.

Öte yandan, Uzmanlar Komitesi işyeri düzeyinde yarından fazla temsili sağlayamayan diğer sendikalara, hatta hiçbir sendikanın bu oranı bulamaması halinde mevcut sendikalara en azından üyeleri adına pazarlık yetkisi tanınması gerektiğini belirtmekte, "hükümetin Sözleşme'ye uyum sağlamak için gerekeni yapacağını umduğunu" ifade etmektedir. Uzmanlar Komitesi'nin bu eleştirileri kabul edildiği takdirde, işyerinde ve işletmede yarından fazla çoğunluğu sağlayamayan diğer sendikaların da üyeleri adına toplu sözleşmeler yapmaları sonucunda aynı işyeri için akdedilmiş birden çok toplu sözleşme ortaya çıkacak, bu durum ise Anayasa'nın 53. maddesindeki "aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz" ilkesi ile çelişecektir. Dolayısıyla bu yönde bir düzenleme Anayasa'ya aykırı olacağı gibi, Türkiye'de -ve başka birçok ülkede- benimsenen topluluk pazarlık yapısına ters düşecek, işyerinde çalışma barışına zarar verebilecektir. Gerçi, örneğin ABD'de olduğu gibi, işyerinde işverenin birden çok toplu sözleşmeye muhatap olduğu ülkeler mevcuttur; fakat, bu sistemlerde dahi toplu sözleşme yetkisi, sınırları yalın ve açık bir biçimde belirlenen "pazarlık ünitesi" temelinde, yalnızca belli bir sendikaya tanınmaktadır. İşyerinde hiçbir sendikanın çoğunluk sağlayamaması durumunda, her sendikaya üyeleri adına toplu sözleşme yapma yetkisi tanımak, yukarıdaki sakıncaların yanı sıra karmaşaya ve başka belirsizliklere neden olabilecektir.

Esasen UÇÖ'nün 275 sayılı Kanun döneminde geçerli olan "işyerinde yarından bir fazla" temsil koşuluna bir itirazı olmamış, eleştirileri işkolu barajı ile çift kriterin benimsenmesinden sonra başlamıştır. Bu nedenle, yüzde 10 temsil barajının kaldırılması, Türk sisteminin 98 sayılı Sözleşme'ye uyumunu sağlayacak ve ülkenin hemen her Konferans döneminde maruz kaldığı bu eleştiriyle yıpratılmasına son verecektir.

2. İşkolu Düzeyinde Toplu Sözleşme Yapma Olanığının 2822 Sayılı Yasa ile Tanınmaması

Bu eleştiriye de zaman zaman denetim organla-

rının raporlarında rastlanmakta, toplantı gündemine getirilmesi halinde konu Aplikasyon Komitesi'nde tartışılmaktadır. UÇÖ pazarlık düzeyinin yasa ile düzenlenmeyip tarafların serbest iradesine bırakılması gerektiğini, taraflar istiyorsa çok-katmanlı toplu pazarlığın teşvik edilmesini savunmakta, hükümet ise cevabında geçmişte 275 sayılı Kanun'un sisteminde öngörüldüğü halde gerçek anlamda işkolu düzeyinde toplu sözleşmeler yapılmadığını nedenleriyle açıklamaktadır. Endüstri ilişkilerinde Türkiye'ye göre çok daha uzun bir geçmiş olan ülkelerde çok-katmanlı toplu pazarlık yapısının sosyal tarafların çeşitli deneyimleri ile organik olarak geliştirildiği, ülkemizde böyle bir altyapı oluşmadığı için konuyu yasa ile düzenleme gereği vurgulanmaktadır. Öte yandan, geçmişte işkolu-işyeri sözleşmelerinden doğan ikilemlerin, örneğin mükerrer toplu iş sözleşmeleri arasındaki çelişkiler, işyerinin birbiri peşisıra grevlere maruz kalması, toplu sözleşmelerin farklı içeriklerinin açıklığa kavuşturulamaması gibi sorunların çeşitli çabalara rağmen çözülemediği ifade edilmektedir. Hükümetin bu konuda bir başka savunması da, Türkiye'de çok-işverenli ve geniş kapsamlı grup ve işletme sözleşmelerinin, esasen işkolu toplu sözleşmelerinin işlevlerini gördüğü görüşüne dayandırılmıştır.

1980 öncesinde karşılaşılan bu sorunlardan ötürü, 1982 Anayasası 53. maddesinde, "aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz" kuralını getirmiş, 2822 sayılı Kanun ise, tercihini işyeri (ve işyerleri) sözleşmesinden yana koymuştur. Bir yasa değişikliği ile sadece "işkolu toplu iş sözleşmesi" kuralı benimsenebilir; ancak, bu yolla da çok-katmanlı sözleşme tekniği gerçekleşmiş olmayacak, bunun gibi toplu pazarlığa küresel rekabetin getirdiği işyeri düzeyine odaklanma eğiliminin önüne geçilmiş olacaktır.

Hükümet, bu cevapları ile UÇÖ gündeminde esasen baş sıralarda yer almayan bu konuda Aplikasyon Komitesi'ni şimdilik tatmin etmiş görünmektedir. Ancak, Avrupa Birliği çevrelerinde de etkin bir sosyal diyalogun, ancak işkolu toplu sözleşmelerine yer veren çok-katmanlı bir toplu pazarlık sisteminin varlığına bağlı olduğu görüşü gözönünde bulundurulursa, konunun ülkemizle ilgili tartışılarda gündemdeki yerini koruyacağı söylenebilir.

3. Konfederasyonlara Toplu Sözleşme Yapmak Olanığının Tanınmaması

Bu konu da Aplikasyon Komitesi'nde tartışmalara neden olmuştur. UÇÖ 87 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde, sendikalara tanınan tüm hakların federasyon ve konfederasyonlara da tanınmış olduğunu belirtmekte, buna karşın hükümet, konfederasyonların çeşitli işkollarını kapsayan yatay ve heterojen yapıları ile toplu pazarlığa elverişli olduklarını, benzer nedenle birçok ülkede tepe işçi ve işveren örgütlerinin de toplu sözleşme yaptıklarını, ayrıca bu serbestliğin tanınabilmesi için Anayasa'nın yukarıda belirtilen 53. maddesi son fıkrasının değiştirilmesi zorunluluğunun doğabileceğini belirtmektedir. Geçmişte yapılan bazı yasa tadili çalışmalarında, konfederasyonların çerçeve sözleşmeleri yapmalarını sağlayacak bir model üzerinde çalışılmışsa da, işyerlerini kapsayan toplu sözleşmelerle konfederasyonlarca yapılan çerçeve sözleşmesinin aynı dönemde üstüste gelmesi belirtilen Anayasa hükmünün ihlâli anlamına geleceği için, bu girişimden vazgeçilmiştir. UÇÖ denetim organları ise, toplu pazarlığın hangi düzeyde yapılacağına tarafların karar vermesi görüşünde ısrar etmektedir. Ancak, Aplikasyon Komitesi'ndeki tartışmalarda, işveren sözcüsü, hükümetin bu konudaki savunmasında verdiği cevapları tatmin edici olarak değerlendirmişti.

4. Bazı Ödemeler Üzerine Konan Tavanlar

Uzmanlar Komitesi'nin birkaç kez gündeme getirdiği bir eleştiri, bazı ödemeler üzerine konan sınırlamalar olmuş, ancak somut örnekler vermediği için konu Aplikasyon Komitesi'nde açıklığa kavuşmamıştır. Hükümet cevabında, kıdem tazminatı ve yıllık ikramiye sayısı üzerindeki tavanlar dışında Türk uygulamasında mutlak emredici nitelikte başkaca bir tavan olmadığını belirtmiş, ayrıca bu sınırlamaların nedenlerini gerekçeleriyle açıklamıştır.

5. Hükümetin Grev Ertelemesi Yetkisinin Zorunlu Tahkimle Sonuçlanan Bir Grev Yasasına Dönüşmesi

1990'lar boyunca, Türkiye'ye en sık yöneltilen bir eleştiri de bu düzenleme olmuştur. 2822 sayılı Kanun'un 33. maddesine göre, Bakanlar Kurulunun bir grev veya lokavtı, genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Kararname'yle alt-

miş gün süreyle erteleyebilmesi, özellikle erteleme süresi sona erdiğinde taraflar anlaşmamışsa veya uyuşmazlık özel hakeme de intikal ettirilmemişse, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu'nca çözümünü öngören düzenleme, sonuçta mutlak bir grev yasağına dönüştüğü gerekçesiyle UÇÖ tarafından eleştirilmektedir.

UÇÖ'ye göre, grev veya lokavtın genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte olduğuna karar verebilmek güçtür. Bu karar, çeşitli keyfi ve subjektif etkilere açıktır. Öte yandan, burada bir hakkın ertelenmesi söz konusu olduğuna göre, hakkın askıya alınması ve en azından süre sona erince, 275 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, tekrar kullanılabilmesi gerekir.

Hükümet, bu yöndeki eleştirileri genellikle şu gerekçelere dayanarak cevaplamaya çalışmıştır:

1) Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetki kesin olmayıp, idarenin her işleminde olduğu gibi, burada da ilgili tarafın yargıya başvurma hakkı mevcuttur. Erteleme kararına karşı Danıştay'da iptal davası açılabilir ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenebilir. Nitekim, çeşitli örneklerinde görüldüğü gibi, bu konuda Danıştay'ın verdiği birçok yürütmeyi durdurma kararı vardır.

2) Taraflar, çoğu hallerde erteleme süresi içinde anlaşmaya varmakta ve uyuşmazlığı Yüksek Hakem Kurulu'na götürmeye gerek kalmadan toplu sözleşmeyi bağlatmaktadırlar. Bazen de, hükümet, erteleme süresi içinde bu kararını kaldırmaktadır.

3) Bakanlar Kurulu, erteleme yetkisini sınırlı hallerde ve az sayıda olayda kullanmıştır. Bu konuda geçen yılların erteleme sayılarından örnekler verilmektedir.

4) Bakanlar Kurulu'na tanınan erteleme yetkisi ve erteleme süresi sonunda uyuşmazlığın zorunlu tahkime götürülmesi, Anayasa'da öngörüldüğü için, değiştirilmesi Anayasa'nın tadiline bağlıdır; bu ise yasa değişikliklerine göre oldukça güçtür.

5) UÇÖ 1990'larda ardı ardına birçok yıl, Türkiye'yi grev yasakları olan işyerleri ve hallerin çokluğundan dolayı değil de, şaşırtıcı biçimde Bakanlar Kuruluna tanınan erteleme yetkisinden dolayı şiddetle eleştirmiştir. Son birkaç yıldır ise, Uzmanlar Komitesi'nin bu konudan çok genel anlamdaki grev-lokavt yasakları üzerinde yoğunlaşması dikkat çekmektedir.

6. Grev Hakkının Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar ve Yaşamsal Hizmet Kapsamına Girmeyen İşler ve Yerlerde Grev Yasağının Bulunması

Uzmanlar Komitesi, 2822 sayılı Kanun'un 29. ve 30. maddelerindeki grev ve lokavt yapılamayacak işler ile yerlerin çok geniş tutulduğu, zorunlu tahkimin yalnızca yaşamsal hizmetlerde, yani kesintiye uğraması halinde toplumun ciddi ölçüde zarar göreceği temel hizmetlerde uygulanabileceğini vurgulamaktadır. Sendika Özgürlükleri Komitesi, zaman içinde yaptığı yorumlar ve geliştirdiği içtihatlarla, "temel hizmet" ve "asgari hizmet" kavramlarına açıklık getirmeye çalışmıştır. Komite'ye göre, temel hizmetler sınırlı biçimde tanımlanmalı, kesintisi halinde toplumun tümünün veya önemli kısmının hayatının, kişisel güvenliğinin ya da sağlığının tehlikeye girmesi söz konusu olmalıdır.

Hizmetin kamu ya da özel sektör eliyle yürütülmesine bakmaksızın, bu çeşit temel hizmet sayılabilecek alanlarda grev hakkının sınırlandırılması ya da tamamen yasaklanması mümkündür. Öte yandan, grevin önemli ölçüde sınırlandırılmasının ya da tamamen yasaklanmasının haklı görülemeyeceği hallerde, işçilerin çoğunluğunun grev hakkına hanel getirmeksizin hizmetin gerekli asgari düzeyde kesintisiz verilmesi olanakları sağlanmalıdır. Sınırlamaya tâbi tutulan gruplar için de arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim gibi alternatif telafi edici mekanizmalar mevcut olmalıdır.

Bu açıdan bakıldığında, Uzmanlar Komitesi, 29. maddede öngörülen banka ve noterlik hizmetlerini, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehiriçi ulaşım hizmetlerini, petrol ve petrokimyası vb. içeren grev yasaklarını temel ve yaşamsal hizmetler olarak görmekte ve eleştirmektedir. Bunun gibi (27. ve 37. maddeler gibi) grev hakkının kullanımını üzerindeki sürelerle ilişkin kısıtlayıcı hükümler de eleştiri konusu yapılmaktadır. Türkiye'de zaman içinde gerçekleştirilen yasa tadilleriyle bazı grev yasakları kaldırılmışsa da, UÇÖ 1988 tarihli ve 3451 sayılı tadilden sonraki durumda süregelen halihazır yasakları da kendi kriterleri açısından geniş bulmakta ve eleştirmektedir.

7. Siyasî Amaçlı Grev, Genel Grev ve Dayanışma Grevi Yasağı ve Grev Gözcülüğü Üzerindeki Kısıtlamalar ile Grev Yasağına Aykırı Fiillere Uygulanan Cezalar

1982 Anayasası'nın 54. maddesi ile 2822 sayılı

Kanun'un 25, 48, 70, 72, 73 ve 79. maddelerinde öngörülen grev hakkı üzerindeki kısıtlamaların UÇÖ normlarının ihlâli niteliğinde olduğu ve bu kısıtlamaların grevin ancak toplumsal barışı tehlikeye sokması halinde haklı görülebileceği zaman zaman dile getirilmektedir. UÇÖ'nün greve ilişkin genel ilkelerine göre, tamamen siyasal amaçlı grevler sendika özgürlükleri kapsamına girmemekte, ancak bir grevin sadece toplu pazarlıkla ilgili konularla sınırlandırılması da benimsenmemektedir.

ILO, hükümetlerin ekonomik ve sosyal politikalarına yönelik genel grevleri, desteklenen grevin yasal olması koşulu ile dayanışma grevlerini, barışçıl nitelikteki iş yavaşlatma, verim düşürme ve oturma grevi gibi direnişleri grev hakkı içinde değerlendirmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, UÇÖ'ye göre grev yasağı yalnızca Devlet adına kamu erki kullanan kamu görevlileri ile, kelimenin tam anlamıyla yani kesilmesi halinde halkın tamamının veya bir kısmının yaşamının, kişi güvenliğinin veya sağlığının tehlikeye girebileceği hizmetlerde çalışanlar için konabilir. Bunun gibi, grev eyleminin cezalandırılmasının, yalnızca yasaklamaların sendikal özgürlük ilkelerine uygun olması halinde söz konusu olabileceği ve eğer hapis cezası uygulanacak ise, cezanın işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olması gerektiği ifade edilmektedir.

Hükümet, bu kategorideki eleştirileri, söz konusu yasakların Anayasa'nın 54. maddesinden kaynaklandığını, bunların toplum düzeniyle ilgili olduklarını, oysa Anayasa'nın ve Yasa'nın yalnızca toplu pazarlığa ilişkin grev hakkına dayalı bir model öngördüğünü ve başka ülkelerde de bu çeşit grevler üzerinde kısıtlamalar olduğunu ileri sürerek cevaplamaya çalışmıştır.

Grev gözcüleri için getirilen sınırlamaların ise, grev hakkının kullanımını güvenceye alan diğer düzenlemelerle birlikte düşünülmesi gerektiği, Kanun'un grev kısıtlamalarını kesin biçimde yasakladığı belirtilmiştir. Hükümetin savunmasında, Yasa'nın grev yapan işçinin hizmet akdinin askıya alınacağını öngördüğü, günümüzde ileri sanayi ülkelerinin çoğunda bile rastlanmayan bu hüküm sayesinde çok sayıda grev gözcüsüne gereksinim kalmadığı, işyerinden ayrılmak zorunluluğu ile işyeri önünde şiddet

olaylarının önüne geçmenin amaçlandığı, vb. bu konuda verilen yanıtlar arasında yer almıştır.

8. Bir Serbest Ticaret Bölgesinin Faaliyete Geçmesinden İtibaren On Yıl Süreyle Grev-Lokavt ve Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanamaması ve Çıkar Uyuşmazlıklarının Yüksek Hakem Kurulu'nca Karara Bağlanması

UÇÖ denetim organları, 06.06.1983 tarih ve 3218 sayılı "Serbest Bölgeler Kanunu"nun Geçici 1. maddesindeki bu grev yasağını sendikal özgürlük ilkelerine aykırı bularak, birçok yıllar eleştirmiştir. Nihayet, söz konusu yasağın bir değişiklikle kaldırılması karşısında, Uzmanlar Komitesi 2003 yılı Raporu'nda bu gelişmeden duyduğu memnuniyeti ifade etmiştir.

9. Çalışma Yasalarının Gereğinden Fazla Ayrıntılı Olması; Toplu Görüşmelerin Başlamasından İtibaren Grev Kararı Alınabilmesi İçin Geçmesi Gereken Bildirim ve Bekleme Sürelerinin Çok Uzun (Yaklaşık Üç Ay) Olması

UÇÖ denetim organlarınınca hemen her Konferans döneminde dile getirilen bu eleştiriye verilen cevaplar şöylece özetlenebilir: Türk endüstri ilişkileri sistemi, tarihsel nedenlerle gelişmiş ülkelerdeki duruma göre geç başlamıştır. Sistem uzunca bir süre içinde oluşmuş ve uygulama ve yargı kararları ile geliştirilmiş ileri sanayi ülkelerindeki geleneklerden yoksundur; dolayısıyla Türkiye'de sistemin kurumlarını ve işlevlerini yasa ile oluşturmak gerekmiştir. Türkiye'nin çağdaşlaşmasında bu eğitim diğer hukuk dalları için de geçerlidir.

Öte yandan, kurumları ayrıntılı yasalarla oluşturmak geleneği, sendikacılık ve toplu pazarlık kurumları için özellikle söz konusu olmuştur. Ayrıntılı kurallar getirmenin bir başka nedeni de, önceki dönemlerin uygulamalarında karşılaşılan sorunlara çözümler getirmek gereği olmuştur. Toplu sözleşmeye ulaşmada uzun bir sürenin gerektiği eleştirisi, kuşkusuz haklıdır. Ancak, getirilen sürelerin ve prosedürlerin altında yatan bir gerekçe de, kendi doğasına bırakıldığında -1980 öncesinde görüldüğü gibi- çeşitli kötüye kullanımlara ve birçok hallerde çok uzun bir toplu pazarlık sürecine yol açan sistemi, sürelerle azamî sınırlar getirmek suretiyle hızlandırmaktır.

IV. UÇÖ ELEŞTİRİLERİ VE YENİ YASA TASLAKLARI

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı daha önceki değişiklik taslaklarında öngörülen bazı düzenlemeleri ve bunlara yapılan eleştirileri de dikkate alarak 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar'da değişiklikler öngören son taslaklarını hazırlamış ve bunları sosyal tarafların görüşüne sunmuştur. Bakanlık bu taslaklarda bir yandan uygulamada karşılaşılan bazı sorunlara çözümler getirmeye çalışırken aynı zamanda UÇÖ'nün yukarıda değinilen eleştirilerinin bir kısmını karşılamayı amaçlamıştır. Taslak, ayrıca 4857 sayılı yeni "İş Kanunu"na uyumlu bir terminoloji kullanmaya, bu arada bazı maddelerde de Avrupa Birliği normlarına uygun düzenlemeler getirmeye çalışmıştır. Taslaklar UÇÖ'ye iletilmiş ve önerilerden birçoğu hakkında Uzmanlar Komitesi 2007 Raporu'nda değerlendirmeler yapmıştır. Burada taslakların sadece UÇÖ eleştirilerine çözüm getirmeye çalışan boyutları açıklanacaktır.

A. 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nda Yapılması Öngörülen Değişiklikler

1) Kurucularda aranan nitelikleri düzenleyen 5. maddenin 1. fıkrasındaki "Türk vatandaşı olmak" ve "Türkçe okur-yazar olmak" koşulları, taslakta yapılan değişiklikle çıkarılmıştır. Böylece, Avrupa Sosyal Şartı'na ve Avrupa Birliği'nin temel ilkeleri arasında yer alan "emeğin serbest dolaşımı ilkesine" uyum sağlanmış olmaktadır. Ayrıca, Uzmanlar Komitesi'nin 2004 yılı Raporu'nda değinilen ve bazı DİSK yöneticileri için Türkçe okur-yazar olmadıkları gerekçesiyle açılmış davanın gerekçelerinden biri ortadan kaldırılmaktadır. Taslakta TCK'nın 536. ve 537. maddelerine göre mahkûm olmayı sendika kuruculuğuna engel sayan hükümler Dernekler Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu'ndaki düzenlemelere paralel olarak metinden çıkarılmaktadır. 5. maddenin düzenlenmesinde Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nda kurucularda aranan koşullara ilişkin hükümlerden yararlanılmıştır. Madde Avrupa Sosyal Şartı'na ve AB normlarına uygun biçimde oldukça liberal bir dille kaleme alınmıştır. Ancak TÜRK-İŞ, HAK-İŞ ve TİSK doğabilecek iletişim güçlüklerini engellemek amacıyla "Türkçe okur-yazar olmak" koşulunun muhafaza edilmesini istemektedir.

2) Taslağın Seçimler başlığını taşıyan 13. maddesinde Sendikalar Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası (genel kurullara hükümet komiserinin katılımı) ile 16. fıkrası (yönetici olabilmek için on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olmak) hükümlerinin kaldırılması önerilmektedir. On yıl koşulu Anayasa'nın 51. maddesinden çıkarıldıktan sonra, 2821 sayılı Kanun'daki koşul esasen anayasal temelden yoksun kalmıştı. Bu şekilde bu koşula uyulmadığı için DİSK aleyhine açılmış davanın bir diğer dayanağı kalmamaktadır. Bu yöndeki gelişmelerin, UÇÖ denetim organları üzerinde olumlu etkiler yaratacağı açıktır.

3) Taslakta Kanun'un 10. maddesinde bir değişiklik yapılarak, şube genel kurullarının oluşması için yapılacak delege seçimlerinde yargı yoluna başvurma olanağı getirilmiştir. Sendika-içi demokrasinin işlemesi bakımından bu öneri kuşkusuz yerindedir. Ancak, taslağın 10. maddesinde Kanun'un 11. maddesinde bir değişiklik önerilerek, "ilgili makamların" sendika tüzüklerinin incelenmesi sonucunda yasaya aykırılığı tespit edilen ve düzeltilmesi istenen tüzük değişikliklerinde genel kurulun tüzük değişikliğini gerçekleştirmek amacıyla yönetim kuruluna yetki vermesi öngörülmektedir. Mevcut durumda idari makamın yetkisi sadece mahkemeye başvurmakla sınırlıdır. Değişiklik önerisinde, genel kurullar arası dönemlerde idareye verilen tespit ve düzeltme isteme yetkisinin, UÇÖ denetim organlarınınca 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı bulunması olasılığı vardır. İdarenin bu konuda mahkemeye başvurusunu bile sakıncalı bulan Uzmanlar Komitesi, kuşkusuz burada da rahatsızlık duyacaktır.

4) Taslağın 17. maddesi ile 2821 sayılı Kanun'un 23. maddesi değiştirilmiş ve üyelerin sendikalara ödeyecekleri aidatlara getirilen sınırlama kaldırılarak konu sendika tüzüklerine bırakılmıştır. Bu yolla, UÇÖ'nün bu konuda 87 sayılı Sözleşme'ye aykırılık iddialarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Öneri kuşkusuz yerindedir.

5) Taslağın 45. maddesinde 625 sayılı "Özel Öğretim Kurumları Kanunu"na bağlı okullarda çalışan öğretmenlerin sendika kurabilmelerine ve sendikalara üye olabilmelerine ilişkin yasaklayıcı hükmün kaldırılması önerilmektedir. Yine, 26 Haziran 2004 tarih ve 5188 sayılı Kanun'a göre çalışan özel güvenlik görevlilerine sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı tanınmaktadır. Ancak bu görevlilere

Taslak, üyeliğin kazanılmasında noter onayı koşulunu kaldırmakta, üyelikten ayrılmada ise noter koşulunu muhafaza etmektedir.

rin grev hakkı üzerindeki yasak devam etmektedir. Bu durumda üyelik önündeki tüm engeller kaldırıldığı ve askeri şahıslar esas itibarıyla memur statüsünde ve kendi özel yasalarına tâbi oldukları için, artık bir hükmü kalmamış bulunan 21. madde tümüyle kaldırılmaktadır. Bu düzenlemelerin, özellikle öğretmenler açısından denetim organları tarafından olumlu karşılanacağı kuşkusuzdur.

6) Taslak 16. maddesinde işçi ve işverenlerin aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üyeliği üzerindeki yasak ile üyelikten ayrılmada noter onayını ise muhafaza etmektedir. Taslak üyeliğin kazanılmasında noter onayı koşulunu kaldırmakta, üyelikten ayrılmada ise noter koşulunu muhafaza etmektedir. Üyelikten ayrılmada noter onayının muhafaza edilmesi gerekçede yetki işlemlerinde karışıklık ve sahteciliklerin önlenmesi nedenine dayandırılmıştır. Bilindiği gibi, üyelikten ayrılmada noter koşulu 1970 tarihli 1317 sayılı Kanun'la getirilmiş, ancak bunun yetki kazanmada sahtecilik ve karmaşayı önleyemediği görüldüğünden 2821 sayılı Yasa üyeliğin kazanılmasında da noter koşulunu öngörmüştür. UÇÖ daha çok 12 Eylül 1980 döneminin kısıtlayıcı zihniyetinin ürünü olarak gördüğü için üyeliğin kazanılmasında noter onayını eleştirir görünmektedir. Ne var ki, istifada aranan noter koşulunu da 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı bulduğu için eleştirmektedir. Taslakta üyelikten ayrılmada noter işleminin işçi için bir yük oluşturmaması düşünülerek, noter ücretinde yüzde yetmişbeş indirimli bir tarifinin uygulanması öngörülmüştür. Üyeliğin kazanılmasında noter onayının kaldırılmasını Uzmanlar Komitesi'nin 2007 Raporu olumlu olarak değerlendirmiştir. Ancak istifada noter ücretindeki indirim olumlu bir adım olarak düşünülse de, üyelikten ayrılmayı noter onayına bağlayan koşul 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı niteliğiyle yine eleştirilecektir. Öte yandan, istifanın noter onayından bir ay sonra geçerli olması koşulu, denetim organlarıncaya eleştiriye konu olmamıştır. Çe-

kilmelerde bu çeşit bekleme sürelerinin belli haklı gerekçelere dayanması ve başka bazı ülke uygulamalarında da görülmesi, bu konuda bir sorun doğurmamaktadır.

7) Taslağın 23. maddesinde Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi yeniden düzenlenerek, sendika ve konfederasyonların yönetim kurulu üyeliğinde ve başkanlığında görev alan (profesyonel) sendika yöneticilerinin eski işyerlerine dönebilmeleriyle ilgili geçmişte doğmuş bulunan sorunların ve hukuki belirsizliğin çözümlenmesi amaçlanmıştır. "Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılacak ve ödenecek tazminatların hesabında işyerinde çalışmış oldukları süreler, fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınacaktır." Bu düzenleme ile yöneticilerin iş sözleşmelerinin yöneticilik süresince askıya alınması, böylece kıdem haklarının korunması sağlanmaktadır. Ancak, getirilen düzenlemeye rağmen, uygulamada bu konuda yine de bazı hukuki tartışmaların doğması olasılığı vardır. Ne var ki bu değişiklik uygulamada karşılaşılan bazı sorunlara çözüm getirmeye çalışması yönüyle kuşkusuz olumludur. Kaldı ki, denetim organlarının geçmiş yıllarda bu konuda herhangi bir gözlem veya eleştirisi söz konusu olmamıştır.

UÇÖ'nün yöneticilerle ilgili bir eleştirisi ise, yöneticilik süresince işverenle iş sözleşmesi devam eden (amatör) sendika yöneticilerine etkin bir koruma sağlanmamış olmasıdır. UÇÖ denetim organları, sendika işyeri temsilcileri için öngörülen güçlü korumanın, amatör sendika yöneticilerine de sağlanmasını istemiştir. Nihayet, amatör yöneticiler de işyerinde sendikal faaliyetlerinden ötürü işverenin haksız işlemlerine maruz kalabilirler. Taslak bu konuda bir düzenleme yapmış ve 24. maddesinde bu yöneticilerin de işyeri sendika temsilcileri için öngörülen güvenceden yararlanmalarını sağlamıştır.

8) Bilindiği gibi 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu, sendika işyeri temsilcisinin korunmasını işçiler için öngörülen genel güvence kapsamına alarak eski duruma göre nispeten zayıflatmıştı. Taslak ise sendika temsilcilerinin işten çıkarılmalarında "geçerli neden" kavramına yer vermeyerek, temsilcilerin önceki metinde olduğu gibi ancak "haklı nedenlerle" işten çıkarılabilecekleri hükmünü yeniden getirmektedir. Öte yandan, İş Kanunu'nun iş güvencesi için öngördüğü "otuz işçi" ve "altı aylık

kıdem” kriterlerini içeren 18. maddesi ile herhangi bir bağlantı kurulmayarak tüm sendika temsilcileri için kesin bir güvence getirilmektedir. Maddenin eski şeklinde iş mahkemesinin vereceği karar kesin nitelikte olup, temyiz olanağı yoktu. Taslak mahkeme kararına karşı Yargıtay yolunu açık tutmuştur. Ayrıca, temsilcinin işyerinin değiştirilmesinin ya da işinde esaslı tarzda değişiklik yapılmasının kendisinin yazılı rızasına bağlı olacağı öngörülerek, temsilcilik sıfatının ve dolayısıyla güvencesinin kaldırılabilmesi yolu kapatılmıştır.

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun yasalaşmasından önce yasa tasarısında, yetkili bir işçi sendikasının, dolayısıyla sendika temsilcilerinin mevcut olmadığı işyerlerinde, sendika temsilcilerine benzer işlevler görmek ve özellikle toplu işçi çıkarmalarda işverenlerle danışmalar yapmak üzere işçi temsilcile-

ri İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır (Diğer bir deyişle işçi iş güvencesi hükümleri uyarınca dava açabilir.). Ancak, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olmaz.” Önceki yıllarda Türkiye’de sendika karşıtı eylemlere karşı yaptırımların yetersizliğinden yakınan Uzmanlar Komitesi bu düzenleme ile herhalde tatmin olacaktır. Uzmanlar Komitesi bu yılki 2007 Raporu’nda sendika karşıtı eylemlere karşı koruma gereğine özellikle Kamu Görevlileri Sendikaları bağlamında değinmiş, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun 118. ve 135. maddelerinde sendika karşıtı eylemlere karşı getirilen yaptırımlardan memnuniyetini özellikle belirtmiştir.

Öte yandan, İş Kanunu’nun kapsamı dışında çalışanlarla (Deniz İş Kanunu, Basın Mesleğinde Çalı-

Taslak sendika temsilcilerinin işten çıkarılmalarında “geçerli neden” kavramına yer vermeyerek, temsilcilerin önceki metinde olduğu gibi ancak “haklı nedenlerle” işten çıkarılabilecekleri hükmünü yeniden getirmektedir.

ri belirlenmesi öngörülmüştü. Ancak, sosyal tarafların karşı çıkması ile bu düzenleme son anda metinden çıkarılmıştır. Bu, kuşkusuz talihsiz bir gelişme olmuştur. Öngörülen düzenleme, Avrupa Birliği normları gereği olduğu gibi, Türkiye’nin onayladığı 135 sayılı UÇÖ Sözleşmesi ile de uyumlu idi. UÇÖ geçmişte bir kez 135 sayılı Sözleşmesi’nin gereklerini Türkiye’ye hatırlatmıştır. Tasarı, bu ön düzenleme ile Avrupa Birliği’nin kabul ettiği “bilgi verme ve danışma” işlevleri görece ve “işyeri konseyleri”nin yolunu açacak bir girişimi de başlatmayı amaçlıyordu. Konunun ülkemizin Avrupa Birliği müktesebatına uyumu sürecinde yeniden gündeme gelme olasılığı yüksektir.

9) Taslak 25. maddesi ile Kanun’un 31. maddesindeki sendika karşıtı eylemlere uygulanacak yaptırımları daha açık ve güçlü hale getirmektedir. Maddenin 6. fıkrasına göre, “İşverenin hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise,

lışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu) ve İş Kanunu’nun uygulama alanı dışındaki işçilerin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun genel hükümleri uygulanacak, işçiye ödenecek tazminat miktarı bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

10) Taslakta, Sendikalar Kanunu’nun 45. maddesinde öngörülen “konfederasyonlar ile sendikaların ve şubelerinin yönetim kurulları üyeleri ile başkanlarına verilecek ücret ile her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar genel kurul tarafından tespit olunur” düzenlemesine paralel bir hükme yer verilmemiş, bunun gibi daha önceki taslaklarda getirilen üst sınırlardan bahsedilmemiştir. UÇÖ’nün bazı ödemelere tavanlar getirilmesini eleştirdiği hatırlanırsa, denetim organları bu düzenlemeyi olumlu karşılayacaklardır.

11) Önceki taslak 2821 sayılı Kanun’un 37. maddesinin 3. fıkrasını metinden çıkararak, mahalli idareler ile milletvekili seçimlerinde aday olan sendika

ve konfederasyon yöneticilerinin, adaylıkları süresince ve seçilmeleri halinde yöneticilik görevlerinin devamını sağlamak istemiş, böylece sendikaların siyasete katılmalarının önünü açan Anayasal değişikliklerle uyum sağlamaya çalışmıştı. Oysa mevcut son taslak 28. maddesinin 3. fıkrasında Temel Yasaklar başlığı altında Kanun'un 37. maddesindeki bu düzenlemeyi tekrarlamakta ve söz konusu yöneticilerin sendika ve konfederasyonlardaki görevlerinin adaylıkları süresince askıda kalacağını, seçilmeleri halinde görevlerinin son bulacağını belirtmektedir. Oysa ILO Uzmanlar Komitesi bu yılki raporunda bu kısıtlamanın kaldırılması yönündeki ısrarını hem 2821 sayılı Yasa, hem de 4688 sayılı Yasa bağlamında sürdürmektedir. Hemen belirtelim ki, bu sınırlamaların devam ettirilmesine Anayasamızın 82. maddesindeki kısıt neden olmaktadır. Bu maddede sendika yöneticiliği millilettiği ile bağdaşmayan görevler arasında zikredilmiştir.

12) Taslak 22. maddesinde uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarına üyelik başlığı altında Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'ndaki hükümlere uygun olarak bu kuruluşlara üyeliğin usul ve esaslarını ve bu kuruluşlarla işbirliğini oldukça liberal bir biçimde düzenlemiştir. Bu düzenleme ile sendika ve konfederasyonların uluslararası sendikal kuruluşlarla faaliyette ve işbirliğinde bulunabilecekleri, üst kuruluşlar kurabilecekleri, kurulmuş olanlara üye olabilecekleri gibi hükümler getirilmek suretiyle yeni ve liberal Dernekler Kanunumuza uygunluk sağlamıştır. Taslağın bu hükümlerinin hayata geçirilmesine ilişkin olarak bazı sorunlar doğabilecekse de, önerilen düzenlemenin UÇÖ eğilimleri ile yeni mevzuata daha uyumlu olduğu açıktır. Ancak Uzmanlar Komitesi 2007 Raporu'nda valiliğe önceden bildirimde bulunulması koşuluyla derneklerin yabancıları Türkiye'ye davet etmelerini ve üyelerinden birini yurtdışına göndermelerini düzenleyen 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 43. maddesinin kapsamından sendikaların muaf tutulmasını istemektedir.

13) Öte yandan, Taslak 46. maddesinin 2. fıkrasında 3984 sayılı Yasa'nın özel radyo ve televizyon kuruluşu kurma yasağına ilişkin 29. maddesinin sendika ve konfederasyonlar için uygulanmayacağını belirterek sendika ve konfederasyonların radyo ve televizyon istasyonları kurmalarına olanak sağlamıştır. Uzmanlar Komitesi de bu yıla ait raporunda bu değişiklik önerisini kaydetmiştir.

14) Bilindiği gibi Anayasa'da 1995 ve Sendikalar Kanunu'nda 1997 yılında yapılan değişiklikler sonucunda, sendikaların ve konfederasyonların idari ve mali denetiminde yetki sadece bu kuruluşların denetim kurullarına veya denetçilerine verilmiştir. Taslak sendikaların ve konfederasyonların gelir ve giderlerinin genel kurulca karar verilmesi halinde denetim yetkisine sahip meslek mensubu yeminli mali müşavirlerce denetlenmesini öngörmektedir. Ayrıca üye veya delegelerin beşte birinin yazılı başvurusu ile de yeminli mali müşavir denetimi yapılabileceği öngörülmüştür. Burada amacın sendika fonlarında istismarın önlenmesi olduğu açıktır. Öte yandan, sendikaların sadece mali açıdan denetlenebileceği UÇÖ'ce de kabul gören bir ilkedir. Ayrıca, genel kurul kararı gereğinin varlığı ve denetim uzmanlarının bağımsız kişiler olması gelebilecek olası eleştirileri cevaplamada etkili olabilecektir.

15) Taslağın 30. maddesi sendika ve konfederasyonların gelirlerini düzenlerken 2821 sayılı Kanun hükümlerine paralel hükümler getirmiştir. Ancak yardım ve bağış alınamayacak kuruluşlar arasında dernekler de zikredilmiştir. Oysa Dernekler Kanunu 10. maddesinde derneklerin işçi ve işveren sendikalarından maddi yardım alabileceğini ve bunlara maddi yardımda bulunabileceklerini öngörmüştür.

16) Taslak mevcut yasada yirmisekiz olan sendikaların kurulabileceği işkolu sayısını birbirine yakın ve benzer işkollarını birleştirmek suretiyle onsekize indirmektedir. Daha rasyonel ve güçlü bir sendikal yapı oluşturmayı amaçlayan bu değişikliği Uzmanlar Komitesi 2007 yılı Raporu'nda değerlendirmekte, işkolu sendikalarının nitelik ve kapsamlarını açıklığa kavuşturmak amacıyla işkollarıyla ilgili geniş kapsamlı sınıflandırmalar yapmanın 87 sayılı Sözleşme ile uyumsuz olmadığını hatırlatmakta, ancak bu değişikliklerde keyfi belirlemelerden kaçınma gereğini vurgulayarak, işkolları listesinin değiştirilmesinden etkilenebilecek sendika üyelerinin Sözleşme'nin 2. maddesine uygun olarak istedikleri sendika tarafından temsil edilmesini sağlayacak önlemleri almasını hükümetten talep etmektedir. Çalışma Bakanlığı'nın kararından etkilenen taraflar kuşkusuz karara karşı iş mahkemesinde dava açabilirler ve mahkeme kararına karşı da Yargıtay yolu açıktır. Ne var ki, sendikalar arası gerekebilecek birleşme ve katılmaların gerek

sendika yönetimlerini, gerek üyeleri etkileyerek çeşitli uyuşmazlıklara ve ilerde UÇÖ'nün yeni eleştirilerine yol açma olasılığı vardır.

17) Taslak, UÇÖ eleştirilerinin hiç olmazsa bir kısmına çözümler getirmek amacıyla yaptığı düzenlemelerden başka, uygulamada karşılaşılan sorunları gidermeyi amaçlayan çeşitli başka değişiklikler önermiştir. Örneğin, nakliye mukavelesine göre bedeni hizmet arzı suretiyle veya adi şirket mukavelesine göre çalışanların bu Kanun bakımından işçi sayılmaları hükmünün uygulamada işlerlik kazanmaması dolayısıyla yasa metninden çıkarılması; işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesinde çıkan uyuşmazlığın yargı yoluyla daha kısa sürede çözümlenmesi (ki, yasal sistemimizdeki düzenleme UÇÖ tarafından yeterince anlaşılmayıp adeta her durumda bir uyuşmazlık çıktığı yönünde değerlendirmelere konu olmaktadır); yöneticilerin mal bildirimine ilişkin sürecin sadeleştirilmesi; işkolları azaltılması nedeniyle birleşecek ve katılacak sendikalara bir yıllık bir geçiş süresi sağlanması; yetki tespitlerinin daha sağlıklı yapılabilmesi için Bakanlıkça sadece işverenlerden alınan bilgilerle yetinilmeyip T.C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumundan sağlanacak bilgilerden de yararlanılması vb. bu çeşit usûle ve uygulamaya yönelik değişiklik önerilerinden bazılarıdır.

Kuşkusuz, bu öneriler de bazı hukuki tartışmalara yol açabilecek, belki uygulamada bu düzenlemelerden de birtakım sorunlar doğacaktır. Ancak, önerilerin sistemimizin yirmi yılı aşan deneyimlerine dayanılarak hazırlandıkları şüphe götürmez; yasaştıkları ve amacına uygun biçimde uygulandıkları takdirde, getirilecek hükümlerin aksaklıkları belli ölçüde giderecekleri söylenebilir.

B. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Yapılması Öngörülen Değişiklikler

2822 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerini değiştirmeyi öngören yeni yasa taslağı bir yandan uygulamada sorun ve tartışma yaratmış konularla ilgili yeni düzenlemeler getirmeyi amaçlarken, aynı zamanda yıllardır UÇÖ gündemini işgâl eden bazı sorunları çözmeye çalışmıştır. Aşağıda, taslağın sadece Kanun'un denetim organlarının eleştirilerine konu olan bazı maddelerinde öngördüğü değişiklikleri değerlendireceğiz:

1) Yukarıda belirtildiği gibi, toplu sözleşme yetkisinin kazanılması için 2822 sayılı Yasa'nın aradığı "çift baraj" koşulu Kanun'un çıkmasından bu yana UÇÖ denetim organlarının 98 sayılı Sözleşme'nin 4. fıkrasına aykırı bularak sürekli eleştirdiği bir konu olmuştur. Denetim organları üst düzeyde getirilen sayısal temsil koşulları ile işyerinde serbest toplu pazarlığın kısıtlanmasına karşı çıkmakta, hatta işkolu barajının tamamen kaldırılmasını istemekten de ötede, işyerinde çoğunluğu temsil etmeyen sendikalara da en azından üyelerini temsilen toplu sözleşme yapma yetkisinin tanınmasını gündeme getirmektedir. Bu aşamada ikinci istek belki gözardı edilebilse bile, işkolu barajının muhafaza edilmesi bu alandaki eleştirilerin devamına neden olacaktır. Daha önceki taslak % 10 barajını % 5'e indirmişti. Bu değişiklik yeterli bulunmamış ve Uzmanlar Komitesi gerek 2006, gerek 2007 Raporları'nda eleştirisini tekrarlamıştır.

Belki, işyeri düzeyinde aranan yarıdan bir fazla çoğunluğu temsil koşulu da işkolu barajının düşürülmesi ile birlikte aşağıya çekilebilse, örneğin yüzde 30'a indirilebilse, bir yandan sendika sayısının aşırı artmasından duyulan endişe kısmen göğsülenebilir, diğer yandan da işyeri düzeyinde örgütlenmenin ve toplu pazarlık özgürlüğünün önü açılabileceği için UÇÖ için daha kabul edilebilir bir durum yaratılabilir (Bu takdirde yapılacak düzenlemede, işyeri veya işletmede en az yüzde 30 temsil gücüne sahip sendikalardan şüphesiz sadece en fazla üyesi olan kuruluşa yetki tanınabilir).

Kuşkusuz, denetim organlarını tatmin etmek ve eleştirilere kesin olarak son vermek için yapılması gereken, işkolu barajının tamamen kaldırılmasıdır. Ancak, bu konuda sosyal tarafların onay ve desteğini almak güç görünmektedir. Önceki taslağı hazırlayan Bilim Komisyonu'nun bu doğrultuda çabalar harcamış olduğu, fakat tarafların duyarlılığı karşısında barajı ancak yüzde 5 oranına çekebildiği anlaşılmaktadır.

Bir başka bakışla işkolu barajının kaldırılmasının sendika sayısında aşırı bir artışa neden olacağı endişesi de yersiz görülebilir. Artış eğilimi, sendikacılığın daha cazip ve prestijli, toplu pazarlığın egemen konumda olduğu dönemlerde mümkündü. Bugün ise, küresel rekabet ve sendikaları sınırlayan neo-liberal politikalar dolayısıyla sendikacılık tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de bir dur-

gunluk ve hatta gerileme dönemini yaşamaktadır. Sendikacılığın demokrasi ve özgürlükler adına zayıflamasına da göz yumulamayacağına göre, en azından örgütlenme önündeki engelleri kaldırıp serbest toplu pazarlığı kolaylaştırmak tercih edilecek alternatif olabilir. Öte yandan, sistemimizdeki diğer bazı koşullar, örneğin işkolu esasına göre ulusal çapta örgütlenme modeli, check-off ve temsilci atama olanağının sadece yetkili sendikaya tanınması, işyeri ve meslek esasına dayalı sendika kurulamaması vb. de sendika sayısındaki artışı frenleyen etkiler yapmaya devam edebilir.

Son taslak 5. maddesinde 2822 sayılı Yasa'nın toplu iş sözleşmesi yetkisi kazanmaya ilişkin ve çift kriteri içeren 1. ve 3. fıkralarında önceki taslaklara göre önemli bir değişiklik öngörülmektedir. Buna göre: "Üyesi işçi sendikalarının toplam üye sayıları itibarıyla en fazla temsil gücüne sahip olan üç işçi konfederasyonundan birinin üyesi olan işçi sendikaları örgütlü buldukları işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarısından fazlasını temsil etmeleri halinde bu işyeri ya da işletme için toplu sözleşme yapmaya yetkilidirler"... "İşçi konfederasyonlarının üye sayılarının tespitinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca her yıl Ocak ayında yayımlanacak istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde işkolları itibarıyla sendikalara mensup üye sayıları ile konfederasyonların üyesi sendikalar itibarıyla toplam üye sayıları toplu sözleşme ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanmaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak için müracaat eden veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez."

Görüldüğü gibi, maddede ilk kriter olan yüzde 10 barajı kaldırılmakta, yetki isteyen sendikanın en çok üyesi bulunan üç işçi konfederasyonundan birinin üyesi olması, ikinci olarak da toplu sözleşme yetkisi istediği işyeri veya işletmede yarıdan fazla çoğunluğu temsil etmesi öngörülmektedir. Önerilen sisteme yöneltilebilecek ilk eleştiri, bunun işçi sendikasını toplu sözleşme yetkisi elde etmek amacıyla belirtilen niteliğe sahip bir işçi konfederasyonuna üye olmaya zorlayacağı, bu nedenle de sendika özgürlüğüne aykırı olacağıdır. Öneri mevcut durumda bu özelliğe sahip üç işçi konfederasyonunun durumunu pekiştirecek, aynı güce erişmek görünür gelecekte güç görüneceğinden rakip konfederasyonlar kurma girişimleri de pek söz ko-

nusu olmayacaktır. Ayrıca, geçmişte belli büyüklükte bir konfederasyona üye olma koşulunu arayan bazı ülkelerin ILO'nun eleştirilerine hedef olduğu da burada hatırlanmalıdır. Nitekim Uzmanlar Komitesi bu yılki raporunda öneriyi eleştirmiştir. Öte yandan geçmişte yüzde 5 temsil önerisine sıcak bakan işveren kesimi, yeni taslaktaki öneriyi olumlu bulmayacak ve işkolunda belli bir temsil gücünün varlığında ısrar edecektir.

Bakanlık bu konuda yüzde 10 barajının yıllar içinde kademeli olarak indirilmesini ve 2013 yılında sıfıra düşürülmesini içeren alternatif bir model sunmuştur. Yüzde 10 barajının aniden kaldırılmasının mevcut toplu pazarlık yapısında sebep olabileceği karışıklık ve rahatsızlıkların UÇÖ organlarına anlatılması bu yolda ikna edici olabilir. Ne var ki Uzmanlar Komitesi kendisine iletilen taslağı incelemiş ve 2007 Raporu'nda bu öneriye de birincisi gibi sıcak bakmamıştır.

"Çift kriter" konusu yirmi yıldır UÇÖ'nün kaldırılması için üzerinde sürekli ısrar ettiği, Türkiye'nin de kendisi için tatminkâr bir çözüm üretmediği bir sorun olmuştur. Birkaç yıldır AB de aynı konuda ısrar ettiği içindir ki, sorunun öncelikli olarak bir çözüme ulaştırılması ciddi bir öneme sahip görünmektedir.

2) 1990'lar boyunca UÇÖ denetim organlarınca Türkiye'ye yöneltilen eleştirilerin en önemlilerinden birini, yukarıda belirtildiği gibi grev ve lokavtların hükümet tarafından 60 gün süreyle ertelenmesi ve erteleme süresi sonunda Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma zorunluluğundan dolayı ertelenmenin kesin bir grev yaşağına dönüşmesi olmuştur. Bu konuda taslağın 17. maddesi ile Yasa'nın 33. maddesinde yapılan bir değişiklikle, Bakanlar Kurulunun grev ve lokavtı ertelemeyen önce grev veya lokavtın genel sağlığı veya ulusal güvenliği bozucu nitelikte olup olmadığı konusunda içinde sosyal tarafların da temsil edildiği Yüksek Hakem Kurulu'ndan istişarî mütalaa istemesi zorunluluğu getirilmiştir. Sosyal taraflar muhtemelen mevcut Anayasal kısıtı gözönüne alarak taslaktaki bu düzenlemeyi uygun bulmuşlardır. Nihayet erteleme kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay'a başvuru yolu açık bulunmaktadır. Erteleme süresi içinde anlaşma sağlanamamışsa nihai çözümü Yüksek Hakem Kurulu getireceğine göre Kurul'un istişari görüşünün baştan alınması yararlı

görülmüştür. Değişiklik önerisi olumlu olmakla beraber, bu düzenlemenin de UÇÖ'yü tatmin edici olduğu söylenemez. Ne var ki, Kurul'un istişarî mütaalasının birçok hukuka aykırı ertelemeyi önleyebileceği de düşünülebilir. Ancak, süre sonunda erteleme grev yasağına dönüşmesi olgusu muhafaza edildiğine göre, denetim organlarının eleştirisi devam edecek demektir.

Burada en arzu edilir durum, Anayasa'nın 54. maddesindeki hükmün değiştirilmesi, sonra da bir yasal değişiklikle erteleme konusunda 275 sayılı Kanun'un sistemine dönülmesi, yani erteleme grev hakkı yönünden ucu açık bir süreç haline getirilmesidir. ABD sisteminde geçerli olan erteleme de aynı esasa dayanmakta, Cumhurbaşkanı Türkiye'dekine benzer gerekçelerle erteleme kararı verebilmek için önce mahkemeden bu yönde bir karar (injunction) almakta, ancak bu karar üzerine grevi 80 gün süreyle, fakat süre sonunda grevin yeniden başlayabileceği kuralı ihlâl edilmeksizin erteleyebilmektedir.

Çeşitli Anayasa reformu paketlerinde ve son Anayasa değişikliği girişiminde 54. maddede bu yönde bir değişikliğin yapılmamış olması kuşkusuz talihsiz bir gelişme olmuştur.

3) Taslağın 15. maddesi ile 2822 sayılı Kanun'un 29. maddesi değiştirilerek, grev ve lokavt yapılamayacak işlerin kapsamı daraltılmıştır. Bu bağlamda, termik santralleri besleyen linyit üretimi, üretimi nafta veya tabii gazdan başlayan petrokimya işleri, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehiriçi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetleri, havagazı ve petrol sondajı işleri grev-lokavt yasakları kapsamında çıkarılmıştır. Ancak bankacılık ve noterlik işleri ve su, elektrik, doğal gaz üretimi, tasfiyesi ve dağıtım işleri, can ve mal kurtarma işleri ve kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye hizmetlerindeki grev ve lokavt yasakları devam etmektedir. Öneriler yasalaştığı takdirde, Kanun'da Sendika Özgürlükleri Komitesi'nin temel ve yaşamsal hizmetler kriterine uygun görme olasılığı yüksek bulunan sınırlı sayıda grev yasağı kalmaktadır.

Bu durumda, 29. maddede grev ve lokavt yapılamayacak işler can ve mal kurtarma işleri, cenaze ve tekfin işleri, su, elektrik, havagazı doğalgaz üretimi, tasfiyesi ve dağıtım işleri ile kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye hizmetlerin ve bankacı-

lık ve noterlik hizmetlerinden ibaret olacaktır. Sadece bu yasaklardan bankacılığın birçok ülkede grev hakkı kapsamında işlem gördüğü dikkate alınırsa, bu sektördeki grev-lokavt yasağının muhafaza edilmesini UÇÖ'nün sorgulama olasılığı vardır. Denetim organlarının su ve elektrik üretimi ve dağıtım işlerini ise, yaşamsal ve temel hizmetler kapsamında değerlendirmeleri olasılığı yüksektir.

Öte yandan, grev ve lokavt yasağının bulunduğu yerleri belirten 30. madde muhafaza edilmiştir. Bunlardan "ilaç imal eden işyerleri hariç olmak üzere... sağlıkla ilgili işyerlerinde"ki grev-lokavt yasağının temel ve yaşamsal hizmetler kapsamında değerlendirilme olasılığı yüksektir. Ancak, eğitim ve öğretim kurumlarında ve Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerindeki grev-lokavt yasağı için aynı şeyi söylemek güçtür.

Yine de UÇÖ'nün, mezarlıklar hariç, bu kategorilerde ve hatta sağlıkla ilgili işyerlerinde minimum hizmet gerekleri sağlandıktan sonra çalışanların çoğunluğunun grev hakkından yararlanmalarını istemesi, gündeme gelebilir. Buna karşılık, noterlik hizmetlerinde minimum hizmet gerekleri sağlanması koşuluyla grev hakkına izin verilmesi düşünülebilir. Ancak bilindiği gibi, sistemimizde 39. maddede öngörülen "greve katılmayacak işçiler" kavramı dışında bu çeşit koşullu bir grev-lokavt düzenlemesi yoktur.

Özetlersek, 29. maddede önemli bazı işlerin grev-lokavt yasağı kapsamından çıkarılmasını UÇÖ memnuniyetle kaydedecek, fakat önümüzdeki yıllarda 30. maddede muhafaza edilen bazı yasakları (örneğin eğitim ve öğretim kurumlarındaki grev yasağını) büyük bir olasılıkla sorgulamaya devam edebilecektir.

4) Ancak taslağın bazı süreçlere ilişkin süreleri kısaltmasına olumlu gözle bakılmayabilir. Gerçi UÇÖ 2822 sayılı Yasa'yı ayrıntılı düzenlemeleri dolayısıyla eleştirmekte, belli süre koşullarına uyulmamasının yetki kaybı ile sonuçlanmasını olumsuz değerlendirmektedir. Ancak yasanın öngördüğü bazı süreler azamî olup tarafların bu süre içinde anlaşmaları beklenmektedir. Bu bağlamda grev ve lokavt kararının 60 gün içinde değil de 30 gün içinde uygulamaya konması koşulunun getirilmesi, toplu görüşme süresinin 60 günden 30 güne (arabulucunun katılması halinde 45 güne) düşürülme-

si eleştirilebilir. Taslak adeta greve hızlı bir şekilde gitmeyi teşvik etmektedir. UÇÖ'nün eleştirisindeki amaç herhalde bu olmasa gerektir. Kaldı ki, toplu pazarlıkta asıl sonuç veren görüşmeler bu süreler içinde gerçekleştirilmektedir.

5) Taslak, UÇÖ eleştirilerine cevap vermeyi amaçlayan yukarıdaki değişikliklerden başka, bazı uygulama sorunlarına çözümler getirmeyi öngören birçok düzenleme yapmıştır. Örneğin, işverenlerin işletme niteliğini kazanan veya kaybeden işyerlerini Bakanlığa bildirme yükümlülüğü; yasa metnine "grup toplu iş sözleşmesi" kavramının eklenmesi; işyerinin ya da bir bölümünün devrinde toplu iş sözleşmesinin yeni işverenle olan ilişkiyi nasıl etkileyeceği; toplu sözleşmeden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın ancak sözleşmenin imzasından sonra söz konusu olacağı; faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceğine ilişkin hükmün kaldırılması; teşmilin ancak teşmil kararnamesinin yayınlanma tarihinden itibaren ileriye dönük olarak uygulanacağı; toplu görüşmeye çağrının sadece işçi sendikasıyla yapılabileceği; arabuluculuk sisteminin sadeleştirilmesi ve arabulucu seçimi sırasında taraflara daha geniş bir hareket serbestisi sağlanması; çağrı süresinin on güne indirilmesi işletmede grev ve lokavt yasakları kapsamı dışında kalan işyerlerinde tarafların vardığı anlaşma sonucu yapılan toplu sözleşmenin yasak kapsamındaki işyerlerinde de uygulanarak işletme sözleşmesi niteliğini kazanaacağı; uyuşmazlığın çözülmediğini taraflardan birinin görevli makama bildirmesinden sonraki altı iş içinde grev kararı alınabilmesi, böylece grev kararının alınmasının arabuluculuk şartına bağlı tutulmasından vazgeçilmesi vb. bu değişikliklerden bazılarıdır.

Taslak, usûle ilişkin bu değişiklik önerilerinde, örneğin işletmeye dahil işyerinin veya bir bölümünün devrinde toplu sözleşmenin nasıl etkileneceğine ilişkin düzenlemede AB normlarına uygun hükümler getirmeye çalışmış, diğerlerinde de UÇÖ normlarından sapmamaya gayret etmiştir.

Taslak, ayrıca usûle ilişkin bazı basitleştirmeler yapmış, geçerliliği kalmayan birtakım hükümleri metinden çıkarmıştır. İleride başka bazı uygulama sorunlarına ve hukuki tartışmalara yol açma olasılığı bulunsa dahi, bu değişikliklerin endüstri ilişkileri sistemimizin daha sorunsuz işlenmesini sağlayaca-

cağ olumlu düzenlemeler oldukları muhakkaktır. Sosyal taraflar ise taslaklar üzerinde yapmış oldukları incelemeler sonucunda önerilerden bazılarını, kendi açılarından eleştiriler yapmışlardır. Ancak Uzmanlar Komitesi'nin 2007 Raporu'ndan bu önerilerden bazılarını UÇÖ'nün olumlu bulduğu izlenimi edinilmektedir. Fakat, yukarıda da belirtildiği gibi, birçok noktada da eleştirel tutumlar devam etmektedir. Kamu görevlileri sendikalarına ilişkin mevzuatın değiştirilmesi bağlamında Komite "kamu görevlisi" tanımının yalnızca deneme süresini tamamlayan memurları kapsamını ve sendika kurucularında iki yıl çalışmış olma koşulunun aranmasını, bunun gibi bazı üst düzey yöneticilerinin yasanın kapsamı dışında bırakılmasını eleştirmekte, "güven unsuru" içeren görevlerdeki kamu görevlilerine ilişkin olarak bu görevlilerin örgütlenme hakkından tamamen hariç tutulmalarının uygun olmadığını ve kamu görevlileri için grev yasağının yalnızca kamu erkini kullanan memurlar ve kelimenin dar anlamıyla yaşamsal hizmetler için söz konusu olabileceğini, memurlar için grev yasağı olan hallerde de uzlaştırma ve çözümsüzlük durumlarında tarafsızlık ve sürat bakımından yeterli güvence içeren tahkim gibi mekanizmalara yer verilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.

Uzmanlar Komitesi ayrıca kamu görevlileri için yapılacak toplu görüşmelerin kapsamının sadece ekonomik konularla sınırlandırılmış olmasını eleştirmekte, toplu görüşme sonuçlarının onaylanmasının kamu makamının takdir yetkisine bırakılmasının gönüllü pazarlık ilkesine aykırı olduğunu belirterek, bu ve benzeri diğer eleştirilerinin 4688 sayılı Yasa'yı değiştirmesi öngörülen reformda dikkate alınmasını talep etmektedir. Dar ve gerçek anlamda memurlar (devlet yönetiminde kamu erkini kullanan görevliler) için Türkiye'nin 151 sayılı UÇÖ Sözleşmesi'ne tam anlamıyla uyum sağlayabilmesi için ya Anayasa'nın 128. maddesindeki tanım ve belirlemeleri değiştirmek ya da UÇÖ'yü kısmen olsun tatmin edebilmek için malî olmayan (idari) konularda zorunlu tahkimle sonuçlandırılacak bir toplu pazarlık modeli geliştirmek ve herhalde Anayasa'nın 53. maddesi ifadesinde paralel değişiklikler yapmak gerekecektir¹. Bu alanda kamu görevlileri için değişik uyuşmazlık çözme yöntemleri oluşturmuş ülke deneyimlerinden yararlanılabilir².

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Konuya bu incelemenin ama teması olan “UÇÖ normları ve Türkiye” açısından bakıldığında, Bakanlığın karşılaştığı belirli kısıtlara rağmen optimal bazı düzenlemeler getirmede başarılı olduğu söylenebilecektir. söz konusu kısıtlar; (1) Anayasa'nın öngördüğü bağlayıcı sınırlamalar, (2) belli konularda sosyal taraflar arasında mutabakatın sağlanamaması ve (3) ulusal koşullardan kaynaklanan uygulama deneyim ve sorunlarıdır. “Ulusal koşullar” kısıtı için, sendika üyeliğinden çekilmede noter onayı, işyeri ve meslek esasına göre sendika kurulmaması, işkolu düzeyinde toplu sözleşme yapılmaması, konfederasyonların toplu sözleşme ehliyeti olmaması ve bunların benzeri olan ve ön tasarımın üzerlerinde bir değişiklik önerisinde bulunmamayı yeğlediği konular gösterilebilir. Bunlar, Türk sisteminin 1963'ten bu yana karşılaştığı çeşitli uygulama sorunlarına çözüm olarak getirilmiş düzenlemelerdi; bu aşamada yerlerine alternatifler geliştirmek kolay görünmemektedir.

Önerilen düzenlemelerin mevcut halleriyle dahi yasama organından geçmesinin UÇÖ-Türkiye ilişkilerinde yumuşama sağlayacağı kuşkusuzdur. UÇÖ de koyduğu normların hepsine tam bir uyum sağlamanın her durumda kolay olmadığını bilincindedir. İstenen değişikliklerin gerçekleştirilmesi, ülkelerin siyasal ve ekonomik koşullarına yakından bağlıdır. Nitekim, günümüzde daha ileri sistemlere sahip gelişmiş ülkeler de UÇÖ denetim organlarıncaya zaman zaman eleştirilmekte, hükümetler UÇÖ Aplikasyon Komitesi'nde sorgulanmaktadır. Görünür gelecekte, Türkiye için çözümü oldukça çetin bir sorun, 98 sayılı Sözleşme'nin ifadesiyle “devletin yönetiminde görevli olmayan” memurlara da toplu sözleşme ve grev hakkının tanınmasına ilişkin UÇÖ taleplerinin karşılanmasıdır. Anayasa'da 2004 yılındaki değişikliklerle 90. maddede yer alan “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır” hükmü karşısında, UÇÖ sözleşmelerinin bağlayıcılık niteliği daha da kesin bir nitelik kazanmış olmaktadır. Dolayısıyla, kamuda çok sayıda memur

run bu haklara sahip olmalarına ilişkin taleplerin çözümü bakımından gelecek ciddi sorunlara gebe görünmektedir.

DİPNOTLAR

★ Bu yazı, UÇÖ Aplikasyon Komitesi'nde 1989 yılından bu yana hükümet temsilcisi olarak yaptığımız gözlemlere ve edindiğimiz deneyimlere dayanılarak hazırlanmıştır. Bu nedenle, konuya ilişkin kaynaklara ayrıntılı biçimde atıf yapılmamıştır. Konuyla ilgilenenler, UÇÖ'nün yıllık temelde yayınladığı Report of Committee of Experts'e ve Komite'deki tartışmalar için Provisional Record'lara başvurabilirler. Ayrıca, bir bilim kurulu tarafından hazırlanan önceki taslakları yine UÇÖ eleştirileri açısından değerlendiren benzer bir incelememiz için, bakınız: Toker Dereli “Uluslararası Çalışma Normları, Sendika Özgürlükleri ve Türkiye: ILO eleştirileri Açısından Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi,” AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri, (Alpay Hekimler, editör) İstanbul: BETA, 2004, ss. 167-190.

Uluslararası Çalışma Örgütü, uluslararası çalışma normları ve bu alanda Türkiye'nin durumu hakkında ayrıntılı bilgi ve tahliller için, bakınız: Mesut Gülmez, Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliği'ne Uyum Sorunu, Ankara, Belediye İş Yayıncısı, 2005.

1 Bu konuda öneriler için, bakınız: Toker Dereli, Labour Law and Industrial Relations in Turkey, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Kluwer, The Netherlands: 2006, pp. 376-377.

2 Bu alanda yeni bir inceleme için, bakınız: Süleyman Başterzi, “Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu”, TİSK AKADEMİ, Cilt 1, sayı 2, 2006/II, ss. 15-49.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi

1- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN ART ETKİSİ KAVRAMI VE ART ETKİNİN KAPSAMI

A- Art Etki Kavramı

Art etki belirli bir şeyin sona ermesinden sonra gücü ve tesirinin halen devam etmesi olarak ifade edilebilecektir. Bu kavram toplu iş hukukunda kullanıldığı zaman da süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye dek etkisini devam ettirmesi anlamına gelmektedir.

Nitekim toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için aşılması gereken yetki alımı prosedürünün ve toplu görüşmelerin uzun sürdüğü dönemlerde, eski toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesi ve bu sözleşme ile tanınmış hakların ortadan kalkmasının ortaya çıkarabileceği boşlukların yaratabileceği sakıncalar toplu iş hukukunda böyle bir kavramın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Böylece sona eren toplu sözleşme hükümlerinin bir kısmına kanunen art etki tanınarak toplu iş sözleşmesiyle getirilen haklarda bir gerileme olmamasına, bu anlamda işçilerin geçiş döneminde ciddi hak kayıplarıyla karşılaşmalarının önlenmesine çalışılmıştır.

Zira aksi halde ortaya çıkabilecek belirsizlikler çalışma hayatında huzursuzluklar yaratarak istikrarı da bozabilecektir¹.

Bir başka ifadeyle, sona eren toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerine art etkinin tanınmasındaki en önemli hedef, çalışma şartlarında istikrarı sağlamak ve işçilerin toplu iş sözleşmesiyle sağladıkları kazanımları geçiş döneminde de korumaktır². Diğer yandan, sona eren toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerine art etkinin tanınmasına ilişkin kanuni düzenleme sadece işçinin işverence yapılacak tek taraflı bir değişiklikten zarar görmesini önlemekle kalmamakta, düzenin istikrarsızlığından işverenin de sıkıntıya düşmesini engelleyici, tarafların üzerinde yeni sözleşmeyi yaparken zamanın uzamasından doğabilecek baskıyı da ortadan kaldıracı bir fonksiyon taşımaktadır³.

Nitekim Yargıtay da toplu iş hukukundaki art etkiye ilişkin düzenlemelerin çalışma barışının korunmasına yardımcı olduğunu⁴ ve art etkinin sağlayacağı, işçilerin yararlarına getirilen hükümlerinin uygulanmalarının sürdürülmesinin sosyal hukuk devletinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir⁵. Yargıtay⁶ ayrıca toplu iş sözleşmesinin yürürlük dönemi için geçerli olduğunun altını çizerek, art etkinin, tarafların toplu sözleşmenin yürürlük süresi ötesinde hüküm getirebilmeleri anlamına gelmedi-

ğini, Kanunla amaçlananın toplu sözleşmenin yürürlük süresi için getirilen bir takım düzenlemelerin, sona ermenin yaratacağı boşluğun ortadan kaldırılması amacıyla toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra da varlığını koruması olduğunu belirtmiştir⁷.

Doktrinde⁸ de ifade edildiği gibi, aslında sona eren bir toplu iş sözleşmesinin de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkması yani, sözleşme olarak hiç bir iz bırakmaması beklense de, toplu iş sözleşmelerinin yapısı, özellikle sözleşme tarafları dışında üçüncü kişilere uygulanan normatif hükümleri içermesi sebebiyle bu genel kuraldan ayrılınması zorunlu olmuştur. Sona eren toplu iş sözleşmesinin yerini alacak yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapıp yürürlüğe konulmasına kadar geçecek boş zamanın yaratacağı sorunlar burada en önemli etken olmuştur. Zira bu genel kuraldan ayrılınmaması durumunda, toplu iş sözleşmesi sona erince iş sözleşmesinde yer almayan fakat toplu iş sözleşmesiyle öngörülen hakların bundan böyle talep edilmesi, yürürlükten kalkan toplu iş sözleşmelerinin düzenleyici hükümleri ile belirlenen çalışma şartlarının uygulanması mümkün olamayacak, çoğu hallerde de iş sözleşmeleri bir muhtevadan yoksun kalma tehlikesine maruz kalacaktır⁹.

Böylece toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da, iş ilişkileri bu sözleşmeye tâbi bulunanların durumunu dikkate alan 2822 sayılı TSGLK "Toplu İş Sözleşmesinin Hükümü" başlığını taşıyan 6/3 maddesinde "her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesi hükümü olarak devam edeceği" kuralını getirmiştir¹⁰. Kanun, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yenisi imzalanıp yürürlüğe konuluncaya kadar iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin iş sözleşmesi olarak devam edeceğini öngörmek suretiyle, işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı geçiş sürecinde eski sözleşmedeki bazı hükümlerin, etkilediği iş ilişkilerine uygulanacağını açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır¹¹.

B- Art Etkiye Sahip Olan Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

Türk hukukunda, sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden bir kısmına, yeni toplu iş sözleş-

mesi imzalanıncaya kadar art etki tanıyan TSGLK m. 6/3 sona eren toplu iş sözleşmesinin etkisinin hangi hükümler ile ilgili olduğu belirtmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yani, normatif hükümleri iş sözleşmesi hükümü olarak devam edecektir. Buradan çıkan sonuca göre de, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ortadan kalktığı ifade edilebilecektir¹². Yargıtay da bu görüştedir¹³. Bu anlamda borç doğurucu hükümlerden olan "dirlik borcu" da sona ereceğinden, taraf sendika sözleşmenin sona ermesinden yüz yirmi gün önce başlattığı yetki işlemleriyle ilgili prosedürü devam ettirebilecektir¹⁴.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra devam eden normatif hükümler, sona erme tarihine kadar üyelik veya dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanan işçilere uygulanmaya devam eder. Zira, toplu iş sözleşmesi hükümleri bu işçilerin artık "hizmet akdi" (bireysel iş sözleşmesi) hükümü haline gelmiş, "müktesep hak" olmuştur¹⁵.

Söz konusu normatif hükümlerin bu madde uyarınca uygulanabilmesi de ancak sona ermiş olan toplu iş sözleşmesinin yerini yeni bir toplu iş sözleşmesine bırakmaması durumunda söz konusu olabilecektir¹⁶.

C- Art Etkiye Sahip Olan Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği

2822 sayılı TSGLK "Toplu İş Sözleşmesinin Hükümü" başlığını taşıyan 6/3 maddesi her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesi hükümü olarak devam edeceği kuralını getirmiştir.

Söz konusu düzenlemede doğrudan sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesi hükümü olarak devam edeceği kuralına yer verilmesi, ilk bakışta yürürlüğü devam edecek sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği bakımından tereddüde yol açabilecektir. Yani bir başka ifadeyle, maddeden anlaşılması gereken bu hükümlerin artık mutlak olarak iş sözleşmesi hükümüne mi dönüştüğü yoksa yenisi yapılıncaya kadar bu hükümlerin iş sözleşmesi hükümü gibi uygulanacağı mıdır?

Doktrinde bir kısım yazar TSGLK m. 6/3 hükmüyle toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde toplu sözleşme normları ile iş sözleşmesi normları arasındaki özerkliğin ortadan kalktığını ve toplu sözleşme normunun iş sözleşmesinin bir parçası haline geldiğini ve bunun için işverenin işçilerle bir anlaşma yapmasına gerek olmadığını ifade etmektedirler¹⁷. Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise gerçek anlamda bir iş sözleşmesi ile bütünleşmeden söz edilemeyecektir¹⁸. Zira maddedeki "iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder" ifadesi toplu iş sözleşmesinin normatif etkisinden farklı bir etkiyi kastetmektedir¹⁹. Yani normatif etki sona ermekte, iş sözleşmesi hükmü değerinde geçici bir uygulama söz konusu olmaktadır.

Bu yüzden, sadece TSGLK m. 6/3 uyarınca yeni sözleşme yapılmaya kadar iş sözleşmesi hük-

sözleşmesinin sona ermesini takiben, eski işçiler ile çalışma koşullarında her türlü değişikliğin yapılabilecektir. Kanımızca da burada taraflar anlaşılıktan sonra işçi aleyhine değişikliğin yapılması da mümkün olabilecektir²⁵. Yargıtay da²⁶ yapılacak yeni iş sözleşmeleri ile art etkisi süren düzenlemelerin altında düzenlemeler yapılabileceğini kabul etmektedir.

Doktrinde bir kısım yazarlar yeni yapılan toplu iş sözleşmesi, art etkisi devam eden hükümden yararlanan işçiyi kapsamıyorsa; yani işçi herhangi bir şekilde yeni toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmiyorsa, aradan ne kadar süre geçmiş olursa olsun yeni yapılan toplu iş sözleşmesinin etki alanına girmediği sona ermiş olan toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin bu ilişkilere art etki yapmaya devam edeceğini ifade etmektedirler²⁷. Yani bir başka ifadeyle önceki iş sözleşmesinin art etkisinin toplu

Art etkisi süren eski toplu iş sözleşmesinin hükümleri normatif niteliklerini kaybedeceklerinden, bu hükümler sözleşme taraflarınca İK. m.22'de belirtilen iş sözleşmesinin esaslı noktalarının değiştirilmesi usulüne uyarak her zaman işçi aleyhine değiştirilebilecektir.

mü olarak yürürlüğünü sürdüreceği olan eski toplu iş sözleşmesi hükümlerinin gerçek anlamda iş sözleşmesi hükmüne dönüştüğü kabul edilemeyecek yani bir başka ifadeyle art etkisini sürdüren normların bireysel düzenin bir parçası haline gelmeyecekleri ifade edilebilecektir²⁰. Nitekim Yargıtay da²¹ sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sadece belirli bir süre için iş sözleşmesi hükmü gibi uygulandığını kabul etmektedir. Bu uygulama art etkisi süren normu işçi ile işveren arasında kararlaştırılmış normlardan biri haline sokmamaktadır.

Art etkisi süren eski toplu iş sözleşmesinin hükümleri normatif niteliklerini kaybedeceklerinden, doktrinde bir kısım yazarlara göre bu hükümler sözleşme taraflarınca İK. m.22'de belirtilen iş sözleşmesinin esaslı noktalarının değiştirilmesi usulüne uyarak her zaman işçi aleyhine değiştirilebilecektir²². Buna karşılık bir kısım yazar ise, değişikliği mümkün görmekle beraber bunun işçi aleyhine olamayacağını savunmaktadırlar²³. Gerçekten de kanunun anlatımı art etki süresince yeni bir iş sözleşmesi yapılmasına engel değildir²⁴. Yani, toplu iş

sözleşmenin kapsamına girmeyen işçiler açısından devam edeceğini belirtmektedirler. Bu görüşe katılmayan diğer bir kısım yazar ise kanundaki "yeni yürürlüğe girinceye kadar" ibaresinin, yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren art etkinin tümüyle son bulmasını gerektiğini ifade etmektedirler²⁸. Kanımızca da kanun hükmündeki "yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar" ifadesi bu görüşü doğrular niteliktedir²⁹. Nitekim Yargıtay da, kanunun anlatımına bağlı kalarak, söz konusu hükmün işlerliğini yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılması çerçevesinde mutlak olarak göz önüne almış; eski toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan bir işçi sendikasının yapmış olduğu yeni toplu iş sözleşmesinden sonra, yeni taraf sendikaya üye olmayanların da, iş sözleşmesi olarak devam eden önceki sözleşme hükümlerinden bundan böyle yararlanamayacakları sonucuna varmıştır. Yani, yeni bir toplu sözleşmenin yapılmasıyla önceki toplu sözleşme tüm etkisini kaybetmektedir³⁰.

Aynı düşüncenin geçmişe etkili yürürlüğün söz

konusu olduğu haller için de geçerli olabileceği söylenebilmektedir. Nitekim geçmişe etkili hükümler içeren bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde bu hükümler ile önceki toplu sözleşmenin art etkisini sürdüren hükümleri arasında uyumsuzluk çıktığında, buradaki uyumsuzluk toplu iş sözleşmesi - iş sözleşmesi hükümleri arasında bir uyumsuzluk olarak kabul edilmeyecek, art etkinin yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar devam ettiği ve daha sonra da ortadan kalktığı esas göz önüne alınacaktır³¹. Yargıtay da kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir³².

D- Art Etkinin Sözleşme Taraflarınca Sınırlanırılıp Sınırlanılmayacağı Sorunu

TSGLK m. 6/3 de düzenlenen, sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği kuralının toplu sözleşme taraflarınca sınırlanırılabilmesi ya da ortadan kaldırılabilmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileriye sürülmüştür.

Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, bu soruya verilecek olan yanıt TSGLK m. 6/3 hükmünün hukuki niteliği ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Zira hüküm emredici nitelikte bir norm olarak değerlendirilirse, tarafların toplu sözleşmeye konulacak bu tür normlarla art etkiyi sınırlaması mümkün olmayacak ancak söz konusu hükmün bir yedek hukuk normu olduğu kabul edilirse, bu takdirde art etkinin toplu sözleşme taraflarınca sınırlanmasına bir yasal engel bulunmadığı ifade edilebilecektir. Söz konusu değerlendirmeye bağlı kalarak doktrinde bizim de katıldığımız bazı yazarlar hükmün emredici nitelikte bir norm olduğunu kabul ederek tarafların toplu sözleşmeye konulacak normlarla art etkiyi sınırlamalarının mümkün olmadığını ifade etmektedirler³³. Buna karşılık bazı yazarlar ise, TSGLK m. 6/son'un yedek hukuk kuralı niteliği taşıdığını kabul ederek, toplu iş sözleşmesi ile tarafların ard etkiyi sınırlayabileceklerini kabul etmektedirler³⁴.

E- Art Etkiden Yararlanacak İşçiler

Sona eren toplu sözleşme hükümleri bilindiği

üzere normatif niteliklerini ve toplu sözleşme hükmü olma özelliklerini yitirmektedirler. Bu yüzden TSGLK m. 6/3'de sözü edilen art etki, daha önce toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanına girmiş iş sözleşmeleri hakkında söz konusu olacaktır. Yani bir başka ifadeyle burada önemli olan, işçinin sona eren bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta olmasıdır. Ancak toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında bu sözleşmeden yararlanan kişilerin yararlanmaları sona erme tarihine kadar devam etmemişse bu işçiler TSGLK m. 6/3 hükmü dışında kalacaklardır³⁵.

Buna göre, ister sendika üyesi sıfatıyla, ister dayanışma aidatı ödeyerek³⁶ toplu sözleşmeden sona erme tarihine kadar yararlanan tüm işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde toplu iş sözleşmesinin art etkisinden bahsedilebilecektir³⁷. Yine bu işçiler gibi toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının muvafakati ile yararlanan işçiler ve teşmil yoluyla sözleşme kapsamına girmiş işçiler³⁸ de art etkiden yararlanabileceklerdir³⁹.

Sonuç olarak denilebilecektir ki, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında her ne şekilde olursa olsun bu toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin TSGLK m. 6/3 kapsamı içinde düşünülmeleleri gerekecektir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra o işyerinde çalışmalarını sürdürmeleri şartıyla bir sendikaya üye olmaları ya da sendika değiştirmelerinin art etki açısından olumsuz hiç bir sonucu olmayacaktır⁴⁰.

Buna karşılık, toplu sözleşme sona erdikten sonra kurulan iş sözleşmeleri üzerinde ard etki söz konusu olmayacaktır⁴¹. Yargıtay da bu görüştedir⁴².

Bununla birlikte art etkinin sürdüğü dönemde toplu iş sözleşmesinden yararlanma söz konusu olmadığı için, dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlanan işçilerin artık dayanışma aidatı ödemesi de gerekmemektedir⁴³.

F- Hükmün Sözleşme Süresince Uygulanıp Uygulanmamasının Art Etkiye Tesiri

2822 sayılı TSGLK "Toplu İş Sözleşmesinin Hükmü" başlığını taşıyan 6/3 maddesinde her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesi hükmü

Yeni sözleşmenin uzun bir süre yapılmamış olması, sona eren sözleşmenin art etkisinin sona ermesine sebep olmayacaktır.

olarak devam edeceği yönünde bir düzenleme getirmiş ancak bu hükmün uygulanması için başkaca bir şart getirmemiştir.

Ancak doktrinde bazı yazarlar, toplu sözleşme hükmü sözleşmenin yürürlük süresi boyunca kapsamına giren iş sözleşmelerine hiç uygulanmamışsa, bu hükmün sözleşmenin bitiminden sonra iş sözleşmesinin bir parçası haline gelmesinin mümkün olamayacağını ifade ederek ancak yürürlük süresi içinde uygulanmış toplu sözleşme normlarının art etkisinden bahsedebileceğini belirtmektedirler⁴⁴. Yargıtay da zaman zaman bu yönde kararlar vermiştir⁴⁵, HGK bu görüşü benimsememişse de⁴⁶, daha sonraki tarihlerde 9. Daire'nin yine eski görüşüne ilişkin kararlar verdiği görülmüştür⁴⁷.

Oysa TSGLK m. 6/son hükmü çok açık bir hüküm olmakla sadece toplu sözleşmenin yürürlüğü sırasında uygulanan hükümlerin art etkisinin olacağına ilişkin bir şart içermemektedir. Bu yüzden biz de sona eren toplu sözleşmenin etkisini sürdürmesi için önceden uygulanmış olması şartını aramaya gerek olmadığı görüşüne⁴⁸ katılmaktayız. Nitekim böyle bir esasın kabulü durumunda doktrinde⁴⁹ yerinde olarak belirtildiği üzere, sözleşme süresince uygulanma durumu ortaya çıkmamış toplu sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin de art etkisinden söz etmek mümkün olmayacak bu da art etki uygulamasının kapsamını iyice daraltacaktır.

G- Art Etkinin Süresi

TSGLK m. 6/3 hükmü dikkate alındığında, süresi bittiği için iş sözleşmesi hükmü olarak etkisini sürdüren toplu iş sözleşmesi hükmünün yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya devam edeceği söylenebilecektir. Bu arada geçen sürenin ne kadar olduğu önem taşımayacaktır⁵⁰. Yargıtay da art etkisinin her hangi bir süreye bağlı olmaksızın yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar süreceği görüşüne katılmaktadır⁵¹.

Gerçekten de kanuni düzenleme dikkate alındı-

ğında, yeni sözleşmenin uzun bir süre yapılmamış olması, sona eren sözleşmenin art etkisinin sona ermesine sebep olmayacaktır. Ancak tabii ki yukarıda da ifade edildiği üzere, eğer sözleşme tarafları arzu ederlerse art etkinin aksine çalışma koşullarında her türlü değişikliği yapabileceklerdir. Buna göre iş sözleşmesi hükmünde uygulanan eski toplu iş sözleşmesi sözleşme hükümlerini işçinin lehine veya aleyhine değiştirebilmesi veya kaldırabilmesi mümkün olacaktır⁵².

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta eski toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş olan hükmün orijinalinin her hangi bir süreye tâbi olarak getirilip getirilmediğidir. Yani bir başka deyişle, eğer eski toplu iş sözleşmesi ile getirilen bazı haklar sözleşmede belirli bir süreye veya tarihe bağlı kılınmamışlar ise bu durumda genel kural geçerli olacak ve bu hükümler toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden sonra, yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girene dek art etkilerini sürdüreceklerdir. Buna karşılık, eski toplu iş sözleşmesinde uygulanması belirli bir süre ya da tarih ile sınırlandırılmış olan haklar ise söz konusu süre sınırlaması bitiminde etkilerini kaybedeceklerinden, bu tür hükümlerin yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihe kadar art etkilerinin sürmesi mümkün olmayacaktır⁵³.

H- Art Etkisini Sürdüren Hükmün Yeni Toplu İş Sözleşmesi Karşısında Kazanılmış Hak Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TSGLK m. 6/3'de sona eren toplu iş sözleşmesi hükmünün "iş sözleşmesi hükmü olarak" devam edeceği belirtilmiş ve bu niteliğin "yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar" süreceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile eski toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bu niteliği sona erecektir. Bu anlamda yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile yeni toplu sözleşmede önceki toplu sözleşmede öngörülen bazı haklar öngörülmemiş olsa bile iş sözleşmesi hükmü olarak art etkisini sürdüren toplu iş sözleşmesi hükümleri de ortadan kalkacaktır⁵⁴.

Diğer yandan, yeni toplu sözleşme ile eski toplu sözleşmesi arasında haklar açısından bir karşı-

laştırma yapılması da toplu sözleşme sisteminin yapısına aykırı olacaktır. Zira, toplu sözleşme taraflarının özerkliği, toplu sözleşme ile getirilen hakların diğer toplu sözleşme dönemleri için kazanılmış hak olarak kabul edilmesine engel olacaktır⁵⁵. Bu anlamda, toplu sözleşmesinde yer alan özellikle ücret zammı, ikramiyeler gibi ard etkilerini sürdüren ya da hemen başka bir sözleşme imzalanmış olması sebebi ile art etkisini sürdürmeyen hükümlerin yeni toplu iş sözleşmesi döneminde işçi açısından kazanılmış hak teşkil etmesinden bahsedilemeyecek ve önceki ile sonraki toplu sözleşme hükümleri arasında işçi lehine ve aleyhine olması açısından da bir karşılaştırma yapılamayacaktır⁵⁶. Eski sözleşme ile belirli bir süre için kabul edilen düzen yeni sözleşme ile yerini yenisine terk etmektedir. Böylece, değişen koşulların gerektirdiği yeni düzeni oluşturan hükümler, bunların eski sözleşmeye göre işçi yararına olup olmadığına bakılmadan, tümüyle uygulamaya konulacaktır⁵⁷.

Önceki toplu iş sözleşmesinde yer alan işçi lehine hakların, bu tür hakları içermeyen bir toplu iş sözleşmesi imzalanması durumunda işçiler açısından kazanılmış hak olarak algılanıp algılanmayacağı konusunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları mevcuttur. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında yeni toplu iş sözleşmesi hükümlerinin kanun hükümlerinde olduğu gibi varsa kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla derhal hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirterek, kazanılmış hakların göz önüne alınacağını ifade etmiştir⁵⁸. Buna karşın Yargıtay bazı kararlarında ise, yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanması halinde yapılan toplu sözleşmelerinin birbirinden bağımsız olduğunu belirterek işçinin bir önceki döneme ait toplu iş sözleşmesinde mevcut olup son toplu iş sözleşmesinde yer almayan hususlar için kazanılmış hak iddiası talep edemeyeceği belirtmiştir⁵⁹.

Kanımızca da, TSGLK m. 6/3 uyarınca, sadece yeni sözleşme yapıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak yürürlüğünü sürdürecektir olan eski toplu iş sözleşmesi hükümlerinde yer alan hakların da, yeni bir toplu sözleşme yürürlüğe girdiğinde öncekinin etkisi tamamen son bulacağından, orijinal iş sözleşmesinde yer alan haklar gibi yeni toplu sözleşmesi karşısında korunmayacakları⁶⁰ ve yeni toplu iş sözleşmesi ile getirilen hakların düzeyi önce-

ki toplu iş sözleşmesindekilerin altında olsa bile, eski toplu iş sözleşmesi hükümlerinin kazanılmış hak teşkil etmeyecekleri⁶¹ ifade edilebilecektir.

Bunun gibi, art etkisini sürdüren toplu iş sözleşmesinin gerçek anlamda iş sözleşmesi hükmüne dönüşmemesi görüşü kabul edildiğinde, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki ilişkilerde uygulanacağı kabul edilen yararlılık ilkesinin de bu durumda uygulanması söz konusu olamayacak, işçi lehine olduğu iddia edilen iş sözleşmesi hükmü olarak art etkisini sürdüren toplu iş sözleşmesi hükmünün yeni toplu iş sözleşmesindeki madde yerine uygulanması gerektiği düşüncesi kabul edilemeyecektir.

İ- Geriye Etkili Yürürlüğün Söz Konusu Olduğu Hallerde Art Etkisi Süren Hükümlerin Durumu

Bilindiği üzere uygulamada, yetki işlemlerinin ve toplu görüşmelerin uzun sürmesi sonucunda toplu iş sözleşmelerinin geriye etkili olarak yürürlüğe konulmasıyla sık sık karşılaşılmaktadır. Geriye etkili yürürlük ifadesi tüm toplu iş sözleşmesi için kullanılsa da aslında niteliği itibarıyla geriye etkili olarak yürürlüğe konulabilecek toplu iş sözleşmesi hükümlerine ilişkindir⁶². Bu yüzden denilebilecektir ki, geriye etkili olarak toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe konulması genellikle mali nitelikteki hakların imza tarihinden önceki bir tarihten itibaren hesaplanıp imza tarihinden sonra ödenmesini ifade etmektedir.

Geriye etkili yürürlüğün söz konusu olduğu hallerde, art etkisi süren hükümlerin durumu incelenirken bu noktanın gözden kaçırılması gerekmektedir. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, TSGLK m. 6/3 hükmünde yer alan “yenisini yürürlüğe girinceye kadar” ifadesi ilk bakışta, yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden geriye götürülmesi durumunda⁶³, ard etkinin de yürürlüğün geriye götürülmüş olduğu tarihte sona ereceğini düşündürebilecektir. Oysa geriye etkili yürürlüğün taşıdığı anlam dikkate alındığında burada gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesinin tüm hükümleriyle imza tarihinden önceki bir tarihte yürürlüğe girmesi olmadığı görülebilecektir. Yeni toplu iş sözleşmesi mali nitelikte olan veya ol-

mayan tüm maddeleriyle ancak imza tarihinde yürürlüğe girecektir⁶⁴.

Bu durumda da, kanımızca, geriye etkili yürürlüğü teknik olarak mümkün olan toplu iş sözleşmesi hükümleri ile geriye etkili yürürlüğü teknik olarak mümkün olmayan toplu iş sözleşmesi hükümleri ayırımına gidilip sorun şu şekilde çözümlenebilecektir. Öncelikle geriye etkili yürürlüğü teknik olarak mümkün olan toplu iş sözleşmesi hükümleri ile art etki yapan hüküm çelişiyorsa geriye etkili yürürlüğün başlangıç tarihinde art etkinin sona erdiği kabul edilebilecektir. Buna karşılık geriye etkili yürürlüğü teknik olarak mümkün olmayan toplu iş sözleşmesi hükümlerine ilişkin eski sözleşmenin hükümlerinin ise, imza tarihine kadar art etkilerini sürdürebilecekleri kabul edilebilecektir. Yeni toplu iş sözleşmesinde hiç düzenlenmeyen konulara ilişkin eski sözleşme hükümleri de yine imza tarihine kadar art etkilerini sürdürebileceklerdir⁶⁵.

Yargıtay'ın ise konuya ilişkin farklı yönde kararları bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararların bazılarında, yeni imzalanan toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün önceki toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi takip eden tarihe götürüldüğünde; önceki toplu iş sözleşmesinin art etkisinden söz edilemeyeceğini burada kazanılmış hak ve işçi yararına şart ilkesinin uygulanmayacağı ve sadece yeni toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanma alanı bulacağını ifade etmiştir⁶⁶. Buna karşılık Yargıtay bazı eski kararlarında ise hangi toplu sözleşmeyle daha yüksek haklar getirilmişse onun uygulanması gerektiğini görüşünü ifade etmiştir⁶⁷.

II- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE BU HÜKÜMLERİN ART ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Genel Olarak

Toplu iş sözleşmenin içeriğine ilişkin bilgi veren TSGLK'nın 2. maddesi, toplu iş sözleşmesinin, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere, işçi sen-

dikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşme olduğunu ve toplu iş sözleşmelerinin, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edeceğini belirtmiştir.

Bu anlamda, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere toplu iş sözleşmesinin yapılabileceğini belirten TSGLK'nın 2. maddesinin birinci fıkrası, toplu iş sözleşmesinin taraflarına emredici hukuk kuralları koyabilme hakkını tanımış ve bu hakkın sınırlarını da çizmiş olmaktadır. Söz konusu bu tür kurallar içeren toplu iş sözleşmesi hükümlerine normatif hükümler denmektedir. Kanundaki ifadeden de anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesinin doğumu için normatif hükümlerin varlığı şarttır⁶⁸. Zira 2. maddenin 1. fıkrası normatif hükümleri izah ederken ihtiyari bir ifade kullanmamıştır⁶⁹. Buna göre, 2822 sayılı TSGLK'nın 2. maddesine göre iş sözleşmesi ile ilgili normatif hükümler ihtiva etmeyen, işveren ile sendika arasında yapılan sözleşme taraflar için bağlayıcılık vasfını taşısa dahi, Kanun anlamında bir toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir⁷⁰. Bununla beraber toplu iş sözleşmesi niteliğinin kazanılması için sözleşmede 2. maddede belirtilen iş sözleşmesine ilişkin tüm konularda değil, bunlardan en az biri hakkında düzenleme yapılmış olması yeterlidir⁷¹.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alması zorunlu olan normatif kısımların dışında 2822 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, toplu iş sözleşmeleri, taraflarının karşılıklı hak ve borçlarına, sözleşmenin uygulanmasına ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de içerebilecektir. Söz konusu bu hükümlere de borç doğurucu hükümler denmektedir. Kanundaki ifade tarzından borç doğurucu hükümlerin toplu iş sözleşmesinde yer almasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir⁷².

B- Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen normatif hükümler objektif hukuk kuralları niteliğini taşıyan ve sözleşmenin tarafı olanlardan başka, üçüncü şahıs olarak kabul edilenler üzerinde de etkili olan

hükümlerdir. Bu hükümler, iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya zorlayıcı (emredici) bir etki meydana getirdiğinden, normatif hükümler olarak ifade edilmektedirler⁷³. Söz konusu hükümlerin emredici hukuk kurallarına aykırı olamayacağı tartışmasızdır. Yargıtay, “normatif” hükümlerin objektif hukuk kuralı niteliği taşıdıkları ve maddi anlamda kanun olduklarını kabul etmektedir⁷⁴.

2822 sayılı TSGLK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının kapsamına ilişkindir. Buna göre, sözleşme özerkliği çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin muhtevasını serbestçe kararlaştırabilen taraflar; “çalışma ilişkileri” ile ilgili olarak, sözleşmede “iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi” ile ilgili “normatif hükümleri” düzenleyebileceklerdir⁷⁵.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümleri üç alt başlıkta incelemek mümkün olacaktır:

i- İş sözleşmesinin yapılması ile ilgili olan normatif hükümler

İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin normatif hükümler kendi içerisinde, iş sözleşmelerinin şekline ilişkin hükümler, iş sözleşmeleri yapılmasının yasaklanmasına ilişkin hükümler, iş sözleşmelerinin yapılmasını emreden hükümler olarak sınıflandırılabilir.

Buna göre, iş sözleşmelerinin geçerli olması için toplu iş sözleşmesinde belirtilen şekle uyma yükümlülüğü getiren, yazılı şekil koşulunu sadece ispat koşulu olarak öngören, belirli işlerde bazı kişilerin, örneğin, kadın, küçük stajyer - part-time ve vasıfsız işçilerin hiçbir şekilde ya da belirli bir yüzdeyi aşacak ölçüde çalıştırılmayacakları koşulunu getiren, buna karşılık bazı işçilerle iş sözleşmesi yapılması zorunluluğu ya da kanundaki sayının üstünde sakat işçi çalıştırılmasına ve yeniden işçi alınmasında eskiden işyerinde çalışmış olanlara öncelik tanınmasına, emekliye ayrılan, iş kazası sonucu veya eceliyle ölen işçilerin yerine bunların çocuklarının işe alınmasına ilişkin hükümler iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin normatif hükümler olarak sayılabilecektir⁷⁶.

ii- İş sözleşmesinin muhtevasına (içeriğine) ilişkin normatif hükümler

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması ve geliştirilmesine, çalışma koşullarının saptanmasına iliş-

kin hükümler muhteva hükümlerini oluşturmaktadır. Yani bir başka deyişle, iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin hükümler iş hukukunun işyerindeki çalışma şartları⁷⁷ ile ilgili olan hükümlerdir. Bu anlamda iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin normlar belirli yasakları içerebileceği gibi, belirli yükümlülükler de getirebilecektir⁷⁸.

En belirgin muhteva normları arasında şu hükümler sayılabilecektir:

Her şeyden önce, ücrete ilişkin olan, ücret miktarını, ücretin zamana göre mi, parça başına göre mi tespit edileceğini, asgari olarak ne kadar ücret ödeneceğini, kıdem, liyakat, iş değerlendirme çalışmalarına göre ödenecek miktarları, fazla çalışma ücreti ve diğer sosyal yardım mahiyetinde yapılacak olan ödemeleri, yemekhane, banyo, havalandırma, çocuk yuvası gibi tesislerin yapılmasını, prim, ikramiye, yıllık ücretli izinler, idari izinler, ücretsiz izin, burs izni, evlenme izni, doğum izni, vefat izni, askerlik izni, sendikal faaliyetler dolayısıyla verilen izinler, kapı kontrolü, sigara içme yasağı ile çalışma süreleri gibi hususları düzenleyen hükümler muhteva normlarıdır⁷⁹. Diğer yandan ücret, izin ve sosyal yardımlar dışında, işçi sağlığı ve iş güvenliği, işçi yetiştirilmesiyle ilgili hükümleri de toplu iş sözleşmelerinde muhteva normu olarak kabul edilebilecektir⁸⁰.

Ayrıca toplu iş sözleşmesinde yer alan, işçi ve işveren ilişkilerini ilgilendiren hükümlerin de yine 2822 sayılı Kanun'daki düzenleme dikkate alındığında normatif kısma girdiği kabul edilebilecektir⁸¹. Bu hükümler iş sözleşmesini ve çalışma koşullarını yakından ilgilendirmektedir. İş sözleşmesini dolaylı biçimde etkileyen iş koşullarını ve işyeri düzeni hükümleri olarak kabul edilmektedirler⁸². Bu hükümlere örnek olarak, sendika üyelerinin yönetime katılmaları ve disiplin kurullarında görev almaları ve görevleri, işçinin işinin veya işyerinin geçici veya sürekli değiştirilmesi, iş değişikliğinde ücret indirimine gidilemeyeceği konularındaki hükümler gösterilebilecektir⁸³.

Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin muhtevası ile ilgili bazı konuların kanundaki aynı şekliyle tekrar yer aldığı görülmektedir. Buna uygulamada "nötr hükümler" denilmektedir. Yani bir başka ifadeyle, nötr normlar yürürlükteki mevzuat hükümlerinden birçoğunun olduğu gibi toplu iş sözleşmesine geçirilmesi veya bunlara atıf yapıldığının belirtilmesi suretiyle sözleş-

mede yer alan hükümlerdir⁸⁴. Bu gibi "nötr" hükümlerin işçi ve işverenin tâbi olacakları kuralların topluca gösterilmesi veya hatırlatılması ötesinde bir işlevi olmayacaktır⁸⁵.

iii- İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif hükümler

İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif hükümler genel olarak iş sözleşmesinin feshine ilişkin olan hükümlerdir. Buna göre, iş sözleşmesini fesih bildirim önellerini artıran, fesih bildirimini yazılı şekil şartına bağlayan, işverenin fesih hakkını sınırlandıran, özellikle disiplin kurulu kararı olmadan sözleşmenin feshedilemeyeceğini öngören, kıdem ve ihbar tazminatı hususlarını düzenleyen hükümler iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif hükümler olarak kabul edilebilecektir⁸⁶.

C- Toplu İş Sözleşmesinin Borç Doğurucu Hükümleri

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarını yani, işçi sendikası ile işvereni veya işveren sendikasını yükümlülük altına sokan hükümlerdir. Söz konusu bu hükümler işçiler için herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmamaktadırlar⁸⁷.

2822 sayılı TİSGLK'nın 2. maddesinin II. fıkrasında yer alan "Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir" hükmü toplu iş sözleşmesinin borçlar hukukuna ilişkin kısmını ifade etmektedir⁸⁸. Buna göre, borç doğurucu hükümler, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin kendisinin denetim ve uygulanmasını ve uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacak yolları düzenleyebileceklerdir. Görüldüğü üzere, 2822 sayılı TSGLK eski 275 sayılı Kanun'dan farklı olarak borç doğurucu hükümlerin kapsamını genişletmiştir⁸⁹.

Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümlerinin en önemlisi çalışma barışının korunmasına ilişkin "dirlik borcu"dur⁹⁰. Dirlik borcu özellikle sendikaları üyelerinin sözleşmeye uymasını sağlamak amacıyla bir takım önlemler almaya zorlamakta bunu sağlamak içinde belirli yaptırımları uygulamaya koymak zorunda bırakmaktadır⁹¹.

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yani, normatif hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Buradan çıkan sonuca göre de, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ortadan kalktığı ifade edilebilecektir.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan diğer borç doğurucu hükümler ise, toplu iş sözleşmelerinin uygulanması, denetlenmesi ve çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hükümlerdir. Buna göre, toplu iş sözleşmeleriyle oluşturulan "uzlaştırma", "uyuşmazlıkların çözüm" veya toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin "disiplin kurulları" ile "özel hakeme" başvurma yollarını düzenleyen hükümler borç doğurucu hükümler arasında sayılabilecektir. Bunlar gibi, sendika üyelerinin şikayetlerinin dinlenmesine ve bu şikayetlerin işyeri sendika temsilcileri tarafından işveren veya işveren vekillerine iletilmesine ve çözüme kavuşturulmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümler, işçi sendikası yöneticilerinin işyerini ziyaret etmeden önce işverene haber vermelerini veya izin almalarını zorunlu kılan hükümler ile işyerinde sendika temsilcisi odası bulundurulmasına ilişkin hükümler de toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri arasında sayılabilecektir⁹².

Toplu iş sözleşmelerine konulabilecek borç doğurucu hükümlerin örneklerini arttırmak mümkündür. Buna göre, işçiler için lojman yapmak, yardım sandıkları ve vakıflar kurmak, ücretli tatil için fon kurmak, toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma şartlarını belirli zamanlarda kontrol etmek, işyeri sendika temsilcilerinin sendikal faaliyeti için oda tahsis etmek, işyerinde delege seçimlerinin yapılmasına izin vermek, sendika yöneticilerinin işyerini ziyaretine ve işyerinde seminer yapılmasına izin vermek, işyeri ilan tahtalarına ilişkin hükümler hep toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinden sayılabilecektir⁹³.

D- Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün Türünün Art Etkiye Tesiri

1- Genel Olarak

Yukarıda art etkiye sahip olan toplu iş sözleşmesi hükümleri başlığı altında da belirtildiği üzere, sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden bir kısmına, yeni toplu iş sözleşmesi imzalanıncaya kadar art etki tanıyan TSGLK m. 6/3 sona eren toplu iş sözleşmesinin etkisinin hangi hükümler ile ilgili olduğu belirtmiştir.

Buna göre, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yani, normatif hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Buradan çıkan sonuca göre de, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ortadan kalktığı ifade edilebilecektir⁹⁴. Yargıtay da bu görüştedir⁹⁵.

Ancak, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden sadece iş sözleşmelerinin muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümleri yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar art etki yapabilecek, buna karşın, iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümleri ise toplu sözleşmenin bitimi tarihinde sona erecektir⁹⁶. Bu tür hükümler böyle bir etkiye elverişli değildir⁹⁷. Zira, toplu iş sözleşmesi iş sözleşmesinin üstünde yer alma ve normatif olma niteliğini yitirmiş ve toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri tarafların serbestçe düzenlemede bulunabilecekleri iş sözleşmesi hükmü haline gelmiştir⁹⁸. Yani bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler artık, iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanacaklarından, sonradan yapılan iş sözleşmeleri üzerinde hiyerarşik bir üstünlükleri olmayacaktır .

Sonuç olarak art etkinin esas itibarıyla iş sözleşmelerinin muhtevası, sona ermesi ve genel anlamda iş koşullarına dair esaslarla sınırlı olduğu söylenebilecektir¹⁰⁰.

Diğer yandan, normatif nitelikte olup toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmasına devam edilecek hükümlerin geçerli hükümler olmaları da gerekmektedir¹⁰¹. Nitekim geçerli olmayan yani toplu iş sözleşmesinde yer verilmesi mümkün bulunmayan hükümlerin toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken iş sözleşmelerini etkilemeleri mümkün olamaya-

cağından, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra art etki yapmaları düşünülemeyecektir.

2- Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün Türünün Doğru Tespit Edilmesinin Önemi

Görüldüğü üzere, söz konusu esaslar dikkate alındığında sona eren toplu iş sözleşmesi hükmünün türü, art etkinin söz konusu olabilmesinde büyük önem taşımaktadır. Zira söz konusu bir hükmün, borç doğurucu bir hüküm olduğu veya normatif hüküm olmasına rağmen iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin bir hüküm olduğu kabul edildiğinde artık art etkiden söz edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu anlamda bir toplu iş sözleşmesi hükmünün hangi tür normatif hüküm olduğu ya da borç doğurucu mu - normatif nitelikli bir hüküm mü olduğunun doğru olarak tespiti büyük önem taşıyacaktır.

Ancak uygulamada bir toplu iş sözleşmesi hükmünün normatif bir hüküm mü, yoksa borç doğurucu hüküm mü olduğunun tespiti her zaman kolay olmamakta bazı tereddütlü durumlar ortaya çıkabilmektedir. Zira, sona eren bir toplu iş sözleşmesi hükmün normatif hüküm olup olmadığı hususunda kabul edilmiş olan ölçüler her zaman kolay sonuç veremeyebilmektedir. Bilindiği üzere, hukukumuzda bu konuya ilişkin getirilmiş herhangi bir açıklık da yoktur.

Doktrinde, İsviçre hukukunda kabul edilmiş olan "bir toplu iş sözleşmesi hükmünün normatif mi yoksa borç doğurucu bir hüküm mü olduğu hususunda tereddüt ortaya çıkarsa ilgili hükmün borç doğurucu bir hüküm olarak kabul edileceği" esasının Türk hukuku için de geçerli olabileceği fikri paylaşılmaktadır¹⁰².

Ancak kanımızca, bu tür bir çözüm tarzı özellikle art etkinin söz konusu olabileceği durumlarda işçi aleyhine sonuçlar doğmasına sebep olabilecektir. Zira, bu çözüm tereddütlü olunan tüm durumlarda art etkinin olamayacağı sonucunu beraberinde getirecektir. Oysa tereddüt halinde, doğrudan borç doğurucu hüküm olarak kabul etmekten- se, her hükmün içeriği ayrıntılı bir biçimde incelenerek iş sözleşmesinin muhtevası, sona ermesi, işyeri çalışma koşulları gibi konularla doğrudan veya dolaylı hiçbir alaka kurulamıyorsa o zaman borç doğurucu hüküm olarak kabul edilmesi yerin-

Toplu iş sözleşmesi hükmünde süreye ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmaması halinde, sona eren toplu sözleşmenin ücret zammına ilişkin hükümleri yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar art etkilerini sürdürecektir.

de olabilecektir. Gerçekten de, böyle bir durumda ilgili toplu iş sözleşmesi hükmünün tefsiri önem taşıyacaktır¹⁰³.

Doktrinde yapılan bir sınıflandırmaya göre, doğrudan doğruya bir iş münasebeti ile ilgili olup da ihlal edilmesi halinde taraflara bir dava hakkı veya işçiye çalışmayı reddetme imkânı veren kayıtlar, bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükmü olarak kabul edilebilecekler ve bu değerlendirme yapılırken ölçü olarak toplu iş sözleşmesinin sosyal himaye gayesi göz önünde bulundurulacaktır¹⁰⁴. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi taraflarını yani işveren ve sendikayı ilgilendiren hükümler ise borç doğurucu hükümler olarak kabul edilebileceklerdir¹⁰⁵.

3- Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Çeşitli Hükümlerin Art Etkilerinin Değerlendirilmesi

a- Tabkime Yönelik Olarak Getirilmiş Hükümler

Bilindiği üzere, 2822 sayılı Kanun hükümlerine göre taraflar, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı veya görüşmeler devam etmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa meydana gelebilecek bir uyuşmazlığı çözmek için özel hakeme gitme kararı alabileceklerdir ve zaman itibarıyla sınırlandırılmamış olan bu hakkı taraflar toplu hak veya menfaat uyuşmazlıklarının her safhasında kullanabileceklerdir (md. 58/1).

Uygulamada toplu iş sözleşmelerine "tahkim kurulu" ile "uyuşmazlıkları çözüm kurulu" isimleriyle kurulan kurulların oluşturulmasına ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin her türlü uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözümlenmesine ilişkin hükümler konmasına sıkça rastlanmaktadır.

Söz konusu hükümlerin toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri kısmına girdiğine

şüphe yoktur¹⁰⁸. Nitekim bu hükümlerle toplu iş sözleşmesi tarafları yani sendika, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren yükümlülük altına girmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında özellikle tahkim şartına ilişkin düzenlemelerin işçiyi bireysel anlamda bağlamadığını belirterek bu hükümlerin borç doğurucu hükümler olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹.

Böylelikle, söz konusu hükümlerin borç doğurucu nitelikte olduğu kabul edildiğinde, yürürlükleri toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte sona erecek ve art etkileri söz konusu olmayacaktır.

b- Ücret Zamlarına Yönelik Olarak Getirilmiş Hükümler

Günümüzde toplu iş sözleşmelerinde yer alan ve işçi açısından en fazla öneme haiz olan düzenlemeler genellikle ücret zamlarına ilişkindir. Bu anlamda toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra ücret zammına ilişkin hükümlerin art etkisi konusu da büyük önem taşımaktadır.

Öncelikle toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret zamlarına ilişkin hükümlerin iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin olduğuna ve bu nitelikleri dolayısı ile normatif nitelikte hükümler olduğuna şüphe yoktur. Buna göre de yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar da art etkilerinin olacağı açıktır.

Yargıtay bazı eski kararlarında¹¹⁰ toplu iş sözleşmesinin ancak yürürlük süresi ile sınırlı hükümler getirebileceğini belirtmişse de, bu esasın ancak toplu iş sözleşmesinin ücret zammına ilişkin maddesinde "zamların bu sözleşmenin yürürlük süresi içinde ödeneceği" yolunda açık bir düzenlemenin olduğu hallerde kabul edilebileceği ifade edilebilmektedir¹¹¹.

Gerçekten de bizim de katıldığımız doktrinde belirtilen görüşe göre, bu tür ücret zamlarına ilişkin hükümlerin art etkisi düşünüldüğünde öncelikle "toplular iş sözleşmesindeki hükmün düzenleniş biçimi"nin göz önüne alınması gerekmektedir. Eğer toplu sözleşmedeki hüküm belirli bir süre veya tarihle sınırlanmışsa artık söz konusu hükümlerin bu tarihten sonra art etkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak toplu iş sözleşmesi hükmünde süreye ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmaması halinde ise sona eren toplu sözleşmenin ücret zammına ilişkin hükümleri yeni toplu iş sözleşmesi yü-

rürlüğe girinceye kadar art etkilerini sürdüreceklerrdir¹¹².

c- Tarafların Fesih Haklarına Yönelik Getirilmiş Hükümler

aa- Fesih Hakkına İlişkin Getirilmiş Genel Düzenlemeler

Toplu iş sözleşmelerine genellikle iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler de konulmaktadır. Söz konusu bu hükümler fesih bildirim sürelerinin artırılması, tarafların fesih hakkını kullanabilmeleri için bazı kurallar getirilmesi ve usule ilişkin hükümler şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.

Bilindiği üzere her şeyden önce söz konusu kayıtların geçerli olabilmesi için emredici Kanun hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Nitekim belirli bazı kanun hükümlerinde toplu iş sözleşmelerinde yapılabilecek düzenlemelere sınırlama getirilmektedir. Örneğin İş K. m. 21'in son fıkrası uyarınca, bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri emredici olup sözleşmeler yoluyla aksine düzenleme yapılamayacaktır. Yani işe iade ve tazminatlar ile işçiye arada geçen süreye ilişkin olarak ödenecek doğmuş ücret ve diğer haklar konusunda kanundaki düzenlemenin dışına çıkılamayacaktır. Yine bunun gibi tarafların fesih hakkını tümüyle ortadan kaldıran düzenlemeler de geçerli olmayacaktır¹¹³.

Fesih bildirim sürelerinin artırılması, tarafların fesih hakkını kullanabilmeleri için bazı kurallar getirilmesi ve usule ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif hükümler olduğu açıktır. Bunun sonucu olarak da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar söz konusu konulara ilişkin sözleşme hükümlerinin art etkilerini sürdürebilecekleri söylenebilecektir

bb- İş Sözleşmelerinin Feshi İçin Disiplin Kurulu Kararı Arayan Düzenlemeler

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan ve tarafların fesih hakkına kısıtlamalar getiren en yaygın düzenlemelerden bir de sözleşmenin feshi tarihinde fesih disiplin kurulundan geçirilmesine ilişkin hükümlerdir.

Söz konusu hükümlere bakıldığında hem iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olduklarından normatif nitelik taşıdıkları hem de, kurul oluşturulması yükümlülüğünden dolayı borç doğurucu nitelik taşıdıkları düşünülebilir. Bu düzenlemele-

rin niteliğinin tespiti yapacakları art etkinin tespiti açısından önem taşımaktadır.

Doktrinde bu karma nitelikli yapıyı göz önüne alan bir kısım yazara göre, toplu iş sözleşmesinde kabul edilip kendilerine özel görevler verilen disiplin kurulunun oluşturulması ile ilgili hükümlerin borç doğurucu nitelikte olduğu, buna karşılık, disiplin kurulunun işlemleriyle ilgili olanların ise normatif nitelikte bulunduğu ifade edilmektedir. Bu esastan hareketle de bu görüş taraftarı yazarlara göre, sona ermiş olan toplu iş sözleşmesinin disiplin kurulu ile ilgili hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edecektir¹¹⁴. Yani, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar, disiplin kuruluyla ilgili hükümlerin uygulanması sürdürülecektir.

Buna karşın doktrinde bir kısım yazara göre ise, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanacak hükümler arasında disiplin kurulu oluşturulmasına ilişkin hükümlerin bulunduğunu kabul etmek güç olacaktır. Bununla beraber, disiplin kurulunun teşkiline ilişkin hükümleri bir yana bırakıp kurulun işleyişiyle ilgili hükümlere işlerlik tanımak da gerçekçi bir yaklaşım sayılmayacaktır¹¹⁵. Zira, bu görüş uyarınca, teşkil edilmesi imkânsızlaşan kurulların işlerliğini kabul etmek mümkün olamayacaktır. Buna karşın, işçi sendikası araya boşluk girmeksizin yeniden yetki belgesi almışsa ve toplu iş sözleşmesi aktedmişse disiplin kuruluyla ilgili hükümlerin uygulanması kabul edilebilecektir¹¹⁶.

Doktrinde yine bazı yazarlarca, disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin sözleşmenin yürürlük süresinin bitimi ile birlikte sona ereceği kabul edilse bile¹¹⁷, disiplin kurulunca karara bağlanması öngörülen, işverenin haklı fesih hakkını kısıtlayıcı nitelikte işçi yararına düzenlenmiş bulunan ve uygulamada yaygın bir şekilde görülen disiplin cezası hükümlerinin geçerli olmaya devam edeceği görüşü ifade edilmiştir¹¹⁸.

Yargıtay, iş sözleşmelerinin feshi için disiplin kurulu kararı öngören toplu sözleşme hükümlerine ilişkin çok sayıda karar vermiştir. Yargıtay önceleri feshi için disiplin kurulu kararı öngören toplu sözleşme hükümlerine ilişkin vermiş olduğu kararlarda, işveren haklı bir nedenle fesih yoluna gittiğinde fesih disiplin kurulu kararı alınmadan gerçekleşse bile bunu hukuka aykırı saymamıştır¹¹⁹.

Ancak daha sonra bu içtihadından dönen Yargıtay mevcut toplu iş sözleşmesi maddesine rağmen disiplin kurulu kararı alınmamasını feshi haksız hale getiren bir unsur olarak kabul etmiştir¹²⁰.

Söz konusu hükümlerin art etkisine ilişkin olarak ise Yargıtay, iş sözleşmelerinin feshi için disiplin kurulu kararını arayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiğinde, sendikanın yetkili olmaması durumunda işlerliğini kaybedeceğini kabul etmektedir¹²¹. Yargıtay'a göre, sözleşmenin feshi tarihinde feshin disiplin kurulundan geçirilmesi hükmünü ihtiva eden toplu iş sözleşmesi sona ermiş olacağından ve sözleşmeye taraf sendikanın yetkisi devam etmiyorsa disiplin kurulu oluşturulamayacağından, kuruldan geçirilmeyen fesih işlemi haksız görülmeyecektir¹²².

d- Asgari Ücretin Esas Alındığı Hükümler

Uygulamada toplu sözleşme hükümlerinde bir takım ödemelerin, asgari ücret dikkate alınarak hesaplandığı bilinmektedir. Ücretlerin tespitine ilişkin olan bu tür hükümlerin iş sözleşmesinin muhtevasına giren normatif hükümlerden olduğuna ve toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar art etkisini sürdüreceğine şüphe yoktur.

Yani söz konusu hükümlerin normatif hüküm olduğu kabul edildiğinde kanuni kuraldan hareketle toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra tespit edilen asgari ücretin, yapılacak hesaplamalarda dikkate alınması gerekeceği söylenebilecektir.

Buna karşın Yargıtay önceleri, "toplular iş sözleşmesi yürürlükteyken henüz gerçekleşmemiş bir

Yargıtay, iş sözleşmelerinin feshi için disiplin kurulu kararını arayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiğinde, sendikanın yetkili olmaması durumunda işlerliğini kaybedeceğini kabul etmektedir.

Yani bir başka ifadeyle Yargıtay, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın yeniden sözleşme yapmak için yetki almadığı hallerde disiplin kuruluna ilişkin eski sözleşmenin uygulanmasının mümkün olmayacağını; önceki toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasının yeni toplu iş sözleşmesini akdetmiş olması halinde "disiplin kurulunun görev ve yetkilerinde bir kesintiden" söz edilemeyeceğini, bu durumda ve disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir.

Kanımızca da, Yargıtay'ın ve doktrinde bir kısım yazarın belirttiği üzere, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işyeri sendika temsilcisi atama yetkisi de sona eren sendikanın, ancak yeniden yetki alması halinde görevi devam eden temsilcisi (Sen. K. md. 34, 35) vasıtasıyla disiplin kurulunu çalıştırabileceği ve ancak bu durumda iş sözleşmelerinin feshi için disiplin kurulu kararını arayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiğinde yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar art etki yapabileceği kabul edilebilecektir¹²³.

hak sonradan uygulanamaz"¹²⁴ düşüncesinden hareketle toplu iş sözleşmesi son bulduktan sonra kabul edilen yeni asgari ücret üzerinden farklı bir hesaplama yoluna gidilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Ancak Yargıtay daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve asgari ücrette sonradan meydana gelen artışların dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

Kanımızca burada da ücret zamlarına yönelik olarak getirilmiş hükümler bölümünde belirtildiği üzere asgari ücretin esas alındığı hükümlerin art etkisi düşünüldüğünde öncelikle "toplular iş sözleşmesindeki hükmün düzenleniş biçimi"nin göz önüne alınması gerekecektir. Eğer ücret tespitinde esas alınacak asgari ücret bir defaya mahsus getirilmiş bir ölçü ise veya bu uygulama sözleşme süresi gibi belirli bir dönemle sınırlı tutulmuşsa, bunun art etkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, asgari ücretin bir ölçü olarak kullanılması belirli bir süreyle sınırlandırılmamışsa yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesine dek art etkinin devam edeceğinden söz edilebilecektir¹²⁶.

e- Kıdem Tazminatına ve Kıdem Zammına İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmesinde yer alan ve iş sözleşmesinin muhtevasına ve sona ermesine ilişkin normatif hükümler olduklarına şüphe bulunmayan bir diğer grup hüküm ise kıdem tazminatına ve kıdem zammına ilişkin olarak toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümlerdir. Bilindiği üzere toplu iş sözleşmesi tarafları kamu düzenine ilişkin mutlak emredici hükümler dışında, İK'da yer alan nispi emredici hükümlerde işçi lehine toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değişiklikler yapabilmektedirler.

Tarafların kıdem tazminatına ve kıdem zammına ilişkin yapmış oldukları tüm düzenlemeler toplu iş sözleşmesinde sözleşme süresine bağlı bir kısıtlama getirilmediği sürece normatif hükümler olarak art etkilerini sürdürecektir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelerin toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri arasında yer aldığını ve bu hükümlerin yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasına kadar yürürlükte kalacağını kabul etmiştir¹²⁷.

Diğer yandan yine Yargıtay kıdem zammına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün de normatif nitelikte olduğunu ve sözleşme süresinin bitiminden sonraki sözleşmesiz dönemde iş sözleşmesi hükmü olarak art etkisini sürdüreceğini kabul etmiştir¹²⁹.

f- Sendikal İzinlere İlişkin Hükümler

Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde karşılaştığımız en yaygın hükümlerden biri de sendikal izinlerin düzenlenmiş olduğu hükümlerdir. Söz konusu hükümlerde işverence, sendika yöneticisi, sendika temsilcisi ve sendika üyesi olan işçilere sendika ile ilgili görevlerini yapabilmek üzere belirli bir süre izin verilmesi konusu düzenlenmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi durumunda, sendikal izinlere ilişkin hükümlerin art etkisinin olup olmayacağına ilişkin kanımızca şu şekilde bir ayırım yapılabilecektir.

Öncelikle doktrinde de kabul edildiği üzere, yıllık ücretli izinler, idari izinler, ücretsiz izin, burs izni, evlenme izni, doğum izni, vefat izni, askerlik izni, sendikal faaliyetler dolayısıyla verilen izinler gibi hususları düzenleyen hükümler iş sözleşmesi-

Tarafların kıdem tazminatına ve kıdem zammına ilişkin yapmış oldukları tüm düzenlemeler toplu iş sözleşmesinde sözleşme süresine bağlı bir kısıtlama getirilmediği sürece normatif hükümler olarak art etkilerini sürdürecektir.

nin muhtevasına(içeriğine) ilişkin hükümlerden dir¹²⁹. Bu anlamda söz konusu bu hükümler normatif hükümler olarak kabul edilmektedirler.

Buna göre de TSGLK m. 6/3 uyarınca da kural olarak sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükmü sıfatıyla yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar art etkilerini sürdürebilecekleri söylenebilecektir. Ancak burada kanımızca bir ayırımın yapılması gerekebilecektir.

Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, sendikal izinler sendika yöneticisi, sendika temsilcisi ve sendika üyesi olan işçiler açısından getirilmektedir. Bu anlamda sendikal izinleri düzenleyen eski toplu iş sözleşmesi hükmünün normatif niteliğinden ve art etkisinden bahsederken sendika işyeri temsilcisinin özel durumunun dikkate alınması gerekmektedir. Zira eğer taraf sendika işyerinde bu kez yetki alamamış ise, artık eski temsilcinin yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihe kadar sendikal izni düzenleyen maddenin art etkisinden söz ederek bu izinden yararlanması söz konusu olmayacaktır. Ancak, aynı sendika tekrar yetki aldı ise ve temsilcilik devam ediyorsa bu durumda herhangi bir sorun olmaksızın temsilci sendikal izinleri düzenleyen maddelerin art etkisinden yararlanabilecektir.

Buna karşın, kanımızca sendika yöneticisi ve sendika üyeleri için her durumda eski sözleşmede getirilmiş olan sendikal izinleri düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin art etkisinden söz edilebilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, s.518; ÇELİK, Nuri, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, 15. Yıl

- Armağanı, İstanbul 1991, s.167; ESENER, T., İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.514; NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.474-475; İREN, E., Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998, s.75.
- 2 ÇELİK, s.518.
- 3 ÇELİK, (Sona Eren TİS), s.167; ESENER, 514.
- 4 Yarg. HGK, 14.9.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m.6.
- 5 Yarg. 1.2.2000, E. 1999/19079, K. 2000/775, GÜNAY İ. C., Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s.1182-1184.
- 6 Yarg. HGK, 2.4.1986, E. 9-802, K. 329; EGEMEN/TEMİZ, s.583-585, 629-631; HGK 14.9.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, Kazancı Bilişim Sistemleri; TSGLK m. 6.
- 7 Yarg. HGK, 14.9.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m.6.
- 8 NARMANLIOĞLU, s.474.
- 9 NARMANLIOĞLU, s.474.
- 10 Aslında 2822 sayılı Kanun'un 6/son hükmü yeni bir düzenleme değildir. Nitekim benzer bir düzenleme eski 275 sayılı Kanun'da da bulunmaktadır. Ancak, 275 sayılı Kanun'un m. 3/1, son hükmünde sona eren toplu iş sözleşmesinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar hükmünü devam ettireceği belirtilmişken, 2822 sayılı Kanun'la metne bu art etkinin "hizmet akdi hükmü" olarak devam edeceği eklenmiştir. Doktrinde bu eklemenin düzenlemeye açıklık getirdiği ifade edilmiştir. Bkz. REİSOĞLU, S., 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.115; ÇELİK, s.508; ÇELİK (Sona Eren TİS) s.165; EKONOMİ, M., İHU 1985/1, TSGLK. 6 (No. 4); AKYİĞİT, E., "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi", TÜHİS, Kasım 1991, s.7, dn. 7; karşı görüş, SAĞLAM, F., İHU 1984/II, TSGLK 6 (No. 3).
- 11 Diğer ülke hukuklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, İHU TSGLK6 (No.2); ÇELİK, (Sona Eren TİS), 165 vd.
- 12 Aksi takdirde, sözleşmenin sona ermediği gibi bir sonuca varılacaktır. ÇELİK, 19.bası, s.519.
- 13 Yarg. HGK, 21.02.1975, E.974/9-1040, K.975/227, ÇELİK, s.452-453; 9. HD, 20.04.1987, 3816/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s.55.
- 14 DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, Eylül 2005, İZMİR, s.478.
- 15 Yarg. HGK, 22.05.1985, E.984/9-684, K.985/480, Tekstil İşv.D., Ekim 1986, s.21.
- 16 NARMANLIOĞLU, s.476; Nitekim 2822 sayılı TSGLK toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki 120 günden itibaren yeni bir toplu iş sözleşmesi yapma prosedürünün işletilmesine imkân sağladığından, bir aksaklığa uğratmadan bu süre içinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yapabilirse TSGLK m. 6/3 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır.
- 17 EKONOMİ, İHU 1985/1, TSGLK 6 (No. 4); Ulucan, D., İHU 1986/1-11, TSGLK 6 (No. 5); ÖZDEMİR, s.392.
- 18 YENİSEY, 620; ÇELİK, s.512; Karş. AKYİĞİT, "Sonraya Etki Problemi", s.21.
- 19 SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s.259.
- 20 YENİSEY, s.628.
- 21 Yarg. HGK, 02.04.1986, E. 9-802, K. 329, EGEMEN/TEMİZ, s.583-585.
- 22 ÇELİK, (Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi), s.171; EKONOMİ, İHU, 1985/I, TSGLK m.6, (no:4); İREN, s.81; DEMİR, s.478; s.477.
- 23 ÇELİK, N., Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul, 1966, s.78; REİSOĞLU (Şerh 75), s.131; NARMANLIOĞLU, s.479.
- 24 NARMANLIOĞLU, s.479.
- 25 Yarg. 9. HD, 20.12.1984, 11778/11829, İHU, TSGLK, 6 (No:3) - F. SAĞLAM İncelemesi ve İHU, TSGLK, 6 (No:4) - M. EKONOMİ İncelemesi; ÇELİK, s.453; TUĞ, TİS, s.152; TUNCAY, TİH, s.166; DEMİR, s.478 Değişik görüş, NARMANLIOĞLU, İHU, TSGLK, 6 (No:2).
- 26 9. HD, 20.12.1984, 11778/11829, İHU TSGLK m. 6, No.4 ve M. EKONOMİ'nin İncelemesi.
- 27 NARMANLIOĞLU, s.477 EKONOMİ, İHU, TSGLK m.6, No:4, NARMANLIOĞLU, İHU, TSGLK m.6, No.2; Karş. SAĞLAM, İHU, TSGLK m. 6, No.3.
- 28 SUR, s.262.
- 29 YENİSEY, "Kapsam dışı bırakılan işçiler açısından yeni bir toplu sözleşme düzeninden bahsedebilmek mümkün olmadığından, bu işçilerin eski toplu sözleşme normlarının art etkisinden yararlandırılması gerektiğini ifade etmektedir". YENİSEY, s.628.
- 30 Yarg. 9. HD, 20.5.1975, 11295/31206, YKD, C.2, Sa.6, s.836; 9. HD, 30.6.1986, 5602/6807, İşveren, Ekim 1987, s.15; 9. HD, 31.3.1989, 1524/2965, İşveren, Aralık 1989, s.18; 9. HD, 7.3.1995, 36398/4764, Çimento İşveren, Mayıs 1996, s.33.
- 31 ÇELİK, s.522, SUR, s. 262.
- 32 Yarg. HGK, 22.5.1985, 9-684/480, Yasa, Mayıs 1986, s.717.
- 33 ESENER, s.515; SAĞLAM, İHU 1984/11, TSGLK 6 (No. 3); nispi emredici olduğu yönünde, TUNCAY, Karar İncelenmesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s.24-25.
- 34 ÇELİK, s.511; ÇELİK, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Etkisi", s.171-172; Reisoğlu, s.253; ÖZDEMİR, s.396-397; Karş. AKYİĞİT, "Sonraya Etki Problemi", s.17.
- 35 NARMANLIOĞLU, s.477.
- 36 Yarg. HGK, 14.9.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m.6; REİSOĞLU, s.116; OĞUZMAN, s.86; NARMANLIOĞLU, s.436-437, 477-478; aynı yazar, "Dayanışma Aidatı", s.235-236; ŞAHLANAN, s.119; İREN, s.79; ÖZDEMİR, s.194-195. SUR, s.259.
- 37 YENİSEY, s.611 vd. NARMANLIOĞLU, Karar İncelemesi, İHU TSGLK V/I, m.6, No.2; ÇELİK, s.519; ESENER, s.512-513; REİSOĞLU, s.116-117; OĞUZMAN, İlişkiler, s.86; TUNÇOMAĞ, s.307; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.1 19. TUNCAY, Can, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Mayıs 1989, s.24. 9. HD 1.5.1984, 4234/4831, Yasa D. Ekim 1984, s.1147; HGK, 2.4.1986, 9-802/329, Tekstil İşveren, Şubat 1987, s.21.
- 38 Teşmil kararnamesinin sözleşmenin bitiminden önce kaldırılmaması şartıyla. NARMANLIOĞLU, s.477.
- 39 NARMANLIOĞLU, s.477.
- 40 Yarg. 9. HD 29.3.1976 T., E.1976/6394, K.1976/10549, YKD Ekim 1976, S.10 s.1440-1441; aynı görüş ESENER, s.515.
- 41 REİSOĞLU, s.117; OĞUZMAN, s.86; ESENER, s.513; ÇELİK,

- s.519; ÇELİK, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi", s.169; NARMANLIOĞLU, s. 475; NARMANLIOĞLU, "Dayanışma aidatı", s.236; ŞAHLANAN, s.119; TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Mayıs 1989, s.24; AKYİĞİT, "Sonraya Etki Problemi", s.17; MOLLAMAHMUTOĞLU, "Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj", s.569; İREN, s.78; ÖZDEMİR, s.392; DEMİR, s.478. NARMANLIOĞLU, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK 6 (No, 2).
- 42 Yarg. HGK 02.04.1986 E.984/9-802 K.986/329, Tekstil İşveren Der., Şubat 1987, S.107, s.21 vd., Yarg. HGK, 14.09.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, TÜHİS, Şubat 1989, s.15.
- 43 ÇELİK, s.509; OĞUZMAN, s.86; ÖZDEMİR, s.395, İREN, s.79; Aksi görüş, TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s.25; SUR, s.260 Aksi yönde Yargıtay Kararı: Yarg. 9. HD, 23.12.1986, 8382/11656, bkz. OĞUZMAN, s.86, dn. 99a; Yarg. 9. HD 1.2.2000, E. 1999/19079, K. 2000/775, Tekstil İşveren Der., Ekim 2000.
- 44 REİSOĞLU, s.116; GÜNAY, s.194; NARMANLIOĞLU, İHU 1984/11, TSGLK 6 (No. 2).
- 45 Yarg. 9. HD, 29.2.1984, E. 1489, K. 2091, EGEMEN/TEMİZ, s.599-600; 22.5.1984, E. 5085, K. 5676 sayılı karar ve F. SAĞLAM'ın İncelemesi, İHU 1984/11, TSGLK 6 (No. 3); 15.10.1985, E.7074, K. 9457, EGEMEN/TEMİZ, s.606.
- 46 Yarg. HGK, 2.4.1986, E. 9-802, K. 329, EGEMEN/TEMİZ, s.583-585, 629-631; 14.9.1988, Yarg. HGK, 25.1.1988, E. 11492, K. 423, EGEMEN/TEMİZ, s.619-620 E. 9-162, K. 685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m. 6.
- 47 Yarg. 9. HD, 8.12.1987, E. 2967, K. 10776, EGEMEN/TEMİZ, s.618; 25.1.1988, E. 11492, K. 423, EGEMEN/TEMİZ, s.619-620. Yarg. 9. HD, 25.1.1988, E. 11492, K. 423, BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s.136-137; aynı yönde 5.7.1988, E. 7767, K. 7313, BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s.140-141. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ise içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Yarg. 9. HD, 5.7.1988, E. 7767, K. 7313 sayılı karar ve C. TUNCAY'ın İncelemesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s.21 vd.
- 48 YENİSEY, 619.
- 49 YENİSEY, 619.
- 50 NARMANLIOĞLU, s.476; NARMANLIOĞLU, Ü., "Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma), Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991 s.234, dn. 130; DEMİR, s.478.
- 51 Hatta Yargıtay 16 yıldır işyerinde sözleşme yapılmamasının art etkiyi engellemediğini kabul etmiştir. Ancak kararın karşı oy yazısında, işçinin uzun yıllar önce yapılmış bir toplu iş sözleşmesinden yararlanması hukukun temel ilkeleri, toplu iş hukuku genel ilkeleri ve kuralın çıkarılış amacına ters olduğu belirtilmiştir. Yarg. 9. HD 01.02.2000; E. 1999/19079, K. 2000/775, YKD, Ağustos 2000, s.1211; Yarg. 9. HD, 26.04.2000, E. 2000/2175, K. 2000/6265, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m.6.
- 52 ÇELİK, s.77-78; REİSOĞLU, Şerh, 116; Yarg. 9. HD, 20.12.1984, E. 984/11778 K 11829 ve M. EKONOMİ'nin İncelemesi, İHU, TSGLK 6 (No. 4); F. SAĞLAM, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK 6 (No. 3); AKYİĞİT, Sonraya Etki, 19 vd.; TUNCAY, "Toplu İş Hukuku", 166; Aksi görüş için bkz. Ü. NARMANLIOĞLU, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK 6 (No. 2); NARMANLIOĞLU, s.477.
- 53 ÇELİK, 19.bası, s.521.
- 54 YENİSEY, 620; OĞUZMAN, s.85, dn. 98, s.63; Aynı yönde EKONOMİ, İHU 1985/1, TSGLK 6 (No. 4).
- 55 YENİSEY, s.623; MOLLAMAHMUTOĞLU, "Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj", s.564.
- 56 REİSOĞLU, s.118; EKONOMİ, İHU 1985/1, TSGLK 6 (No A); ŞAHLANAN, s.120; AKYİĞİT, "Sonraya Etki Problemi", s.21; İREN, s.85; ÖZDEMİR, s.388-390; s.400.
- 57 ÇELİK, 19. bası, s.522.
- 58 Yarg. HGK 21.2.1975, E. 9-1040, K. 227, BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s.116; Yargıtay kazanılmış hakkı kabul ettiği bazı kararlarında ise kazanılmış hakkı farklı şekillerde değerlendirmiştir. "Düzen ilkesi gereği toplu iş sözleşmesi ile bir kısım uygulamalara ve haklara son verilmesi olanağı mevcuttur, yeter ki yeni sözleşme hükümleri eskisinden daha fazla haklar öngörmüş olsun." Yarg. 9. HD, 02.07.1996, E. 3189, K. 15158, GÜNAY, s.226; "TİS hukukunda düzen ilkesi gereği yeni sözleşmelerle birçok haklar tanımlanabileceği gibi bazı hakların uygulamadan kaldırılması da kararlaştırılabilir. Yeter ki genelde son toplu sözleşmenin öngördüğü haklar öncekinden az olmasın" Yarg. 9. HD, 7.3.1996, E. 1995/36398, K. 1996/4764, GÜNAY, s.230-231.
- 59 Yarg. 9. HD, 27.3.1985, E. 1985/2859 K. 1985/3284, YKD, Kasım 1985, 1647-1648; Yarg. 9. HD 30.9.1985, E. 6189, K. 8750, GÜNAY, s.248-249; Yarg. 9. HD, 31.3.1989, E. 1524, K. 2965, GÜNAY, s.237,238; Yarg. 9. HD 29.2.2000, E. 1999/20164, K. 2000/2384, GÜNAY, s.1181- 1182; Yarg. 9. HD 16.5.2001, E. 5554, K. 8449, GÜNAY, s.1177; Yarg. 9. HD 24.4.2003, E. 2002/22489, K.2003/6876, Tekstil İşv. Der., Ağustos 2003, s.284.
- 60 YENİSEY, s.524.
- 61 SUR, s.260.
- 62 ÇELİK (19.Bası), 556.
- 63 ÖZDEMİR, M. E.; "Toplu İş Sözleşmesinin Geçmiş Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş Der., C. 6, s.146 vd.; KESER, H., "Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı", Çimento İşv. Der., Eylül 1994, s.5 vd.
- 64 EKONOMİ, İHU 1985/1, TSGLK 6 (No.4); ULUCAN, İHU 1986/1-11, TSGLK 6 (No. 5); ŞAHLANAN, s.118.
- 65 Yürürlüğü geriye götürülen yeni toplu sözleşme hükümleri ile eski toplu sözleşme hükümleri arasında yararlılık ilkesi uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ULUCAN, İHU 1986/1-11, TSGLK 6 (No. 5); aksi yönde bir Yargıtay Kararı 9. HD, 24.4.2003, E. 2002/22489, K. 2003/6879, Tekstil İşv. Der., Ağustos 2003, s.36-37. Ayrıca karşı YENİSEY, s.626.
- 66 Yarg. HGK, 22.5.1985, E. 1984/9-684 K. 1985/480, Yasa D., Mayıs 1986, s.717. Aynı görüş ÇELİK, 19. Bası, s.520.
- 67 Yarg. 9. HD, 25.2.1986, E. 985/12374, K. 986/3136, karar ve D. ULUCAN'ın İncelemesi, İHU 1986/1-11, TSGLK 6 (No. 5).
- 68 ESENER, 414; MİMAROĞLU, 120/121; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, 11-12; ERKUL, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt, 48-50; TUNCAY, s.123; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.420-421. Normatif hükümlerin dahi toplu iş sözleşmesinde yer almalarının şart olmadığını ileri sürenler vardır REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta, s.47.
- 69 MİMAROĞLU, s.115.
- 70 REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta, s.48. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.420.

- 71 ESENER, s.415; SUR, Özerklik ve Teşmil, s.4; ÇELİK, s.414; NARMANLIOĞLU, II, s.354; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.123; Aksi görüş, GÜNAY, TİSGLH, s.84; Farklı görüşler için bkz. REİSOĞLU, Şerh, 7.
- 72 ESENER; 419; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 338; EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Taraflara Yüklediği Borçlar, 6; DEMİR, s.425-426; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.420.
- 73 ESENER, s.414.
- 74 Yarg. HGK, 21.02.1975, E.974/9-1040, K.975/227 - İşveren D., Ekim 1975, s.23; 9. HD, 09.04.1968, 157/4628 - NARMANLIOĞLU, II, s.353, dn.191.
- 75 ULUCAN, s.99; ESENER, s.405; NARMANLIOĞLU, II, s.352.
- 76 ŞAKAR, s.211; ÇELİK, 19.bası, s.479; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.423.
- 77 ŞAHLANAN, s.14.
- 78 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.424.
- 79 OĞUZMAN, Kemal, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, İstanbul, 1973, s.135; Ayrıca bkz. ÇELİK, s.407, 408; ŞAHLANAN, 5.15; TUĞ, 5.14. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s. 425.
- 80 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.425; ÇELİK, 19.bası, s.480.
- 81 ÇELİK, 19.bası, s.482; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 127; M. E. ÖZDEMİR, Sözleşmenin Geçmişe Etkili Yürürlüğü, 151; ÇİFTER, Toplu İş Sözleşmesi, 282; eleştiri için EYRENCİ, Öner: Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş, Nisan 1988, 12-13; karş. ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, 17 vd.
- 82 EYRENCİ, Öner: Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş, Nisan 1988, s.12; SUR (2006), s.201.
- 83 ÇELİK, s.415-416; ŞAKAR, s.211.
- 84 Böyle bir uygulamada amaç, taraflarca, bir tüzük, yönetmelik veya kanun hükmünün toplu iş sözleşmesine konularak zorlayıcı hukuk kuralı haline getirilmesinin istenmesi ya da mevcut bir mevzuat hükmünü çeşitli başka amaçlarla (işçilerin öğrenmesi, şüphe ve tereddütlerin ortadan kalkması amacıyla) toplu iş sözleşmesinde tekrarlamak olabilecektir. ÇELİK, Türk ve Alman Hukukunda, s.13-14.
- 85 SUR (2006), s.199.
- 86 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s.410; ŞAHLANAN, s.19-20; TUĞ, s.18 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.425.
- 87 ŞAHLANAN, s.21; TUĞ, s.19. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.427.
- 88 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.419.
- 89 Ayrıntı için bkz. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.427.
- 90 ÇELİK, s.419; NARMANLIOĞLU, II, s.355; TUĞ, TİS, s.19 ŞAHLANAN, s.22, ELBİR, s.179, İNCE, s.310 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.428.
- 91 Üyeye bilgi verme ve uyarma yoluyla önce psikolojik etki yapılması, sonra tüzük ve yasa hükümlerinin sağladığı hukuki yaptırımlar yoluyla para cezası verilmesi ve üyelikten çıkarılması gibi. Bkz. ÇELİK, s.419-420.
- 92 ÇELİK, s.419; ŞAKAR, s.212; NARMANLIOĞLU, II, s.355; OĞUZMAN, s.64.
- 93 REİSOĞLU, Türk Hukukunda, s.49, ESENER, İş Hukuku, s.420, ŞAHLANAN, s.22. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.428.
- 94 Aksi takdirde, sözleşmenin sona ermediği gibi bir sonuca varılacaktır. ÇELİK, 19.bası, s.519.
- 95 Yarg. HGK, 21.02.1975, E.974/9-1040, K.975/227, ÇELİK, s.452-453; 9. HD, 20.04.1987, 3816/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s.55.
- 96 ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi, 75 vd.; REİSOĞLU, Şerh, 115 vd.; ESENER; 512 vd.; M. EKONOMİ, Karar İncelemesi, TSGLK 6 (No. 4); AKYİĞİT, Sonraya Etki, 14; NARMANLIOĞLU/, 478; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, 92-93; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 166; GÜNAY, s.193; TUNÇOMAĞ (İş Hukuku) II, s.114. SUR, s.259.
- 97 SUR, s.259.
- 98 ÇELİK, 19.bası, s.520.
- 99 SAĞLAM, Fazıl, Karar İncelemesi, İHU TSGLK 6, No.3; TUNCAY, s.166; TUNÇOMAĞ, II, s.307; ÇELİK, s.520-521; EKONOMİ, Münir, Karar İncelemesi, İHU TSGLK m. 6, No.4, SUR, s.260.
- 100 SUR, s.260.
- 101 NARMANLIOĞLU, s.478.
- 102 AKI, s.23; REİSOĞLU (şerh) 1975, s.84-85; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.422, dn.39.
- 103 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.418.
- 104 REİSOĞLU, Şerh 1975, s.84, AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.419.
- 105 REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta, s.46. AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.419.
- 106 ŞAHLANAN, s.23 AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN s.428.
- 107 Yargıtay "Toplu iş sözleşmesine konan tahkim şartının sendika ile taraf işvereni ilgilendirdiğinden bahisle bunun toplu iş sözleşmesi ile tanınan haklarını talep eden işçinin mahkemeye başvurmaya engel olmayacağını belirtmiştir. 9. HD T.04.11.1966, E.9797, K.10261, EGEMEN, Erdal, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul, 1968, s.110; Yine Yargıtay "Toplu iş sözleşmesindeki her türlü uyumsuzlukların hakem yoluyla çözümlenmesinin kabulüne ilişkin tahkim şartının, çalışması karşılığı bulunan kişisel hakkını işverenden isteyen kişiyi bağlamayacağını kabul etmiştir. 9. HD T.10.11.1965, E.643, K.405, ORHANER, Baki, Toplu İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1966 s.108.
- 108 "Sendikanın hukuki sorumluluğu, toplu iş sözleşmesinin yorumu, tahkim şartı (özel hakeme gidilmesinin öngörülmesi) tipik (vecibevi), borç doğurucu hükümlerdir" SUR (2006), s.202.
- 109 Yarg. 9. HD T.04.11.1966, E.9797, K.10261, EGEMEN, Erdal, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul, 1968, s.110; 9. HD T.10.11.1965, E.643, K.405, ORHANER, Baki, Toplu İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1966 s.108.
- 110 Yarg. 9. HD, 29.2.1984, E. 1489, K. 2091, EGEMEN, K/TEMİZ, S., İş Hukuku ve Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar 1967-1991, İstanbul 1991, s.599-600; 22.5.1984, E. 5085, K. 5676, karar ve F. SAĞLAM'ın incelemesi, İHV 1984/11, TSGLK 6 (No. 3); 15.10.1985, E. 7074, K. 9457, EGEMEN/TEMİZ, s.606.
- 111 Yarg. HGK, 2.4.1986, E. 9-802, K. 329, EGEMEN/TEMİZ, s.583-585, 629-631; 14.9.1988, E.9-162, K. 685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK m. 6.
- 112 ÇELİK, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Etkisi", s.171-178;

- OĞUZMAN, s.85, dn. 98a; OĞUZMAN, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985, s.259-260; ÇELİK, s.511; TUNCAY, C., Karar İncelemesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s.25-26; AKYİĞİT, "Sonraya Etki Problemi", s.16; İREN, s.82-83; Karş. NARMANLIOĞLU, O., İHU 1984/11, TSGLK 6. (No. 2); (6.26.3); SAĞLAM, İHU 1984/II, TSGLK 6 (No. 3).
- 113 "...işverenin hizmet akdinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeye hüküm konulamaz..." Yarg. 9. HD 19.03.1998 t. E.1998/3090, K.1998/5572, İşveren Dergisi, C.XXXVI, Sa.8, Mayıs, 1998, s.15.
- 114 OĞUZMAN, K.: Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara, 1990, s.90; ULUCAN, aynı Seminer, s.93 vd.
- 115 NARMANLIOĞLU, s.479.
- 116 ULUCAN, KOMİTE 1986, s.125; GÜZEL, KOMİTE 1996, s.200.
- 117 M. E. ÖZDEMİR, Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma ile Sınırlandırılması, 22-23; Karş. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, 362.
- 118 ÇELİK, Nuri: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS "İş Hukukunun Güncel Sorunlar" konulu seminer yayını, Ankara 1996, 66-67. Yarg. 9. HD, 2.7.1997, E. 1997/10354 K. 1997/13382, GÜNAY, İş Kanunu 1, m. s.13, 401. ÇELİK, 19.bası, s.520, dn.34.
- 119 Yarg. 9. HD, 2.2.1976, 34766/3987, YKD, Temmuz 1976, s.585; Yarg. 9. HD, 15.10.1985,7070/9454, YKD Nisan 1986, s.537; Yarg. 9. HD, 19.11.1986, 9327/10427, Çimento İşveren, Ocak 1987, s.34; Yarg. 9. HD, 25.9.1995, 8981/28051, Çimento İşveren, Kasım 1995, s.32.
- 120 Yrg. HGK, 1.6.1994, 9-71/381, YKD, Kasım 1994, s.1737; 9. HD, 5.3.1996, 35962/3819, Çimento İşveren, Mayıs 1996, s.30; 9. HD, 7.4.1997, 23047/6718, Tekstil İşveren, Eylül 1997, s.19; HGK, 8.10.1997,9-451/772, Tekstil İşveren, Aralık 1997, s.14. SUR (2006), s.200.
- 121 Yarg. 9. HD, 4.3.1996, 29936/3805, Çimento İşveren, Mayıs 1996, s.35; Yarg. 9. HD, 25.4.1996, 36056/9566, Tekstil İşveren, Temmuz 1996, s.18 ve A. GÜZEL'in İncelemesi, Yarg. 9. HD 10.2.1986, E. 1985/12326 K. 1986/1360, İşv. D, Aralık 1986, s.18.
- 122 Yarg. 9. HD, 4.3.1996, E. 1995/29936 K. 1996/3805, Çimento İşv. D., Mayıs 1996, 35; Yarg. 9. HD 25.4.1996, E. 1995/36056 K. 1996/9566, Tekstil İşv. D, Temmuz 1996, 18 ve A. GÜZEL'in Karara İlişkin İncelemesi, 1996 Yılı Kararları Semineri, s.199-200; Yarg. 9. HD 20.5.1996, E.8938 K.10812, Ajans TÜBA, İİÇB, Temmuz 1996, 1078.
- 123 DEMİR, s.479.
- 124 Yarg. 9. HD, 13.4.1984, 3415/4248, İHU TSGLK m. 6 No.2 ve NARMANLIOĞLU'nun incelemesi: Yarg. 9. HD, 22.5.1984, 8085/5676 İşveren, Ekim 1984, s.18; İHU TSGLK m. 6 No.3 ve SAĞLAM'ın inceleme ve eleştirisi: Yarg. 9. HD, 12.2.1985, 1295/1580, İşveren, Nisan 1986, s.18; Yarg. 9. HD, 15.10.1985, 7074/9457, TÜHİS, Ocak 1986, s.30; Yarg. 9. HD, 8.12.1987, 2967110776, İşveren, Mart 1988, s.15.
- 125 Yarg. HGK, 2.4.1986, 9-802/329, Yasa D., Haziran 1986, s.830; HGK, 14.9.1988,9-162/685, TÜHİS, Şubat 1989, s.15.
- 126 SUR, s.260 Bu yönde bkz.: OĞUZMAN, İlişkiler, s.85, dn.98a; ÇELİK, s.521; ÇELİK, (Sona Eren TİS) s.454-455.
- 127 Yarg. HGK, 21.2.1975, E. 9-1040 K 227, İKİD, Temmuz 1975, 3634-3635, Yarg. 9. HD, 26.4.2000, E. 2000/ 2175, K. 2000/6265, GÜNAY, İş Kanunu, 1,2. Bası, m. 13, 647-648.
- 128 Yarg. 9. HD 27.6.1988 t., E. 1988/5352, K. 1988/7049, İşv. D., Ocak 1989, s.19; Aynı görüş, ÇELİK, (Sona Eren TİS), s.177.
- 129 OĞUZMAN, Kemal, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, İstanbul, 1973, s.135; Ayrıca bkz. ÇELİK, s.407, 408; ŞAHLANAN, s.15; TUĞ, s.14; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.425.

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU

T. Cam, Çimento ve Toprak Sanayii İşverenleri Sendikası Yönetim Kurulu Üyesi

İşyerinin Kapatılması ve Yasa Dışı Lokavt Uygulaması

Giriş

Birbirinden bağımsız iki konu gibi gözükmese de işyerinin kapatılması ile yasa dışı lokavt arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. İşyeri kapatılması her durumda yasa dışı lokavt sayılmakla birlikte, bazı şartların varlığı halinde, özellikle de kapatılan işyerinde süregelen bir toplu iş uyuşmazlığı veya devam eden bir grev söz konusu ise o işyerinin kapatılması yasa dışı lokavt olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte bir toplu iş uyuşmazlığı mevcut olsa dahi, her işyeri kapatılışının lokavt olarak kabul edilmesi de elbette mümkün olmamalıdır. Her olayın ve işyerinin kendine özgü şartları değerlendirilmek suretiyle bir karara varılması ise en doğru çözüm yolu olacaktır.

1) Lokavt-Yasa Dışı Lokavt

Lokavt (lock-out) İngilizcede kapı dışarı etme anlamına gelmekte olup bir veya birden çok işveren tarafından bir iş mücadelesi amacına ulaşmak için çok sayıda işçinin belli bir plan uyarınca topluca işten uzaklaştırılmasıdır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 26. maddesinde ise lokavt; "İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işve-

ren vekili tarafından kendi teşebbüsü ile veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılması" olarak tanımlanmıştır. Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü sırasında grev nasıl işçiler için bir mücadele aracı oluşturmakta ise, lokavt da işverenlere greve mukabele etme imkânı vermektedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 26/2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavta kanuni lokavt" denir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise "kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavtın kanun dışı lokavt" olacağı ve "siyasi amaçlı lokavt, genel lokavt ve dayanışma lokavtının da kanun dışı lokavt" olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasında, "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli güvenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı amaçla lokavt yapılamayacağı" da düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden hareketle, toplu iş sözleşmesinin yapılmasından doğan bir iş uyuşmazlığı üzerine işçi sendikasıyla alınan grev kararı karşı-

Çalışma hayatına ilişkin mevzuatımızda, işyerinin kapatılmasını engelleyen veya sadece belli koşullarda kapatılmasını öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

sında savunma amacı (mesleki amaç) ile yapılan lokavt dışındaki lokavt uygulamalarının yasadışı lokavt olacağı anlaşılmaktadır.

Sadece mesleki amaçın bulunması da yasal bir lokavtın mevcudiyeti için yeterli olmayıp, diğer lokavt unsurlarının da varlığı (işçilerin topluca işten uzaklaştırılması, işten uzaklaştırmanın işyerinde faaliyeti tamamen durduracak tarzda olması ve işten uzaklaştırmanın işveren veya vekili tarafından kendi kararıyla veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyularak yapılması) muhakkak aranacaktır. Bunlardan birinin eksik olması halinde uygulanan lokavt yasa dışı olarak kabul edilebilecektir.

2) İşyerinin Kapatılması

Yasalarımızda işyeri kapatılmasını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 4857 sayılı İş Yasası'nın toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesine göre; "İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyetine son verilmesi halinde, işveren durumu sadece en az 30 gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür." Ayrıca aynı Yasanın 3. maddesine göre de, ".....herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirimde bulunmak" zorundadır.

Bu hükümlerden hareketle işveren yasal bildirimlerde bulunup, işçilerin hak etmiş oldukları yasal tazminatları ödedikten sonra işyerini kapatabilir. İşveren işyerini işin tamamlanması yüzünden kapatabileceği gibi, ekonomik vb. herhangi bir sebeple de kapatabilir. Çalışma hayatına ilişkin mevzuatımızda, işyerinin kapatılmasını engelleyen veya sadece belli koşullarda kapatılmasını öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşveren, Anayasanın 48. maddesinde yer alan "çalışma ve sözleşme özgürlüğünün" bir sonucu

olarak, çalışma yaşamını her zaman terk edebilir. Kendi isteği ile başlamış olduğu ticari faaliyetine yine ekonomik ya da teknik sebepler yüzünden son vermek ve işyerini kapatmak zorunda kalabilir. Zarar eden veya zarar etmese bile artık işini yürütmek istemeyen bir işverenin işyerini kapatmasının olağan bir davranış olarak kabul edilmesi gerekir. Bu takdirde, işyerinin hangi safhada kapatıldığıнын bir önemi olmamalıdır. Sendika yetki almış, toplu iş müzakereleri başlamış, grev kararı alınmış veya grev uygulanmaya başlanmış bile olabilir. Bütün bunlara rağmen şayet işveren işyerini kapatma kararında samimi ise ve muvazaalı bir işlem gerçekleştiriyorsa yasa dışı lokavtın varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda, işveren işyerini İş Kanunu'nda belirtilen usullere uygun olarak kapatmalı, bu durumu yasada (İş Kanunu m. 3, İş Kanunu m. 29) belirtilen mercilere bildirmeli, işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu hükümlerine göre feshederek tazminatlarını ödemeli ve işin tasfiyesi için gerekli bütün işleri tamamlamalıdır.

Bununla birlikte kapatma kararının alınma zamanı bakımından doktrinde, "işyerini kapatacak olan işverenin bu hakkını toplu sözleşme görüşmelerine başlamadan önce kullanması veya en azından bu konuda ciddi teşebbüslerde bulunması gerektiği" yönünde bir görüş de mevcuttur. Aksi takdirde, toplu görüşmelerin herhangi bir aşamasında alınacak işyeri kapatma kararının, uyuşmazlığı lehe çözümlenmek için işçilere yapılan bir baskı girişimi olarak değerlendirilmesi ve yasa dışı lokavtın sonuçlarına tâbi tutulması söz konusu olabilecektir.

Nitekim Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında, "İşveren işyerini kapatabilir bu onun hakkıdır. Ancak, kapatma kararı davacı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleştikten sonra ve toplu iş sözleşmesi görüşmeleri devam ederken alınmıştır. Sendika işverenin greve engel olmak

Amaç unsuru lokavtı, benzer durumlardan, özellikle işyeri kapanışından ve toplu işçi çıkarma halinden ayıran en önemli unsurdur.

için işyerini kapattığını iddia etmektedir. İşyerinin ekonomik nedenler dışında kapatılması halinde sendikanın grev hakkı, haksız bir şekilde önlenmiş olacaktır. O halde mahkemece yapılacak iş, davacı sendikanın iddiasını tahkik etmek, özellikle davalı şirketin defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak kapatmayı gerektirici ekonomik nedenlerin mevcut olup olmadığını araştırmak ve çıkan sonuca göre karar vermektir” demek suretiyle kapatmanın nedeninin araştırılması gerektiğine karar vermiştir¹.

3) Yasa Dışı Lokavtta Amaç Unsuru

Bilindiği üzere sadece işçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları olgusu lokavtın varlığı için yeterli değildir. Lokavtın varlığından söz edebilmek için ayrıca manevi bir unsurun da varlığı gereklidir. Bu unsur “amaç” unsurudur. Amaç unsuru, lokavtı benzer durumlardan, özellikle işyeri kapanışından ve toplu işçi çıkarma halinden ayıran en önemli unsurdur. Gerek iş mücadelesinden ve gerekse bir iş mücadelesi aracı olan lokavtın varlığından söz edebilmek için mutlaka amacın mevcut olması ve bunun toplu uyuşmazlığın çözümüne yönelik olması gerekir.

Toplu iş uyuşmazlıklarında işverenin menfaatleri göz önünde tutulmak suretiyle çalışma şartlarının aynen korunması, değiştirilmesi veya yenilenmesi amaçlanmalıdır. Lokavtın amacı, işçilerin işyerinden sürekli ve kesin olarak değil, “toplu iş sözleşmesi yapma amacına ulaşana kadar” uzaklaştırılmasıdır. Yasa dışı lokavtta işveren bizatihi, çalışma koşullarını korumak veya kendi yararına değiştirmek amacını gütmektedir. İşyerini kapatmak

İşyerini kapatmak amacıyla, işçilerin yasada belirtilen koşullarla toplu olarak işten çıkarılmaları halinde işveren; çalışma koşullarını kendi lehine düzenleme gibi bir amaç gütmemekte, ekonomik sebeplerle işyerini tamamen kapatmaktadır.

amacıyla, işçilerin yasada belirtilen koşullarla toplu olarak işten çıkarılmaları halinde ise işveren; çalışma koşullarını kendi lehine düzenleme gibi bir amaç gütmemekte, ekonomik sebeplerle işyerini tamamen kapatmaktadır.

Alman Federal İş Mahkemesi Büyük Senatosu'nca verilen 28.11.1955 tarihli kararda, “İşveren tarafından yapılan toplu fesih bireysel davranış olarak değerlendirilmiş, işverenin toplu iş uyuşmazlığını kendi lehine çözümleyerek sonuçta kolektif bir amaca ulaşma isteğinin olmadığından bahisle” eylem yasa dışı lokavt olarak kabul edilmiştir.

İşverenin işyerini sadece toplu iş uyuşmazlığını kendi lehine sonuçlandırılmak amacıyla kapatması ve bunu yaparken ve yasadaki prosedüre ve amaç aykırı düşmesi halinde, işyerini kapatma yasadışı lokavt olarak kabul edilebilir. İşyerini kapatmanın geçici nitelikte olması ve bir süre sonra işyerinin tekrar faaliyete geçmesi durumunda da eylem yasadışı lokavt olarak nitelendirilebilir. Zira, bu durumda işveren toplu iş uyuşmazlığını kendi lehine çözümlenme amacını gerçekleştirmiş ve akabinde işyerini tekrar faal hale getirmiştir.

Nitekim, “İşverenin işçi sendikası ile arasındaki toplu görüşmede anlaşma sağlanamaması üzerine işçilerin hepsinin hizmet akdini feshederek işyerini kapatması gerçek ve samimi olmadığı ve yasal grevi engellemek amacıyla hareket edildiği” gerekçesiyle yapılan işlem kanun dışı lokavt olarak değerlendirilmiştir².

Benzer şekilde, “Gerçekten işveren gerektirici sebepler bulunduğu takdirde ve kanunlarda öngörülen prosedüre de riayet etmek suretiyle işyerini kapatabilir. Bu işverenin doğal hakkıdır. Ancak olayda işverenin işyerini kapatma iradesinin resmi arabulucu tutanağının tebliği üzerine açıklandığı ve kapatmanın da bu yöndeki iradenin açıklandığı günde gerçekleştirilmek istenildiği görülmektedir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre ekonomik sebep nedeniyle işyerinin kapatılacağına dair daha önceden bir irade açıklamasının bulunmadığı ve böyle bir girişiminin olmadığı gözlenmektedir. İşverenin toplu iş sözleşmesinin getireceği yükün ağırlığından söz ederek işyerini kapatması yasal açıdan hiyaye edilemez” diyen Yüksek Mahkeme yasa dışı lokavtın varlığını tespit etmiştir³.

4) Ekonomik Nedenlerden Dolayı İşyerini Kapatmakla Yasa Dışı Lokavt Kavramının Birbirinden Farkı

İşveren yatırım yaptığı tesisini ekonomik gerekçelerle bir daha açılmamak üzere kapatmak zorunda kalmış ise ve bu kapanışta amaç, daha lehe bir toplu sözleşme akdetmek, işçileri daha uygun şartlarla çalıştırmak veya toplu iş uyuşmazlığında lehe durum yarattıktan bir süre sonra işyerini tekrar faaliyete geçirmek değil ise, bu durumda işyerinin kapanışını işveren bakımından da katlanılması zor, ancak zaruri bir durum olarak değerlendirmek gerekmektedir. Zira ticari hayatta işyerlerinin kâr elde etmesi kadar zarar etmeleri de doğal bir sonuçtur ve basiretli tüccar yeri geldiğinde daha büyük zararlara yol açmadan işlerini tasfiye etmesini bilmelidir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır" hükmü işverene bu sorumluluğu yüklemiş bulunmaktadır. Özellikle halka açık şirketlerde işverenin çalışanlarına karşı sorumlulukları olduğu gibi diğer sermaye sahiplerine karşı da mesuliyetleri vardır.

İşçilerin bu kapsamda işin gereği olarak kapanış nedeniyle işyerinden "sürekli" şekilde uzaklaştırılmaları lokavt sayılmamalıdır. Zira, uzaklaştırmanın lokavt sayılabilmesi için kollektif ve "geçici" nitelikte olması gerekmektedir. Lokavtın amacı işçilere devam etmekte olan toplu müzakere çerçevesinde yeni çalışma koşullarını kabul ettirebilmek için işyerini geçici süre kapatmak ve bu yolla işçiler üzerinde ekonomik bir baskı yapmaktır. İşveren lokavtta işyerini geçici bir süre kapatır ve bu süre boyunca da işçilerin iş sözleşmeleri askıda kalır. İşyerinin tamamen kapatılması suretiyle işçilerin sürekli olarak işten uzaklaştırılmaları, yani iş sözleşmelerinin feshedilmesi ise iş ilişkisini sona erdiren bireysel bir işlemdir. Sözleşmeleri feshedilen işçiler bir topluluk oluşturmuş olsalar dahi kural olarak bu nitelik değişmeyeceğinden işyerinin kapatılarak işçilerin tamamının kesin olarak işten çıkarılması yasa dışı lokavt teşkil etmemelidir.

Bu durumda şayet şartları varsa, fesih hakkının kötüye kullanılmasından veya sendikal nedenle fesihten hareket ederek işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilecektir.

Sonuç ve Değerlendirme

Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş bulunan "teşebbüs hürriyeti" çerçevesinde kurulmuş bulunan işyerinin, ekonomik nedenlerle yine aynı hürriyete dayanılarak işverence yasal bir hakkın kullanılması sonucu kapatılması gayet doğaldır. Bunun sonucunda işçilerin işten çıkarılması toplu nitelikte olsa bile lokavt sayılmamalıdır. İşyerini kapatmak için 4857 sayılı İş Yasası'nın 29. maddesi hükümlerine uyularak, 30 gün önceden Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne ve İş Kurumu'na bildirimde bulunulup ayrıca keyfiyet işyerinde de ilan edilmiştir. Yasada öngörülen bildirim sürelerine ve yasal usullere uyan işverenin, işçileri topluca işten çıkarılması halinde, yasal bir hak kullanılmış olduğundan, artık davranışın yasa dışı lokavt teşkil ettiği söylenemeyecektir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; 4.10.1976 tarih ve 1976/14581 Esas 1976/18874 Karar sayılı kararında "Davalı işveren; grev ve lokavt kararı alınmadan önce işlerinin kötü gitmesi nedeniyle işyerini kapatacağını, İş Kanununun öngördüğü mercilere bildirmiştir. Bu arada işçilerin ihbar ve kıdem tazminatlarını da ödemiştir. Bu durumda olayda kanunsuz lokavt yoktur" kanaatine ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında, "İşveren sanığın işyerini kapatıp ticaretten vazgeçmesi ve işçilerin hizmet sözleşmelerini bozması eyleminin,

İşveren yatırım yaptığı tesisini ekonomik gerekçelerle bir daha açılmamak üzere kapatmak zorunda kalmış ise ve bu kapanışta amaç, daha lehe bir toplu sözleşme akdetmek veya toplu iş uyuşmazlığında lehe durum yarattıktan bir süre sonra işyerini tekrar faaliyete geçirmek değil ise, bu durumda işyerinin kapanışını zaruri bir durum olarak değerlendirmek gerekmektedir.

İşyeri kapatmanın teknik, ekonomik, yapısal vb. gerekçelerinin iyi belirlenmesi, elden geldiğince somut delillere dayandırılması, şayet mümkünse ve öngörülebiliyorsa toplu iş uyuşmazlığı başlamadan evvel yetkili mercilere ve muhatap sendika ile işyerinde çalışanlara izahı ve duyurulması yerinde olacaktır.

içinde bulunduğu elverişsiz ekonomik ve mali koşullardan ileri geldiği yolundaki savunmasının etraflıca incelemeyen hükümlülük kararı verilmesini” yasaya aykırı bulmuştur⁴.

İşçilerin hepsinin işten çıkarılmadığı ve işyerinde faaliyetin tamamen durdurulmadığı durumda ise, işten çıkarmanın ekonomik nedenlerden ve bunun sonucunda üretim düşürülmesinden yapıldığına ve bu hareketin “kanun dışı lokavt” olmadığına karar verilmiştir⁵.

Sonuç olarak işyerinde devam eden bir toplu iş uyuşmazlığı mevcutsa veya uygulanmakta olan bir grev varsa o işyerinin kapatılması uygulamada sıkıntı yaratmaktadır. Kural olarak yürürlükteki yasalarımızda açık bir biçimde, “grev veya toplu iş uyuşmazlığı sırasında işyeri kapatılamaz” yolunda bir hüküm mevcut olmamakla birlikte işyeri ile ilgili olarak ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenleri kapatma kararına gerekçe olarak göstermek gerekmektedir. Zira, bir uyuşmazlık çıktığında bilirkişi incelemesinde anılan hususların mevcudiyeti araştırılacaktır.

Yüksek Mahkeme kararları da bu istikamettedir; “Olay sırasında işyeri faaliyetlerinin sürdürdüğünü gösteren maliyet raporları, servis fatura fişleri, ücret bordoları, saat kartları ve sair belgeleri ibraz imkanının sağlanması ve tüm deliller eksiksiz bir şekilde toplandıktan sonra topluca işten çıkarmanın zorunlu ve yasal sebebe dayanıp dayanmadığı, topluca işten çıkarmanın işyerindeki bütün faaliyeti büsbütün ortadan kaldıracak tarzda olup olmadığı

ve böylece hareketin 275 sayılı Kanununun 18/I maddesinde tanımlanan bir lokavt hareketi sayılıp sayılmayacağı kesinlikle belirlenerek sanığın suç kastı da tartışılmak suretiyle bir karara varılması gerekir”⁶.

Bu itibarla işyeri kapatmanın teknik, ekonomik, yapısal vb. gerekçelerinin iyi belirlenmesi, elden geldiğince somut delillere dayandırılması, şayet mümkünse ve öngörülebiliyorsa toplu iş uyuşmazlığı başlamadan evvel yetkili mercilere ve muhatap sendika ile işyerinde çalışanlara izahı ve duyurulması yerinde olacaktır. Aksi takdirde özellikle toplu iş uyuşmazlığı esnasında işyeri kapatılması kanun dışı lokavt olarak tespit edilebilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.12.1978, 1978/15661 Esas, 1978/16194 Karar.
- 2 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1991/9017 Esas, 1991/9388 Karar.
- 3 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1990/6798 Esas, 1990/7405 Karar.
- 4 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 1.2.1978, 1978/188 Esas, 1978/347 Karar.
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1991/2643 Esas, 1991/3142 Karar.
- 6 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 8.10.1979, 1979/3887 Esas, 1979/4054 Karar.

KAYNAKÇA

- Murteza Aydemir, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, Selüloz-İş Sendikası Yayınları, İstanbul, 2001.
- Şükran Ertürk, İş Mücadelesinde Denge İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1999.
- Cevdet İlhan Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- Aziz Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, Alfa, İstanbul, 1999.
- Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul, 2003.
- Ali Cengiz Köseoğlu, Türk Hukukunda Lokavt ve Yasadışı Lokavt ile İşyerinin Kapatılması Arasındaki İlişki, Akademi, Aralık 2004.
- Hakan Yıldırımoğlu, Grev Uygulaması ve Bazı Sonuçları, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2004.

Av. İlhan DOĞAN

MESS Hukuk Müşaviri

Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine

A. GİRİŞ

Sendikal hareketlerde yaşanan gelişim sürecinde, sendikal örgütlenme konusunda iki ayrı yöntem benimsenmiştir. Bunlar mesleğe göre sendikalaşma ve işkoluna göre sendikalaşma yöntemleridir.

Mesleğe göre sendikalaşma yönteminde ancak aynı meslekten olan işçilerin bir araya gelmesi söz konusudur. Örneğin marangozlar, elektrikçiler, tornacılar ve duvarcılar kendi içlerinde örgütlenip sendikalar oluştururlar. Bu sendikalardan her birine o meslekten olmayan kişilerin üye olmaları olanaksızdır. Bunun uygulamadaki sonucu, bir işyerinde işverenin karşısına birden çok sendikanın çıkabilmesi ve birden çok toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi olasılığıdır¹. Burada işkolu ilkesine göre sendikalaşmada olduğu gibi değişik meslekte olanların aynı sendikada bir araya gelmesi söz konusu olamaz².

İşkoluna göre sendikalaşma yönteminde sendikalar, belli bir endüstri dalında faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan işçileri mesleklerini dikkate almaksızın örgütlemeye çalışırlar. İşkolu esasına göre kurulan sendikalar, sadece belirli bir işyeri ve orada çalışan işçilerle sınırlı olarak kurulabilir. Ya da bir işyeri ile sınırlı olmaksızın bir bölge veya ülke düzeyinde belli bir endüstri dalında faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan işçilerin örgütlenmesi

suretiyle de kurulabilir. Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığı, o yerde hangi tür işin ağırlıklı olduğuna bakılarak belirlenir³. İşkoluna göre sendikalaşma esasının benimsendiği ülkelerde; o ülkede yapılan çeşitli işler belirli gruplar halinde toplanmakta ve her bir gruba işkolu denilmektedir. Buna göre; gerek işçilerin, gerekse işverenlerin yalnızca çalıştıkları işkolunda faaliyet gösteren bir sendika kurmalarına ya da ancak bu biçimde kurulmuş bir sendikaya üye olmalarına izin verilmektedir. Bunun sonucu olarak, bir işyerinde çeşitli işler yapılmakta olsa bile, bu çeşitli işlerde çalışan işçilerin tümü o işyerindeki asıl iş hangi işkoluna giriyorsa ancak o işkolunda kurulu olan bir sendikanın üyesi olabilmektedirler. Örneğin dokuma işi yapılan bir işyerinde makine bakım kısmında çalışan tornacılar ya da ambalaj kısmında çalışan marangozlar, dokuma işçisinden daha değişik bir iş türünde çalıştıkları halde, asıl iş dokuma işkolunda yer aldığından ancak bu işkolunda kurulu bulunan bir sendikanın üyesi olabilirler⁴. İşkoluna göre sendikalaşma ilkesinin yaygın sonuçlarından biri de, bir işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sadece bir tek sendikanın sahip olması ve işyerinde tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır.

Sendikalaşmanın tarihsel süreci içerisinde önce meslek esasına göre kurulan sendikaların ortaya çıktığı görülmektedir. İşkolu esasına göre örgütlenme düşüncesi daha sonraları ve endüstriyel ge-

lişmelerin sonucu olarak doğmuştur. Genellikle gelişmiş batı ülkelerinin uygulamalarının tümündeki sendikalaşmanın kökeninde meslek tipi sendikalaşmanın izleri vardır. Ancak zaman içinde işkolu sendikacılığı bu uygulamalarda egemen ilke haline gelmiştir. Gelişmiş sanayi birimlerinde ayrı meslekten kişilerin birarada çalışmaları kaçınılmaz bir zorunluluk olduğundan, işkolu esasına göre örgütlenme ilkesi çağdaş uygulamanın gereksinimlerine daha uygun düşmektedir. Gerçekten de seri üretim yapan pek çok işyerinde, o işyerindeki asıl iş ne olursa olsun, değişik meslek gruplarındaki işçilerin birarada çalıştığı gözlenmektedir. Bu işçilerin çalışma koşullarının farklı kurullarla saptanmasının hiçbir yararı olmadığı gibi, böyle bir durum çalışma barışını da bozar niteliktedir. Aksine, tüm bu çalışanların aynı kurullara bağlı olarak çalışmalarının sağlanması daha uygun ve daha pratik bir çözümdür. Kuşkusuz işkolu esasına göre sendikalaşmanın da kendine göre sakıncaları ve getirdiği sorunlar vardır. Bazen duraksama yaratan iş alanlarının varlığı, işkolunun saptanmasını güçleştirebilir. Bu iş alanlarının hangi işkolunda yer alacağının saptanmasındaki önemli zorluklar, işkolu esasına göre sendikalaşma yönteminin önemli sorunlarını oluşturur⁵.

B. MEVZUATIMIZDAKİ DURUM

Eskiden olduğu gibi yürürlükteki Anayasamızda da sendika ve üst kuruluşların hangi esaslara göre kurulabilecekleri belirtilmiş değildir. Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı" başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasında "*İşçiler ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptirler.*" denmekle yetinilmiştir. İşçilerin ve işverenlerin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesinde, herhalde yabancı ülkelerdeki gelişmeler de gözönüne alınarak öteden beri ülkemiz için işkoluna göre kurulacak kuruluşların yararlı olacağı düşünülmüştür. İşyerlerinde değişik meslekteki kişilerin birarada çalışmaları kaçınılmaz olduğundan, sendikaların özellikle toplu iş sözleşmesi yapmalarında işyerinde çalışan işçilerin hangi meslekten olursa olsun tek bir sendikada toplan-

maları esaslı işveren karşısına güçlü bir biçimde çıkmayı, ayrıca işyerindeki işçiler arasında dayanışmayı, işyeri düzenini ve çalışma barışının gerçekleştirilmesini sağlar. İşte bu nedenle Almanya'da benimsenen işkolu sendikacılığı sanayide gelişmiş ülkelerde temel ilke olarak kabul edilmekte ve yaygınlık kazanmaktadır.

Sendikaların hangi esasa göre kurulacağına Anayasa'da yer verilmiş olmamasına karşın, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 3. maddesinde sendikaların işkolu esasına göre kurulabilecekleri düzenlenerek, konuya açıklık getirilmiştir. Gerçekten de Sendikalar Kanunu'nun 3. maddesine göre "*İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur.*" Üçüncü maddenin ikinci fıkrasında, işveren sendikalarının da, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulabileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddede meslek esasına göre işçi sendikası kurulamayacağı düzenlenerek, mesleğe göre sendikalaşmanın önü kapanmıştır.

Meslek sendikalarının kurulamayacağına ilişkin Kanun hükmü, 1980'li yıllara kadar süren uygulamada sendikacılık ve toplu sözleşme sistemimizde ortaya çıkan bazı sorunların giderilmesi amacıyla getirilen yasal önlemlerden biridir. 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nda meslek sendikacılığı yasaklanmış değildi ve bu konu tartışılabilir nitelikteydi. 274 sayılı Kanun'da işkoluna göre sendikalaşma ilkesine yer verilmekle birlikte, 9. maddenin meslek sendikacılığını tümüyle engellememesi, belli bir işkolunda ya da ilgili işkollarında aynı meslekten olanlara da sendika kurabilmeleri olanağının sağlanmasının istenmesine neden olmuş ve maddenin bu sonuca varmaya elverişli olduğu savunulmuştur. Uygulamada da meslek sendikasının yasal olarak engellenmediği görüşünden hareket edilerek bu tür çok sayıda sendikanın kurulduğu görülmüştür. Bu gelişme sadece sendika sayısını artırmakla kalmamış, işçiler arasında gereksiz gruplaşmalara da yol açmıştır. Oysa, bir işyerindeki işçilerin toplu iş sözleşmesini tek sendika aracılığıyla yapmasını kabul eden 275 sayılı Kanun'un esasları ile meslek sendikacılığının toplu sözleşme sistemi çerç-

vesinde bağdaştırılması mümkün olmamıştı. Bu tür bir sendika, işyerinde ya çoğunluğu temsil edemeyeceği ya da temsil ettiği azınlıktakilerin sözleşmeden yararlanmaları söz konusu olamayacağı için toplu sözleşme düzenine uygun bulunmamaktaydı. Bu nedenle, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda da 275 sayılı Kanun'daki esaslar kabul edilmiş ve bir işyerinde çalışan değişik meslekteki işçilerin ayrı sözleşmeler yapabilmeleri esası benimsenmemiş olduğuna göre, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun meslek sendikası kurulamayacağını açıkça ortaya koyan hüküm tutarlıdır⁷.

İşkolu esasına göre sendikalaşma ilkesinin doğal sonucu olarak sendikalar, faaliyette buldukları işkolundaki işçileri veya işverenleri üye kaydedebilecek, başka işkolundaki işçi veya işverenleri bünyelerine dahil edemeyeceklerdir. İşkoluna göre sendikalaşma ilkesi sendikaların toplu iş sözleşmesi ehliyetine doğrudan etkilidir. Bunun etkisi, sendikaların kurulu buldukları işkolunun dışındaki toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olamamasında kendisini gösterir.

1. İşkoluna göre sendikalaşma ilkesinin istisnası; “Kamu İşverenleri Sendikaları”

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işkolu esasına göre sendikalaşma yöntemi benimsenmiş olmasına rağmen, Kanun'un 3. maddesinde bu ilkeye bir istisna getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, kamu işveren sendikalarının aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz.

Getirilen bu düzenlemenin yasal gerekçesi Milli Güvenlik Konseyi Sosyal Güvenlik İşçi ve İşveren İlişkileri Komisyonu Raporu'nda şöyle ifade edilmiştir: “... Devlet en büyük işverendir. Ancak kamu kesiminde yıllık programlarda da amaçlanan kamu işverenlerine sendikalaşabilme imkânı sağlanması için bu hüküm getirilmiştir. Devletin her işkolunda Dernekler Kanunu'na göre yeterli sayıda işvereni bulup örgütlemesi mümkün olmadığından, Devlet işkollarıyla bağlı olmaksızın serbestçe kamu işveren sendikaları kurabilecek, gerektiğinde tüm işkolları için kuracağı bir veya birkaç kamu işveren sendikası ile kamu kesiminde

ücretler ve sosyal yardımlar arasında adalet ve eşitlik sağlayabilecektir.”

Bu hükümle özel kesim ile kamu kesimi arasında işveren sendikalarının kuruluş koşulları açısından gereksiz bir ayırım yapılmış olmaktadır. Ayrıca bu düzenleme, Kanunun işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesine de uygun düşmemekte, sendika ile üst kuruluş olan konfederasyon arasındaki nitelik farkını ortadan kaldırmaktadır⁸.

Bununla birlikte yasada getirilen bu istisna, bir kamu işverenin faaliyette bulunduğu işkolunda kurulmuş olan bir işveren sendikasına üye olmasına engel değildir. Bir başka deyişle; üyeleri aynı işkolunda faaliyet gösteren kamu ve özel kesim işverenleri birlikte işveren sendikası kurabilecekleri gibi aynı işveren sendikasına üye de olabilirler. Ancak özel kesim işverenlerinin kamu işverenleri sendikasına üye olması mümkün değildir⁹.

2. İşkollarının kanunla belirlenmesi

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkollarının neler olduğu Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre sendikaların kurulabilecekleri 28 adet işkolu vardır. Yine aynı maddede her işkoluna bir numara verilmiştir. Örneğin doküma 6 no'lu, banka ve sigorta 11 no'lu, metal 13 no'lu, sağlık 24 no'lu işkolu olarak sıralanmıştır.

Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesine göre, “Bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslar arası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenlenir.” (Sen. K. m. 60/III). Kanun'un bu hükmüne dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan “İşkolları Tüzüğü” 6 Aralık 1983 tarih ve 18243 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tüzükle, kanunda sayılan işkollarına hangi işlerin girdiği saptanmıştır. Örneğin, metal yapımı, her türlü maden cevherlerinin ve bunların alaşım ve karışımlarının ergitilmesi, arıtılması, haddelenmesi, çekilmesi, dökülmesi ve şekillendirilmesi, çelik sanayii, madensel eşya yapımı, makina yapımı, elektrik makinaları, cihazları, araç ve gereçlerinin (deniz, demir ve hava yolları madeni taşıma araçları hariç) ve diğer madensel taşıtların yapımı ve onarımı ve başkaca madensel eşya ve gereç yapımı, kurma (montaj) sanayii işleri metal işkolunda yer alan işlerdir.

3. Yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkolunda sayılması

Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinin 2. fıkrasında, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı belirtilmiştir. Keza İşkolları Tüzüğü'nün 3. maddesinde de bu hüküm tekrarlanmıştır. Şu halde ilk aranacak husus, işyerindeki asıl işin ne olduğudur. Saptanan bu asıl iş, işyerinin gireceği işkolunu belirleyecek, artık o işyerinde asıl iş dışındaki işlerde çalışanlar, asıl işin dahil olduğu işkolunda çalışan işçi sayılacaklardır¹⁰. Örneğin otomobil fabrikasında çalışan bir güvenlik görevlisi metal işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabileceken, tekstil fabrikasında çalışan bir güvenlik görevlisi dokuma işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabilecektir.

Hangi işin asıl iş, hangi işin yardımcı iş olduğu genellikle kolayca anlaşılabilir. Ancak teknolojinin ilerlemesi ve üretilen malların daha kompleks hale gelmesi karşısında, işletmelerin çeşitli operasyonları aynı işyerinde yapma zorunluluğu doğmuştur. Bu tarzda üretim yapan bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığı tespitinde işyerinde yapılmakta olan asıl işin tespiti önem kazanmakta, birbirinden farklı üretim prosesleri uygulanan işyerlerinde de ağırlıklı işin belirlenmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda üretilen malın niteliği önemli bir ölçüttür. Üretilen nihai mamul, esas işlevini hangi yönü ile gerçekleştiriyorsa, bu yönünün girdiği işkolu, o işyerinin de dahil olması gereken işkoludur. Bunun yanı sıra işyerindeki farklı imalatın her birinin işverenin cirosu içindeki yeri, makine parkındaki sahip oldukları pay, her birinde çalışan işçi sayısı, birarada ele alınarak sonuca varılmalıdır¹¹. Şüphesiz ki bu konuda kesin kriterler koymak mümkün değildir. Her işyerinin üretim prosesi veya ürettiği mal o işyerindeki asıl işin ne olduğunun tespitinde önem kazanmaktadır. Asıl iş ve yardımcı iş tespiti sorunu her bir işyerinin karakteristik özelliklerine göre çözümlenmelidir.

Burada belirtilmesi gerekli bir başka husus da, aynı işverene ait birbirinden farklı işyerlerinde farklı işkoluna ait işlerin yapılması halinde, o işyerleri bir işletme bünyesinde olsa dahi asıl iş yardımcı iş kavramının geçerli olmayacağıdır¹². Asıl iş - yardımcı iş ilişkisi ancak aynı işverene ait her bir bağımsız işyeri için söz konusu olabilir.

C. İŞKOLUNUN TESPİTİ

Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, "İş-kolu" hukukumuzda sendikaların faaliyet alanını belirleyen bir unsur olup, sendikanın kurulması, üyelik, toplu iş sözleşmesi yapılması ve buna ulaşmak için başvuruyla gerekli barışçı ve mücadeleci yollarda söz konusu olan önemli bir kavramdır¹³. Sendikaların kuruluş şartları arasında hangi işkolunda faaliyet göstereceklerini de belirtmeleri zorunludur (Sen. K. md. 7/1). Her bir işyeri, sadece bir işkolunda faaliyette bulunabileceği gibi, sendikalar da işkolu esasına göre kurulabilmekte ve ancak kurulu bulunduğu işkolunda yer alan işyerlerine şamil olmak üzere toplu iş sözleşmesi akdedebilmektedirler.

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın tespiti ilişkin kararı Resmi Gazete'de yayımlanır. Kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren onbeş gün içinde ilgililer, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede bu tespiti karşı dava açabilirler. Kanunda yerel mahkemenin davayı iki ay içinde sonuçlandırması öngörülmüş, kararın temyizi halinde de Yargıtay'ca uyuşmazlığın iki ay içinde kesin olarak karara bağlanacağı belirtilmiştir¹⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işkolu tespitinin istenmesi ihtiyarî bir müessese olup, ilgili işyerinin hangi işkolunda yer aldığı ihtilaf doğurduğu halde söz konusu olur. İşkolları Tüzüğü'nün 4. maddesinde de belirtildiği üzere, bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca saptanır. Örneğin; aynı işyerinde üye kaydetmek ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi akdetmek isteyen farklı işkollarında kurulu bulunan iki işçi sendikası arasında işyerinin hangi işkolunda yer aldığı hususunda bir ihtilaf doğabilir.

1. İşyeri kavramı

Sendikalar Kanunu'na göre işyeri, işin yapıldığı yerdir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (Sen. K.

İşkolu tespitinin işyeri düzeyinde yapılması gerekli olduğundan, işyeri ve işletme ayrımı bir işverene ait birden fazla işyerine ilişkin işkolu tespitlerinde önem arz eder.

md. 2/8-9). Sendikalar Kanunu'ndaki bu hüküm İş Kanunu'ndaki işyeri tanımı ile birebir aynı olmasa da, işyeri tanımında varılabilecek nihaî sonuçlar açısından uygunluk göstermektedir. İşyerine bağlı bulunan yerler konusu, bir işverenin faaliyette bulunduğu yerlerin tek işyeri sayılıp sayılmaması yönünden önemli olup, esasen bağımsız nitelikte olan işyerlerinin hangi işkoluna girdiklerinin tespitinde dikkate alınması imkânı yoktur¹⁵.

İşkolu tespiti bakımından, işyeri ve işletme kavramlarının da önemi vardır. İşletme iktisadi bir kavramdır ve kâr sağlama amacını güder. İşletme, işyerinden daha kapsamlı bir kavram olup, aynı işverene ait birden fazla işyerini içine alır. Doktrinde kabul gören tanımıyla işletme; iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütündür¹⁶. İşkolu tespitinin işyeri düzeyinde yapılması gerekli olduğundan, işyeri ve işletme ayrımı bir işverene ait birden fazla işyerine ilişkin işkolu tespitlerinde önem arz eder.

İşkolu tespiti işyeri düzeyinde yapıldığından aynı işverene ait birden fazla işyeri bulunması halinde, her bir işyerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve hangi işkolunda yer aldığı belirlenmesi gerekir. Bir işverene ait birden fazla işyerinin tamamı aynı işkolunda yer alabileceği gibi, farklı işkollarında yer alması da mümkündür.

2. İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi

Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığını belirleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na aittir. Bir işkolunun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler ve onları çalıştıran işverenler, kendi aralarında birleşerek örgütlenmektedirler. Herhangi bir işyerinin girdiği işkolu, İşkolları Tüzüğü'ne ekli listede ayrıntılı şekilde gösterildiği için, çoğu kez bir uyuşmazlık ortaya çıkmamakta-

dır. Buna rağmen ortaya çıkan uyuşmazlıklar sonucunda veya herhangi bir uyuşmazlık çıkarılmadan uygulamanın doğruluğunu tespit ettirmek üzere işveren veya üyesi bulunduğu işveren sendikası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurabilir. Öte yandan işyerinde çalışan işçiler yahut işyerinde faaliyet gösteren veya göstermeyi amaçlayan işçi sendikaları da aynı şekilde işkolu tespitini talep edebilirler¹⁷. Özetle kanunda tespite karşı itiraz edebilecekler olarak belirtilen "ilgililer" kavramı kapsamındakileri, işkolu tespiti için başvurabilecekler olarak da anlamak gerekir. Bu kavram, işçi ve işveren sendikaları, işveren ve hatta o işyerinde çalışanları kapsamaktadır. Bunun yanında Bakanlığın konfederasyonları da ilgililer arasında kabul edip, işkolu tespit başvurularını sonuçlandırdığı görülmektedir¹⁸.

Kanaatimizce, %10'luk işkolu barajının altında kalan işçi sendikalarının da "ilgililer" kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir¹⁹. Burada TİSGLK'nın 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil edemeyen sendikanın yetki itirazında bulunamayacağına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması mümkün değildir. İşkolu tespiti hususu, yetki tespitiyle ilgili olmakla beraber salt yetki tespitine ilişkin bir müessese değildir.

Bir işyerinin yer aldığı işkolunun belirlenmesi, Bakanlıktan her zaman talep edilebilir. Bu başvuru toplu iş sözleşmesinin yapılmasından önce sendika üyeliğinin kazanılması sırasında yapılabileceği gibi, sözleşme yetkisinin tespiti, toplu görüşme, toplu iş uyuşmazlığı aşamalarında veya toplu iş sözleşmesinin imzalanıp uygulanması sırasında da yapılabilir²⁰.

Burada belirtilmesi gereken bir başka husus da, daha önceden işkolu tespiti yapılmış olan bir işyeri veya işletme için bir süre geçtikten sonra tekrar işkolu tespiti için başvuruda bulunulabileceğidir. Gerçekten de işyerinde üretilen mamulün ve üretim proseslerinin veya işyerindeki ağırlıklı işin değişmesi bazen işyerinin dahil olduğu işkolunun da değişmesi sonucu doğurabilir. Böyle bir durumda ilgililer Bakanlığa başvurarak, işyerinin dahil olduğu işkolunun yeniden belirlenmesini isteyebilirler. Sendikalar Kanunu'nda da buna engel yoktur. Aksi bir düşünce; bir sendikanın kurulu olmadığı bir işkolundaki işyerinde veya işletmede toplu iş sözleş-

leşmesi yapması sonucunu doğurur ki bu da, işkoluna göre sendikalaşma esasına tamamen aykırıdır.

İşkolu tespitinde, esas alınması gereken temel kriter, o işyerinde yapılan işin İşkolları Tüzüğü'nde belirtilmiş olan işlerin hangisinin kapsamında olduğudur. Gerçekten de bir işyerindeki üretim süreçleri sonunda ortaya çıkan nihai ürün veya hizmet, o işyerinin yer aldığı işkolunun belirlenmesinde etkili olacaktır.

İşkolu tespitinde önemi olan ölçütlerden bir diğeri, işyerinde yürütülen faaliyetle güdülen amaçtır. Bu amaç genellikle işyerinin hukuksal statüsünden anlaşılır. Türk Ticaret Kanunu'nun 155, 271 ve 506. maddelerinde, kollektif, anonim ve limited şirketin faaliyet konusunu göstermesi yasal bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir²¹. Ancak faaliyet konusu olarak ne esas alınırsa alınsın, işkolu tespiti açısından önem arz eden husus, fiilî olarak işyerinde yapılan faaliyettir.

İşyerinin girdiği işkolunun tespitinde işveren şirketin ana sözleşmesinin incelenerek, şirketin amaç ve faaliyet konularına giren işlerin, İşkolları Tüzüğü'nün hangi sıra numaralı işkolunda sayılan yerlerden olduğu belirlenmelidir. Ancak sadece şirketin ana sözleşmesinin amaçlar bölümüne ve yapılan işlerin türüne bakıp sonuca varılmamalıdır. Bu nedenle işyerlerinde yürütülen işlerin hangi işlerin tamamlayıcısı olduğuna, yapılan işlerin hangi amaca yönelik olduğuna göre bir inceleme yapılmalıdır²².

Yargıtay da bu konudaki görüşünü şöyle ortaya koymuştur; "İşyerinde yapılan işin hangi işkoluna girdiğinin tespitinde mal ve hizmetler için yatırım oranı ve fazlalığı, işin genel organize yönündeki ağırlığı dikkate alınarak asıl iş belirlenir. İşkolu buna göre saptanır."²³

Uygulamada bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığı belirlenmesi için Bakanlığa başvurulduğunda, Bakanlık müfettişlerince işyerinde bir keşif yapılarak, durum tutanak altına alınır. Söz konusu tutanağa istinaden Bakanlıkça verilen işkolu tespit kararı Resmi Gazete'de yayımlanır. Tespit kararının Resmi Gazete'de yayım tarihi tebliğ niteliğindedir²⁴.

3. İşkolu tespit kararlarının değerlendirilmesi

3.1. Yapılan işin niteliği bakımından:

Bakanlıkça verilen işkolu tespit kararları incelendiğinde, zaman zaman benzer işi yapan işyerle-

rinin farklı işkollarında yer aldığına karar verildiği görülmektedir. Örneğin bir işkolu tespit kararında²⁵, "...şirketin amaçları ve faaliyet konularının, otomotiv kablo donanımı ve komponentleri parçaları ve yan mamullerinin montajı, imali, dağılımı, satışı, pazarlaması, ithali ve ihracı ve bu mamüllerle ilgili hammaddeler, makinalar, ekipmanlar ve diğer malların ithali de dahil olmak üzere bu faaliyetlerle bağlantılı veya ilgili her türlü işle istigal etmek olarak belirtildiği, şirketin adresinde faaliyet gösteren bir işyerinin daha bulunduğu, söz konusu işyerlerinde dışarıdan hammadde olarak alınan elektrik donanımı malzemelerinin montajı yapılarak otomobil sektöründe kullanılan elektrik kablo donanımına dönüştürülmesi işinin yapıldığı, bu nedenle işyerlerinde yapılan işlerin niteliği itibariyle "İşkolları Tüzüğü" nün 13 sıra numaralı "Metal" işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir." denilmiştir.

Buna karşın bir başka işkolu tespit kararında²⁶, "... işyerinde otomotiv ve beyaz eşya sektöründe faaliyet gösteren şirketlerin verdikleri siparişler üzerine, ...'de kurulu bulunan şirketlerden alınan yarı mamul kabloların, çeşitli çap ve ebatlarda kesilerek, uçlarına soket ve kontak takıldığı, ayrıca otomotiv ve beyaz eşya sektöründe kullanılan kablolar ile muhtelif sanayi dallarında kullanılan enerji, plastik izoleli, PVC ve PE, dağıtım, jonksiyon, kumanda ve fleksibil kablolar ile her türlü özel maksatlı kablo ünitelerinin üretildiği, bu nedenle işyerinde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 03 sıra numaralı "Petrol, Kimya ve Lastik" işkolunda yer alması gerektiği tespit edilmiştir." şeklinde bir sonuca varılmıştır.

Kararlardan anlaşıldığı kadarıyla kablo üretimi yapan işyerlerinin, birbirinden farklı işkollarında yer aldığına karar verilmiş olması işkolları tüzüğü'nün amacına uygun değildir. Her iki işkolu tespit kararına konu olan işyerleri de, birbirine çok yakın belki de aynı tarzda üretim yapmakta, benzer mamulleri üretmektedirler. Üretilen nihai mamullerin kullanıldığı yerler de birbirine benzemektedir.

Üretilen mamul kablodur. Kablo, elektrik akımı iletiminde kullanılan ve yalıtkan bir madde ile sarıllı bulunan metal teldir. Bu ürünün amacı, elektriğin iletilmesini sağlamak olup, iletkenliği sağlayan metal tel kısımdır. Bu nedenle her iki işyerinin veya işletmenin de metal işkolunda yer alması gerekmektedir.

Kanımızca, kablonun metal kısmının plastik ve plastikten mamul maddelerle kaplanmış olması, işkolu tespit kararında bu sonuca varılmasına neden olmuştur. Ancak ürünün ne ile kaplanmış olduğunun önemi yoktur. Ütopik bir örnek olmakla birlikte bu karardaki mantıkla hareket edilirse; kabloların yalıtkanlığı iplikle sağlandığı takdirde, bu tarz üretim yapan işyerlerinin dokumacılık işkolunda yer aldığına karar verilmesi gerekecektir. Ancak üretimin ana unsuru ve üretilen mamulün aslı işlevini sağlayan metalden üretilen tel parçadır. Bu kararda işkolu tespitindeki en önemli kriterlerden olan, üretilen nihaî mamulün asıl işlevinin ne olduğu gözardı edilmiştir.

3.2. Asıl iş - yardımcı iş kavramı bakımından

Yukarıda da değinildiği üzere, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı nitelikteki işler de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır (Sen. K md. 60/2).

findan yapılan işlerin niteliği itibariyle "İşkolları Tüzüğü" nün 03 sıra numaralı "Petrol, Kimya ve Lastik" işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir. denilerek, farklı yerlerde kurulu bulunan işyerleri arasında, kanunun güttüğü amaca aykırı olarak, asıl iş - yardım iş ilişkisi kurulmuştur.

Bununla birlikte işletme kapsamındaki işyerlerinin bireysel olarak değerlendirilmesi suretiyle verilmiş olan işkolu tespit kararları da mevcuttur. Yine bir işletme kapsamındaki işyerleri için verilmiş bir başka kararda²⁸; "... 'nde Bakanlığımızca yapılan incelemede; şirketin ... 'da bulunan Merkez İşyerinde büro işlerinin yapıldığı ve yapılan işlerin İşkolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolunda, ... adresinde faaliyet gösteren Fabrika işyerinde Alüminyum profil imalatının (dış cephe kaplama, pencere doğraması, isteğe özel profiller v.s.) yapıldığı ve yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 13 sıra numaralı "Metal" işkolunda, yine şirketin ... adresinde faaliyet

Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığı oldukça teknik bir konu olduğundan, işkolu tespitine itiraz davalarında bilirkişi raporları, davanın sonucuna fazlasıyla etkilidir.

İşkolu tespiti işyeri düzeyinde yapılmalıdır. İşkolu tespitine konu aynı işverene ait birden fazla işyeri varsa, asıl iş - yardımcı iş kavramı bir işyerinde yürütülen işler ve bu işyerinin sınırları bakımından önem taşır. Aynı işyerlerinde farklı işkollarında yer alan işler yapılıyorsa, bu işyerleri için asıl iş - yardımcı iş kavramları söz konusu olamaz.

Ancak bazı işkolu tespit kararlarında asıl iş yardımcı - iş kavramlarının işletme düzeyinde değerlendirilerek sonuca varıldığı görülmektedir. Örneğin bir işkolu tespit kararında²⁷; "... 'nde Bakanlığımızca yapılan incelemede; şirketin ... adresinde büro işyerinin bulunduğu ve ... adresinde faaliyet gösteren işyerinde, asıl ana maddesi kum olan Fiber optik kablonun Amerika Birleşik Devletlerinden yarı mamül madde halinde satın alınarak rulo şeklinde işyerine getirilen kabloların kırılmalarının önlenmesi amacıyla elyaf ile sarıldıktan sonra üzerleri plastik kaplama ile kaplandığı, ayrıca şirkete bağlı ... adresinde kurulu bulunan işyerleri ile ... 'da bulunan büro işyerinde yapılan işlerin asıl işe yardımcı iş niteliğinde olduğu, şirket tarafından yapılan asıl işin Fiber Optik Kablo üretimi işi olması nedeniyle şirket tara-

gösteren Fabrika işyerinde ise plastik profil imalatının (pencere, pancur, pvc, süpürgelik ve çeşitli aksesuarlar) yapıldığı ve yapılan işlerin İşkolları Tüzüğü'nün 03 sıra numaralı "Petrol, Kimya ve Lastik" işkolunda yer alması gerektiği tespit edilmiştir. şeklinde karar verilmiştir. Bu kararda görüldüğü üzere, işyeri düzeyinde değerlendirme yapılmış ve aynı işverene ait üç ayrı işyerinin de farklı işkollarında olduğuna karar verilmiştir. Aynı işverene ait farklı işyerleri asıl iş-yardımcı iş kavramından hareketle, kanımızca yerinde olarak, birbirleriyle irtibatlandırılmamışlardır.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bakanlığın, işletme düzeyinde asıl iş - yardımcı iş kavramını ne zaman ve hangi gerekçeyle uyguladığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak gerekçesi ne olursa olsun farklı işkollarında yer alan işyerleri için, Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinin ikinci fıkrasını uygulama olanağı yoktur.

3.3. Asıl işveren - alt işveren ilişkisi bakımından

Bilindiği üzere İş Kanunu kapsamındaki işyerle-

rinde, belirli şartların oluşması halinde asıl işin bir bölümünde ve yardımcı işlerde asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulabilmektedir. Alt işverenler bağımsız işveren sıfatına sahip kişilerdir. Bunların işçilerini çalıştırdıkları yerler de alt işverenler yönünden ayrı bir işyeri sayılırlar. Alt işverenin yapmış olduğu işin dahil olduğu işkolunun, asıl işverenin işyerinde görülmekte olan işten bağımsız olarak belirlenmesi gerekir. Gerçekten de bir işveren tarafından yürütülmekte iken yardımcı iş niteliğinde olan bir işin, başka bir işverene verilmesi halinde bu özelliğini kaybedeceği açıktır.

Bu esaslar, alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinin, asıl işverenin işyerinden ayrı bir işyeri olarak kabul edilmesinin doğal sonucudur. Bunun bir diğer sonucu da asıl işverenin işyerini kapsayacak bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, yetki işlemlerinde sadece asıl işverenin işçilerinin dikkate alınacak olması, alt işveren işçilerinin çoğunluk hesabında nazara alınmasının söz konusu olmamasıdır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da alt işveren işçilerinin, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı yönündedir²⁹.

Belirtmek gerekir ki bir işkolu tespit kararında, sadece bir işverene ait işyeri veya işletme değerlendirilmeli ve karar verilmelidir. Ancak Bakanlığın bir işverene ait işyerindeki birden fazla alt işverene ait işyerleri için, aynı işkolu tespit kararında sonuca vardığı görülmektedir. Böyle bir usûlün benimsenmesi özellikle ilgili işkolu tespitine itirazlarda, yargılamanın sürecini uzatabileceği gibi, tarafların teşkilini de zorlaştıracaktır. Kaldı ki kanunen Bakanlığa tanınmış böyle bir yetki de yoktur.

Alt işverene ait işkolu tespit kararlarında Bakanlığın zaman zaman, muvazaa tespitinde bulunarak, yargının görevini üstlendiği görülmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, söz konusu işkolu tespit kararlarında³⁰ muvazaalı işlemin varlığından hareketle, asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin işçilerini asıl işverenin işçileri saymakta ve bunun sonucuna göre işkolu tespitinde bulunmaktadır. Oysa işkolu tespiti sırasında böyle bir yetki Bakanlığa tanınmış değildir. Sendikalar Kanunu'nun dördüncü maddesi son derece açıktır. Söz konusu hüküm Bakanlığa sadece "bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti" yetkisini tanımaktadır. Bu yetkinin ise, bir işyerinde muvazaalı bir asıl işveren - alt işveren ilişkisi olup olmadığını araştırmayı ve bunun sonuçlarını saptamayı içermediği açıktır. Bu anlamda Bakanlık, söz

konusu işkolu tespitleriyle yasayla verilen yetkisini aşar görünmektedir³¹.

Kanımızca bir işverene ait işyerindeki alt işverenlerin tümü için aynı işkolu tespitinde karar verilmesi, mevzuatın öngördüğü usûle uygun olmadığı gibi, muvazaa tespitinde bulunmak da işkolu tespiti için verilen yetkilerin üzerine çıkılması anlamına gelmektedir.

D. İŞKOLU TESPİTİNE İTİRAZ VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

İşkolu tespit kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasını takiben onbeş gün içinde, ilgililer iş davalarına bakmakla görevli yerel mahkemede dava açarak, işkolu tespit kararına itiraz edebilirler. Yasal düzenlemenin sonucu olarak, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla ilgililerin mahkemeye başvurma süreci başlayacaktır. Kanundaki onbeş günlük süre, hak düşürücü süre olup mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir³².

İşkolu tespitine itiraz edilebilmesinin ön şartı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurularak işkolu tespiti istenmesi ve işkolu tespitinin Resmi Gazete'de yayımlanmasıdır. Yargıtay da işkolu tespiti için başvuruda bulunulmadan, işkolu tespitinin mahkemeden istenemeyeceği görüşündedir³³. Bir başka deyişle Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan prosedür işletilmeden işkolu tespiti istenemez.

İşkolu tespitine itiraz davası bir tespit davası niteliğindedir ve yargılama sonucu davanın kabulüne karar verildiğinde, mahkemenin kararı işkolu tespit kararı yerine geçer.

1. İşkolu tespitine itiraz davasının tarafları

Sendikalar Kanunu'nda Resmi Gazete'de yayımlanmış bir işkolu tespit kararına karşı ilgililerin mahkemeye başvurabileceği belirtilmiştir. İlgililerden mahkemeye başvurmakta yararı olan kişi ve kuruluşları anlamak gerekir³⁴. İlgililer kavramının kapsamıyla ilgili yukarıda zikrettiğimiz görüşümü zü burada da tekrar ediyoruz³⁵.

İşkolu tespitine itiraz davasında işkolu tespit kararını veren Bakanlığın davalı taraf olacağı şüphe götürmez. Ancak Bakanlıkla birlikte, bu davanın sonuçlarından etkilenecek olanların da davaya dahil edilmesi gerekir. Bu nedenle işverenin ve varsa işve-

ren sendikasının yanı sıra, o işverene ait işyerinde örgütlenme çalışması içinde olan işçi sendikalarının da davada taraf olması gerekir. Yargıtay'ın görüşüne göre de; işkolu tespitine itiraz davasında, işkolu tespit kararından etkilenecek işverenin ve varsa işyerinde örgütlenmiş diğer sendikaların davaya dahil edilmesi gerekir³⁶. İşkolu tespitine itiraz davasında tespiti isteyen taraf, işkolu tespit kararının sonucuna göre, davacı veya davalı olabilir.

2. Yetkili mahkeme

Sendikalar Kanunu'nda işkolu tespitine itirazın iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede açılacağı düzenlenmiştir. İş hukuku ve iş yargılamasında "mahalli mahkeme" sözleriyle kastedilen genellikle uyuşmazlığın şekline göre "kararın verildiği, işlemin yapıldığı veya fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesi" ise de burada, mahalli mahke-

me söz konusu olduğunda, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olacağını belirtmiştir³⁸.

3. İşkolu tespitine itirazın incelenmesi

Mahkeme, işkolu tespitine itiraz davasını genel hükümler çerçevesinde inceleyecektir. Yasada özel bir inceleme yöntemi öngörülmediğinden; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler çerçevesinde inceleme yapılması gerekir³⁹.

Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığı oldukça teknik bir konu olduğundan, işkolu tespitine itiraz davalarında bilirkişi raporları, davanın sonucuna fazlasıyla etkilidir. Konunun gerektirdiği teknik uzmanlık göz önünde bulundurulduğunda, bu durumu doğal karşılamak gerekir. Yargılama sürecinde, dava konusu işyerinde yapılan üretimin niteliğine göre konunun uzmanı bilirkişiler tarafından keşif

İşin niteliği ve yürütümü yönünden bağlılık, mal veya hizmetin üretimi sürecinde yapılan işlerin birbiriyle bağlantılı olmasıdır. Eğer işyeri ile diğer yer arasında teknik yönden bir bağlılık yoksa, bu yeri asıl işyerinden saymayarak bağımsız bir işyeri olduğunun kabulü gerekir.

me sözlerinden kararı veren Bakanlığın bulunduğu Ankara iş mahkemesi değil işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesinin anlaşılması daha isabetli olur. Zira mahkeme, Bakanlık kararındaki gerekçelerle bağlı olmaksızın işyerinde yapılan işin niteliğini inceleyerek bir karar verecektir³⁷. İşkolu tespitine itiraz davası ilgili işyerinde bir inceleme yapılmasını da gerektireceğinden, usul ekonomisi açısından da işyerinin niteliğini en kolay ve çabuk belirleyebilecek mahkeme işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir.

Ancak kanunda aynı işverene ait birden fazla işyerinin yani bir işletmenin bulunması halinde yetkili mahkemenin nasıl belirleneceğine ilişkin açıklık yoktur. Bir işverene ait birden fazla işyeri aynı yargı çevresi içinde ise sorun yoktur. Bu durumda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde yetkili mahkeme belirlenecektir. Ancak aynı işverene ait farklı yargı çevrelerindeki işyerlerine ilişkin bir işkolu tespit kararına karşı itirazın, işletmenin merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde yapılması gerektiği kanısındayız. Yargıtay da bir kararında işlet-

yapılmalı, işyerindeki üretim süreçleri ve nihaî mamul incelenerek sonuca varılmalıdır. Yargıtay evrak üzerinden incelemeyle yetinilerek verilmiş olan yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁰. Yargıtay'ın bizim de katıldığımız gerekçesine göre, "... Mahkemece evrak üzerinde inceleme yapılarak tarafların savunma baklarının takyidi esasa müessir usuli hatadır."

Kanunda, yerel mahkemede yargılamanın iki ay içerisinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. Ancak mahkemelerin ağır iş yükü nedeniyle, uygulamada bu davaların bu kadar kısa sürede karara bağlanması mümkün olmamaktadır.

Yargılama sonucunda verilecek kararın temyiz edilmesi halinde, Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içerisinde kesin olarak karara bağlar. Bu düzenlemenin sonucu olarak Yargıtay ya yerel mahkemenin kararını onayarak kesinleştirecektir, ya da yerel mahkeme kararını ortadan kaldıracaktır. Yerel mahkeme kararının bozulup ortadan kaldırılması halinde, uyuşmazlık Yargıtay tarafından kesin karara bağlanarak hüküm tesis edilir. Kararın ortadan kaldırıl-

Sendikalar Kanunu'nun açık hükmü, bir işyerinde yapılan yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılmasını gerektirmektedir.

ması halinde Yargıtay dosyayı bir daha yerel mahkemeye göndermeden, hüküm verir. Böylece işkolu tespitine itirazların daha çabuk çözülmesi amaçlanmıştır. Kanundaki düzenlemenin doğal sonucu olarak yerel mahkemenin verilmiş olan Yargıtay kararına karşı direnme hakkı yoktur.

4. Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi

İşkolu tespitine itiraz davalarının en önemli sonuçlarından biri, bir işyerinde yaşanan yetki tespiti sürecinde kendisini gösterir. Gerçekten de bir işyerine ilişkin devam eden bir işkolu tespitine itiraz davası varsa, o işyerine ilişkin yetki belgesi verilmemesi gerekir. Çoğunluk tespitinin işkolu tespitine itiraz davasından önce istenmiş olup olmaması sonucu değiştirmez. Eğer aynı anda görülen işkolu tespitine itiraz ve yetki tespitine itiraz davaları varsa, işkolu tespitine itiraz davasının sonucu beklenmelidir. Bir başka deyişle işkolu tespitine itiraz prosedürü, yetki tespitine itiraz davası bakımından bekletici mesele yapılmalıdır. Ancak bu prosedürün sonuçlanmasından sonra, yetki tespitine ilişkin uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerekir.

Yetki sürecindeki işkolu tespitine itiraz davasının sonucu, aynı işverene ait işyerlerinin bir işletme mi olduğunun tespiti bakımından önem arz edebilir. İşkolu tespitinin sonuçlanması hangi işyerlerinin aynı işkolunda olduğunu belirleyeceğinden, toplu iş sözleşmesinin düzeyini de etkileyecektir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında⁴¹, "... Mabkemece yapılacak iş, işkolu tespitine ilişkin prosedürün sonuçlanmasından sonra işkolu tespitine konu işyerlerinin işletmeye dabil edilip edilmeyeceğine karar verilmelidir. Eğer işletme kapsamında olduğu kabul edilmiş ise, işletme düzeyinde davalı sendikanın yasal çoğunluğu bulunup bulunmadığının tespiti ile varılacak sonuca göre hüküm kurulmalı..." denmiştir. Yargıtay, yetki itirazı ile

birlikte içinde işkolu itirazının da bulunması halinde konunun bekletici mesele yapılması gerektiği görüşündedir.

Yetki prosedürü veya yetki prosedürüne itiraz devam ederken görülen bir işkolu tespit davasının bir diğer önemi de, ilgili işyerinin hangi işkolunda yer aldığı tespit edilecek olmasında kendini gösterir. Gerçekten de bir toplu iş sözleşmesi, ancak aynı işkolunda kurulu bulunan bir veya birden çok işyerini kapsayabilir (TİSGLK md. 3/1). Bu düzenleme işkoluna göre sendikalaşma ilkesinin doğal bir sonucudur. İşkolu tespitine itiraz davası sonucu, bir işyerinin veya işletmenin hangi işkolunda yer aldığı belirlenmiş olacağından; yetki prosedürünü yakından ilgilendiren bu konu bekletici mesele yapılmalıdır. Aksi takdirde bir sendikanın, kurulu olduğu işkolunda faaliyette bulunmayan bir işyerinde çalışan işçileri üye kaydedip, toplu iş sözleşmesi yapması sonucu ortaya çıkabilir ki, bu sonuç sendikalaşmanın işkolu esasına göre yapılmasını öngören toplu iş mevzuatımıza tamamen aykırıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında⁴², "... İşçi sendikasının yetkisinin kabul edilebilmesi için toplu iş sözleşmesi yapmak istediği işyerinin sendikanın kurulu olduğu işkoluna giren bir işyeri olması gerekir. O halde mabkemece bu durumun bekletici mesele kabul edilip sonucuna göre karar vermek gerekirken bu hususun gözetilmemesi usul ve yasa-ya aykırıdır." demiştir.

Bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi konusu ve bu husustaki uyuşmazlık, sendikaların toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyetinin temel şartını oluşturduğu için, bu hususta kesin bir sonuç alınmadıkça yetkinin tespitine geçilemez. Toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri veya işyerleri ile ilgili olarak işkolunun tespiti için usûlüne göre başvuruda bulunulduğunda veya uyuşmazlık çıkarılarak aynı yola gidildiğinde, sözü edilen işyerlerinin hangi işkoluna girdiği ancak yargının kesin kararı ile belirleneceğine ve bu hususta sonuç alınmadıkça anılan işyerlerinin hangi sendikanın faaliyet alanı ve ehliyeti çerçevesinde olduğu kesinlik kazanamayacağına göre, yetki işleminin devam ettirilmesi, yetki itirazının çözüme bağlanması ve yetki belgesi verilmesi hukuken mümkün görülemez. Ehliyet, toplu iş sözleşmesine taraf olabilme yönünden öncelikle bulunması gere-

ken niteliklidir. Ehliyeti bulunmayan bir sendikanın ne yetki almak üzere Bakanlığa başvurması ne de kendisine yetki belgesi verilmesi söz konusu olabilir⁴³.

Yargıtay'ın işkolu tespitine itirazların bekletici mesele yapılması gerektiğine ilişkin görüşü, özellikle işçi kesimince ve zaman zaman öğretide de, yetki sürecini uzattığı gerekçesiyle, eleştirilmesine karşın, mevcut sistemimizde mevzuatın çizdiği sınırlar çerçevesinde bir çözüme ulaşmanın daha uygun bir yolu mümkün görülmemektedir. Sendikalar Kanunu'nda yapılması düşünülen değişiklikler arasında bu husus da bulunmaktadır. Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda, *"İşyerinde veya işletmede yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesi varsa veya yeni dönem yetki prosedürü başlamış ise tespit edilecek işkolu değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olur."* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak bu düzenleme de bir işkolu değişikliği halinde, işverenin, işyerinin dahil olmadığı işkolunda kurulmuş bulunan bir sendikayla toplu iş sözleşmesi yapması sonucunu doğurabilecektir.

Asıl iş - yardımcı iş kavramının da Yargıtay tarafından kapsamının genişletilerek yorumlandığı görülmektedir. Örneğin, işyerinin dışında bulunan irtibat bürolarının işyeri bütünlüğü içinde değerlendirilerek, üretim yapılan işyeri ile aynı işkolunda yer aldığına ilişkin kararlar verilmektedir. Yargıtay bir kararında⁴⁴ bu görüşün gerekçesini şöyle açıklamaktadır, *"İrtibat bürolarında yapılan çalışmaların sadece ilgili şirketin ürettiği ve ithal edip kendi patenti altında piyasaya sürdüğü ilaçların tanıtım ve satışı olduğu, bu bürolarda çalışanlarla ilgili tüm özlük işlerinin şirket merkezinden yürütüldüğü, bu büroların bağımsız hareket edemedikleri ve merkezin talimatlarıyla çalışmalarını yürüttükleri, satılan ve tanıtımı yapılan ilaçların üretimi için fabrikalara, üretilen ilaçların da tanıtım ve satımları için irtibat bürolarına ve bürolarda çalışan kişilere ihtiyaç olduğu ve dolayısıyla üretim, tanıtım ve satımın birbirinden ayrılacak nitelik gösterdikleri ve bir bütün teşkil ettikleri ve irtibat bürolarında ilaç tanıtımı ve satışı dışında başka faaliyet de gösterilmemesi karşısında fabrika işyerleri ile büroların aynı işkolunda yer almaları gözönüne alındığında...."* Yargıtay bu

kararında irtibat bürolarını, işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerler olarak kabul etmiştir. İşin niteliği ve yürütümü yönünden bağıllık, mal veya hizmetin üretimi sürecinde yapılan işlerin birbiriyle bağlantılı olmasıdır. Hukukumuzda işyerinin belirlenmesinde "işin teknik bir amaç için organize edilmesi" üzerinde durulmaktadır. Eğer işyeri ile diğer yer arasında teknik yönden bir bağıllık yoksa, bu yer asıl işyerinden saymayarak bağımsız bir işyeri olduğunun kabulü gerekir⁴⁵. Yargıtay'ın konuya ilişkin başka kararlarında da teknik amaç ve bağımsız yönetim esasları tekrarlanmış bulunmaktadır. Yargıtay'ın yukarıda anılan kararı tartışmaya açıktır. Ancak bağımsız bir organizasyon niteliği taşımayan ve asıl işyerinden yürütülen bazı yerler, asıl işyerinden çok uzak olmak şartıyla, pratik nedenlerle, istisnaen ayrı işyeri olarak sayılabilir⁴⁶.

Aynı işverene ait olmakla birlikte, işin nitelik ve yürütümünün farklı olduğu işyerleri için ise, artık asıl iş - yardımcı iş kavramından bahsedilemeyecektir. Ne var ki Yargıtay bir kararında⁴⁷ *"Mab-kemece yapılacak iş, işletmenin bütünlüğü içerisinde yürütülen asıl iş ve yardımcı işlerin belirlenmesi, 2821 sayılı Kanununun 60. maddesine göre yardımcı işin asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılarak tüm işletmenin işkolunu tespit etmektir"* diyerek, kanaatimizce kanunun amacına aykırı bir sonuca varmıştır. Sendikalar Kanunu'nun açık hükmü, bir işyerinde yapılan yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılmasını gerektirmektedir. İşletme kapsamındaki işyerleri arasında asıl iş - yardımcı iş ilişkisi kurulamaz. Bu nedenle Yargıtay'ın bu kararında vardığı sonuca ve gerekçelerine katılmıyoruz. Bu görüş, bir işyerinde çalışan işçilerin yaptıkları işin dahil olmadığı işkolunda kurulmuş bir sendikaya üye olmaları sonucunu doğurur ki, bu da işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesine aykırıdır. Bunun yanında, Yargıtay'ın son dönemlerde, *"İşkolu tespitinde şirketin genel faaliyet alanı değil, bizzat o işyerinde yapı-*

İşletme kapsamındaki işyerleri arasında asıl iş - yardımcı iş ilişkisi kurulamaz.

lan işin esas alınması gerekir.” gerekçesiyle aynı işverene ait işyerlerini farklı işkolunda sayan bir yerel mahkeme kararını onadığı da görülmektedir⁴⁸.

Bakanlıkça verilmiş olan işkolu tespit kararlarına ilişkin değerlendirmelerimizde belirttiğimiz üzere, Bakanlık zaman zaman asıl işverene ait işkolu tespiti başvurularını incelerken alt işverenler için de tespitte bulunmaktadır. Alt işverenin işyerinin hangi işkolunda yer aldığına ilişkin bir müracaati olmamasına karşın, Bakanlığın bu uygulaması kanaatimizce mevzuata ve işkolları tüzüğüne aykırıdır. Alt işverenin işyerinin hangi işkolunda yer aldığına ilişkin belirlenmesi isteniyorsa, bu işyeriyle ilgili ayrı bir başvuru yapılmalıdır. Nitekim, “*alt işverenler tarafından yapılan işlerin üst işverenin yapmış olduğu işlerden olduğu, bu nedenle işyerlerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla İşkolları Tüzüğü'nün ... sıra numaralı ... işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir.*” ibaresini içeren bir işkolu tespit kararına⁴⁹ karşı açılan itiraz davası yerel mahkemede kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay yerel mahkeme kararını bozarak ortadan kaldırmıştır⁵⁰. Ancak bir başka kararında⁵¹ Yargıtay, “*Asıl işverenin işyeri için yapılan Toplu İş Sözleşmesinden; alt işveren işçileri, ayrı işyerinde çalışmalarını sebebiyle Dairemizin istikrar kazanan içtibatları sonucunda yararlandırılmamaktadırlar. Öğretide de kabul edildiği gibi alt işveren işçilerinin çalıştığı işyeri fiziken asıl işveren işyeri ile içiçe girmiş bulunsa da hukuken çalışan işçilerin iş yaptıkları yerin işverene göre ayrı bir işyeri sayılmalıdır.*” sonucuna varmıştır. Yargıtay'ın bu kararında dayandığı gerekçelere katılıyoruz.

İşkolu tespitine itiraz Bakanlıkça yapılmış bir idari işlemin ortadan kaldırılması talebini içerir. Buna karşın Yargıtay bir kararında⁵², işyerinde incelemede bulunan iş müfettişlerinin hazırladığı raporları da gerekçe göstermiştir. İşkolu tespitine itiraz davası zaten Bakanlığın işlemine karşı açılmış bir davadır. Bu davalarda değer verilmesi gereken rapor, işyerinde inceleme yapmış bilirkişilerce hazırlanan rapordur. İş müfettişlerince hazırlanan raporda belirtilen hususlar karara dayanak yapılırsa, bu itirazda bulunmanın hukuki yararı ortadan kalır. Yargılama sonucunda verilecek kararda, Bakanlık gerekçeleriyle bağlı olmamak gerekir.

Yargıtay'a göre, yerel mahkemeye işkolu tespitine itirazın kabulü halinde, işkolu tespitinin iptali ile yetinilmemeli, ilgili işyeri veya işyerlerinin hangi işkolunda yer aldığı da hüküm altına alınmalıdır⁵³. Yukarıda da belirtildiği üzere, mahkemeye verilen karar işkolu tespiti niteliğindedir. Bu nedenle işyerinin hangi işkolunda yer aldığı kararda belirtilmelidir.

Yargıtay'ın bir işyerinin hangi işkoluna dahil olduğuna ilişkin tespitlerinde işverenin amaçlarını esas alarak vardığı sonuçlara da katılıyoruz⁵⁴. Bununla birlikte işyerinde üretilen mamulün niteliği ve işlevi, hammadde girdileri ve üretimde yapılan işlemler de işkolu tespitinde önemlidir. Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığına ilişkin tespitinde işyerinde yapılan asıl işin tespiti önem kazanmakta, birbirinden farklı üretim yapılan bir işyerinde ağırlıklı üretimin tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁵⁵.

E. SONUÇ

Gelişmiş birçok sanayi ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesinin benimsenmesi ve meslek sendikacılığının yasaklanmış olması yerindedir.

Bir işyerinin veya işletmenin hangi işkolunda yer aldığına ilişkin belirlenmesi; sendikal örgütlenme, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti ve yetkisi ve yapılacak toplu iş sözleşmesinin düzeyi gibi toplu iş hukuku bakımından son derece önemli hakları etkilediği gibi, işyerleri arasında oluşabilecek haksız rekabetin önlenmesi açısından ve sonuçta çalışma barışının temini bakımından büyük önem taşımaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 ESEN, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi, Cilt III, sf. 43, 1985.
- 2 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 385, 2004.
- 3 TUNCAY, Toplu İş Hukuku, sf. 30, 1999.
- 4 ESEN, a.g.e., sf. 43.
- 5 ESEN, a.g.e., sf. 44.
- 6 ÇELİK, Toplu İş İlişkilerinde Değişim, sf. 14-15, 1997.
- 7 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 391-392, 2004.
- 8 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 395, 2004.
- 9 Aynı görüşte ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, sf. 58, 1986.
- 10 ESEN, a.g.e., sf. 47.
- 11 ESEN, a.g.e., sf.47.

- 12 KILIÇOĞLU, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, sf. 70, 1999.
- 13 GÜNAY, Sendikalar Kanunu Şerhi, sf. 156, 1999.
- 14 MGK Komisyon Gerekeşi: "Bir işyerinin girdiği işkolu ihtilaf halinde Çalışma Bakanlığı'nca tespit edilecektir. Ancak bu tespite karşı menfaati olan her ilgili iş mahkemelerinde dava açabilecektir. Kararın temyizi halinde Yargıtay'ın sorunu süratle ne kendisinin çözülmesi de öngörülmüştür.", MİS-ÖZSOY, Sendikalar Kanunu, sf. 15, 1983.
- 15 EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, sf. 30, 1990.
- 16 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 62, 2004.
- 17 GÜNAY, a.g.e., sf. 158.
- 18 Bkz. 2004/66 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 25.12.2004 t. ve 25681 s. RG.
- 19 Karşı yönde KILIÇOĞLU, a.g.e, sf. 71.
- 20 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 388, 2004.
- 21 GÜNAY, a.g.e., sf. 159.
- 22 GÜNAY, a.g.e., sf. 160-161.
- 23 Yargıtay 9. HD, 2005/16268 E., 2005/19306 K., 24.05.2005.
- 24 KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 71.
- 25 Bkz. 2006/31 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 31.05.2006 t. ve 26184 s. RG.
- 26 Bkz. 2005/16 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 13.04.2005 t. ve 25785 s. RG.
- 27 Bkz. 2007/24 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 12.05.2007 t. ve 26520 s. RG.
- 28 Bkz. 2005/6 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 12.03.2005 t. ve 25753 s. RG.
- 29 Yargıtay 9. H.D., 1998/5822 E., 1998/8740 K., 11.05.1998 ve Yargıtay 9. H.D., 2001/14868 E., 2001/19188 K., 11.12.2001.
- 30 Bkz. 2006/50 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 12.07.2006 t. ve 26226 s. R.G. ve Bkz. 2006/36 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 16.06.2006 t. e 26200 s. RG.
- 31 CENTEL, TİSK Akademi, Sayı: 2, sf. 11.
- 32 Yargıtay 9. HD, 1987/2597 E., 1987/2807 K., 11.03.1987.
- 33 Yargıtay 9. HD, 1997/8907 E., 1997/10537 K., 30.05.1997, Yargıtay 9. H.D., 1985/8207 E., 1985/7590 K., 31.07.1985.
- 34 GÜNAY, a.g.e., sf. 163.
- 35 Bkz. C/2.
- 36 Yargıtay 9. HD, 1997/11575 E., 1997/13557 K., 09.07.1997.
- 37 ŞAHLANAN, a.g.e., sf. 55.
- 38 Yargıtay 9. HD, 2005/16268 E., 2005/19306 K., 24.05.2005.
- 39 GÜNAY, a.g.e., sf. 165.
- 40 Yargıtay 9. HD, 1984/7047 E., 1984/7215 K., 29.06.1984.
- 41 Yargıtay 9. HD, 2004/9695 E., 2004/8995 K., 21.04.2004.
- 42 Yargıtay 9. HD, 1996/5811 E.,1996/6378 K., 28.03.1996.
- 43 EKONOMİ, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), sf. 187, 1999.
- 44 Yargıtay 9. HD, 1999/3231 E.,1999/3568 K.,25.02.1999.
- 45 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 55, 2004.
- 46 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sf. 56, 2004.
- 47 Yargıtay 9. HD, 1997/10855 E.,1997/12367 K., 19.06.1997.
- 48 Yargıtay 9. HD, 2005/36220 E.,2005/38738 K., 06.12.2005.
- 49 Bkz. 2003/14 no'lu İşkolu Tespit Kararı, 08.08.2003 t. ve 25193 s. RG.
- 50 Yargıtay 9. HD, 2006/3702 E., 2006/4496 K., 21.02.2006.
- 51 Yargıtay 9. HD, 1996/15134 E., 1997/18242 K., 30.10.1997.
- 52 Yargıtay 9. HD, 1999/6442 E., 1999/7334 K., 15.04.1999.
- 53 Yargıtay 9. HD, 2002/10822 E., 2002/9701 K., 13.06.2002.
- 54 Yargıtay 9. HD, 1995/212 E., 1996/193 K., 18.01.1996 ve Yargıtay 9. HD, 1996/18580 E., 1996/19561 K., 15.10.1996.
- 55 Yargıtay 9. HD, 1995/36695 E., 1996/36070 K., 21.12.1995.

Doç. Dr. Mustafa ALP

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Greve Sonradan Katılmanın Sonuçları

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/1570

Karar No : 2006/4778

Tarihi : 27.02.2006

KARAR ÖZETİ

İşçinin işyerinde başlatılan greve katılması için sendika üyesi olması gerekmezse de, grev uygulamasının başladığı tarihte greve katılmayan veya greve katılıp sonradan vazgeçerek işyerinde çalışan işçi sonradan greve katılamaz. Aksi halde işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi, sendika üyesi olduğu ve sendikal faaliyetlere katıldığı için iş sözleşmesinin geçer-

li sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının şirketin başka bir işyeri üzerinde kayıtlı işçisi olarak çalıştığını, işyerinde yetkili sendika tarafından uygulanan grevin başladığı halde sendika üyesi olmadığını, grev kararının uygulanmasına başlandıktan 13 gün sonra sendikaya üye olup greve katıldığını, başlangıcında katılmadığı greve sonradan katılmasının mümkün olmadığını, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının fiilen davalı işyerinde çalıştığı, diğer işçiler ile birlikte aynı çalışma şartları ile aynı işyerinde görev yaptığı, aynı fabrikada çalıştığı, ücretlerinin de aynı şekilde ödendiği, işyerinde yetki alan sendikanın almış olduğu yasal grev kararına davacının da katılma veya katılmama hakkının bulunduğu, davacının da grev başladıktan sonra sendikaya üye olup, greve katıldığı ve grevin taraflar arasında anlaşma ile son bulmasına rağmen farklı bir hükmi

şahsiyete ait çalışan olması nedeni ile başlatılmadığı, ancak bu durumun İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen geçerli bir sebep teşkil etmediği, ayrıca feshin sendikal nedene dayanmadığı sonucuna varılarak isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçinin fiilen dava konusu işyerinde çalışmasına rağmen yine davalıya ait başka bir işyeri sicil numarası ile kaydedildiği, dava konusu işyerinde yetkili sendika tarafından grev kararı verildiği ve 11.02.2005 tarihi itibarıyla grevin uygulanmaya başlandığı, başlangıçta greve katılmayan davacının 24.02.2005 tarihinde sendikaya üye olup aynı gün greve katılarak çalışmadığı, grev kararının 14.03.2005 tarihinde kaldırıldığı, iş sözleşmesinin davalı işverence devamsızlık nedenine bağlı olarak 4857 sayılı İş Kanununun 25/II-g maddesi uyarınca feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, dosya içeriğine göre davacı sürekli olarak fiilen dava konusu işyerinde çalışmış olduğundan aynı işverenin başka bir işyeri üzerinden sigortaya kaydedilmiş olması kayıtlı olduğu işyerine bağlı olduğunu göstermez. Bu nedenle mahkemece davacının dava konusu işyerinin işçisi olarak değerlendirilmesi isabetlidir.

Dairemiz uygulamasına göre işçinin işyerinde başlatılan greve katılması için sendika üyesi olması gerekmezse de, grev uygulamasının başladığı tarihte greve katılmayan veya greve katılıp sonradan vazgeçerek işyerinde çalışan işçi

sonradan greve katılamaz. Aksi halde işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir. Somut olayda da, davacı işçi 11.02.2005 tarihi itibarıyla başlanmış olan greve sonradan katılarak 24.02.2005 tarihinden grev kararının kaldırıldığı 14.03.2005 tarihine kadar çalışmamış olup iş sözleşmesinin davalı işverence devamsızlık nedeniyle feshi haklı nedene dayanmaktadır. Bu durumda, davacının işe iade isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.

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

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

- 1-) Yerel Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
- 2-) Davanın reddine,
- 3-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 4-) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 35.- YTL. Yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
- 5-) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 400.- YTL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
- 6-) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine kesin olarak 27.02.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN ÖZETİ

Karara konu olan uyuşmazlığın çıkış noktası, işçinin işyerinde başlamış olan yasal greve sonradan katılmasıdır. Bunun üzerine iş sözleşmesi işveren tarafından devamsızlık gerekçesi ile haklı nedenle feshedilmiştir.

İşçinin sendikal nedenle fesih iddiası ve işe iade talebi ile açtığı davaya karşı işveren tarafı, öncelikle işçinin grev yapılan işyerinde değil, işverene ait başka bir işyerinde kayıtlı olması nedeni ile greve katılma hakkı olmadığı savunmasını getir-

miştir. Ancak başka bir işyerinde kayıtlı görünmesine rağmen, işçinin fiilen grev yapılan işyerinde çalışan bir işçi olması nedeni ile yerel mahkeme ve Yargıtay bu savunmaya itibar etmemiştir. İşveren tarafının diğer savunması ise, işçinin başlangıçta katılmadığı greve sonradan katılma hakkının bulunmadığı ve devamsızlığın bu nedenle haklı bir nedene dayanmadığıdır. Yerel mahkeme bu savunmayı kabul etmemiş, sendikaya sonradan katılan işçinin greve katılma veya katılmama hakkının varlığı karşısında feshin geçerli sebebe da-

TSGLK m. 37'den işçinin sonradan greve katılmasını yasaklayan bir sonuca ulaşmak güçtür.

yanmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay ise yerel mahkemenin bu kararını, başlangıçta greve katılmayan işçinin sonradan greve katılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile bozmuş ve feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.

HUKUKİ SORUN

Olayda başlangıçta sendikaya üye olmayan ve greve katılmayan işçinin, grev uygulaması başladıktan 13 gün sonra sendikaya üye olduğu, aynı tarihte greve katılarak iş bıraktığı, grevin yasal bir grev olduğu ve işçinin gerçekte grev uygulanan işyerinin işçisi olduğu hususları tartışma dışıdır. Yargıtay greve sonradan katılmanın mümkün olmadığını kabul etmiştir. Bu durumda işçinin devamsızlığı meşru bir nedene dayanmadığından devamsızlık sebebi ile iş akdinin haklı nedenle feshi yerinde görülmüştür. Tartışılması gereken temel sorun, grev uygulaması tarihinde greve katılmayan işçinin, sonradan greve katılmasının hukuken mümkün olup olmadığıdır. Buna bağlı ikinci hukuki sorun ise, bu durumda iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli bir sebep bulunup bulunmadığıdır.

1. YASAL GREVE SONRADAN KATILMA

1. Öğretideki Görüşler ve Değerlendirme

2822 sayılı TSGLK'da greve katılma konusu sadece "greve katılmama hakkı" bakımından açıkça düzenlenmiş, greve katılmayan veya katılmaktan sonradan vazgeçenlerin işyerinde çalışmalarının hiçbir şekilde engellenemeyeceği öngörülmüştür (TSGLK m. 38). Grev uygulaması başladıktan sonraki bir tarihte greve katılma konusu ise yasada açık bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Bununla birlikte öğretideki hakim görüş ve Yargıtay içtihadı greve sonradan katılmanın mümkün olmadığını yönündedir¹. Oğuzman'a göre, "grev kararının uygulanmaya başladığı tarihte greve katılmamış işçi sonradan greve katılamaz"². Oğuzman bu görüşü-

ne gerekçe olarak TSGLK m. 37'nin "Bildirilen günde başlamayan grev hakkı...düşer" hükmünü göstermekte ve "ancak söz konusu tarihte işi bırakanların davranışı kanuni grevdir" sonucuna varmaktadır³. Reisoğlu'na göre ise, "grevin fiilen uygulanmasının başladığı gün greve katılmayan işçinin birkaç gün çalıştıktan sonra greve katıldığını ileri sürmesi bu kanunun sistemi içinde mümkün değildir"⁴. Farklı bir gerekçe gösterilmeden aynı görüş Esener, Tuncay, Narmanlıoğlu, Tunçoğlu/Centel, Sur ve Uşan tarafından da paylaşılmaktadır⁵. Öğretide sadece Akyol, 275 sayılı yasa döneminde işçilerin sonradan greve katılabileceği görüşünü savunmuştur. Ancak Akyol da bu hakkı daha ziyade başlangıçta greve katılmadıkları halde sonradan işveren tarafından çalıştırılmayan işçilere tanır gözükmektedir⁶.

Oysa öncelikle TSGLK m. 37'den işçinin sonradan greve katılmasını yasaklayan bir sonuca ulaşmak güçtür. Hükmün asıl amacı sürpriz ve ani bir grev yapılmasının önlenmesidir⁷. Bu nedenle grev kararının uygulanmasında yasal sürelerle uyulması aranmakta, bildirilen tarihte başlamayan grevi uygulama olanağı tamamen ortadan kalkmaktadır. Fakat bildirilen günde işçilerin bir kısmının dahi olsa iş bırakması ile grev uygulaması başlayacak olursa bu hükmün uygulanması söz konusu olmayacak ve grev hakkı düşmeyecektir⁸. Bu durumda zamanında uygulanmaya başlamış bir greve sonradan katılmaya da bir engel yoktur. Süresinde uygulanmaya başlamayan grev kararının sonucunu düzenleyen m. 37'ye, greve sonradan katılma ve bireysel grev hakkını ortadan kaldıran bir sonuç bağlamak hükmün amacını aşacaktır. Sonradan iş bırakmanın yasadaki "toplucu iş bırakmak" şeklindeki grev tanımına aykırı olduğu da söylenemez. TSGLK m. 25/1'in "Topluca iş bırakmak" ifadesi, daha çok grevin amaç unsuruna işaret etmekte, grevin konusunun "toplucu çalışmamak suretiyle faaliyeti durdurmak veya aksatmak amacı" olduğunu göstermektedir⁹. Bu ifade, 3008 sayılı İş Kanunu m. 73'deki grev tanımında yer alan "hep birlikte ve birdenbire iş bırakma" ifadesinden farklıdır ve bu farka uygun olarak, işi bırakmanın zaman içinde yapılmasının mümkün olmadığını kesin olarak söylenemez¹⁰.

Oğuzman, Reisoğlu ve Narmanlıoğlu'nun bu görüşün devamında getirdikleri açıklamalardan, konu-

nun asıl olarak nöbetleşe grev ve dönen grev türlerinin yasallığı bakımından tartışıldığı izlenimi doğmaktadır. Nöbetleşe grev ve dönen grev, birbirini izleyen kısmi grev şekilleridir. Nöbetleşe grevde (greve intermittente) işçiler bir plana uygun olarak aralıklı şekilde grevi bırakmakta ve sonra tekrar işbaşı yapmaktadırlar. Dönen grevde (greve tournante) ise işyerinin çeşitli kısımlarında sıra ile iş bırakılmakta, bir bölüm veya işte tekrar işe başlanırken sıradaki bölüm veya işte greve gidilmekte ve grev uygulaması dönüşümlü olarak sürdürülmektedir¹¹. Oğuzman ve Reisoğlu, greve sonradan katılmanın mümkün olmadığı görüşüne bağlı olarak nöbetleşe grev ve dönen grevin hukukumuzda yasal olmayacağı sonucuna varmaktadırlar¹². Bu nedenle anılan yazarların, “greve sonradan katılma” olgusunu daha çok nöbetleşe grev ve dönen grevin yasaya uygunluğu bakımından değerlendirmiş olmaları da olasıdır. Zira işçinin sonradan greve katılması mümkün olmayınca, bir kısım işçinin sonradan greve başlaması sayesinde gerçekleşen nöbetleşe ve dönen grevler de olanaksızlaşmaktadır. Ancak bunun tersi geçerli değildir; dönen grev ve nöbetleşe grev yasak olsa bile bir işçinin sonradan greve katılmasının da yasak olacağı sonucuna varılamaz.

Bunun nedeni başlangıçta greve katılmayan bir işçinin sonradan greve katılmaya karar vermesi ile dönen grev veya nöbetleşe grev arasında önemli farklılıklar bulunmasıdır: Bu farklılıkların ilki, dönen grev veya nöbetleşe grevin işçinin bireysel greve katılma iradesi ile değil, sendikanın önceden yaptığı bir plana göre, belirli bir süre veya sıraya uyularak toplu eylem şeklinde gerçekleştirilmesidir. İkinci önemli fark ise, bu grev türlerinde başlangıçta greve katılmayan bir kısım işçinin sonradan katılmasından ziyade, başlangıçta greve katılanların bir süre sonra işbaşı yapmaları ve sonra tekrar iş bırakmalarının ön plana çıkmasıdır. Böylece

Zaten ayrıntılı düzenlemelerle grev hakkını aşırı ölçüde sınırlayan yasal düzenlemeyi, açık bir hüküm bulunmadıkça daha da sınırlayıcı şekilde yorumlamak yerinde değildir.

Grevin uygulanması için asgari bir sayı veya oranda işçinin katılması koşulunu bile aramayan yasanın, mutlaka sonradan katılımı yasaklamak amacına yöneldiğini söylemek güçtür.

lece dönemselsel olarak grev yapmayıp çalışan işçilerin kısmen de olsa ücret almaya hak kazanması amaçlanmakta, işçiler ve sendika açısından grevin yükü hafiflerken işveren üzerinde daha fazla baskı kurulabilmektedir. Bu nedenle nöbetleşe grev ve dönen grevin yürütülebilmesi için zorunlu temel husus, işçinin sonradan greve katılabilmesinden ziyade, greve katılıp vazgeçen işçinin sonra tekrar, yani ikinci kez greve katılabilmesidir¹³.

Bu nedenle nöbetleşe grev ve dönen grevin hukukumuzda yasal grev kapsamına girip girmeyeceği sorunu ile bir işçinin belirli bir süre veya sıra sözü konusu olmaksızın sonradan greve katılmaya karar vermesinin sonuçları aslında birbirinden farklı konulardır. Başlangıçta greve katılmakta kararsız kalan ama sonradan katılmaya karar veren işçinin davranışı grev hakkının bireysel kullanımı ile ilgili bir sorundur. Nöbetleşe grev ve dönen grevin yasa dışı grev olduğuna sonucuna ulaşmak için işçinin sonradan greve katılmasını yasaklamak yerinde değildir¹⁴.

Greve sonradan katılmanın, yasanın grevi ayrıntılı şekil ve koşullara bağlayarak sınırlayan sistemi karşısında mümkün olmadığını söylemek ise kanaatimizce doğru değildir. Birincisi, 2822 sayılı Yasa'nın selefi 275 sayılı Yasa, daha az sınırlama içermesine rağmen, 275 sayılı Yasa döneminde de greve sonradan katılmanın mümkün olmadığı görüşü benimsenmiştir¹⁵. Bu durumda greve sonradan katılma konusundaki katı yaklaşım 2822 sayılı Yasa'dan bağımsız gözükmemektedir. İkincisi, zaten ayrıntılı düzenlemelerle grev hakkını aşırı ölçüde sınırlayan yasal düzenlemeyi, açık bir hüküm bulunmadıkça daha da sınırlayıcı şekilde yorumlamak yerinde değildir. Yasanın sadece açıkça izin verdiği davranışları hukuka uygun kabul etmek yerine, açıkça yasaklamadığı davranışları hukuka uygun bulmak daha doğrudur. Aslında 2822 sayılı Yasa,

Sendikaya grev başladıktan sonra üye olan işçinin greve katılmasının engellenmesi hakkaniyete ve normal hayat tecrübesine aykırıdır.

ne yasal grevin tanımında, ne yasal grev için aranan şekil ve koşullarda ne de yasal grevin başlaması ve yürütümü bakımından, sonradan greve katılma konusunda bir sınırlama getirmemektedir. Grevin uygulanması için asgari bir sayı veya oranda işçinin katılması koşulunu bile aramayan yasanın, mutlaka sonradan katılımı yasaklamak amacıyla yöneldiğini söylemek güçtür. Aksine diğer konularda olduğu gibi bu konuda da açık bir sınırlama getirmeyen, örneğin greve katılanların bir listesinin işverene ve bölge çalışma müdürlüğüne verilmesini öngörmeyen yasanın daha özgürlükçü yorumlanması da mümkündür. Bir işçinin sonradan greve katılması konusunda yasa açık bir yasaklama içermediğine göre, bu alanda bir düzenleme boşluğu bulunduğunu kabul etmek ve bu boşluğu anayasal grev hakkı ve iş mücadelesi araçlarında eşitlik ilkelerini dikkate alarak doldurmak gerekir.

2. Bireysel Grev Hakkı ve Sendika Üyeliği İlişkisi

Grev hakkı niteliği bakımından hem kolektif hem de kişisel yani çifte görünümlü bir temel hak. AY m. 54'deki ifadeye de uygun olarak grev hakkı işçilere tanınmıştır. Bu itibarla grev hakkı, işçinin "grev yapmak hakkı"dır. Bunun anlamı da, işçinin doğrudan bu hakka sahip olması, grev süresince iş bırakabilmesi ve grev bitince işine tekrar başlayabilmesidir¹⁶. Hakkın kullanımı sadece işçi sendikasının inisiyatif ve kararı ile mümkün olabilmekle birlikte, grev hakkının bireysel yönü de yasal sistemde geri planda kalmamaktadır. Sendikaya üye olmayan işçilerin de greve katılma hakkının bulunması, grev hakkını örgütlü olmayan işçi için de olumlu anlamda sağlamaktadır. Buna karşılık, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin çalışma özgürlüğünün güvenceye alınması da olumsuz anlamda greve katılmama hakkına karşılık gelmektedir. Kişisel grev hakkı, işçinin greve katılması veya katılmaması konusunda devletin bir

güvence, bir dokunulmazlık sağlamasını da gerektirmektedir¹⁷. Yasal bir greve katılan işçinin devamsızlığının hukuka uygun kabul edilmesi ve fesih sebebi olarak tanınmaması, yasal greve katılan işçilerin iş ilişkisine askı sonucunun bağlanması ve yerlerine yeni işçi alınmasının yasaklanması bu dokunulmazlığı sağlayan koruyucu önlemlerdir. Bu şekilde gerek Anayasa gerek TSGLK ile kolektif hak olmak yanında kişisel grev hakkı da güvenceye alınmaktadır.

Bir işçinin sonradan greve katılmasının yasaklanması ve haklı nedenle sözleşmesinin feshi ise bu işçinin kişisel grev hakkının tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelir. Böyle bir sınırlama AY m. 54'deki grev hakkının özünü zedeleyen, ölçsüz bir müdahale olur. Grev sonradan katılmanın yasaklanması veya sadece işçinin grev tarihinde hasta ya da izinli olması gibi istisnai durumlar ile sınırlanması başka bir sonucu daha doğuracaktır. Grev uygulaması başladıktan sonra işyerinde ilk kez çalışmaya başlayan yeni bir işçi de (örneğin, grevden önce boş bulunan bir kadro için yapılan başvuru ancak grev başladıktan sonra sonuçlandırıldığında) öğreti ve Yargıtay'ın görüşü benimsenirse yasal greve katılamayacaktır. Bu durumda işyerine grev başladıktan sonra yeni giren bir işçinin de greve katılma hakkı elinden alınmış olacaktır. Bu sonucun grev hakkının içeriğine ve hakkaniyete uygun olduğu herhalde söylenemez.

Özellikle sendikaya grev başladıktan sonra üye olan işçinin greve katılmasının engellenmesi hakkaniyete ve normal hayat tecrübesine aykırıdır. Zira her ne kadar grev hakkı sendika üyeliğinden bağımsız olsa da aslında sendika üyeliği ile greve katılma arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Grev hakkı işçinin üyesi bulunduğu sendikanın örgütlemesi ile kullanılabilir. Bu anlamda işçinin grev hakkını kullanmak için sendikaya ihtiyacı bulunduğu gibi, üyesi bulunduğu sendikanın grev kararına uyma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Sendikaya üye olan işçi, sendikanın yürüttüğü greve katılmazsa üyelik yükümlülüklerini ihlal etmiş olur¹⁸. Sendikaya üye olmayan işçi bakımından ise böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bunun aksine sendika üyesi işçi greve katıldığında sendikadan grev yardımı alabilecektir. Sendika üyesi olmayan işçi ise greve katılsa dahi böyle bir yardımdan yararlanamayacak ve ücret kaybının sonuçları

vi daha etkili hale getirme olanağı böylece kapatılmış olmaktadır. Bunun sonucu ise, işverene sağlanan hakla zaten bozulan iş mücadelesi dengesinin, işçilere sonradan greve katılma hakkı tanımayarak daha da ağır bir şekilde bozulmasıdır. Oysa işçinin sonradan greve katılabilmesi işverenin bu hakkına karşı bir ölçüde denge sağlayabilecektir²⁴.

Eğer işverene böyle bir hak hiç tanınmamış olsaydı işçinin de sonradan greve katılmasına daha farklı yaklaşmak düşünülebilirdi. Fakat işverenin işçileri sonradan çalıştırmama hakkı korunduğu sürece, işçinin de sonradan greve katılma hakkı elinden alınmamalıdır. Aksi takdirde bireysel grev hakkının ihlal edilmesi yanında, iş mücadelesi araçları arasındaki denge de önemli ölçüde bozulacak, grev hakkının kullanımı haklı görülemeyecek şekilde fiilen sınırlanacaktır. İşçiye sonradan greve katılma hakkının tanınması halinde bir sakınca yaratabilecek tek husus işveren tarafında oluşan belirsizlik olabilir. Zira işveren açısından grev günü işe devam ederken sonradan gelmeyen işçinin greve katılıp katılmadığını açık olarak anlamak olanaksızdır. Ancak bu sakıncanın da kolayca giderilmesi mümkündür. Başka devamsızlık hallerinden ayırt edilebilmesi için sonradan greve katılan işçi bu iradesini işverene dürüstlük kuralına uygun şekilde bildirmelidir.

II. GREVE KATILMA NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

İşçinin sonradan greve katılabileceği kabul edilmediği takdirde, işçinin iş bırakması haklı bir nedene dayanmayan bir devamsızlık ve iş görmekten kaçınma halini alacaktır. Bu durumda işverenin İK m. 25/II-g uyarınca derhal fesih hakkı doğar. Ancak işverene doğrudan derhal fesih hakkı tanınmasının ölçülülük ilkesine ve hakkaniyete uygun düşüğü de söylenemez. Yasa dışı grev durumunda iş-

İşçiye sonradan greve katılma hakkının tanınması halinde bir sakınca yaratabilecek tek husus, işveren tarafında oluşan belirsizlik olabilir.

İşçinin sonradan greve katılma hakkı olmadığı kabul edilse bile, bu eylemin sonucu doğrudan haklı fesih olmamalıdır.

verenin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için getirilen sınırlamalar ile karşılaştırıldığında bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır. Öğretide ittifakla savunulan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş uyarınca, sadece yasa dışı greve katılmış olmak iş sözleşmesinin derhal feshi için haklı sebep oluşturmaz. Bunun yanında işçinin grevin yasa dışı olduğunu bilmesi ya da bilecek durumda olması aranır. Buna gerekçe olarak, işçi sendikası tarafından alınmış bir grev kararına uyan işçinin, yasal grev için aranan tüm şekil ve süre şartlarını bilemeyeceği, bu nedenle yasa dışı greve katılmakta kusursuz ise, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği gösterilmektedir. İşçinin yasa dışı greve bilerek ve isteyerek katılması söz konusu olmadıkça da kusursuzluğu esastır²⁵. Bu sonucun isabetli ve iş hukukunun amacına uygun olduğu açıktır.

Yasa dışı greve katılan işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi dahi, işçinin grevin yasa dışı olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması koşuluna bağlanırken, yasal greve sonradan katılan işçinin sözleşmesinin hiçbir sınırlama olmadan, bildirim süresine, kıdem tazminatına ve işsizlik ödeneğine hak kazandırmayacak şekilde feshi tutarsız ve aşırı bir sonuçtur. Yasada açıkça öngörülen şekil ve süre şartlarını bilmesi işçiden haklı olarak beklenemiyorsa, yasada açık bir düzenlemeye konu olmayan, öğretide ve Yargıtay içtihadı ile yerleşen greve sonradan katılma yasağını işçinin bilmesi evleviyetle beklenemez. Bu durumda sonradan da olsa, hukuki sonucu bilmeden ve istemeden yasal bir greve katılan işçi, yasa dışı bir greve pek de araştırıp soruşturmadan katılan bir işçiye göre çok kötü bir duruma düşürülmektedir. İşçinin bu durumda iş hukukundaki en ağır yaptırıma, İK 25/II uyarınca derhal feshi muhatap olması haksız bir sonuçtur. Zira işçinin devamsızlığı kendisinin bilemeyeceği bir yanılgıya dayanmakta, işçi yasal grev hakkını kullandığını düşünmektedir. Kanunu bilmemek mazeret sayılmamakla birlikte, katıldığı

Yasanın açıkça yasaklamadığı bir hususta, bireysel grev hakkını sınırlayan bir hukuki sonuç kabul edilemez.

grevin yasa dışı olması sonucunu doğuran kanun hükümlerini bilmemek işçiyi haklı fesihten kurtarıırken, yasa'yı değil de içtihadı bilmediği için yasal bir greve katılan işçinin haklı fesihle cezalandırılması uygun görülemez. Bu durum hakkaniyete aykırı olduğu kadar feshin son çare olması ilkesine de aykırıdır. İşçinin sonradan greve katılma hakkı olmadığı kabul edilse bile, bu eylemin sonucu doğrudan haklı fesih olmamalıdır. Öncelikle işveren bu durumdaki işçiye uyarıda bulunmalı, greve katılma hakkının bulunmadığı ve sonucun haklı nedenle fesih olacağı konusunda işçiyi bilgilendirmelidir. Böyle bir uyarı ve bilgilendirme yapılmadan doğrudan haklı fesih yoluna başvurulması işverenin işçiyi gözetme borcuna, dürüstlük kuralına ve feshin son çare olması ilkesine aykırıdır. Bir uyarı yapılmadan gerçekleşen feshin ölçüsüz ve geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Ancak işverenin uyarısı ve bilgilendirmesine rağmen işbaşı yapmayan işçinin sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilebilir.

SONUÇ

Yargıtay'ın incelediğimiz karardaki gerekçesine ve vardığı hukuki sonuca katılmıyoruz. Kanaatimizce, bir işçinin uygulanmakta olan yasal greve sonradan katılması mümkündür. 2822 sayılı Yasa bu konuda açık veya örtülü hiçbir sınırlama getirmemektedir. Yasanın açıkça yasaklamadığı bir hususta, bireysel grev hakkını sınırlayan bir hukuki sonuç kabul edilemez. Aksine, bireysel grev hakkının ve iş mücadelesi araçlarında eşitlik ilkesinin gereği olarak işçinin bu hakka sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. İşverene greve katılmayan veya sonradan katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırma hakkı tanıyan bir sistemde, işçilerin sonradan greve katılmasını engellemek tutarsız ve haksızdır. Özellikle de sendikaya grev başladıktan sonra üye olan ve üyelik borcuna uygun olarak greve katılmak isteyen işçinin elinden grev hakkını almak makul değildir. Grev hakkına yapılan bu müdahale-

leden daha da kötüsü ise, bu durumdaki işçinin sözleşmesinin İK m. 25/II uyarınca feshedilebilmesidir. Yargıtay içtihadını bilmeyen, greve katılma hakkının olduğu düşüncesi ile iş bırakan işçi, kıdem ve ihbar tazminatlarını alamadan, işsizlik sigortasından da yararlanamayacak şekilde işinden olmaktadır. Yasa dışı greve katılan işçilerin sözleşmelerinin feshini dahi, işçinin grevin yasa dışılığına bilmesi koşuluna bağlayan hukukumuzda, yasal bir greve katılan işçi bu kadar ağır bir şekilde cezalandırılmamalıdır. Bu durumda işverenin işçiye grev hakkı olmadığını ve sonucun haklı fesih olacağını ihtar etmesi koşulu aranmalı, bu koşul gerçekleşmeden başvuru fesih geçersiz sayılmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 9. HD 23.9.1993, E. 1993/1714, K. 1993/13599.
 - 2 OĞUZMAN, Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 1984, 226, Dipnot 124.
 - 3 OĞUZMAN, 199.
 - 4 REİSOĞLU, Seza: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 1975, 386.
 - 5 ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, 637; TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1999, 259; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, İstanbul, 2003, 493; SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara, 2006, 376; UŞAN, Fatih: İş Hukuku, Cilt I, Ankara, 2006, 278.
- Ayrıntılı bilgi için: NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001, 692 vd. Bununla birlikte NARMANLIOĞLU, işçilerin bireysel grev hakkının korunması anlamında bu koşullar aranmadan da greve katılabilmesine taraftardır. Bkz. sayfa 693.
- 6 AKYOL, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul, 1967, 122; 275 sayılı Yasa'nın yürürlüğü döneminde aynı görüşte: OĞUZMAN, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul, 1964, 70; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2006, 609 ve DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, 501, ise işçinin sonradan greve katılmasına Yargıtay kararları ve öğretide savunulan görüşlerin izin vermediğini belirtmektedirler.
 - 7 OĞUZMAN, 174; SUR, Toplu İlişkiler, 349.
 - 8 Hukukumuzda grevin gerçekleşmesi için asgari bir sayı ya da oranda işçinin greve katılması da aranmamaktadır.
 - 9 OĞUZMAN, 151.
 - 10 SUR, Melda: Grev Kavramı, İzmir, 1987, 69; OĞUZMAN, 150. Yasanın bu ifadesi daha ziyade nöbetleşe grev ve dönen grevlerin, birer grev türü olmakla birlikte yasa dışı grev olduklarına kanıt olarak gösterilmektedir. Aynı yönde: EKONOMİ, Münir: "İş Mücadelesinin Türleri", İHD Cilt I, 1991, 485, 490, 506.
 - 11 SUR, Grev Kavramı, 72 vd.; EKONOMİ, 485, 506.
 - 12 OĞUZMAN, 227; REİSOĞLU, 387; dolaylı olarak aynı yönde: NARMANLIOĞLU, 693.

- 13 NARMANLIOĞLU, 693.
- 14 Nöbetleşe grev ve dönen grevin yasa dışı olduğu yönünde: OĞUZMAN, 150; REİSOĞLU, 387; SUR, Grev Kavramı, 69, 76; EKONOMİ, 506.
- 15 REİSOĞLU, 386; ESENER, 637.
- 16 NARMANLIOĞLU, 522; ULUCAN, Devrim: İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi, İHD Cilt II, 1992, 165, 167; KABAKÇI, Mahmut: Grev ve Lokavt, İstanbul, 2004, 49.
- 17 NARMANLIOĞLU, 523.
- 18 ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995, 172.
- 19 EYRENCİ, Öner: Türk Hukukunda İş Mücadelesi Araçlarında Eşitlik, İHD Cilt II, 1992, 5, 10; ERTÜRK, Şükran: İş Mücadelesinde Denge İlkesi, İzmir, 1999, 65 vd.
- 20 TAŞKENT, Savaş: Grev Hakkı ve Sorunları, Eyrenci/Sağlam/Taşkent/Ulucan, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul, 1987, 218; EYRENCİ, 15.
- 21 OĞUZMAN, 228, 229; NARMANLIOĞLU, 685; aksi görüşte: REİSOĞLU, 387 ve KANDEMİR, Murat: Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları, AÜHF 2005/4, 182, 192; karşı: AKYİĞİT, Ercan: İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara, 1995, 117. Kanaatimizce aksi görüşü benimsemek güçtür. Lokavt hakkının kullanılması zaten bir süre ile sınırlanmış iken, işverene ayrıca bu hakkın da tanınması ve hakkın grevden sonradan vazgeçen işçileri de kapsamayı karşısında, grev sona erinceye kadar bu hakkın kullanılabilmesi kabul edilmelidir.
- 22 EYRENCİ, 15; ERTÜRK, 216.
- 23 OĞUZMAN, 230; AKYOL, 124 vd.
- 24 Bu nedenle başlangıçta greve katılmadığı halde işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin sonradan greve katılabilmesi yönünde: AKYOL, 122. Grevin etkinliği bakımından sonradan katılabilme bakımından aynı yönde ÇELİK, İş Hukuku, 13. Bası, 464.
- 25 SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989, 82; OĞUZMAN, 260; NARMANLIOĞLU, 712; ULUCAN, 176; REİSOĞLU, 425; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 510; SUR, Toplu İlişkiler, 386; Yargıtay HGK 24.10.1984, E. 1982/9-865, K. 1984/841.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara, 1995.
- AKYOL, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul, 1967.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2006.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005.
- EKONOMİ, Münir: "İş Mücadelesinin Türleri", İHD Cilt I, 1991, 85.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978.
- EYRENCİ, Öner: Türk Hukukunda İş Mücadelesi Araçlarında Eşitlik, İHD Cilt II, 1992, 5.
- ERTÜRK, Şükran: İş Mücadelesinde Denge İlkesi, İzmir, 1999, 65 vd.
- KABAKÇI, Mahmut: Grev ve Lokavt, İstanbul, 2004.
- KANDEMİR, Murat: Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları, AÜHF 2005/4, 182.

- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001.
- OĞUZMAN, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul, 1964.
- OĞUZMAN, Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 1984.
- REİSOĞLU, Seza: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 1975.
- SUR, Melda: Grev Kavramı, İzmir, 1987.
- SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara, 2006.
- SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989.
- ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995.
- TAŞKENT, Savaş: Grev Hakkı ve Sorunları, Eyrenci/Sağlam/Taşkent/Ulucan, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul, 1987.
- TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1999, 259.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, İstanbul, 2003.
- ULUCAN, Devrim: İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi, İHD Cilt II, 1992, 165.
- UŞAN, Fatih: İş Hukuku, Cilt I, Ankara, 2006.

Ali GÜNEREN

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerin İşverenin Prim Borcundan Müteselsil Sorumluluğu ve Primlerin Ödenmemesinin Yaptırımı

A- GENEL OLARAK

Türk sosyal sigortalar sistemi primli rejime dayanmaktadır. Kurumun sosyal sigortalar yardımlarını sağlaması en önemli gelir kaynağı olan sigorta primlerinin süresinde ve eksiksiz olarak ödenmesine bağlıdır.

İşverenlerin sigorta primlerini, işletmenin finansman sıkıntısı veya ihmali gibi nedenlerle süresinde ödememeleri zaman içinde finansman açığının büyümesine yol açmıştır. Kurumun görevini etkin biçimde yerine getirebilmesi finansman açıklarının kısmen de kapatılabilmesi ve primlerin tahsilinin güvence altına alınması ve prim ödeme işinin özendirilmesini sağlamak amacıyla 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine 14.05.1985 gün ve 3203 sayılı Yasa ile eklenen 12. fıkra ile "sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, birinci fıkrada belirtilen süre içinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkililerinin kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu" olacağı öngörülmüştür.

Görülüyor ki yasa koyucu, işverenin sigorta prim borcundan müteselsil sorumlu tutulacak görevliler yönünden kamu kuruluşları (kamu işverenleri) ile özel hukuk tüzel kişilerini (özel işverenler) birbirinden ayırmıştır.

Bu nedenle konuyu iki ayrı işveren yönünden ayrı ayrı incelemek yararlı olacaktır.

B- KAMU İŞVERENLERİNİN TAHAKKUK VE ÖDEME İLE SORUMLU GÖREVLİLERİNİN İŞVERENLE BİRLİKTE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

a) Genel Olarak

506 Sayılı Yasa'nın 80. maddesi 12. fıkrasında, sigorta primlerini haklı neden olmaksızın yasal süresi içinde ödemeyen kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve ödeme ile sorumlu kamu görevlilerinin Kurum'a karşı işverenleriyle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür.

Bu hüküm uyarınca kamu görevlilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için şu koşulların birlikte bulunması gerekir.

b) Sorumluluk Koşulları

aa) Bir kamu işvereni bulunmalıdır

Bu işveren fıkrada “kamu kurum ve kuruluşları” olarak nitelendirilmiştir. Kamu işvereni yasa ile veya yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulan tüzel kişiliği bulunan kamu kurum ve kuruluşlarıdır (Anayasa md. 123). Kamu kurum ve kuruluşları 3203 sayılı Yasa'nın hükümet tasarısı genel gerekçesinde “Devlet kuruluşları, katma bütçeli kuruluşlar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu iktisadi kuruluşları, iktisadi devlet teşekkülleri” olarak sayılmıştır.

Kamu tüzel kişilerinin kuruluşları, işleyişleri, görevleri, organları, organların yetkileri, malî kaynakları, sona erişleri kuruluş yasalarında gösterilir.

bb) İşveren sigorta primlerini yasal süresinde ödememelidir

Bu başlık altında konuyu incelerken işverenin ödemek zorunda olduğu “sigorta primi” ve “prim ödeme süresi” kavramlarını açıklamak gerekir.

1-) Sigorta primi

Sosyal sigorta primi, yasanın kendilerine karşı güvence sağladığı sosyal risklerden birinin gerçekleşmesi durumunda yapılacak sigorta yardımları ile Kurum yönetim giderlerinin karşılığı olarak sigortalı ve işverenden, sigortalının kazancının belirli bir yüzdesi üzerinden alınan paradır. Bu primler Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait bir haktır. Bu nedendir ki Kurumca takip ve tahsil edilir.

506 sayılı Yasa'da işverenden tahsili öngörülen sosyal sigorta primleri yasa iş kazası ve meslek hastalıkları sigorta primi (506 sY. md. 74), analık sigortası primi (506 sY. md. 73/C) malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi (506 sY. md.73/D), hastalık sigortası primi (506 sY. md. 73/B) ve sosyal güvenlik destek primi (506 sY. md. 63/B) olarak sayılmıştır.

25.08.1999 gün ve 4447 sayılı Yasa'nın 49. maddesinde, işsizlik sigortası primlerinin tahsili için 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine yapılan gönderme (atıf) nedeniyle, işveren işsizlik sigortası primlerini yasal süresi içinde Kuruma yatırmak zorundadır. Bu nedenle, işsizlik sigortası primi de sigorta primi kapsamındadır.

506 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin son fıkrasında, yasanın ek 24. maddesinde belirtilen kamu kurum ve kuruluşları tarafından süresinde ödenmeyen sosyal yardım zammı için bu madde hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Sosyal yardım zammı sigorta primi kapsamında olmamakla beraber yasa koyucu, tahsilinde etkinliği sağlamak amacıyla, yasa adı geçen kamu kurum ve kuruluşlarının süresinde ödememesi durumunda, kamu işverenin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu yetkililerinin işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır.

Bunun gibi, 3320 sayılı Memurlar ve İşçiler ile Bunların Emeklilerine Konut Edindirme Yardımı Yapılması Hakkındaki Yasa'da (1986-1999)¹ yasa kapsamındaki memurlar, işçiler ve bunların emeklilerine kamu işverenince Kuruma ödenmesi gereken “Konut Edindirme Yardımı”nın -sigorta primi kapsamında olmamasına karşın- Yasa'nın 8. maddesindeki gönderme nedeniyle, süresinde işverence ödenmesi durumunda 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesi 12. fıkrası uyarınca, işverenin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu görevlilerinin işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür.

Kamu işverenlerin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu görevlilerinin işverenle birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluğu yukarıda kısaca açıklanan sigorta primleri, işsizlik sigortası primi, sosyal yardım zammı, konut edindirme yardımı ve bunlara ilişkin gecikme zammı ile sınırlı olduğundan, 4958 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde yazılı diğer Kurum alacakları (kira, idarî para cezası vs.) ile özel iletişim vergisi, damga vergisi, eğitime katkı payı² nedeniyle 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesi 12. fıkrası hükmüne dayanılarak haklarında takip yapılamaz.

2-) Primleri ödeme süresi

İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu yasa gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemek zorundadır (506 sY. md. 80/1).

Kurumca isimleri yazılı olarak bildirilecek kişilere ödenmesi gereken sosyal yardım zammı tutarlarının ilgili Kurum işverenlerince, her ay emekli aylığı ödeme tarihinden önce Kurum'un ilgili hesabına yatırılması gerekir (506 sY. Ek md. 24).

Ancak, 08.02.2006 gün ve 5454 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle 506 sayılı Yasa'nın Ek 24. maddesine eklenen m bendinde, "özelleştirme kapsamındaki kuruluşların, özelleştirme uygulamaları sonucu bunlardaki kamu payının % 15'in altına düşmesinden veya bunların tasfiyesinden yahut tüzel kişilikleri sona erecek şekilde kapatılmasından önce sosyal yardım zammı ödemelerine hak kazanmış olanlar ile kamu payı % 50'nin altına düşen Türk Telekom A.Ş.'nin devrinden önce sosyal yardım zammı ödemelerine hak kazanmış olanlara, bu madde gereğince ödenen sosyal yardım zammı ödemelerinin (1) bendindeki esaslara göre Hazinece karşılanacağı" öngörülmüştür.

10.09.1987 tarihinde yürürlüğe giren 289 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre, Devlet memurları ile diğer kamu görevlilerine ilişkin yasalarda yer alan "aybaşı" sözcükleri "ayın 15'i" olarak değiştirilmiş, kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak çalışanların aylık ücretlerinin ödenmesi yönünde bu hüküm çerçevesinde işlem yapılması öngörülmüştür (Kararname md. I/3-4). Bu yasal düzenleme uyarınca kamu işverenlerinde çalışan sigortalılara ilişkin sigorta primlerinin primlere ilişkin ayı takip eden ayın 14'üne kadar Kuruma ödenmesi gerekir. Örneğin 15.01.2007-14.02.2007 dönemine ilişkin primlerin en geç 14.03.2007 tarihine kadar yatırılması gerekir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun uygulanması da bu yöndedir³.

Primlerin son ödeme günü, resmî tatil gününe rastlarsa, süre tatili izleyen iş günü çalışma saati sonunda sona erer. Örneğin son ödeme günü Cumartesi gününe rastlarsa, prim ödeme süresi Pazartesi günü çalışma saati sonuna kadar uzamış sayılır (HUMY. md. 162, BY. md.77).

Prim borçlarının, katma değer vergisi iade alaçağından mahsup edilerek ödenmesi mümkündür. Bu takdirde katma değer vergisi iade hakkı sahibi, kendisinin mal ya da hizmet satın aldığı veya iştirak ya da ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu işverenlerin prim borçları için de mahsup isteyebilir. Kurumunun bağlı olduğu bakanlık, Maliye Bakanlığının onayı ile bu uygulamadan faydalanacak işverenleri işteğal konusu, işletme türü ve işletme büyüklüğü itibarıyla belirlemeye ve lehine mahsup istenilen işverenlerin prim borcu ödeme süresini otuz günü aşmamak üzere uzatmaya yetkilidir (506 sY. md. 80/2).

cc) Ödenmeyen sigorta priminden müteselsilen sorumlu tutulacak kişiler tahakkuk ve ödeme ile görevli olmalıdır

Kamu kurum ve kuruluşlarında prim borcundan sorumlu tutulacak kişilerin kimler olduğu yönünde maddenin yazılış şekli duraksama yaratacak niteliktedir. Bir görüşe göre, kamu görevlileri, sözcüklerinden sonra ve "mesul muhasip, sayman" sözcüklerinden önce, arada bir virgül işareti olmadığından işverenin prim borcundan yalnızca mesul muhasip ve saymanlar sorumludur⁴. Bu görüş Danıştay 1. Daire'nin bir kararına da yansımıştır⁵.

Öğretideki diğer görüşe ve Yargıtay 21. HD ve 10. HD ile YHGK'nın hiç sapma göstermeyen uygulamasına göre, bu madde yalnızca mesul muhasip ve saymanları değil, tahakkuk ve ödemeyle görevli tüm kamu yetkililerini kapsamaktadır. Çünkü buradaki "muhasip ve saymanlar" sözcükleri sınırlayıcı değil, örnek olarak sayılmıştır⁶. 3203 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde getirilen düzenleme ile sosyal güvenlik haklarının malî kaynağını oluşturan sigorta primlerinin en kısa sürede tahsilinin amaçlandığı belirtildiğinden bu son görüş yasa koyucunun amacına da uygun bulunmaktadır.

Nitekim 21. HD belediye başkanının işveren belediyenin ödenmeyen prim borçlarından belediye tüzel kişiliği ile birlikte⁷, TCDD Genel Müdürünün işveren genel müdürlüğün ödenmeyen prim borçlarından işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı görüşündedir⁸.

Maddenin yazılış şekline kaynaklanan tartışmaları yasa koyucu, yürürlüğü ertelenen 5510 sayılı Yasa'da getirdiği yeni düzenlemeyle sona erdirmiştir. Gerçekten anılan yasanın 88. maddesinin 15. fıkrasındaki yeni düzenlemede mesul muhasip ve sayman sözcüklerine yer verilmemiş, yalnızca "kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri" sözcükleri kullanılmıştır.

dd) Kişisel sorumluluk için "haklı bir neden" bulunmamalıdır

Tahakkuk ve ödeme ile ilgili görevlilerin işverenin ödenmeyen sigorta prim borcundan sorumlu tutulabilmesinin diğer bir koşulu, primi ödememnin haklı bir nedene dayanmamasıdır. Eğer ödeme haklı bir nedene dayanıyorsa sorumluluk

söz konusu olmaz. Yasada “haklı nedenlerin” ne-ler olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Yangın, sel, deprem gibi doğal afetler ve mücbir sebepler haklı neden olarak görülebilir.

Finansman sıkıntısı haklı bir neden sayılabilir mi? Yargıtay’a göre haklı bir nedenin varlığının kabul edilebilmesi için somut bilgi ve belgelere dayanılması gerekir. İşveren işyerinde, işçi ücret ödemelerini yapmışsa, işveren işçilere ödenen ücretten işçi payına ait sigorta primini keserek ve işveren payını da ekleyerek sigorta primini Kuruma yatırmak zorunda olduğundan finansman sıkıntısı içinde bulunulduğuna ilişkin iddia haklı bir neden olarak görülemez. Nitekim Yargıtay bir kararında, Orman İşletme Müdürlüğü işyerinde prim borcuna ilişkin dönemde işçi ücretlerinin ödenmesine karşın, işveren ve işçilere ait primleri ödenen ücretten kesmeyen tahakkuk ve tediye ile görevli orman işletme müdürünün işverenin ödemediği sigorta primlerinden müteselsilen sorumlu olduğu, zaman zaman oluşan nakit sıkıntısının primlerin ödenmesinde haklı bir neden sayılamayacağına karar vermiştir⁹.

Kamu işverenin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu görevlilerinin sorumluluktan kurtulabilmeleri için ilgili mevzuat (kuruluşa ilişkin yasa, yönetmelikler ve özellikle 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası) uyarınca, gerekli tahakkuk belgesini düzenlemeleri, üst makamdan öncelikle ödenmesi gereken prim borcu için yazılı olarak ödenek isteğinde bulunmaları gerekir.

Yargıtay HGK.’ya göre, Çıraklık Eğitim Merkezi Müdürü, görevde olduğu merkezde çalıştırılan çırak öğrencilere ait sigorta primlerini, Halk Eğitim Merkezi Sanat Okulu Müdürü görevli olduğu merkezde çalıştırılan usta öğrencilere ait sigorta primlerinin ödenmemesinden sorumlu olup ödemenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması gerekir¹⁰.

Kamu işvereni en üst yetkilisi primin ödenmesi için tahakkuk ve ödeme ile ilgili diğer görevlilere (mesul muhasip, sayman vs.) yazılı emir vermişse, bu kişilerin ödenmeyen prim borcundan sorumluluğu söz konusu olamaz. Nitekim Yargıtay bir kararında DDY Genel Müdürünün primlerin ödenmemesi konusunda verdiği yazılı emir nedeniyle prim ödemekle yükümlü saymanın üst makamın emrine uygun davranma zorunluluğu nede-

Ödememe haklı bir nedene dayanıyorsa sorumluluk söz konusu olmaz.

niyle sorumlu olamayacağına karar vermiştir¹¹. Ancak bu durumda emri veren üst düzey yetkilinin (Genel Müdür, Belediye Başkanı vs.) sorumluluğu devam eder.

Kamu işvereni sigorta primlerini haklı bir nedenle ödememişse, aynı gerekçe işverenin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu kamu görevlisi için de haklı bir neden sayılır. Örneğin 23.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren ve 31.12.2002 tarihine kadar uygulanacağı öngörülen 4325 sayılı Yasa uyarınca, Olağanüstü Hal Bölgesi kapsamında sayılan illerdeki işyerlerinde çalışan işçiler için tahakkuk ettirilecek primlerin işveren payının hazinece karşılanması gerekir (md. 6). İşveren bu nedenle adı geçen işveren payı prim borcunu ödememişse, tahakkuk ve ödeme ile sorumlu görevlilerin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir.

ee) Prim borcu sorumluların görevli buldukları sürede doğmuş olmalıdır

Kamu işverenlerinin tahakkuk ve ödeme ile ilgili görevlilerinin işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu için diğer bir koşul, işverenin prim borcunun görevli olduğu süre içinde doğmuş olmasıdır. Çünkü, kamu görevlilerinin sorumluluğu görevli olduğu dönemde doğan prim borcuyla sınırlıdır.

5510 sayılı Yasa’da yapılan düzenlemede kamu görevlilerinin prim borcunun “görevleri ile ilgili” olduğu vurgulanmak suretiyle konuya açıklık getirilmiştir (5510 sK. md. 88/15).

Kamu görevlisi göreve atanmadan önce işverenin doğan prim borcundan sorumluluğu bulunmadığı gibi görevden ayrıldıktan sonra doğan prim borçlarından da sorumlu değildir.

Kamu görevlisinin işverenin prim borcundan doğan bu sınırlı sorumluluğu görevden ayrılmış olsa dahi devam eder.

Prim borcunun bir kısmı görevli olduğu dönemde, diğer kısmı görevden ayrıldıktan sonraki döneme rastlıyorsa sorumluluğu görevli olduğu dönemle sınırlıdır. Yargıtay’ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir.

C- ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİN ÜST DÜZEY YÖNETİCİ VEYA YETKİLİLERİNİN İŞVERENLE BİRLİKTE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

a) Genel Olarak

506 sayılı Yasa'nın 80. maddesi 12. fıkrasında ayrıca, sigorta primlerini haklı bir neden olmaksızın yasal süresi içinde ödemeyen özel hukuk tüzel kişilerin üst düzey yönetici ve yetkililerinin Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları öngörülmüştür.

Bu madde hükmünün üst yönetici ve yetkililer yönünden uygulanabilmesi için şu koşulların birlikte bulunması gerekir.

b) Sorumluluk Koşulları

aa) Özel hukuk tüzel kişiliği sıfatını taşıyan bir işveren bulunmalıdır

Özel hukuk tüzel kişileri -ki bunlara özel işverenler de denilmektedir- özel hukuktan kaynaklanan ve kamu otoritesini temsil etmeyen tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 80. maddesini değiştiren 3230 sayılı Yasa'nın madde gerekçesine göre, "tüzel kişiliği haiz özel sektör kuruluşları" Türk Ticaret Yasası uyarınca kurulmuş sermaye şirketleridir. Bu şirketler kollektif şirketler, komandit şirketler, limited şirketler, anonim şirketler ve kooperatiflerdir. Ancak tüzel kişiliği bulunan özel hukuk tüzel kişileri bunlarla sınırlı değildir. Dernekler (MY md. 56-100) ve vakıflar (MY. md. 101-116) da özel hukuk tüzel kişilerindedir.

Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklar (BY. md. 520) miras ortaklığı (MY. md. 640) ve donatma iştiraki (TTY md. 951) gibi işverenlerin üst yöneticilerinin prim borcundan müteselsil sorumluluğu yoktur.

bb) İşveren sigorta primlerini yasal süresinde ödememelidir

Özel hukuk işverenin üst düzey yönetici ve yetkilisinin işverenin ödenmeyen prim borcundan müştereken ve müteselsilen sorumlu olmasının di-

Konut edindirme yardımı, sosyal yardım zammı, idarî para cezası anılan yasa kapsamındaki sorumluluğa dahil değildir.

ğer koşulu işverenin yasal süresi içinde sigorta primlerini ödememesidir.

506 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin 12. fıkrası uyarınca, özel hukuk tüzel kişilerin üst düzey yönetici ve yetkililerinin Kuruma karşı işverenleriyle birlikte müteselsil sorumluluğu sigorta primleri, gecikme zammı ve eklentileriyle sınırlı olduğundan konut edindirme yardımı, sosyal yardım zammı, idarî para cezası anılan yasa kapsamındaki sorumluluğa dahil değildir.

İşveren çalıştırdığı sigortalılara ilişkin primlerini en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemek zorunda olduğundan üst düzey yönetici ve yetkililerinin sorumluluğu bu tarihin prim ödemediği gerçeğiyle doğar.

Özel hukuk işverenleri ay kavramı değişmediğinden takvim ayına göre "aybaşı" her ayın birinci günüdür. Ayın son günü o ayın son günüdür. Bu durumda özel hukuk işverenince çalıştırılan sigortalılara ait sigorta primlerinin primlere ilişkin ayı takip eden ayın son gününe kadar (son gün dahil) Kuruma ödenmesi gerekir. Örneğin 01.01.2007-31.01.2007 dönemine ilişkin sigorta primlerinin en geç 28.02.2007 günü çalışma saati sonuna kadar yatırılması gerekir.

Borçlu işverenin prim borcuna karşılık çek düzenleyerek Kuruma posta ile göndermesi durumunda, borcunu süresinde ödemiş sayılması için çekin süresi içinde Kuruma ulaşması ve karşılığının bulunması gerekir. Çek yasal ödeme süresi geçtikten sonra Kuruma ulaşırsa borcun süresinde ödendiği kabul edilemez.

Ancak, borçlu işveren prim borcunun yasal sürenin son günü Kurum veznesine ödemek için gitmiş olmasına karşın saat 16.00'yı geçtiği gerekçesiyle paranın alınmadığını ileri sürerse, gecikme zammı tahakkuku ile karşılaşan davacıya bu konudaki iddiasını ispat için kanıt sunma olanağı tanınmalıdır¹².

cc) Ödenmeyen sigorta priminden sorumlu tutulacak kişiler işverenin üst düzey yönetici veya yetkilileri olmalıdır

Yasal süresi içinde prim borcunu ödemeyen

özel hukuk işverenin prim borcundan işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacak kişiler işverenin üst düzey yönetici veya yetkilileridir. İşverenin bu sıfatı taşımayan görevlilerinin ödenmeyen prim borcundan müteselsil sorumluluğu yoktur.

Üst düzey yönetici şirketin malî ve idarî konularında tek başına emir ve tasarruf yetkisine sahip özel şekilde kendisine yetki verilen kişidir.

Anonim şirketlerde şirketi yönetmek ve temsil etmek yönetim kuruluna aittir (TTY md. 317). Anonim şirkette primlerin ödenmesinde müteselsilen sorumlu üst yönetici ve yetkiliden söz edebilmek için, primlerin tahakkuk ve ödenmesinde yetkili üst düzey yönetici olması, yönetim kurulu başkanı, başkan yardımcısı gibi unvan taşıması veya temsil ve ilzam yetkisine sahip yönetim kurulu üyesi ol-

lilerin saptanmasında aynı ilkeler geçerlidir. TTY. 540. maddesinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça tüm ortakların şirketi birlikte yönetecekleri öngörülmüştür. Limited şirketin yönetimini üstlenen ve kendilerine (müdür ortak) denilen kişiler üst yönetici olarak şirketin ödenmeyen prim ve gecikme zammından sorumludur. Ancak ortaklar bir veya birkaç kişiyi yönetici atayabilirler. Bu durumda yönetici olmayan ortağın prim sorumluluğu söz konusu olmaz. Fakat ortak müdür sıfatı olmasa da, kendisine ortaklar kurulu kararı ile SSK nezdinde her türlü işi takip ve sonuçlandırmaya, yazılı başvuruda bulunmaya ve ödemeye, tek başına imza ile şirketi temsile yetki verilen limited şirket fabrika müdürü üst düzey yönetici sayılır¹⁴.

Prim borcunun tahakkuk ettiği tarihte limited şirket üst düzey yöneticisi olmayan kişinin 506 sa-

Salt yönetim kurulu üyeliği işverenin prim borcundan sorumluluk için yeterli değildir.

ması veya parasal konularda yetkili genel müdür, finansman veya muhasebe müdürü gibi üst düzeyde sorumluluk taşıyan görevli olması gerekir. Salt yönetim kurulu üyeliği işverenin prim borcundan sorumluluk için yeterli değildir¹³.

6183 sayılı Yasa'nın 02.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren mükerrer 35/I maddesinde, işverenden tamamen veya kısmen tahsil edilmeyen veya tahsil edilmeyeceği anlaşılan kamu alacaklarının kanuni temsilcilerden tahsil edileceği öngörülmüştür. Kanuni temsilci sıfatını taşıyan anonim şirket üst yönetici ve yetkilileri bu hüküm uyarınca Kurumun öncelikle işveren malvarlığına başvurması gerektiğini ileri sürebilir mi? İşverenin ödenmeyen prim borçları yönünden 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesi uyarınca üst yöneticiler ve yetkililer işverenle birlikte müteselsil sorumludur. 506 sayılı Yasa 6183 sayılı Yasa'ya göre daha özel yasadır. Uygulamada ağırlık ve öncelik özel yasaya tanınacağından prim borçları yönünden 6183 sayılı Yasa'nın anılan hükmünün uygulanması mümkün değildir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin uygulaması bu yöndedir. Kuşkusuz Kurum'un prim dışında diğer alacakları yönünden 6183 sayılı Yasa'nın mükerrer 35. maddesinin koşulları varsa uygulanması gerekir.

Limited şirketlerde, üst düzey yönetici ve yetki-

yılı Yasa'nın 80. maddesine göre sorumluluğu yoktur. Ne var ki borcun doğduğu tarihte şirket ortağı olan kişi 6183 sayılı Yasa'nın 22.07.1998 gün ve 4369 sayılı Yasa ile değişik 35. maddesi hükmüne göre, şirketten tahsil olanağı bulunmayan prim borcu ve diğer kurum alacaklarından dolayı sermaye payı oranında doğrudan doğruya sorumludur. Ancak borç yasanın yürürlüğe girdiği 29.07.1998 tarihinden önceki döneme ilişkinse, maddenin değişiklikten önceki şekline göre ortakların sorumluluğu şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlıdır¹⁵.

Kooperatifte başkan, başkan yardımcısı, muhasebe üye sıfatı bulunmayan, 2. derece imza yetkisi olan yönetim kurulu üyesi yasanın aradığı anlamda üst düzey yönetici veya yetkili olmadığından kooperatifin ödenmeyen prim ve gecikme zammı borcundan sorumlu tutulamaz¹⁶.

dd) Kişisel sorumluluk için haklı bir neden bulunmamalıdır

Tüzel kişiliği olan özel hukuk işverenlerinin ödenmeyen prim borçlarından üst düzey yönetici veya yetkililerinin sorumlu tutulabilmesi için haklı bir nedenin bulunmaması gerekir. Bu kişiler haklı bir nedenle prim borcunu ödememişlerse işveren-

İşyerini devralan işverenin prim ve gecikme zammı borcunun doğduğu tarihte üst düzey yönetici veya yetkili olarak görevli bulunanlar, borçlardan işvereni ile birlikte müteselsilen sorumludurlar.

le birlikte müteselsil sorumlulukları söz konusu olamaz.

Haklı nedenler konusunda, kamu işverenleri kısmında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Haklı nedenin varlığını ileri süren üst düzey yönetici veya yetkili ispat etmelidir. Finansman sıkıntısı nedeniyle primlerin ödenmediği ileri sürülürse, iddia titizlikle incelenmeli, prim borcunun doğduğu dönemde, işyerinde sigortalı çalışıp çalışmadığı, ücretlerinin ödenip ödenmediği, aynı ve nakit malvarlığı araştırılmalı, danışığa dayalı iddialar kabul edilmemelidir¹⁷.

ee) Prim borcu, sorumluların şirkette görevli buldukları sürede doğmalıdır

Üst düzey yönetici ve yetkililerin işverenin tahakkuk etmiş prim ve gecikme zammı borcundan müteselsilen sorumluluğu şirkette bu sıfatla görevli olduğu süre ile sınırlıdır¹⁸.

Bu ilkeye göre, üst düzey yönetici veya yetkili, bu göreve gelmeden önceki döneme ilişkin prim borçlarından sorumlu tutulamaz¹⁹.

Bunun gibi üst düzey yönetici veya yetkililerin pay devri, istifa, bu sıfatı taşımayan başka bir görevlendirme, temsil ve ilzam yetkisinin kaldırılması, ölüm vb. gibi nedenlerle bu sıfatın sona ermesinden sonra işverenin doğacak prim borçlarından sorumluluğu söz konusu olamaz.

Şirket üst düzey yönetici ve yetkililerinin görevini, dolayısıyla sorumluluğunu sona erdiren en önemli nedenlerden birisi görevden istifadır.

Yargıtay, HGK.'ya göre, istifa eden üst düzey yönetici ve yetkilinin prim sorumluluğu istifanın şirket yönetimine ulaştığı tarihte sona erer. İstifanın hukukî sonuç doğurması için, şirket yönetimi tarafından kabulüne veya ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilânına gerek yoktur. Çünkü, istifanın kabulü veya Ticaret Sicili

Gazetesi'nde ilân edilmesi yükümü borçlu şirkete aittir. İstifanın ilân edilmemesi veya geç ilân edilmesinin hukukî sorumluluğunun, istifanın doğal sonucu olarak şirkette herhangi bir yaptırım gücü kalmayan kişiye yükletilmesi hakkaniyete aykırıdır. Yargıtay 21. HD ve 10. HD'nin anılan Genel Kurul Kararı'ndan sonraki hiç sapma göstermeyen uygulaması bu yöndedir²⁰.

Anonim şirketlerde üst düzey yönetici olabilmek için şirkette pay sahibi olmak zorunludur (TTY md. 312). Şirket üst düzey yöneticisi şirketteki payların tümünü devrederse istifa etmese dahi yöneticilik görevi pay devrinin yönetime bildirildiği tarihte sona ereceğinden, bu tarihten sonra doğan şirket prim borçlarından sorumlu olmaz.

D- İŞYERİNİ DEVREDEN İŞVERENİN PRİM BORCUNDAN SORUMLULUK

506 sayılı Yasa'nın 82. maddesinde "sigortalıların çalıştırıldığı işyeri devredilir veya intikal ederse, eski işverenin Kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işverenin de müteselsilen sorumlu" olacağı, bu hükme aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı öngörülmüştür.

Kurumun prim alacağını güvence altına almayı amaçlayan bu madde uygulanırken fiilî durum göz önünde bulundurulmalıdır. Eski işverenin sigortalılarının tamamına yakın veya büyük bir bölümünün çalıştırılmaya devam olunması halinde işyeri devrinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Ancak işyerinin kapatılmasından sonra, yeni işverence yeni bir işyeri açılması, işyerinin kira sözleşmesinin sona erip boşaltıldıktan sonra başkasına kiralanması, eski yüklenicinin işine son verilip geri kalan işin eksiltmeyle başka yükleniciye verilmesi durumlarında devirden söz edilemez²¹.

Buradaki müteselsil sorumluluk işyerini ilk devralan işveren yönünden geçerli olup sonraki zincirleme devralanlar yönünden 82. maddenin uygulanma olasılığı yoktur²². Ne var ki hile veya danışık halleri kuralın dışındadır. Prim borçlarından kurtulma veya üçüncü kişileri yanıltma amacına yönelik yeni şirketler kurulması veya işyerinin devri veya satış gösterilmesi yasanın amacına uygun değildir. Yasaya karşı hile yapan işverenler sorumluluktan kurtulamaz²³.

İşyerini devralan işverenin prim ve gecikme zammı borcunun doğduğu tarihte üst düzey yönetici veya yetkili olarak görevli bulunanlar, borçlardan işvereni ile birlikte müteselsilen sorumludurlar.

İşyeri miras yoluyla mirasçılara geçmişse, mirasçılar miras bırakanın prim gecikme zammı ve faiz borçlarından müteselsilen sorumludurlar.

E- PRIMLERİN ÖDENMEMESİNİN YAPTIRIMI

Yasa koyucu sigorta primlerinin süresinde ve tam olarak ödenmesini sağlamak amacıyla çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Bu yaptırımların en önemlisi, ödenmeyen prim borcuna gecikme zammı uygulanması ve Kurumun dava ve cebren takip hakkının doğmasıdır. Uygulamada kurum dava hakkını pek kullanmadığından burada kısaca gecikme zammı ve alacağın cebren tahsili yolu üzerinde durulacaktır.

a) Gecikme Zammı

Gecikme zammı sigorta primlerinin süresinde ve eksiksiz ödenmemesinin ilk yaptırımıdır.

506 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin 22.02.2006 gün ve 5458 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile değişik 5. fıkrasında "Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır. Şu kadar ki; Kurumun prim ve diğer alacaklarının süresi içinde ve tam olarak ödenmemesi halinde, ödenmeyen kısmına, sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her ay için % 3 oranında gecikme cezası, ayrıca her ay için bulunan bu tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar, her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait YTL cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi, bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır. Yapılacak takip sonunda tahsilinin imkânsız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olacağı anlaşıl-

Dava ve icra takibi açılmış olması, prim alacağının ödenmemiş kısmı için gecikme zammı tahsiline engel değildir.

lan 20 YTL'ye kadar (20 YTL dahil) Kurum alacakları, tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin Kurum Yönetim Kurulunca terkin edilebilir. Kurum Yönetim Kurulu, bu miktarı on katına kadar artırmaya, terkin yetkisinin tamamını veya bir kısmını yetki sınırlarını da belirterek Kurum Başkanına, Genel Müdürlere ve Sigorta İl/Sigorta Müdürlerine devretmeye yetkilidir. Bakanlar Kurulu ilk üç ay için uygulanan gecikme cezası oranını iki katına kadar artırmaya veya bu oranı % 1 oranına kadar indirmeye, yeniden kanunî oranına getirmeye ve uygulama tarihini belirlemeye yetkilidir." hükmü öngörülmüştür.

Dava ve icra takibi açılmış olması, prim alacağının ödenmemiş kısmı için gecikme zammı tahsiline engel değildir.

Kamu işverenlerinin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu kamu görevlileri ile tüzel kişiliği bulunan özel işverenlerin üst düzey yönetici veya yetkilileri, süresinde ödenmeyen prim borçları yanında gecikme zammından da işverenleriyle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

Gecikme zammının hukukî niteliği uzun yıllardan beri öğretilerde tartışmaya konu olmuş, değişik yargısal kararlar verilmiştir.

Bir görüşe göre, gecikme zammı faiz olmayıp bir tür gecikme tazminatı niteliğinde cezadır. Bu nedenle faize faiz yürütülemezceği kuralı gecikme tazminatında uygulanmaz. Bu görüş, HGK'nın 1989 tarihli bir kararında da benimsenmiştir²⁴.

Yargıtay HGK.'nın 2002 ve 2004 tarihleri kararlarına yansıyan diğer bir görüşe göre, 80. maddede öngörülen gecikme zammı, prim borcunun zamanında ödenmemesi halinde Kurumca istenebilecek kamu hukuku karakterli bir para alacağı için öngörülen nitelikli temerrüt faizidir. "Faizde olduğu gibi, gecikme zammında da bir para borcunun varlığı (6183 sY. md. 51, 506 sY. md. 80/1), asıl borca bağlı doğduğu (506 sY. md. 80/5) olguları sabittir. Asıl borca bağlı olarak sona ermemesi, kamu alacağının imtiyazlı -halin icabı- olmasından

kaynaklanmaktadır.” Gecikme zammına faiz işletileceği konusunda 6183 sayılı Yasa’da hüküm yoktur. 6183 sayılı Yasa’nın 51. maddesi, kamu alacağı niteliğini taşıyan gelirlere gecikme zammı uygulanacağını belirtmektedir. Burada bir yasa boşluğunun varlığından söz edilemeyeceği gibi, hiçbir yasadaki gecikme zammına ayrıca gecikme faizi (temerrüt faizi) yürütüleceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Yorum yoluyla gecikme zammına ayrıca temerrüt faizi yürütülemez. Yasada öngörülmediğinden primin ödenmeyen kısmına yasal faiz yürütülmesi de mümkün değildir²⁵. Yargıtay 10. HD ve Yargıtay 21. HD’nin son yıllardaki uygulaması da bu yöndedir.

b) Prim Alacağının Zorla (Cebren) Tahsili

aa) Genel Olarak

506 sayılı Yasa’nın 80. maddesi işverenin prim borcunu ödeme usûl, süresi ve sorumluluğu yönünde bazı kurallar getirmiş, kamu işverenlerinin tahakkuk ve tediye ile sorumlu kamu görevlileri ile tüzel kişiliği bulunan özel işverenlerin üst düzey yönetici ve yetkililerine, ödenmeyen prim borçlarından işverenle birlikte müteselsil ödeme sorumluluğu getirilirken, ödenmeyen prim ve diğer alacakların tahsili yönünden 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa’nın 51., 102. ve 106. maddeleri hariç, diğer maddelerinin uygulanacağı öngörülerek Kurumun bu yönden kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan alacakların cebren tahsili ve takibi usûllerinden yararlanması olanağı sağlanmıştır.

Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen prim alacağının zorla tahsili için Kurumun üç seçeneği vardır. Buna göre Kurum;

- Borçlu teminat göstermezse teminatı paraya çevirmek,
- Borçlunun borcuna yetecek miktarda mallarını haczederek paraya çevirmek,
- Gerekli koşulların bulunması durumunda borçlunun iflâsını istemek, seçeneklerinden birisini uygulayabilir (6183 sY. md. 54).

bb) Ödeme emri düzenlenmesi ve tebliği

Borçlu mallarının haczi veya teminatının paraya

çevrilmesi yolu seçilirse Kurum tarafından öncelikle ödeme emri düzenlenmesi gerekir.

Ödeme emrinin düzenlenmesi için ödeme süresinin geçirilerek prim borcunun tahakkuku gerekir.

Kurum, prim borcunun tahakkuku üzerine yalnız işveren hakkında ödeme emri düzenleyebileceği gibi müşterek ve müteselsil sorumluluk gereği, tahakkuk ve tediye ile görevli kamu işvereni görevlileri veya tüzel kişiliği bulunan özel işverenlerin üst düzey yöneticileri veya yetkilileri hakkında ya da tümü hakkında ödeme emri düzenlenebilir.

Ödeme emrinde hangi unsurların bulunması gerektiği 6183 sayılı Yasa’nın 55. maddesinde açıkça gösterilmiştir.

Buna göre; ödeme emrinde prim borcunun niteliği, hangi döneme ait olduğu, asıl prim borcu ile gecikme zammı miktarlarının ayrıntılı olarak gösterilmesi, Kurum alacağının 7 gün içinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı uyarısının yazılması, borçlunun borcunu hangi kurum şubesine ödeyeceğinin açıklanması zorunludur.

Bu zorunlu unsurlardan bir veya bir kaçının ödeme emrinde yer almaması iptali sonucunu doğurur.

cc) İtiraz Davası (Menfî Tespit Davası)

Prim alacağı için kamu görevlisi veya üst düzey yönetici veya yetkilisi hakkında 6183 sayılı Yasa’nın 55. maddesi uyarınca düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı borçlu, anılan yasanın 58. maddesi uyarınca borcu olmadığı, kısmen ödediği, zamanaşımına uğradığı nedenleriyle sınırlı olarak 7 gün içinde yetkili iş mahkemesinde itiraz davası (menfî tespit davası) açabilir. 7 günlük bu süre hak düşürücü niteliindedir²⁶. Yasada öngörülen bu süreyi geçiren prim ve gecikme zammı borçlusu işveren veya işverenin tahakkuk ve ödeme ile sorumlu görevlileri ya da üst düzey yöneticileri aynı konuda menfî tespit davası açamaz. Çünkü 6183 sayılı Yasa’da İİK’nın 72. maddesine koşut bir hüküm yoktur. Her ne kadar 6183 sayılı Yasa’nın 5479 sayılı Yasa ile değişik 79. maddesindeki düzenleme ile üçüncü kişilere menfî tespit davası aç-

ma olanağı getirilmişse de bu olanak kamu alacağı borçluları yönünden öngörülmemiştir.

6183 sayılı Yasa'nın 58. maddesinin 5. fıkrasında, "itirazında tamamen haksız çıkan borçludan hakkındaki itirazın ret olunduğu miktardaki kamu alacağının % 10 zamlı olarak tahsil edileceği" öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, üst düzey yönetici veya yetkili tarafından açılan itiraz davası tamamen veya kısmen reddedilirse, mahkemece kurulan hükümde, ayrıca reddedilen kısma ilişkin prim ve gecikme zammı alacağının % 10 zamlı olarak davacıdan tahsiline karar verilir. Davanın feragat nedeniyle reddi durumunda da aynı hüküm uygulanır²⁷.

Dava konusuz kalmışsa, kurum alacağının davacıdan % 10 zamlı tahsiline karar verilemez. Çünkü, konusuz kalan dava hakkında davanın reddine değil, "konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına" hükmolunur.

Dava kabul edilirse yasada öngörülmediğinden dava konusunun % 10'unun davalı Kurumdan tahsiline karar verilemez. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin uygulaması da bu yöndedir.

Davanın reddi veya kabulü durumunda kendisini vekille temsil ettiren taraf yararına karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu değil, nispi avukatlık ücreti takdir olunur.

DİPNOTLAR

- 1 R.G. 22.11.1986 sayı 19289, 3320 sayılı Yasa 26.11.1999 gün ve 588 sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır.
- 2 16.08.1997 gün ve 4306 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi ile 01.09.1997-31.12.2000 tarihleri arasında yasada belirtilen işlemler ve kağıtlar için bu bağlamda SSK'ya verilen sigorta prim bildirelerinin her birinden alınacak eğitime katkı payı ve 26.11.1999 gün ve 4481 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile alınacak özel işlem vergisinin yürürlük süresi 31.12.2003 tarihinde sona ermiştir.
- 3 HGK 22.05.1996, 10-282-389.
- 4 Saraç, s. 162, 1998, Saraç'tan naklen Şakar M., Arıcı, s. 114-115.
- 5 Danıştay 1. Dairesi 27.06.1989, 85-93.
- 6 Güzel/Okur s. 109, Tuncay 159.
- 7 21. HD 24.04.2001, 3066-3149, 12.02.2004, 309-1043.
- 8 21. HD 21.12.1995, 7807-7700.
- 9 21. HD 09.10.2000, 5981-6661.
- 10 HGK 16.10.2002, 21-606-813, HGK 16.10.2002, 21-605-810.
- 11 21. HD 21.12.1995, 7798-7693.

- 12 HGK 24.04.1991, 10-117-222.
- 13 21. HD 06.04.2006, 12840-3589, 06.04.2006, 13984-3590, 25.06.2002-3533-6149.
- 14 21. HD 27.05.2002, 3626-4941.
- 15 HGK 27.09.2006, 21-589-603.
- 16 HGK 13.11.2002, 21-867-903.
- 17 21. HD 05.11.2001, 6740-7404.
- 18 5510 sayılı Yasa'nın 88. maddesi 15. fıkrasında yapılan düzenleme ile üst düzey yönetici ve yetkililerin prim borcunun "görevleri ile ilgili" olduğu belirtilerek konuya açıklık getirilmiştir.
- 19 21. HD 30.11.2000, 8500-8600 "... Davacının şirketin üst düzey yöneticiliğine 18.04.1995 tarihinde başladığı göz önünde tutularak 1995/4 ile 1997/8 dönemi için tahakkuk eden primden işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerekirken üst düzey yönetici ve yetkilisi olmadığı 1994/6 ile 18.04.1995 dönemine ait primlerden de sorumlu tutulması isabetli değildir." Aynı nitelikte 21. HD 03.06.2004, 1439-5391, 21. HD 06.04.2006 12840-3589.
- 20 HGK 19.02.2003, 10-75-82.
- 21 HGK 02.05.1997 21/111-378.
- 22 HGK 29.01.1992, 10569-24.
- 23 10. HD 13.04.1993, 11117-3693, Araslı C. 2 s.1136.
- 24 HGK 13.12.1989, 11/76-661.
- 25 HGK 12.06.2002, 10/487-508, 18.02.2004, 10/104-94.
- 26 HGK 26.04.2006, 21-198-249, 10.04.2001, 21/201-297, 24.03.2004, 10164-170.
- 27 21. HD 12.12.2006, 16774-15180.

KAYNAKÇA

- Araslı, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar Cilt 2, 2003 Ankara.
- Güzel, Ali Okur: Ali Rıza Sosyal Güvenlik Hukuku, 2003, 9. Basım, İstanbul.
- Saraç, Coşkun: İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, 1998, Ankara
- Tuncay, A. Can: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2000, 9. Basım.
- Arıcı, Kadir: Tüzel Kişi İşverenlerin Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerinin Prim Ödemeden Doğan İşverenleri ile Birlikte Müştereken ve Müteselsilen Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2006, S: 1 s.113-121.

Ercan TURAN

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Anayasa Mahkemesi'nin 2003/10 E., 2006/106 K., 23.11.2006 Tarihli Kararı Karşısında 506 Sayılı Yasa'nın 26. Maddesine Dayalı Rücuan Tazminat Davaları

Giriş

Anayasa Mahkemesi, 21.3.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 2003/10 E., 2006/106 K., 23.11.2006 tarihli kararıyla; 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işveren- den isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE karar vermiş; anılan düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu konusunu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götüren Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, iptal kararı sonrasında oluşturduğu içtihadında, "...26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirlerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktariyle sınırlı kısmının tazminine hükmedilebileceği... maddi zarar (Tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi, tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sa-

hiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu alacağından düşülmesine imkân bulunmadığı..." Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde halefiyet ilkesine dayalı olarak açılmakta olan bu tür rücu davalarının, "...iptal kararından sonra, kanundan doğan bağımsız rücu alacağına dönüşmüş olup, yasa maddesi bu haliyle yorumlandığında artışların istenilemeyeceği sonucuna ulaşılabileceği kuşku ve duraksamaya yer yoktur." gerekçelerine yer vermiştir.

Yazının amacı, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla oluşan değişikliğin, konuya ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararları ışığında değerlendirilmesi halinde; rücuan tazminat davalarının "yasadan kaynaklanan ve temelinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü halefiyet" ilkesinden uzaklaşarak ele alınmasına olanak bulunup bulunmadığının, özellikle usul kuralları yönünden incelenmesidir.

Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen cümle, 3395 sayılı Yasa ile getirilen bir düzenleme olduğundan, konunun tüm boyutlarıyla ele alınabil-

mesi, 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde anılan değişikliğin bulunmadığı döneme ilişkin yargısal yaklaşım ve öğretilerdeki görüşlerin irdelenmesini de zorunlu kılmaktadır.

Konunun Yargı Kararları Kapsamındaki Gelişimi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 506 sayılı Yasa öncesinde yürürlükte olan, 4772 sayılı, İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanun nedeniyle çıkan uyumsuzluklar nedeniyle oluşturduğu 1953/17 E., 1954/10 K., 31.03.1954 tarihli kararında, "Hallolunacak mesele 4772 sayılı Kanun'un otuzyedinci maddesi hükmünce İşçi Sigortaları Kurumu'nun iş kazalarında sigortalıya ve ölmüş ise kanuni hak sahiplerine sağladığı tazminat ve ödeneklerden dolayı işveren veya kazaya sebep olan şahıs aleyhine rücuan ikame ettiği tazminat davalarında sigortalının müterafık kusurunun tahakkuku halinde Borçlar Kanunu'nun kırkdördüncü maddesi hükmünün tatbiki lazım gelip gelmeyeceğini tayinden ibarettir.

Hususi Dairece 17.3.1952 tarih ve 1968/1475 adetli kararla belirtilen içtihat, hukuki prensiplere ve kanun hükümlerine uygun görülmüştür. Şöyle ki; sigortacı, ödediği sigorta bedeli nispetinde sigortalının yerine geçmiş ve onun kanuni halefi olmuştur. Bu itibarla sigortacı, sigortalının haiz olduğu hak ve yetkiler haricinde bir iddia dermeyan edemez. Haksız fiilden zarar gören sigortalının zararın faili veya istihdam eden aleyhine açtığı bir tazminat davasında hâkim, nasıl ki, Borçlar Kanunu'nun kırkdördüncü maddesi hükmünü tatbik yetkili ise, bir iş kazasından dolayı ödediği tazminat münasebetiyle sigortalıya halef olan İşçi Sigortaları Kurumu'nun rücu hakkını kullanarak ikame eylediği bu kabil tazminat davalarında da hâkim, sigortalının müterafık kusuru mevcut ise zikrolunan kırkdördüncü madde hükmünce müddeabih tazminat miktarını tenkis edebilir." sonucuna varmış; 1960/13 E.,1960/15 K., 29.06.1960 tarihli YİBBGK kararında ise, "4772 sayılı Kanun'un değişik 37 inci maddesi hükmü ile, iş kazası veya meslek hastalığının işverenin veya işveren vekilinin kastından veya İş Kanunu'nun işçilerin sağlığını koruma ve iş emniyeti hükümlerine aykırı hareketinden, yahut suç sayılan diğer fiilinden veyahut sigortalının işyerine ait işler dışında çalıştırılması yü-

zünden doğmuş olması halinde işçi Sigortaları Kurumu'na sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile, gelir bağlandığı takdirde bu gelirlerin sermaye değerlerini işveren veya vekilinden istemek hakkı tanınmıştır.

İşçi Sigortaları Kurumu'na tanınmış olan bu dava hakkı netice itibariyle (sigortacı durumunda bulunan İşçi Sigortalı Kurumu'nun sigortalı işçinin veya onun ölümü sebebiyle yardımından mahrum kalan ve Sigorta Kanunu gereğince sigorta tarafından kendilerine tazminat ödenen kimselerin işverene karşı Borçlar Kanunu veya İş Kanunu gereğince açabilecekleri tazminat davalarına) halef olma esasına dayanmaktadır; yani İşçi Sigortaları Kurumu bu davasını geçirdiği iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı neticesi zarar gören işçiye ve işçinin ölümü halinde hak sahiplerine, zararlarına karşılık ödediği veya ödeyeceği paraların tazmin ettirilmesi için, onlar yerine geçerek açmaktadır...

4772 sayılı Kanun'un değişik 37 inci maddesine göre İş Kanunu'na tâbi sigortalı işçinin veya İş Kanunu'na tâbi sigortalı işçinin ölümü ile onun yardımından mahrum kalanların halefi olarak İşçi Sigortalı Kurumu'nun işverene karşı açacağı tazminat davalarında iş mahkemelerinin vazifeli olduğu..." görüşüne yer verilmiştir.

4772 sayılı Yasa'dan kaynaklanan uyumsuzluklar nedeniyle oluşturulan ve Kurum'un rücu hakkının halefiyet ilkesine dayandığını belirleyen Yargıtay uygulaması, 506 sayılı Yasa'nın yürürlüğü sonrasında da aynı ilkeden hareketle çözüme ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen cümle, 20.6.1987 tarih, 3395 sayılı Yasa ile eklenmiş olup, 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde bu ibarenin bulunmadığı (iptal kararı nedeniyle tekrar dönüştüğü) eski haline ilişkin olarak, "Kurum ile sigortalı arasındaki ilişki, yasal ardalık(=kanuni haleflik) esasına dayanmaktadır. 4772 sayılı Kanun'un yürürlüğü sırasında ve o Kanun'un 37. maddesi dolayısıyla kurulmuş olan bu içtihat, 4772 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldıktan ve 506 sayılı Kanun yürürlüğe konulduktan sonra da sürdürülmüştür ve şimdi de sürdürülmektedir.

Bununla birlikte, İçtihadı Birleştirme Kararlarında öngörülen Kurum'un "sigortalının haiz olduğu hak ve yetkiler haricinde bir iddia dermeyan" edilemeyeceği yollu esas, Kurum'a Kanun'un yük-

lediği yardım ödeviyle bağdaşır şekilde anlaşılacak gerekir. Herhalde, bu konuda, maddenin konuluş amacı ile çelişen ve özellikle "suiistimal"lere açık kapı bırakan sert ve katı uygulamalardan kaçınılmalıdır. Örneğin, zarar gören işçi, işvereni bu zararlandırıcı olayın sonuçlarından ötürü ibra etmiş olsa, bu harcaması(=tasarrufu), yardım ödevini yerine getiren Kurum'un işveren aleyhine rücu davası açmasına engel teşkil etmez."¹, "Kurumun sigortalıya ve hak sahibi kimselerine yaptığı sosyal sigorta yardımlarını ödettirme hakkının ardalık(=haleflik) esasına dayanmasının bir başka sonucu da şudur: Kurum'un ödettirme hakkının en üst sınırı, sigortalının veya hak sahibi kimselerinin sorumlulardan isteyebileceği miktardır... Mahkeme, üst sınırın aşıldığı yönünü görevi gereğince ve kendiliğinden göz önünde tutmakla ödevlidir. Diyelim ki üst sınırın aşılması kuralı, sonradan yürürlüğe konulmuş yasalar gereğince artırılan gelirlere dayanan rücu davalarında da geçerlidir."² düşüncelerinin dile getirildiği ve uygulamada da, peşin sermaye değerli gelirlere oluşan artışların, gerçek zarar tavan sınırlaması dahilinde tazmini yoluna gidildiği görülmektedir³.

506 sayılı Yasa'nın uygulanmasına ilişkin olarak, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/1. maddesinde, sigortalı ve haksahiplerine bağlanan gelirlere meydana gelen her artışın ayrı bir olgu sayıldığı ve onay tarihi itibarıyla on yıllık zamanaşımına tâbi bulunduğu" yaklaşımı benimsenmişken; Hukuk Genel Kurulu'nun 29.1.1992 tarih ve 1991/549 Esas ve 1992/20 Karar sayılı ilamında; "Gelirlere meydana gelen artışlardan dolayı Kurum'ca açılacak davalarında, zamanaşımı süresinin işçi veya haksahiplerinin işveren aleyhine açacakları davanın zamanaşımı süresi kadar olacağı ve olay tarihinden başlayacağı kabul edilmesi nedeniyle ortaya çıkan içtihat ayrıklığının, içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istemi üzerine oluşturulan, 1992/3 E., 1994/3 K., 01.07.1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, çözümü gereken sorun, "... iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara, ya da hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan gelirlere, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, Sosyal Sigor-

talar Kurumu'nca 506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesi çevresinde, asıl sorumlulardan geri istenip istenemeyeceği, madde bağlamında açılan rücu davalarının hukuki dayanağının ne olduğu, diğer bir deyimle klasik halefiyete mi, yoksa kanundan doğan temelinde rücu hakkı bulunan (Suigeneris = Kendine özgü = nevi şahsına münhasır) halefiyete mi dayandığı, bu davaların tâbi olduğu zamanaşımının türü ve hangi tarihte başlayacağı ve özellikle zamanaşımının başlangıç tarihinin, sigorta olayının meydana geldiği tarih mi, yoksa sigortalı ve hak sahibine gelir bağlanmasını Kurum'un yetkili organının onayladığı tarih mi olması gerektiği..." biçiminde belirlendikten sonra, "...sigortalı, ya da hak sahiplerinin, söz konusu iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğradığı iş göremezlik ve destekten yoksunluk zararlarının giderimi için asıl sorumlular aleyhine açtıkları maddi tazminat davalarında, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun bu kişilere bağladığı yukarıda açıklanan gelirlerin ve gelir artışlarının peşin sermaye değerleri toplamı dikkate alınarak düşülmekte ve o davalarda, sigorta tahsisleri ile karşılanmayan zararların giderimi sağlanmaktadır. Diğer bir deyimle, o davalarda, asıl sorumlular, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ödemeleri nispetinde borçtan kurtulmaktadır. Böylece çalışma hayatının düzenli işlemesi, ekonomik yönden güçsüz olan sigortalıların iş hayatının risklerine karşı sosyal güvencesi sağlanmış olmaktadır. Aslında, iş kazası ve meslek hastalığı geliri ve onun artırılmış hali, iş kazası ve meslek hastalığından sorumlu olanların ödeyeceği ve gidereceği zarar bölümünden ibarettir...

506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde, bu konuda açıkça; "Kurum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamı işverene ödettirilir..." denilmiştir. Bu sözcükler, gayet kapsamlı ve çoğul sözcüklerdir. Çeşitli zamanlarda, değişik nedenlerle bağlanan tüm gelirleri ve gelir artışlarını kapsamaktadır. Maddede, gelir artışlarının nedenleri yönünden hiçbir ayırım yapılmamış, ödetme konusunda, kanun, kararname ve katsayı artışlarıyla gerçekleşen gelir artışı ödetilmez, öteki nedenlerle gerçekleşenler ödetilir şeklinde bir ayırım yapılmamış; istisnai bir kurala yer verilmemiştir...

Kaldı ki, aşağıdaki nedenlerden ötürü de, yukarıdaki yargıya ulaşmak zorunludur.

Bir defa, işverenin kusurlu eylemiyle oluşan iş kazası ve meslek hastalığı ile, gelir artışı arasında, uygun neden ve sonuç bağı vardır... işvereni, sırf prim ödedi diye, böyle eylemlerinden sorumsuz tutmak; ödeme yükümünden kurtarmak, hem böyle davranışlar göstermeyen işverenlerle eşitsizliğe, hem de işkazaları ve meslek hastalıklarını teşvik etme sonucunu doğuracağı belirgindir. Bu sonucu önlemek amacıyla, yukarıdaki eylemleri gerçekleştiren işverene, gelirlerin ve artışlarının ödenmesi yasal ilkesi kabul edilmiştir...

Öte yandan, işverenin açıklanan nitelikteki eylemleri sonucu sakatlanan veya ölen sigortalı ve haksahiplerine yardım etmek ve gelir bağlamak görevi Sosyal Sigortalar Kurumu'na kanunla yükletilmiştir. Anayasa'nın 65. maddesine göre Devlet, sosyal güvenlik yardımlarını, mali durumunun elverdiği ölçüde yapar. Başlangıçta, bu nedenle düşük ve yetersiz olan veya sosyo-ekonomik koşullara göre yetersiz kalan yardımlar, zaman içinde iyileştirilebilir. Bu, Anayasa'nın ve yasaların buyruğudur ve bu istikamette Kurum'a verilen görevin sonucudur. Bütün bu birbirine bağlı işlemler, işverenin kusurlu eylemleri nedeniyle gerçekleştiği için, rücu ödetilmesine imkân sağlanmıştır...

Öte yandan, 3395 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle, 26. maddeye getirilen tavanla sınırlı ödetme yöntemi dahi, artışların istenebileceğinin diğer bir kanıtıdır... Yasa koyucu, 3396 sayılı Kanun'la, Bağ-Kur Kanunu'nun 63. maddesine dayanan rücu davalarında, gelir artışlarının rücu tahsilini engellemiştir. Bunun hemen öncesinde kabul edilen 3395 sayılı Kanun'da ise, sosyal sigortalar alanında böyle bir engellemeye gitmemiş, rücu davalarına tavan sınırı getirmekle yetinmiştir... Gelir artışlarının, rücu tahsil davalarının, kanunun özel hükmünden doğan ve temelinde geri alma hakkı bulunan, kendine özgü nitelikte haleflik hukuki temeline dayandığı kabul edilmiştir.

Sonuç: İş kazası ile meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan gelirlerde; kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, 506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesi çevresinde sorumlulardan geri istenebileceği..." sonucuna varılmıştır.

Yargıtay uygulamasında, gelir artışlarının rücu tahsiline ilişkin davaların, halefiyetle güçlendirilmiş bir rücu hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine dayalı rücu tazminat davalarına egemen ilkeleri belirleyen ve yukarıda geniş özeti yer alan 01.7.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, peşin sermaye değerli gelirlerde katsayı artışları nedeniyle oluşan artışların istenebileceği konusunu, öncelikle maddede yer alan "Kurum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamı işverene ödettirilir..." ifadesine dayandırmış, bunun yanında birçok gerekçeyi daha sıraladıktan sonra, süregelen uygulamanın, 3395 sayılı Yasa ile getirilen tavan sınırlamasıyla da desteklendiği görüşünü dile getirmiştir.

Halefiyet İlkesi Yönünden Değerlendirme

Başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını, kanunda belirtilen hallerde ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesi⁴ olarak tanımlanan halefiyet kavramıyla; başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğindeki rücu hakkı karşılaştırıldığında; halefiyette alacaklının hakkının olduğu gibi devralınması, rücu ise alacaklıyı tatmin eden kişinin alacaklının hakkından bağımsız ve kendi şahsında doğan yeni hak elde etmesine bağlı olarak, zamanaşımı süresi ile alacağa bağlı hakların intikali konularında farklılık gözlenmektedir⁵. Ancak, alacaklı konumunu devralan kişinin borçludan isteyebileceği miktarın sınırı konusunda halefiyet ile rücu hakkı arasında bir fark bulunmamakta, her iki durumda da, alacaklıyı tatmin ölçütü belirleyici olmaktadır.

Yargıtay uygulamasında da, gelir artışlarının rücu tahsiline ilişkin davaların, "kanunun özel hükmünden doğan ve temelinde geri alma hakkı bulunan, kendine özgü nitelikte haleflik hukuki te-

meline dayandığı” belirtilerek, halefiyetle güçlendirilmiş bir rücu hakkı olduğu kabul edilmiştir. Kendine özgü haleflik tanımlamasıyla, zamanaşımı başlangıcının gelir bağlama kararının onay tarihi olarak alınması gereğiyle; Kurum’un rücu hakkını ortadan kaldıracak ibra, feragat gibi işlemlerin Kurum yönünden bağlayıcı olamayacağı ifade edilerek istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan iptal başvurusunda, “Doktrindeki ağır basan görüş, Kurum’un 26. maddeden doğan rücu hakkının Yargıtay’ın görüşü gibi halefiyet esasına değil “Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına” dayandığı, gelirlerdeki artışların Anayasa Mahkemesi’nin yorumu gibi işverenden istenemeyeceği yönündedir.” görüşüne yer verilmişse de; iptal kararı “...Anayasa Mahkemesi, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa’ya aykırılık kararı verilebileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden...” yaptığı incelemeyle sonuca varmıştır.

Halefiyet ile bağımsız rücu hakkı kavramlarının karşılaştırması ayrı bir inceleme konusu oluşturabilirse de, içtihadı birleştirme kararındaki kabul ve Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya çıkan durumun değerlendirilmesi kapsamında, bu konunun tartışılması yarar sağlamayacaktır.

Rücu Davalarının Yöneldiği Amaç

İşverenin Sosyal Sigortalar Kurumu karşısındaki sorumluluğunu düzenleyen 26. madde değişik amaçlara yöneliktir. Her şeyden önce, sigortalının uğradığı iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı nedeniyle yapılan sağlık ve parasal yardımların Kurumun malvarlığında meydana getirdiği eksikliği giderme amacı vardır. Ayrıca, “maddenin belirgin bir biçimde zararın Kurum’ca karşılanmasından dolayı sigortalı işçi ve onun işvereni arasında baş gösterecek çekişmeyi ve sürtüşmeyi önlemek gibi bir amacı da vardır.” çünkü iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan sigortalının ve hak sahiplerinin işveren aleyhinde dava açmaları, uğradıkları zararın Kurum tarafından tam olarak karşılanmaması durumunda söz konusudur.

Bununla birlikte, “asil amaç, geri planda gizlidir

ve hukuksal açıdan her şeyin öncesinde ve yücesinde bulunan kişinin canını ve sağlığını korumaya ilişkindir.” Bu yönüyle, işverenin sorumluluğu, sosyal güvenlik sistemlerinin önleyici işlevi çerçevesinde değerlendirilebilir.”

Gerçekten de, iş kazası veya meslek hastalığının maddede sayılan etkenler altında gerçekleşmesi, kusurlu davranışıyla iş kazasının gerçekleşmesine etkide bulunan işveren veya üçüncü kişilerin, insan yaşamının kutsallığı konusunda gerekli duyarlılığı göstermedikleri; emeğiyle geçinmek konumundaki kişilerin çalışma güçleri ve üretkenliklerinin korunması yönünde gerekli önlemleri almamalarının; özellikle işverenler açısından, işçinin sağlığını ve güvenliğini korumada yetersiz kalındığının göstergesidir.

Anayasa Mahkemesi, anılan karardaki iptal sonucuna varırken, “Kuralla, Kurum’ca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanması halinde bu gelirin Yasa’nın 22. maddesinde sözü edilen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere” bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K.1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’ndaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması esastır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa’nın 60. maddesinde “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğini sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”

Sosyal güvenlik kavramı, riskler nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini özelliği yanında ve buna daha üstün olarak, risklerin ortaya çıkmasını önlemek işlevini kapsamaktadır.

denilmektedir. Bu kurala göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise devlet için görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.

Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir." gerekçesine dayanmış olup; bu sonuca varırken sosyal güvenlik alanındaki düzenlemelere ilişkin birçok kararında devletin yükümlülük sınırlarını belirlemede kullanılan Anayasa'nın 65. maddesindeki, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." ölçütünü, kusurlu eylemleri bulunan işverenlerin tazmin sorumluluğuna ilişkin kural yönünden irdeleme gereği duymamıştır.

Sosyal güvenlik kavramı, riskler nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini özelliği yanında ve buna daha üstün olarak, risklerin ortaya çıkmasını önlemek işlevini kapsamaktadır. İşçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanmasında, devletin aktif bir tutumla bu alana en yüksek düzeyde müdahalesi gereği

de sosyal hukuk devletinin başta gelen gereklerindedir. "İşçilerin zararlarının sosyal güvenlik teşkilatı tarafından karşılanmasının işverenlerce prim ödenmesi nedeniyle değil de Anayasa tarafından yüklenmiş bir devlet ödevi olarak ortaya çıkmasının mantıki sonucu, işverenlerin prim ödemeleri nedeniyle kendilerini her türlü hukuki sorumluluğun dışında tutmalarının mümkün olmamasıdır... Söz konusu düşünceden hareketle, ne sigortaca karşılanmayan zararların işverenlerce giderilmesi ve ne de sigortanın yaptığı yardımlar nedeniyle rücu davası yoluyla işverenlere yönelmesi haklı bir gerekçeye dayandırılmaz."⁸

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu oluşan zarar nedeniyle açılan rücu davaları, öğretide de dile getirildiği üzere, salt Kurum malvarlığında oluşan eksilmenin giderilmesi amacına yönelik olmayıp, işverenler yönünden işçiyi gözetme borcunun eksiksiz olarak yerine getirilmesini sağlamak, işçi sağlığı ve iş güvenliği alanındaki kuralların uygulanması konusundaki duyarlılığı arttırarak, bu alandaki olumsuzlukların önlenmesi ve devletin sosyal güvenlik alanındaki anayasal yükümlülüklerini gerçekleştirme amacına yönelik davalar olarak ortaya çıkmaktadır.

İddia edildiğinin tersine, çağdaş batılı devletlerinin yasal düzenlemelerinde de, bu tarz rücu düzenlemeleri yer almakta⁹, "...kasd, ağır kusur ve bağışlanmaz kusur gibi kavramlara başvurularak işverenin hukuki sorumluluğunun bir ölçüde muhafaza edilmesinin kazaları önlemek amacına yönelik olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak işverenin sorumluluğunun böylesine dar bir çerçeve içinde muhafaza edilmesinin iş güvenliğinin amacına hizmet edemeyeceği, işverenleri işçiyi gözetme borcunu yerine getirmeye yöneltmeyeceği açıktır.

Nitekim, işverenin işçiyi gözetme borcundan doğan hukuki sorumluluğunu ancak dar sınırlar içinde geçerli sayan ülkeler de, iş güvenliğinin sağlanması kaygısıyla bu çerçeveyi giderek genişletmek ihtiyacını duymuşlardır.¹⁰

Ayrıca, Avrupa Topluluğu Üyesi Ülkelerde Yer Değiştiren Ücretli ve Ücretsiz Çalışanlar İle Bunların Aile Bireyleri ve Haksahiplerinin Sosyal Güvenliğine İlişkin 1408/71 Sayılı AET Tüzüğü¹¹ kapsamındaki düzenlemeler ve özellikle "Ödemeyi Yapmakla Yükümlü Kurumların Sorumlu Üçüncü Kişilere Karşı Hakları" başlıklı 93. maddesi, sosyal gü-

venlik kuruluşlarının, sağladığı yardımlar nedeniyle rücu hakkını, topluluk düzenlemesi olarak güvence altına almaktadır.

Toplumsal barış, çalışma yaşamında işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarının, en yüce değer olan insan yaşamı ve sağlığının korunduğu, çalışma yaşamındaki ilişkilerin de barışçıl olduğu ortamda gerçekleşebilecektir. Devletin aktif tavırla müdahalesinin zorunlu bulunduğu insan hakları kuşağında yer alan sosyal güvenlik hakkının, tazmin edici niteliği yanında, önleyici özelliğinin yaşama geçirilebilmesi, sosyal hukuk devletinin, çalışma yaşamına müdahalesini zorunlulu kılmaktadır. Ayrıca bu alandaki en ucuz yöntem de, insan yaşamına saygı gösterip, koruyucu önlemleri almaktır. Aksine yaklaşımla, risklerin oluşmasını bekleyip, bundan doğan ekonomik ve sosyal zararların tazmini yoluna gitmek, hem pahalı, hem de zararın tümüyle tazminini olanaksız kılan, aynı zamanda çağdaş olmayan bir yöntemdir.

Rücu tazminat davalarının yarattığı maliyet konusundaki şikayetlerin yoğun olarak ileri sürüldüğü kesimler incelendiğinde, bunların daha çok kayıt dışı istihdam ilişkileri içinde olan, aynı zamanda iş güvenliği önlemlerinin uygulanmamasından kaynaklanan kazaların yoğun olarak ortaya çıktığı ve kayıt içi alanla haksız rekabet içinde olan kesimler olduğu görülmektedir. Bilgi eksikliği, geleneksel ilişkiler ve denetim yetersizliği gibi nedenlerle, bu alandaki iş kazası ve meslek hastalıklarının oldukça düşük bölümü yasal koşullar içinde değerlendirilebilirken, bu konuda yaratılacak esneklik ve yükümlülük indiriminin, oluşan düşük düzeydeki duyarlılığı da yok etmesi güçlü bir olasılıktır.

Bu alandaki en büyük sorun, iş kazası ve meslek hastalıklarının oluşumundaki etkenler ile kusurlu davranışların tespitinde, bilimsel yöntemlerle yapılan incelemeler sonucunda elde edilen nesnel verilerin bulunmayışı; sorumluluk oranlarının belirlenmesinde, benzer durumlardaki sorumlulukların biri birinden oldukça farklı düzeylerde ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle, bu alanda inceleme yapan her düzeydeki yetkili ve bilirkişilerin konuya ilişkin yasal ve bilimsel bilgilerle donanması; sorumlulukların belirlenmesinde de, çağdaş ölçütler ışığında geliştirilmiş, nesnel yaklaşımların egemen kılınması şikayetleri yok edebilecektir. Peşin sermaye değerli gelirlerde oluşan değişimin tazmin so-

“İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.”

rumlusuna yansıtılmaması yaklaşımı, sosyal güvenlik kuruluşunun bu alandan çekilmesine yol açmakla birlikte, sigortalı ile tazmin sorumlusu arasındaki hesaplaşma devam edecek, sosyal güvenlik kuruluşunun tazmin etmediği miktar da sigortalı tarafından maddi tazminat davasına konu edilecektir. Maddi tazminattan yapılacak eksiltme ise sebepsiz zenginleşmeye yol açabilecektir. Bu nedenlerle, sorunun çözümü, tazmin yükünden çok, bu davaların sıralanan amaçlarını gözetken arayışlara girmekten geçmektedir.

İçtihadı Birleştirme Kararının Bağlayıcılığı

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi, “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” düzenlemesini içermekte olup, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ve kaldırılması için de maddede belirtilen yöntemin uygulanması gereğini öngörmüştür. Anılan düzenlemenin yorumunu içeren yargı kararlarında ise, “...İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” Bu hükümlerin taşıdığı anlam, içtihadı birleştirme kararlarının adliye mahkemeleri için benzer hukuki konularda adeta objektif hukuk kuralı niteliğinde bulduklarıdır.” (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 26.01.1990 T.,1988/5 E., 1990/1 K.), “...kural olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile aydınlatıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır. Bunun için benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.05.2002 T., 2002/3339 E., 2002/5822 K.) görüşlerine yer verilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi konusunda düzenleme içeren ve yukarıda geniş özetleri verilen içtihadı birleştirme kararlarının tarihleri, içerikle-

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen cümle, tavan sınırlaması getiren bir düzenleme olup, halefiyet konusundaki kabulün dayanağı değildir.

rindeki irdelemeler ve vardıkları sonuçlar incelendiğinde; 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinden kaynaklanan rücu davalarının halefiyet ilkesine dayanılarak, Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen ifade etken olmadığı gibi, halefiyet ilkesinin kabul edilip geliştirildiği dönemde, 3395 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemenin dahi mevcut olmadığı görülmektedir.

1992/3 E., 1994/3 K., 01.07.1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nda ise, "Öte yandan, 3395 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle, 26. maddeye getirilen tavanla sınırlı ödetme yöntemi dahi, artışların istenebileceğinin diğer bir kanıtıdır..." ifadesiyle, artışların istenebileceği konusunda özellikle, maddede yer alan "Kurum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamı işverene ödettilir..." düzenlemesinden hareketle varılan sonucun teyidi sağlanmıştır.

3395 sayılı Yasa ile getirilen ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen cümle, tavan sınırlaması getiren bir düzenleme olup, halefiyet konusundaki kabulün dayanağı değildir. Ayrıca iptal başvurusunda da belirtildiği üzere, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı işverenden alınır." yönündeki düzenlemenin iptaline ilişkin başvuru nedeniyle verdiği 1975/198 E., 1976/18 K., 18/3/1976 tarihli kararı ile 26. maddenin ilk fıkrasındaki "ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile," ibaresinin iptali başvurusu nedeniyle verdiği 1982/4 E., 1983/17 K., 20/12/1983 tarihli kararda,

"... iş kazası sonucunda ölen bir işçinin hak sahiplerine kesin olarak bağlanan gelirden, ekonomik ve sosyal bazı nedenlere dayanarak sosyal hukuk devletinin gereklerinden olan sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak maksadı ile yasa ile sonradan artırma yapılmasının, 26. maddenin birinci fıkrasında "ve ileride yapılması gerekli bulunan" biçiminde yer alan kuralın kapsamı dışında kaldığı ve bu niteliğiyle itiraz konusu hükmün Anayasa'ya uygun bulunduğu sonucuna varıldığından itiraz reddedilmelidir." sonucuna varmıştır. Ancak, 01.7.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu kabul edilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcı olmadığı da belirtilerek artışların istenebileceği sonucuna varmıştır.

Sıralanan veriler ışığında bakıldığında, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu bağlanan peşin sermaye değerli gelirlerde oluşan artışların tazmin sorumlularından istenebileceği sonucuna varan 1992/3 E., 1994/3 K., 01.07.1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı; 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine 3395 sayılı Yasa ile eklenen ve tazmin borcu yönünden uygulamada yerleşmiş tavan sınırlamasına hukuksal dayanak oluşturan düzenlemeden hareket etmemiş olduğundan, anılan cümlenin iptali, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın yasal dayanağını ortadan kaldırmadığı için, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması yolundaki yöntem işlemediği sürece anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bağlayıcılığını koruduğu; Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya çıkan durumdan hareketle, peşin sermaye değerli gelirlerde oluşan artışların istenemeyeceği çözümüne ulaşılmasına olanak bulunmadığı kanısındayım.

Sonuç

Ayrıntıları verilen Anayasa Mahkemesi kararları ile konuya ilişkin içtihadı birleştirme kararları incelendiğinde; Kurum'un rücu hakkının halefiyet ilkesine dayandığı ve peşin sermaye değerli gelirlerde oluşan artışların rücu tazmininin istenebileceği konusundaki içtihadı birleştirme kararları, 3395 sayılı Yasa ile eklenen, "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." düzenlemesinden hareketle sonuca varmadığından, bu düzenlemenin iptali de

içtihadı birleştirme kararının bağlayıcılığını ortadan kaldırmamıştır. Ancak, içtihadı birleştirme kararlarıyla getirilen çözümlerin, çağdaş gelişim ve hukuk alanındaki yeni yaklaşımlara uyarlanması amacıyla öngörülmüş olan çözüm yollarının işletilmesi olanağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu konuda yapılacak değerlendirmelerde, sosyal güvenliğin toplumda yaygınlaştırılması ve tazmin özelliğinden daha önde olması gereken önleyici özelliğinin önemi üzerinde durularak, kusura dayalı tazmin sorumluluğuna yönelik değerlendirmelerde, işçiyi gözetme borcuyla yükümlü işvereni, bu konuda özenli davranmaya yöneltecek, bu alandaki duyarlılığı artıracak yaklaşımlar gösterilmelidir. Aksi yöndeki uygulamalar, tüm değerlerin üzerinde olan insan yaşamına saygı konusunda büyük çabalarla geline nokta geriye götüreceği gibi, tazminatın caydırıcılığı özelliğini de ortadan kaldırarak sosyal devlet ilkesini aşındıracaktır.

Konunun tartışılmasında genellikle 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesindeki düzenlemenin "yardımların ilk peşin değeri için" rücu olanağı tanınmış olmasının eşitsizlik yarattığı ileri sürülmekteyse de; anılan maddenin iş kazası ve meslek hastalığı yönünden yapılan yardımlar konusunda herhangi bir sınırlama getirmeksizin, üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile Kanunda sayılan yardımların yapılması hali için geniş kapsamlı bir rücu olanağını öngördüğü ve bu alandaki sigortalılar kendi nam ve hesabına serbest çalışan kişiler olduğu için, işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları yönünden bir ihlal bulunmadığı yönleri gözden kaçırılmaksızın bir karşılaştırma yapılmalıdır.

Diğer bir açıdan bakıldığında ise, sigortalı veya haksahiplerince açılan maddi tazminat davalarında belirlenen gerçek zarar tavan değerlerinden mahsup edilecek sigorta tahsislerinin peşin değerine ilişkin miktar, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki tazminat sınırlamasını tazmin sorumluları yönünden anlamsız kılacak veya sebepsiz zenginleşmeye yol açacaktır. Her iki durum da, sigortalı nedeniyle hiç prim tahsil edilmemiş olması halinde dahi her tür sosyal güvenlik yardımını, anayasal yükümlülük gereği sağlayan Kurum'un, zararını tazmin edememesi sonucuna yol açacağı gibi; bağlanan peşin sermaye değerli gelirlerin güncel koşullara uyarlanması konusundaki illiyet bağının gözardı edilmesine yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesi, "...gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir..." değerlendirmesini yapmış olup; inceleme münhasıran 506 sayılı Yasa'nın 26. maddenin birinci fıkrasıyla sınırlıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve öğretide yasal halefiyetin klasik örnekleri arasında yer alan, "İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir." düzenlemesinin, iptal kararı ve sonrasında geliştirilecek uygulamadan etkilenmesi olanağı bulunmaktadır.

Yine bu kapsamda olmak üzere, 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesine dayalı sorumluluk hali için, "...26. maddenin 1. fıkrasında, "her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanmışsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir." hükmü getirilmiştir. Böyle bir sınırlama 26. maddeye ilk defa 3395 sayılı Yasa ile ve bu konudaki boşluğu dolduran Yargıtay içtihatlarından esinlenerek dahil edilmiştir. Yasa koyucunun aynı değişikliği 10. maddede yapmamış olması, bu maddeye göre açılan davalara sınır tanımadığı anlamına gelmez. Öte yandan, 10. maddenin amaca yönelik yorumlanmasından bu maddeye göre açılan davaların sınırsız şekilde süreceği sonucu çıkmamaktadır. O itibarla, kusursuz sorumluluğu öngören 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26. maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun düşeceği açıktır." çözümünün geliştirildiği Yargıtay uygulamasının da 10. maddenin "...sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22 nci maddede sözü geçen tarifeye göre hesabedilecek sermaye değerleri tutarı, 26 ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir." düzenlemesindeki "ayrıca ödettirilir" sözcükle-

rinin amacına açıklık getirilerek yeniden oluşturulma zorunluluğu vardır. Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerçek etkisinin 10. maddeye dayalı sorumluluk alanında, tavan sınırlamasının kalkmasıyla oluştuğunu söylemek abartılı bir yaklaşım olarak nitelenemeyecektir.

506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde özellikle işverenin sorumluluğu yönünden öngörülmüş olan kavramlar, bu konudaki bilimsel veriler, işçi sağlığı ve iş güvenliği alanındaki çağdaş gelişim ve düzenlemeler ışığında yorumlanıp, nesnel ilkeler ortaya konulduğu ve sorumluların kusurluluk hallerinin tespitinde bu ilkelere uygun inceleme yöntemlerinden yararlanılarak sonuca varıldığı takdirde, bu alana ilişkin belirsizlikler giderilebilecek; denetim mekanizmasının etkin olarak işletilmesiyle de iş kazası ve meslek hastalığına yol açacak koşullar ortadan kaldırılabilecektir. Çağdaş sosyal güvenlik anlayışının önleyici boyutu bu yolla yaşama geçirildiği takdirde, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin tartışmalar önemini yitirecek, tazmini gereken durumlar ise taraflarca kabul edilebilir çözümlere ulaşacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, sh.188.
- 2 age., sh.203-204.
- 3 age., sh. 239: "a-aa) Sosyal Sigorta yardımında bulunan Kurumun önceki rücu alacağı davasında bağladığı gelir peşin sermaye değeri ve yaptığı masraf tutarı ile sigortalının (veya hak sahiplerinin) işverenden elde ettikleri tazminat miktarı toplamı sayet işverenin sigortalının (veya hak sahipleri) zararlarına karşı ödemekle sorumlu bulunduğu paranın altında ise, Kurum zamanaşımı süresi içinde bulunmak ve aradaki farktan çok olmamak üzere, yeni Yasanın öngördüğü artış farkını istemek hakkına haizdir (Yg. 10. HD, 1180/1342; HGK, 14.6.1978, 37/663); bb) Zararlandırıcı Sosyal Sigorta olayı nedeniyle Kurumca gelir bağlanmasından sonra yürürlüğe giren ve gelirlerle sair Sosyal Sigorta yardımlarını artırıcı nitelik taşıyan yasalar uyarınca yapılan yardımların da -zamanaşımı hudutları içerisinde olmak ve haleflik ilkesi çevresinde sigortalı veya hak sahiplerince işverenden istenebilecek miktarları aşmamak üzere-, rücu alacağına konu edilebileceği Yargıtayın ve Dairemizin yerleşmiş görüşleri gereğidir (Yg. 10. HD, 16.3.1982, 1352/1575);...d - Kat sayısının 16'dan 25'e çıkarılması ve 7/17515 sayılı Kararnamenin uygulanması nedeniyle hak sahibi D'ye bağlanan gelirlerdeki artış, yeni bir olay olup,.. tavan aşılmamış, zamanaşımı da söz konusu bulunmamış olduğuna göre, (Kurumun gelirdeki artışa ilişkin bu) isteğinin hüküm altına alınması gerekir. (Yg. 10. HD, 17.6.1982, 2882/3094)."
- 4 Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, sh. 7.

- 5 age., sh. 13-15.
- 6 Bağımsız rücu hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz., Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu ve Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 2. Baskı, sh. 554-596.
- 7 Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2002, sh. 229.
- 8 Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, sh. 206-208.
- 9 Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, sh.63-84.
- 10 Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, sh.207-208.
- 11 H. Şadi Ekdemir, Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları, TİSK Yayın No:257, Ankara 2005.

Abdurrahman DURAN

Kadıköy 1. İş Mahkemesi Hakimi

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespiti Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi

506 sayılı Yasa'nın 79. maddesinin başlığı "Prim Belgeleri" adını taşımakta olup, 18 fıkradan oluşmaktadır. Bu madde çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler ve fıkralar eklenmek suretiyle bu günkü halini almış bulunmaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yasanın kendisine yüklediği görevler nedeni ile sigortalı ve hak sahiplerine yapması gereken yardımları yapabilmesi için bazı bilgi ve belgelere ihtiyacı olduğu açıktır. Bunun içinde ülkede çalışan sigortalıların kayıt altına alınmasının, kimin hangi işveren yanında çalıştığının, ne kadar ücret aldığı belirlenmesi ve Kurumun bu bilgi ve belgeler doğrultusunda sigortalılara ve hak sahiplerine bu yardımları yapabilmesi gerekmektedir. Yasanın 10. fıkrası, inceleme konumuz olan ve uygulamada hizmet tespiti davası olarak bilinen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalıların bu çalışmalarının yargı yolu ile tespitini düzenlemektedir. Ayrıca Yasanın 79. maddesinin ek 2 ve 3. fıkraları ile 10. maddeye paralel olarak sigortalıları koruyucu

ve kayıtsız çalışmaları önleyici hükümler konulmuştur.

Yasa koyucu bu madde ile gerek işveren, gerek Kuruma gerekse sigortalıya bazı hak ve yükümlülükler getirmiştir. Kurumun yardımlarının kaynağı olan primlerin tahsili için bazı tedbirler getirmiştir. Bildirimsiz çalışan işçilerin 506 sayılı Yasa'nın "Çalıştırılanlar, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olurlar" hükmü doğrultusunda 79/10 maddesinde bu şekilde olanlara bildirimsiz çalışmalarının tespitini mahkeme yoluyla istemesine olanak tanımıştır. Bu yazımızda 506 sayılı Yasa'nın 79. maddesinin 2-3-10. fıkrasındaki uygulamada adı HİZMET TESPİTİ davası olan bildirimsiz çalışmaların mahkeme yoluyla tespitine dair hükümlerinin yasa hükümleri, uygulama ve yargı kararları doğrultusunda değerlendirilmesine çalışılacaktır.

506 sayılı Yasa'nın 79. maddesine 25.08.1999 tarihinde 4447/11 maddesi ile eklenen 2. fıkra ile "Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz

günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim bildirgelerine eklenmesi şarttır.” hükmü getirilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 79. maddesine aynı tarih ve aynı sayılı yasa ile eklenen 3. fıkrası ile de “Sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin Kuruma verilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelerle ait primler Kurumca re'sen tahakkuk ettirilerek 80. madde hükümlerine göre tahsil olunur. Uygulamanın usul ve esasları altı ay içinde yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 79. maddenin 10. fıkrası ise “Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır.” hükmünü içermektedir. Bu hükümler doğrultusunda hizmet tespiti davaları yönünden öncelikle davanın taraflarının belirlenmesi gerekmektedir.

DAVANIN TARAFLARI VE HUSUMET

Hizmet tespiti davalarının genel olarak davacısı sigortalı çalışan işçidir. Ancak sigortalı ölmüş ise dava açma hakkı mirasçılara ait bulunmaktadır. Sendikalar Yasası'nın 32/3 maddesine göre sigortalının sendikalı olması durumunda sendikanın da sigortalı adına hizmet tespiti davası açma hakkı bulunmaktadır.

Hizmet tespiti davasının davalısı işveren ve verilecek hükmü infaz edecek olan Kurumdur.

Sigortalının çeşitli işverenler yanında çalışması durumunda tüm sigortalıyı çalıştıran işverenlerin davalı sıfatını almaları gerekmektedir. Bunlar gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilirler. Tüzel kişi olmaları durumunda hepsinin ayrı ayrı davalı olması zorunludur. Şayet sigortalının dava dilekçesinde gösterilen davalı işyerinden başka işyerlerinde çalıştığının gelen kayıtlar doğrultusunda belirlenmesi durumunda sosyal sigorta hakkının kamu düzenine ilişkin bulunması, dava ekonomisi ve davacı olan sigortalının durumu nazara

alındığında sigortalının tekrar tekrar dava açmasının önüne geçilmesi yönünden bu işyerlerine de davayı, harcı alınmak suretiyle yöneltmesi için davacıya süre verilip, bu davalıların da delilleri toplandıktan sonra davanın kanıtlanması durumunda tüm süre için çalışılan işyerlerindeki çalışma süreleri belirlenmek suretiyle tespate karar verilmelidir.

Davalı gerçek kişiler yönünden adi ortaklık söz konusu olması durumunda ise tüm ortaklara davanın yöneltmesi gerekmektedir. Zira adi ortaklık iştirak halinde mülk hükümlerine tâbi olduğundan tüm ortakların taraf olmasını gerektirmektedir. Bir ortak hakkında açılıp verilen hüküm diğer ortakları bağlamayacağından sigortalı yönünden olumlu ve infazı mümkün bir karar olmayacaktır.

Sigortalının çalıştığı işyerlerinin tüzel kişi olması durumunda tüzel kişilerin pasif husumet yönünden durumun incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi tüzel kişiler gerçek ve kamu tüzel kişileri olmak üzere iki grup halindedir. Kamu tüzel kişileri yönünden, kuruluş yasalarında tüzel kişiliği kimin temsil edeceği açıktır. Ancak, kuruluş yasalarında, avukat olmayan yerlerde herhangi bir organın tüzel kişiliği mahkemelerde temsil yetkisinin verilmesi mümkün olabilir. Örneğin, Bölge Müdürü, Şube Müdürü, İşletme Müdürü gibi kimselere bu yetkinin verilmiş olması halinde temsil yetkisi bunlara aittir. Ancak böyle bir yetkilinin gelmesi durumunda kendisinin bu yetkiye sahip bulunduğu dair belgeyi mahkemeye sunması gerekmektedir.

Uygulamada genellikle sigortalılar tarafından açılan davalarda kamu tüzel kişiliği yerine şubelere veya başka bir organ aleyhine dava açıldığına rastlanmaktadır. Bu durumda yukarıda açıklandığı gibi davanın mahiyeti ve davacının durumu nazara alınarak davanın sıfat yokluğundan dolayı reddine karar vermek yerine, temsilcide yanılma nedeni ile davanın tüzel kişiliğe tebliğinin yapılarak davaya devam edilmesi gerekmektedir. Aynı husus gerçek tüzel kişilerde de görülmektedir. Burada davalar genellikle sigortalının devamlı muhatap olduğu işveren adına, ortaklarına, genel müdüre veya işletmeyi yönetmekte olan kişi adına açılmaktadır. Bu durumda da yukarıda açıklandığı gibi temsilcide hata nedeni ile dava dilekçesinin gerçek tüzel kişiliğe tebliğinin sağlanmak suretiyle davaya devam edilmesi gerekir.

Hizmet tespiti davasının tarafları yönünden genellikle davacısının sigortalı olmasına karşılık bazen de işveren olabilir. Örneğin normal denetim veya şikâyet üzerine işyerinde sigorta müfettişleri veya yoklama memurları tarafından yapılan inceleme sonunda sigortasız olarak çalıştıkları tespit edilen işçiler hakkında tanzim olunan raporlar nedeni ile re'sen tanzim edilen sigortalılık işlemleri sonucu işveren tarafından bu işlemin iptali ve re'sen sigortalı yapılanların bu durumlarının iptali davalarında ise, davacı gerçek kişi veya tüzel kişilik, davalı ise Kurum ile birlikte sigortalı olarak gösterilen işçilerdir.

İşyerinin devir olması halinde ise husumetin gerçek kişi ve tüzel kişi yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Gerçek kişi işyerinde çalışan sigortalının işyerinin devrinden sonra açacağı hizmet tespiti davasının devreden eski işveren hakkında açması gerekmektedir. Devirden sonra çalışma devam etmiş ise davanın her iki işveren karşı birlikte açılması gerekir. Davanın devir alan işveren hakkında açılması durumunda, davanın husumetten reddedilmeyip devreden işverene yöneltilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekmektedir.

Sigortalının hizmet tespiti davası açtığı işyeri tüzel kişilik ise ve tüzel kişilik ortadan kalkmış ise davacıya tüzel kişiliğin ihyası için ticaret mahkemesinde ihya davası açması için süre verilerek ihya davası sonucunda davanın ihya edilen tüzel kişiliğe yöneltilmek suretiyle yürütülmesi gerekmektedir. Tüzel kişiliğin isim veya nev'i değiştirmesi durumunda devir söz konusu olmadığından davanın, isim veya nev'i değiştiren işveren hakkında açılarak sürdürülmesi gerekmektedir.

Hizmet tespiti davasının taraflarının küçük veya vesayet altında bulunması halinde ise temsil yetkisi küçük ise veli, vesayet altında ise vasi tarafından kullanılmalıdır. Veli tarafından açılan veya hakkın da açılan davalarda izin kararına gerek bulunmamaktadır. Ancak davanın vasi tarafından açılması veya vasi aleyhine açılması halinde vesayet makamından husumete izin belgesi alınması ve davaya husumete izin belgesinin alınmasından sonra devam edilmesi gerekmektedir.

Tüzel kişilerin muhtelif şubelerinin bulunması halinde, HUMY.'nin 17. maddesine göre şubelerin kendi işlemlerinden kaynaklanan davalarda şube-

nin bulunduğu yer mahkemesinde şube hakkında dava açılabilir. Tüzel kişiliğin açmış olduğu şubenin tüzel kişiliği yoksa dava şubenin bağlı bulunduğu tüzel kişilik aleyhine açılmalıdır. Ancak şubenin tüzel kişiliği mevcut ise dava bu şube aleyhine de açılabilir.

HİZMET TESPİTİ DAVASININ KOŞULLARI

506 sayılı Yasa'nın 2. maddesi:

“Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.

10/07/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının korunması hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan Koruma Bekçileri bu kanuna tâbidir.

(Ek Fıkra: 29/07/2003-4985/25 Md.) Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında yalnız iş kazası ile meslek hastalıkları, analık ve hastalık sigorta kolları uygulanır. Ancak bunlar istekleri halinde bu kanunun 85. maddesinde öngörülen şartları taşımaları kaydıyla isteğe bağlı sigortalı olabilirler. Bu şekilde çalıştırılanların işvereni Ceza İnfaz Kurumları ile tutukevleri İş Yurtları Kurumu, işveren vekilleri Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri iş yurtlarının sorumlu müdür ve amirleridir.

Bu kanunda belirtilen Sosyal Sigorta yardımlarından sigortalılar ile bunların eş ve çocukları ve sigortalıların ölümlerinde bu kanuna göre hak sahibi olan kimseleri yararlanır.” hükmünü içermektedir.

Yasanın 6. maddesinde ise:

“Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olurlar.

Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihte başlar.

Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez.

Sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükmün getirilmesinin amacı sosyal güvenlik hakkının Anayasa'nın 60. maddesi ile güvence altına alınan temel insan hakları olmasından kaynaklanmaktadır.

Çalışanların, çalıştıkları süre içinde çalışmalarının noksan gösterilmesi veya hiç gösterilmemiş bulunması halinde işten çıkarılmak korkusu ile bu tür davaları açmamaktadırlar. İşten ayrıldıktan sonra ise bildirim yapıldığını düşünerek kayıtları kontrol etmemekte, böylece bu noksanlıklar yıllar sonra sigortalının emeklilik zamanı geldiğinde Kuruma yaptığı başvuru ile ortaya çıkmaktadır. Böylece sigortalı senelerce çalıştığını ve yaşlılık aylığı almaya hak kazandığını düşünerek Kuruma yaptığı başvuru sırasında, çalışmalarının Kuruma bildirilmediğini veya noksan bildirildiğini ve yaşlılık aylığı almaya hak kazanmadığını öğrenmekte ve mağdur duruma düşmektedir. İşte, sigortalıların bu mağduriyetinin önlenmesi amacı ile yasaya söz konusu hüküm konulmuş ve sigortalılara bu çalışmalarını tespit ettirme imkânı tanınmıştır.

Yukarıda açıklanan davanın tarafları ve hususları konularından sonra bu bölümde davanın koşullarının belirlenmesi gerekmektedir.

Bildirimi yapılmayan veya noksan bildirim yapılan sürelerle ait çalışmalara ilişkin dava koşullarının çeşitli alt bölümler halinde belirlenmesi gerekmektedir.

1- Sigortalı Sayılma Koşulu

Öncelikle bu tür davalar sigortalı niteliğini kazanmış olanlar ile bunların ölmüş olması halinde hak sahipleri tarafından açılabilir. Ancak bu kimselerin yine yasanın 3. maddesinde belirtilen istisnalara girmemesi gerekmektedir. Bu maddede sayılanlar sigortalı olamazlar ve bu nedenle hizmet tespiti davası açma hakları da bulunmamaktadır.

Yasanın 2. maddesinde sigortalı sayılanlar belirtilmiş olup, ek fıkrada belirtilen kimselerin ise sigortalılıkları bazı sigorta kolları için kabul edilmiştir. Bu kişilerin diğer sigorta kolları hakkında fıkra hükmü gereğince işlem yapmaları gerekmektedir.

Yasanın 2. maddesinde belirtilen sigortalı sayılanlar yönünden Ek 10. madde ile (29/06/1978 tarih-2167/14 madde ile)

“Bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar bu kanun hükümlerine tâbidirler.

Yukarıdaki fıkrada sayılan uğraşı alanlarına

kimlerin gireceği, diğer ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşların görüşleri de alınmak suretiyle Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm ve Tanıtma Bakanlıkları tarafından birlikte saptanır.” hükmünün getirilmesi ile söz konusu kimseler de bu yasa kapsamı içine alınmıştır.

Ek madde 13- (29/6/1978-2167/14) “1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda belirtilen genel kadınlar da bu kanun hükümlerine tâbidirler. Bu kimseleri çalıştıranlar bu kanuna göre işveren sayılırlar.” hükmü ile de genel kadınlar bu kanun kapsamına alınmışlardır.

Ek 10 ve Ek 13. madde gereğince bu maddede sayılanların da söz konusu çalışmaları yönünden tespit davası açma hakları bulunmaktadır.

Kanun koyucunun Ek 10 ve Ek 13. maddeleri yasanın 2. maddesi ile yakından ilgili bulunmasına rağmen neden ek maddelerde düzenleyip ek maddelerde bıraktığını anlamak da mümkün değildir. Yasanın 2. maddesine 29.07.2003 tarihinde 4958 sayılı Yasa ile eklenen Ek fıkra bazı istisnaları taşımaya rağmen maddeye ek olarak konulmuştur. Ek 10 ve 13. maddeler istisna taşımayıp açık olarak maddede belirtilen kişileri sigortalı kapsamına almış bulunduğu, görüşümüze göre bu ek maddelerin yasanın 2. maddesi ile yakından ilgili olduğundan madde içine alınması gerekmektedir.

506 sayılı SSK 29.08.1964 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yasanın 142. maddesine göre, yasanın 2-3 ve konumuz olan 79. maddesi 01.02.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun uygulanma alanını belirleyen geçici 1. maddesinde ise kanunun hangi yerlerde ve hangi tarihlerde uygulanabileceği hususu Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Bakanlar Kurulu Türkiye genelinde il il kanunu çeşitli tarihler de uygulamaya koymuş ve ilk uygulama 01.09.1965 tarihinde son uygulama ise 01.04.1971 tarihinde olmak üzere bitirilmiştir. Bu nedenle sigortalı olma koşulunun yasanın 2 ve 3. maddeleri doğrultusunda ayrıca Bakanlar Kurulunun sigortalının çalışmalarının tespiti talep ettiği ili kapsama alma tarihine bakılması gerekmektedir. Geçici 1. maddesinin uygulanması 1971 yılında sona ermiş bulunduğu artık bu tür uyumsuzluklara rastlamak mümkün olmadığı gibi, Kuruma yapılmış bir bildirim yoksa zaten hak düşürücü süre dolmuş bulunmaktadır.

2- Yönetmelikte Belirtilen Belgelerin Verilmemesi Koşulu

506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine göre hizmet tespiti davasının konusunu teşkil eden ve yönetmelikte tespit edilen belgeler, Aylık Sigorta Primleri Bildirgesi, Dört Aylık Sigorta Primleri Bildirgesi ve Sigortalı Hesap Fişi'dir. İşe giriş ve işyeri bildireleri de Kuruma verilmesi gereken belgelerdir. İşveren tarafından bu belgelerin Kuruma verilmemiş olması veya verilen bu belgelerin Kurum tarafından kabul edilmemiş olması halinde sigortalının bu tür davayı açma hakkı bulunmaktadır.

4447 sayılı Yasa ile 79. maddeye eklenen 2 ve 3. fıkralar ile sigortalılar lehine hükümler getirilmiştir. Bu fıkraların yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önceki dönemde işverenlerin sigortalının ay içinde 30 günün altında çalışmasının bulunması halinde bunu Kuruma bildirme zorunlulukları yoktu. Ancak 01.01.2000 tarihinden itibaren sigortalının ay içinde 30 günün altında çalışması durumunda ve prim bildirelerinde sürenin bu şekilde gösterilmesi halinde işverenin buna ait bilgi ve belgeleri bildirelere eklemek zorundadır. Bu belgelerin verilmemesi veya verilen belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde 30 günden az gösterilen sürelerle ait primler Kurumca re'sen tahakkuk ettirilerek yasanın 80. maddesine göre işverenden tahsil edilecektir. Ancak uygulamada Kurumun söz konusu fıkrayı yasanın kendisine verdiği yetki doğrultusunda kullanmadığı ve bu nedenle sigortalıların söz konusu noksan sürelerin tamamlanması için dava açtıkları görülmektedir. Bu nedenle Kurumun söz konusu yasanın amir hükmünü uygulamada özen göstermesi ve sigortalının dava açmak mecburiyetinde kalmasına sebebiyet vermesi gerekmektedir.

3- Çalışmaların Kurumca Saptanmamış Olması

Dava açmanın diğer bir koşulu ise, sigortalının çalışmalarının Kurumca tespit edilmemiş olmasıdır. Şayet sigortalının çalışmaları Kurumca tespit edilmiş ise davacının bu tür davayı açma yönünden hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu durumda ancak noksan bildirim varsa bu yönden dava açma hakkının bulunduğu kabulü gerekmektedir.

4- Hak Düşürücü Süre Koşulu

Maddede dava açma süresi hak düşürücü süreye bağlanmış olup bu süre çalıştıkları yılın sonundan başlamak üzere 5 yıldır. 5 yıllık sürenin geçmiş olması durumunda artık bildirimsiz çalışmaların tespiti için sigortalının dava açma hakkı düşmektedir.

Söz konusu bu 5 yıllık hak düşürücü süre yasanın 6. maddesindeki "çalışanlar işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olurlar" ve devamındaki "sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez" hükmü ile açık olarak çelişmektedir. Yasa koyucu hem sigortalı olmak hakkından kaçınılmayı ve vazgeçilmeye yasaklamış iken, çalışanın belli bir süre geçtikten sonra bu hususta dava açmasını engelleyen bir hükmü yasaya koymasını anlamak mümkün bulunmamaktadır. Yasanın 9. maddesinde çalışanları Kuruma bildirme görevi işverene yüklenmiş olup, Sosyal Sigortalar Kurumuna da bu hususu denetleme ve gereğinde söz konusu belgeleri vermeyenler ile primlerini ödemeyen işverenleri denetleme yetkisini vermiş, ayrıca 79. maddede 4447 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle noksan bildirimlere ait belgelerin ibraz edilmemesi halinde re'sen bu noksan olan günleri 30 güne tamamlama yetkisi vermiş olup bu görevleri yerine getirmeyen Kurum ve işverenin kusurunu sigortalıya yüklemek hukuka aykırıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 60. maddesi de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatını kuracağını hüküm altına almıştır. Bu hükme uygun olarak Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur, Emekli Sandığı, Tarım Bağ-Kur gibi teşkilatlar kurulmuş ve yasalar da bu hüküm karşılığında çıkarılmıştır. Ancak yasa koyucu her nedense Anayasa ile teminat altına alınmış olup sosyal güvenlik hakkının aranmasına belli bir süreden sonra yasak getirmiştir. Bu hüküm açık olarak kendi yasası içindeki hüküm ile çelişkili olduğu gibi Anayasa'ya da aykırı bulunmaktadır. Bağ-Kur ve Emekli Sandığı yasalarında böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu hükmün yasadaki çıkarılması veya iptalinin sağlanması gerekmektedir.

Yasada söz konusu hak düşürücü süre başlangıçta 5 yıl iken 20.06.1987 tarihinde 10 yıla çıkarılmış, 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren 3395 sa-

Gerekli ve sağlıklı denetimin Kurum tarafından yapılmak suretiyle kayıt dışı çalışmanın önlenmesi gerekmektedir.

yılı yasa ile tekrar 5 yıla düşürülmüştür. Kanımızca yukarıda açıklandığı gibi yasadan tümden çıkarılması gereken bir hükmün 10 yıldan 5 yıla indirilmesi sigortalıların aleyhine bir durum yaratmıştır. Ülkemizdeki çalışma koşulları, işsizlik ve kayıt dışı çalışmanın çokluğu nazara alındığında söz konusu hükmün yeniden değerlendirilmek suretiyle hak düşürücü sürenin kaldırılması ve gerekli ve sağlıklı denetimin Kurum tarafından yapılmak suretiyle kayıt dışı çalışmanın önlenmesi gerekmektedir.

5- Hak Düşürücü Sürenin Başlama Tarihi

Hak düşürücü süre yasada açık olarak belirtildiği gibi hizmetlerin geçtiği yılın sonunda başlamak üzere 5 yıldır. Bu sürenin geçirilmesinden sonra sigortalının hizmetlerinin tespiti için dava açma hakkı ortadan kalkacaktır. Hak düşürücü süre olması nedeni ile davalı taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkemece re'sen nazara alınması gerekmektedir.

Sigortalının işyerine birden ziyade giriş çıkışları mevcut ise hak düşürücü süre kesilmez ve işleme devam eder. Bildirimsiz olarak kesintili çalışma halinde hak düşürücü süre, her kesim için giriş-çıkış tarihlerine göre ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir. Ancak işe giriş çıkışlarda işe giriş bildirgesi verilmiş ise hak düşürücü süre işlemez. Zira yasanın amir hükmü gereği yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmiş olması artık hak düşürücü sürenin işlemlerini engellemektedir. Söz konusu hak düşürücü süre, yönetmelikte belirtilen belgelerin hiç Kuruma verilmemiş olması halinde uygulanması gereken bir hükümdür. İşe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki döneme ait çalışmaların genelde hak düşürücü süreye uğradığı yukarıda belirtilmiştir. Ancak işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmalar, işe giriş bildirgesinden önceki dönemden itibaren devam etmekte iken, işe giriş bildirgesi verilmiş ise böyle durumlarda hak düşürücü süre bildirim verilmeyen dö-

nemler içinde işlemez. Zira gerçek çalışmanın kesintisiz olduğunun kabulü gerekmektedir.

Ancak 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra verilmiş işe giriş bildirelerinde bu husus uygulanmaz. Süre geçtikten sonra verilmiş olan bildirge düşen hakkı yeniden canlandıramaz. Bu husus Yargıtay HGK.'nın 05.02.2003 tarih 7 Esas ve 53 K. sayılı ilâmı ile belirtilmektedir. Kanımızca bu husus yerinde bir tespittir. İşe giriş bildirgesi verme süresi yasada o tarih itibarıyla bir ay olarak belirlenmiş olup bu sürenin geçmesinden çok sonra verilen işe giriş bildirgesinin kabulü yasa hükümlerine göre uygun değildir. Ancak söz konusu karardan, sigortalıya ait işe giriş bildirgesi Kuruma işveren tarafından 13.10.1972-28.02.1973 tarihleri arası çalışmaya yönelik olarak işe giriş tarihinin 13.10.1972 olduğuna dair bildirgenin 01.08.1980 tarihinde verildiği ve Kurumun bu bildirgeyi kabul ederek primleri aldığı ve 20 sene kadar kullandığı, sigortalının yaşlılık aylığı başvurusu üzerine Kurumun 20 yıl sonra 28.08.2000 tarihinde sigortalıya ait bu primleri iptal ettiği ve yaşlılık aylığı talebini kabul etmemesi üzerine açıldığı anlaşılmaktadır. Bu karara muhalefet şerhi veren Osman Güven Çankaya ve Cevdet İlhan Günay görüşlerinden özetle Kurumun söz konusu primleri alıp, 20 sene kullandıktan sonra sigortalının yaşlılık aylığı talebi sırasında bu primleri iptal etmesinin sosyal güvenlik hukuku ilkelerine, hak ve nesafete aykırı düşüğünü, bu olayda sigortalının hiçbir kusurunun bulunmadığını, kusurun tamamen bildirgeyi süresinde Kuruma vermeyen işveren ile gerekli denetimi yapmayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nda olduğu, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanarak başkası aleyhine kendisi lehine sonuç doğuramayacağını bu nedenle mahkeme kararın onanması gerektiğini belirtmişlerdir. Söz konusu muhalefet şerhi yerinde bulunmaktadır. Kurum süresi geçmiş olarak verilen bildirgeyi kabul etmemesi gerekirken kabul edip primleri 20 yıl süre ile alıp sigortalıya emeklilik yönünde umut verip, yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalıya 20 yıl sonra senin bu primlerini kabul etmiyorum demesi yerinde bir davranış olmadığı gibi M.Y.'nin 2. maddesine de aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle bu olayın özelliğine göre söz konusu durumun değerlendirilmesi ve sigortalının yaşlılık aylığı talebinin kabulü gerekmektedir.

Sigortalının işyerinde çalışmakta iken askere gitmesi ve askerlik sonrası tekrar işyerinde çalışmaya başlamış olması halinde askerlik için işyerinden ayrılması hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilemez. Askerlik süresi içinde hizmet akdi askıda bulunduğundan hak düşürücü süre işlemez.

Çalışma sırasında primlerin kesintili ödenmiş olması durumunda hak düşürücü işlemez. Zira işveren yönetmelikte belirtilen belgelerden olan prim ödeme belgelerini Kuruma vermiş ancak prim ödemelerini noksan olarak yapmıştır. Bu haliyle belgeler verilmiş bulunduğundan hak düşürücü süre artık uygulanamaz.

Sigortalılık statüsünden Emekli Sandığı statüsüne geçen sigortalılar yönünden ise hak düşürücü süre, sigortalılık statüsünden ayrıldıkları yılın sonundan itibaren başlaması gerekmektedir. Zira ya-

yılın sonundan itibaren başlaması gerektiği görüşündedir. Bize göre de 10. HD'sinin görüşü yasanın hükmüne uygun bulunmaktadır. Yasada hak sahipleri için ayrı bir hüküm getirilmemiş olduğuna ve hak sahipleri bu davayı sigortalıya tâbi olarak açtıklarından, sigortalının tâbi olduğu süreye bağlı bulunmaları gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde eşitlik ilkesinin de zedeleneceğinin düşünülmesi gerekir. Aynı tarihte hizmeti sona eren iki sigortalıdan birinin hizmet tespiti davası açmadan 5. yılın içinde ölmesi halinde hak sahipleri yönünden ölüm tarihinden itibaren yeniden bir 5 yıllık süre başlayacaktır. Halbuki aynı tarihte hizmeti sona eren ve yaşamını sürdüren sigortalı 5 yılın dolması ile hayatta olmasına rağmen bu davayı açması mümkün olmadığından cezalandırılmış olacaktır. Bu ise yasalar önünde kişilerin eşit olduğu yönündeki Anayasa'nın 10. maddesine

Çalışma sırasında primlerin kesintili ödenmiş olması durumunda hak düşürücü işlemez.

sa "hizmetin geçtiği yılın sonundan ..." hükmünü taşıdığından, hizmet akdi sigortalı çalışmayı ifade etmektedir. Sigortalı Emekli Sandığına tâbi çalışmayı seçmekle artık sigortalı niteliğindeki hizmeti sona erip kamu görevlisi memur statüsüne geçmiş bulunmaktadır. Artık güvenceye kavuşmuş bulunduğundan hizmet tespiti davası açması işten çıkarılması endişesi kalmadığından davanın sigortalılık statüsünün sona erdiği yılın sonundan başlaması gerekmektedir. Haklı olarak Yargıtay 10. HD bu görüşünü devam ettirmektedir.

Hak sahipleri yönünden hak düşürücü sürenin tespiti HGK, 10. HD ve 21. HD'si tarafından farklı yorumlanmaktadır. 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde dava açma hakkı sigortalılar olarak belirtilmiş ise de bunun içinde sigortalının ölmesi halinde hak sahiplerinin de bulunduğu kabulü gerekmektedir. Zira hak sahiplerinin sigortalının ölümü halinde şartları mevcut ise ölüm aylığı hakları bulunmaktadır. Bu nedenle hak düşürücü sürenin bunlar yönünden de belirlenmesi gerekmektedir. HGK ve 21. H.D.'si hak düşürücü sürenin hizmetin sona erdiği yılın sonu değil, sigortalının ölüm tarihinden itibaren başlatılması görüşünü benimsemiş, 10. HD ise yasanın lafzına uygun olarak hak sahipleri yönünden de hak düşürücü sürenin hizmetin sona erdiği

aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle 10. HD'sinin kararı yasaya uygun olup söz konusu aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi gerekmektedir. Aslında HGK'nın 18.04.1984 tarih 1982/10-304 sayılı kararı, 02.12.1998 tarihli 826 E. 855 K. sayılı görüşü ile de aykırılık göstermektedir. 18.04.1984 tarihli görüşü 10. HD'sinin görüşü yönünde bulunmaktadır.

6- Hizmet Tespiti Davalarının Kanıtlanması

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu davaların kanıtlanması hususunda özel bir hüküm getirmemiş, 15. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde HUMY hükümlerinin uygulanacağını belirtmek suretiyle davaların kanıtlanmasını HUMY'ye bırakmıştır. Ancak davaların özelliği nedeni ile Yargıtay kamu düzenini ilgilendirdiğini belirterek feragat-kabul ve sulh sözleşmelerini hizmet tespiti davaları için kabul etmemekte, re'sen araştırma ilkesi olduğunu belirterek mahkemece gerekli delillerin re'sen araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Davalı işveren tarafından davanın kabul edilmiş olmasının davada SSK'nın da bulunması nedeni ile tek başına hüküm ifade etmeyeceğinden nazara alınması mümkün değildir. Ancak ka-

Kurum, yetkisini ve denetimini tam ve yeterli şekilde yapamamaktadır.

nımızca sigortalının açmış olduğu davasından feragatinin nazara alınması gerekmektedir. Zira uygulamada genellikle hizmet tespiti davası ile işçilik alacakları davaları birlikte yahut ayrı ayrı olarak aynı tarihte açılmak suretiyle devam ettirilmektedir. Hizmet tespiti davalarının kanıtlanmasındaki Yargıtay tarafından getirilen kriterlere göre davasını kanıtlayamayan, bu hususta başkaca delil bulma imkânı bulunmayan sigortalı işten ayrılmış olması ve tazminatlarını alabilmek için davasından feragat edip işçilik alacaklarına kavuşmak istemektedir. Bu husus davadan feragat olarak yorumlanıp kabul edilmelidir. Aksi halde sigortalının işçilik haklarına kavuşması hizmet tespiti davasının sonuçlanmasına kadar uzun bir süreyi alacağından mağdur olması söz konusudur.

Ayrıca davadan feragatin kabul edilmemesi yukarıda açıklandığı gibi 5 yıllık hak düşürücü süre ile de çelişmektedir. Sigortalıya açmış olduğu hizmet tespiti davasından feragat hakkı tanımamak, aynı sigortalıya söz konusu hakkını araması için hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre getirmek ve bu süre geçtikten sonra bu davayı açamazsın demek ile davasından feragat edemeyeceğini belirtmek açık olarak çelişmektedir. Dava açmak için belli bir süre koyan yasa koyucunun, dava açtıktan sonra sigortalının bu talebinde vazgeçmesini engellediğini düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle hizmet tespiti davasından feragat talebinin kabulü gerektiğini düşünmek HUMY'nin hükümlerine de uygun bulunmaktadır.

Zaten davasından feragat eden sigortalının davasını takip etmeyeceğine, davalı işverenin de davayı genellikle takip etmediği düşünüldüğünde davanın takibi SSK avukatı ile hâkim tarafından yürütülmekte olup, Kurum zaten sigortalının lehine olan bir delil getirmeyeceğine ve kendisinde bulunan delillerden başka delil sunma imkânı bulunmadığını göre, mahkeme hâkiminin deyim yerinde ise sigortalının avukatı gibi çalışıp işlem yapması görevin mahiyetine uygun bulunmadığı gibi yargılama masraflarının kim tarafından karşılanacağı da

ayrı bir sorundur. Bize göre sorunun çözümü Anayasa'nın 60. maddesi doğrultusunda kurulan teşkilatlardadır. 506 sayılı Yasa Kuruma birçok yetki vermiş olmasına ve bu yetkilerini günden güne arttırmasına rağmen mahkemelerdeki hizmet tespiti davaları halen açılmakta ve devam etmektedir. Demek ki Kurum, yetkisini ve denetimini tam ve yeterli şekilde yapamamaktadır. Örneğin ilerde açıklanacağı gibi 4447 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe rağmen 01.01.2000 tarihinden itibaren yapılan çalışmalar nedeni ile sigortalılar hâlâ mahkemelere kesintili çalışmaların tamamlanması için dava açmakta iseler bu hususun yeniden düşünülmesi gerekmektedir.

Mahkemelerce hizmet tespiti davalarında her türlü delille davanın kanıtlanması mümkün bulunmaktadır. Sözlü deliller tanık beyanları olup, tanık olarak işyeri çalışanları, komşu işyeri çalışanları, sigortalının çalışmasına yakında tanık olan diğer kişiler, örneğin işyerinin müşterileri o işyerini denetleyen diğer işyerlerinin elemanları gibi kimseler sayılabilir. Bu örneklerin çalışılan işyerinin özelliklerine göre çok değişiklik gösterebilir. Bunları bulup mahkemeye sunmak özellikle sigortalının görevi olmalıdır. Yazılı deliller ise, işyeri ücret bordroları, işverene ait dönem ve aylık bordrolar, vizite kağıtları gibi belge ve delillerdir.

Hizmet tespiti davasının kanıtlanmasında davanın mahiyeti itibarıyla 4447 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler de nazara alınarak bir ayırım yapılması gerekmektedir.

506 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde 25.08.1999 tarihinde 4447 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önce işe giriş bildirgesinin işveren tarafından kuruma bir ay içinde verilmesi gerekmekte idi. Halen bu nedenle mahkemelerde işe giriş tarihinin tespiti ve bir günlük çalışma davaları olarak belirtilen bir çok dava bulunmaktadır. 4447 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra artık bu tür davaların açılması mümkün değildir. 4447 sayılı Yasa ile getirilen değişiklik gereği, işe giriş bildirgeleri işe başlatmadan önce, inşaat işyerlerinde, işe başladığı gün, işyerinin ilk defa açılması halinde ise işe alınanların en geç bir ay içinde Kuruma bildirilmeleri gerekmektedir.

4447 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önceki döneme ait olan ve işe giriş bildirgesinin işveren tarafından yasal süre içinde Kuruma verilmesi ancak

primlerin ödenmemesi durumunda Kurum tarafından söz konusu işe giriş bildirgesindeki işe giriş tarihi kabul edilmemekte, sonraki tarihlerde verilen ve primleri yatırılan tarihten itibaren sigortalılık başlatılmaktadır. Bu tür sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davalarında Yargıtay HGK ve 21. HD.'si işe giriş bildirgesinin verilmiş olmasının, sigortalının o işyerinde en az bir gün süreyle çalıştığının kesin karinesini teşkil ettiğini belirtmekte, ancak davacının fiilen çalışma olgusunu kanıtlanmasını istemektedir.

Bize göre bu görüşün kabulü mümkün değildir. HUMY'nin hükümlerine göre hakkında kesin karine olan bunu kanıtlamak durumunda olmayıp, bunun aksini kanıtlama hususu iddia eden tarafa aittir. Bu haliyle çalışmanın yapılmadığını kanıtlama yetkisi Kuruma ve davalı işverene düşmektedir. Hakkında kesin karine olan sigortalının bu karineye rağmen çalıştığının kanıtlanmasını talep etmek HUMY'nin hükümlerine aykırı bulunmaktadır. Kanımızca bu tür bildirim mevcut olması durumunda Kurum ve işverenin aksini kanıtlamadıkları durumda sigortalının bir gün süre ile değil, en az işe giriş bildirgesinde belirtilen işe giriş tarihi ile bildirgenin Kuruma verilmiş tarihi arasındaki süre ile çalıştığının tespitine karar vermek gerekmektedir. İşveren, işyerinde çalışmayan sigortalının sigorta bildirimini yapması hayatın olağan akışına uygun bulunmadığından bunun kabulü zorunlu bulunmaktadır.

Kurum tarafından işe girişten itibaren bir aylık süre Kuruma verilen ve Kurum tarafından kabul edilen işe giriş bildirgesi üzerine Kurumun 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre primlerin ödenip ödenmediğini takip etmesi asli görevidir. Sigortalının bunu takip etmesi ve bilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu görevi yerine getirmeyen ve sigortalının bu haklarını korumak ve araştırmak durumunda bulunan Kurumun bu görevini yerine getirmemiş ve bu husus üzerinden uzun zaman geçtikten sonra kendisi tarafından kabul edilen bu işe giriş bildirgesindeki giriş tarihini kabul etmemesi ve bu giriş tarihinin kanıtlanmasının sigortalıdan istenmesi, görevini yerine getirmeyen Kurumu cezalandırmak yerine ödüllendirmek olmaktadır. Kurum görevini yerine getirmesi ve işe giriş bildirgesine rağmen, primlerin Kuruma verilmemiş olması karşısında yasanın kendisine verdiği yetki doğrul-

tusunda süresinde işverenden talep etmesi halinde bu primler tahsil edilmiş olacak ve sigortalının seneler sonra bu tür bir dava ile uğraşmak durumu olmayacaktı. Bu nedenle hakkında kesin karine olan sigortalıdan bunun kanıtlanmasını istemek hakkaniyete ve HUMY hükümlerine ve kesin karine ilkesine açık olarak aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca kanımızca işveren tarafından süresinde Kuruma verilen ve Kurum tarafından kabul edilen işe giriş bildirgesi nedeni ile primlerin tahsil edilmiş olması durumunda, davacının hizmet tespiti davası açmasına da gerek bulunmamaktadır. Örneğin sigortalının 01.01.1975 tarihinde işe girişine dair işe giriş bildirgesini 25.01.1975 tarihinde işverenin Kuruma vermiş ve Kurumda bu bildirgeyi almak suretiyle kendisine bir sicil numarası vermiş ise artık sigortalının bu hususu kanıtlanmasını istemek mümkün değildir. Yasa'nın 6. maddesi hükmü buna engel olmaktadır. 506 sayılı Yasa'nın 6. maddesine göre "Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olurlar hükmü" ve "sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez hükmü" nazara alındığında sigortalı belirtilen tarihler arasında yasadan doğan sigortalılık hakkını kazanmış olup, bunun aksinin Kurum tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Bunu işverene de yüklemek mümkün değildir. Çünkü işveren yasanın kendisine yüklediği görevi yerine getirmiş ancak primleri ödememiştir. Kurumun 80. madde gereğince bu primlerin ödenmeme nedenini araştırma ve zorla işverenden alma hakkına sahiptir. Bunları kanıtlamayan ve işe giriş bildirgesini kabul eden Kurum artık bu kabulü ile bağlı olup işe giriş tarihi ile bildirgenin Kuruma verilmiş tarihleri arasında sigortalının çalıştığını kabul edip bu işlemi re'sen yapması gerekmektedir. Kurum bu hususu kabul etmiyorsa açacağı dava ile bu işe giriş bildirgesini iptal ettirmesi gerekmektedir. Aksi halde bu bildirim kabul eden Kurumun işe giriş tarihi ile bildirgenin verildiği tarihler arasındaki primleri işverenden tahsil etmesi gerekmektedir.

4447 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde yapılan değişiklikle artık işe girişler işveren tarafından işe başlatılmadan önce verileceğinden bu tür sorunların pek yaşanması mümkün olmayacaktır. Ancak Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilmesi durumlarında işe giriş bildirgesinin bir aylık süre içinde verilmesi, 2. fıkraya göre de yurt

dışı göreve atananlar için işe giriş bildirgesinin en geç üç ay içinde Kuruma verilmesi söz konusu olduğundan, anlaşmazlıklar bu yönden çıkabileceklerdir. Bu yönden de Kurumun artık bu şekilde verilen işe giriş bildireleri doğrultusunda yasadan doğan haklarını en iyi şekilde kullanıp sigortalıların haklarını takip edip koruması ve primlerinin tahsilini sağlaması gerekmektedir.

Tanıkla Kanıtlanma: Hizmet tespiti davalarının kanıtlanmasında tanık beyanlarının nazara alınması gerekmektedir. Ancak tanıkla kanıtlanma hususunda, uzun zamana dayanan bu davalar nedeni ile salt tanık beyanını Yargıtay 10. ve 21. HD tek başına yeterli görmemekte, bu delillerin başka delillerle desteklenmesini istemektedir. Bu görüş yerinde olarak ve kararlılık ile uygulanmaktadır. So-

ve tüm delillerin buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir günlük hizmet tespiti davalarında Yargıtay dairelerinin birlikte çalışanların ve komşu işyeri çalışanlarının dinlenmesi yönündeki ısrarlı görüşlerine de katılmak mümkün değildir. Bu tür davalar genellikle 25-30 sene öncesine dayanmaktadır. Birlikte çalışan kişinin veya komşu işyeri çalışanın tespiti ve bulunması genellikle mümkün olmamaktadır. Böyle bir tanığın bulunması durumunda dahi durumun sonuca etkili olmayacağına da düşünülmesi gerekmektedir. Zira tanığın o bir günü hatırlaması hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı gibi, tanığın o gün işyerine gelmediği veya iznli olduğu yönündeki ifadesi karşısında hâkimin bunu değerlendirmesi olanağı bulunmamaktadır. He-

Tanıkların yanında davacı ile birlikte çalışanların dinlenmesi, komşu işyeri çalışanlarının dinlenmesi de diğer tanık beyanları ile desteklenmek için başvurulması gereken deliller olup Yargıtay bu husustaki görüşünü kararlılık ile sürdürmektedir.

mut olayların özelliğine göre, gerektiğinde salt tanık beyanlarının da hizmet tespitinin karar altına alınmasında yeterli olması da mümkündür. Bu hususun dosya kapsamı ile mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tanıkların yanında davacı ile birlikte çalışanların dinlenmesi, komşu işyeri çalışanlarının dinlenmesi de diğer tanık beyanları ile desteklenmek için başvurulması gereken deliller olup Yargıtay bu husustaki görüşünü kararlılık ile sürdürmektedir. Ancak söz konusu komşu işyeri tanıkları ile birlikte çalışanların dinlenmesi yönündeki görüşün, olayların özelliğine göre yerine getirilmesi gerekmektedir olup, her olay için aynı hususların araştırılmasının istenmesi mümkün değildir. Örnek olarak kapıcılıkla ilgili tespit davalarında birlikte çalışanların amir şef, müdür gibi kimselerin dinlenmesi yönünde karar oluşturulması mümkün değildir. Çoğunlukla bu tür işyerlerinde tek kapıcı görev yapmaktadır. Bu şekilde sigortalıdan başka çalışan olmadığı veya Kuruma işyeri bildirgesi verilmemiş olan işyerlerinde bu tür tanık dinleme olayı mümkün bulunmadığından olayın özelliğine göre gerektiğinde komşu işyeri çalışan veya sahiplerinin dinlenmesi

le bu tanık işyeri komşusu olması durumunda bu husus daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle özellikle bu tür bir günlük tespit davalarında söz konusu görüşün uygulanmasının, çalışmanın kanıtlanmasına katkısının bulunmadığının düşünülmesi gerekmektedir.

Sigortalının hizmet tespiti davasından önce, işveren hakkında açmış olduğu işçilik hakları ile ilgili verilmiş mahkeme kararının bulunması halinde söz konusu mahkeme kararı işveren yönünden kesin hüküm teşkil etmektedir. Bu nedenle bu husus işvereni bağlar, aksine kanıt sunması mümkün bulunmamaktadır. Ancak Kurum bu davanın tarafı olmadığı için kesin hüküm oluşturmayıp, güçlü delil niteliğindedir. Yargıtay görüşlerini bu şekilde kararlı olarak sürdürmektedir. İşveren yönünden kesin hüküm yönündeki görüş yasalara uygun bulunmaktadır. Ancak Kurum yönünden bu kararın kuvvetli delil olduğu yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Kanımızca söz konusu mahkeme kararı muvazaalı değilse ve Yargıtay dairesi tarafından onanarak kesinleşmiş ise bu kararında Kurum yönünden kesin hüküm niteliğinde olduğunun kabulü zorunludur. Söz konusu karar Yargıtay

tarafından onanmış ise artık bu kararın alt derece mahkemesi olan mahkemede tekrar tartışmaya açılması Yüksek Yargıtay tarafından belirlenen sürelerle sigortalının çalışmasını tespit eden kararını kabul etmemek ve irdellemek olacağından, yerinde bulunmamaktadır. Bu husus ancak söz konusu kararda belirtilen tespitlerin aksine yazılı ve çok kuvvetli delil ibraz edilmesi halinde mümkündür. Bu delil olarak, örneğin o dosyaya sunulmamış olan bir müfettiş raporu olabilir, sigortalının kendi iradesi ile yapmış olduğu bu sürenin aksini gösteren bir belge olabilir. Bu ve benzeri belgeler dışında Yargıtay tarafından onanmış bulunan bir işçilik alacaklarının tahsiline dair olan bir karar aynı zamanda çalışmanın tespitini de içerdiğinden, artık başkaca araştırma yapılmasına gerek bulunmadığından, onanan kararda belirtilen süreler yönünden sigortalılığın tespitine karar verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Tanık beyanlarının dışında yazılı belgelere de itibar edilmesi gerekmektedir. Sigortalı tarafından imzalanmış ücret bordrolarındaki belirtilen süreler kesintili ise, bu çalışmaların Kurum kayıtlarına bu şekilde geçmesi durumunda aksinin aynı kuvvette delil ile kanıtlanması gerekmektedir. Ancak söz konusu bordroların hata, hile veya manevi baskı gibi nedenlerle imzalandığının kanıtlanması durumunda söz konusu bordroda belirtilen sürelerin nazara alınması ve sigortalıyı bağlaması düşünülemez.

İşyerinin kanun kapsamına alınma tarihinin de araştırılması gerekmektedir. Hizmet tespitinin yapılabilmesi için işyerinin kanun kapsamında bulunması gerekmektedir. Ancak işyerinin kanun kapsamında bulunmadığı dönemdeki çalışmanın varlığı kuvvetli ve inandırıcı kanıtlarla kanıtlanması durumunda talebin kabulü gerekir. Örneğin işyerinin SSK tarafından kanun kapsamına alınmadığı bir dönemde iken işyerinin vergi kaydı mevcut ise veya işyeri meslek odasında kayıtlı ise o zaman talebin kabulü zorunludur. Zira vergi kaydı ve meslek odası kayıtları resmi kayıtlar olup nazara alınması gerekmektedir. İşverenin vergi mükellefi ve meslek odası kaydı bulunmasına rağmen 506 sayılı Yasa'nın 8. maddesine göre işyerini Kuruma bildirmemiş olabilir. Yasanın 8. maddesine göre işveren, örneği Kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte Kuruma

doğrudan vermek veya iadeli taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür hükmü doğrultusunda işverenin sigortalı çalıştırmaya başladığında bildirim yapmak mecburiyeti bulunduğundan, işyerinin bildirilmemiş olması hizmet tespiti davasının açılmasına ve kanıtlanması durumunda tespite karar verilmesine engel değildir.

AİDİYET DAVALARI

Bu tür davalar genellikle bazı kimselerin başkalarına ait sigortalı çalışmalarının kendilerine ait olduğu yönündeki veya sigorta sicil numaralarının yanlış yazılmış bulunması yönündeki isteklerini taşıyan davalardır.

Bu davaların tarafları sigorta ile birlikte iptali talep edilen kayıttaki sigortalıdır. Davaların kanıtlanmasında imza incelemesi, iptali talep edilen kişinin dinlenmesi, varsa fotoğraflar üzerinde inceleme yapılması, nüfus kayıtların getirilmesi, davacı ile diğer sigortalıyı yakından tanıyan kişilerin bilgi ve görgülerine başvurulması gerekmektedir.

Nüfus kayıtlarındaki bilgiler ile sigorta kayıtlarındaki bilgilerin birbirini tutmamasına dair aidiyet davalarında ise öncelikle nüfus kayıtları getirilmesi gerekmektedir. Sigorta kayıtlarındaki bilgilere uyan başka bir kimsenin olup olmadığının Kurumdan ve ilgili nüfus idarelerinden araştırılıp incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir kimsenin belirlenmesi durumunda o kişinin davaya dahil edilip sonucuna göre işlem yapılması gerekmektedir.

GÖREV VE YETKİ

Hizmet tespiti davalarında 506 sayılı Yasa'nın 134. maddesi doğrultusunda iş mahkemeleri görevlidir. Bağımsız iş mahkemesi olmayan yerlerde ise Hâkimler ve Savcılar Kurulunca görevlendirilen mahkemelerde 5510 sayılı İş Mahkemeleri Yasası hükümlerine göre yürütülür.

Yetkili mahkeme ise HUMY'nin 9 ve devam eden maddelerine göre belirlenir. Bu nedenle bu tür davaların davalının ikametgâh mahkemesinde açılması gerekmektedir. Ayrıca İş Mahkemeleri Yasası'na göre, işçinin işini yaptığı yer mahkemesi de yetkilidir. Davada birden fazla davalı olması durumunda herhangi birinin ikametgâhında açılması yeterli bulunmaktadır. Bu davalarda genellikle Kurum da taraf olduğundan, Kurumun, işverenin ikametgâh mahkemesi veya işçinin işini yaptığı yer

mahkemesinde açmış olduğu dava nedeni ile yetkisizlik itirazında bulunması mümkün bulunmamaktadır.

Kurumun ikametgâhı Ankara olduğundan Ankara'da, Kurum şubesinin kendi işlemlerinden kaynaklanmak şartıyla şubenin bulunduğu yer mahkemesinde sigortalı bu davayı açabilir. Bu durumlarda işveren yetkisizlik itirazında bulunamaz.

Aidiyet davalarında, işverenin hasım olması söz konusu olmadığından kurumun ikametgâhının bulunduğu Ankara veya kendi işlemlerinden kaynaklanmak şartıyla Kurum şubesinin bulunduğu yerdeki mahkeme yetkili bulunmaktadır. Kurum süresinde yetkisizlik itirazında bulunmadığı takdirde mahkemece re'sen yetkisizlik kararı verilmesi mümkün değildir.

HİZMET TESPİTİ DAVASI İLE İŞÇİLİK ALACAKLARI DAVALARININ BİRLİKTE GÖRÜLÜP GÖRÜLEMeyeCEĞİ

506 sayılı Yasa ve 4857 sayılı Yasalarda hizmet tespiti ile işçilik alacakları davalarının birlikte görülüp görülmeyeceği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay Başkanları Kurulu'nun kararı ile daha önce 9. HD.'de incelenmekte olan bu tür davalar 01.03.2002 tarihinden itibaren 21. HD.'si tarafından temyiz incelemesi yapılmasına karar verilmiştir.

HGK'nın 14.04.2004 T., 226 E., 223 K. ve 28.05.2003 T., 362 E., 360 K. sayılı ve 15.10.2003 tarihli kararları ile bu tür davaların birlikte açılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiş ve 21. HD.'nin bozma kararları kaldırılmıştır.

HGK'nın söz konusu kararlarında davaların neden birlikte görülmesi gerektiği hususu geniş olarak değerlendirilmiş ve inceleme 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi, 6/1 maddesi, 9. maddesi 2. maddesi, ayrıca HUMY'nin 45. maddesi, 46. maddesi, 95. maddesi 346. maddesi ve Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesi doğrultusunda yapılarak sonuçlandırılmıştır.

HGK'nın kararında belirtildiği gibi hizmet tespiti davalarının Anayasa'nın 60. maddesi doğrultusunda re'sen araştırma ilkesine dayanan bir dava olup, davacının delillerini sunması dışında hâkimin de çalışmanın varlığını saptama yönünden re'sen

Tarafların sulha teşvik edilmesi hükmünün hizmet tespiti davası ile işçilik alacakları davalarının birlikte açılması durumunda uygulanması söz konusu olmayacaktır.

delil araştırma yetkisi bulunmaktadır. Ancak işçilik alacakları davasında hâkimin bu tür bir araştırma yetkisi söz konusu olmayıp tarafların delilleri ile bağlı bulunmaktadır. Öncelikle bu davaların birlikte görülmesi bu yönden HUMY hükümlerine uygun bulunmamaktadır. Tespit davası yönünden re'sen araştırma yapıldığından davacının veya davalının sunmadığı delilleri işçilik alacakları davası yönünden de hâkim araştırıp dosyaya getirdiğinde işçilik alacakları yönünden de bu delillerin değerlendirilmesi yapılacaktır ki bu husus hâkimin taleple ve tarafların gösterdiği delillerle bağlı olduğu yönündeki HUMY'nin 74. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yine HGK'da belirtilen diğer bir husus hizmet tespiti davalarında yemin teklif olunamaz. Ancak işçilik alacakları davalarından tarafların her zaman yemin teklif etme hakları olduğu gibi gerektiğinden hâkimin de taraflara tamamlayıcı yemin ettirme hakkı söz konusudur. Birlikte görülen böyle bir davada taraflardan birinin bu şekilde yaptığı yemin teklifinin kabul edilmesi sonucu eda edilecek yeminle davanın kabul veya reddi gerektiğinde hizmet tespiti davasının reddi mümkün olmayacağına göre, yargılamanın devamı sigortalı yönünden kabul halinde işçilik alacaklarının daha uzun bir zamana yayılmasına ve sigortalının işçilik alacaklarına geç kavuşmasına neden olacağından HUMY hükümlerine uygun bulunmadığını düşünmek gerekmektedir.

Yine HGK kararının dayanağı olan HUMY'nin 95. maddesinde hüküm altına alınan feragat talebidir. Hizmet tespiti davası, sosyal güvenlik hakkına dayalı olduğundan, HGK'nın ve 10. ve 21. HD.'nin görüşleri doğrultusunda bu davalardan feragat söz konusu bulunmamaktadır. Ancak işçilik alacakları ile ilgili davadan her zaman feragat mümkün bulunduğu gibi, aksi olarak davalı işverenin davayı kabul etmesi de mümkündür. Davanın birlikte açılması durumunda kabul veya feragat halinde dava

sonuçlanmayacak, hizmet tespiti davasının re'sen araştırması gereği, sonucu beklenecek ve sigortalı işçi, işçilik alacaklarına kavuşmak için uzun bir zaman daha beklemek durumunda kalacaktır. Belki böyle bir durumda davaların ayrılması gerektiği yönünde bir çözüm olması gerektiği belirtilebilir. O zaman da bu tür davaların birlikte görülmesi gerekmediği gerçeği açık olarak ortaya çıkmaktadır.

Diğer bir sorun HGK'da değerlendirilmeyen ve özellikle değerlendirilmesi gereken hak düşürücü süre sorunudur. Bilindiği gibi hizmet tespiti davalarında kabul etmediğimizi yukarıda açıkladığımız 5 yıllık hak düşürücü söz konusudur. Bu süre içinde dava açılmamış ise hak düşürücü süre yönünden davanın reddi gerekmektedir. Halbuki işçilik alacakları davalarında kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı 10 yıllık, diğer ücret ve fazla mesai ve izin ücreti ile ilgili alacaklar yönünden zamanaşımı süresi 5 yıldır. Zamanaşımı süresinin re'sen nazara alınması mümkün olmayıp karşı tarafın bunu ileri sürmesi gerekmektedir. Yasal süre içinde ileri sürülmediği takdirde nazara alınması mümkün değildir. İşyerinde 25 sene çalışıp işten ayrılan bir sigortalının önceki çalışmalarının bir kısmının sigortasız olması veya başka bir işyerinde geçmesi durumunda davanın çözümlenmesinde çıkacak olumsuzluklar açıktır. Hizmet tespiti davasında ise hak düşürücü süre 5 yıl olup re'sen nazara alınması gereklidir. 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması durumunda davanın bu nedenle reddi gerekirken, kıdem tazminatı yönünden ise davanın devamı gerekmektedir. Böyle bir durum dahi bu tür davaların birlikte görülmesinin sakıncalarını açık olarak göstermektedir.

HGK'da değerlendirilmeyen bir başka husus ise, 506 sayılı Yasa'nın 3. maddesindeki istisnalar ile 4857 sayılı Yasa'nın 4. maddesindeki istisnalar. Her iki yasada istisna edilenler farklı olup, 506 sayılı Yasa'ya göre sigortalı sayılmayan, ancak 4857 sayılı Yasa'ya göre hizmet akdi ile çalışması mümkün olan işçinin veya 506 sayılı Yasa'ya göre sigortalı sayılan bir işçi ile 4857 sayılı Yasa'ya göre hizmet akdi ile çalışması mümkün olmayan bir işçinin açtığı işçilik alacakları ve hizmet tespiti davalarının birlikte görülmesi de istisna hükümleri nazara alındığında mümkün olmayacaktır. Örneğin sporcular, 4857 sayılı Yasa'ya göre istisna olup 506 sayılı Yasa'da istisna değildir, 507 sayılı Esnaf ve

Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uyan üç kişinin çalıştığı işyerlerinde 4857 sayılı Yasa uygulanmaz iken 506 sayılı Yasa'da böyle bir istisna bulunmamaktadır. Bu yönden de bu tür davaların birlikte görülmesinin mümkün bulunmadığı açıktır.

Tüm bunlara ek olarak ve kanımızca en önemlisi ve gözden kaçırılmaması gereken husus 5521 sayılı Yasa'nın 7. maddesidir. 5521 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde;

“İş Mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.” denilmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi hizmet tespiti davalarında HUMY'nin feragat, kabul ve sulh ile ilgili hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Bu durumda 5521 sayılı Yasa'nın amir hükmü olan tarafların sulha teşvik edilmesi hükmünün hizmet tespiti davası ile işçilik alacakları davalarının birlikte açılması durumunda uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu durum ise açık olarak yasanın amir hükmüne aykırı işlem yapılmasını gerektirecektir. Tarafların işçilik alacakları yönünden ilk celsede yapılan sulh teklifini kabul edip sulh olmaları durumunda hizmet tespiti davasına devam etmek işçi için, işçilik alacaklarına geç kavuşmasına ve işçinin aleyhine olacağından, davaların ayrı görülmesini gerektirdiği gerçeği açıkça ortaya konmaktadır.

Ayrıca davaların birlikte açılması durumunda işçi için ek mali külfet getiren işlemlerin oluşması da söz konusu olacaktır. Örneğin birlikte açılan davada mahkemece tespit edilecek durumlara göre işçilik alacaklarının da hesaplanması yapılması gereklidir. Verilen hükmün hizmet tespiti davası yönünden bozulması ve mahkemece bu bozmaya uyulup hizmetin talep edilenden az veya çok olarak belirlenmesi durumunda mahkemece yeniden işçilik alacaklarının hesaplanması yönünden bilirkişiden

Davaların birlikte açılması durumunda, işçi için ek mali külfet getiren işlemlerin oluşması söz konusu olacaktır.

ek rapor alınması zorunludur. Bu raporun alınması ise işçiye yeniden bir mali külfet yükleyecektir. Halbuki bu davaların ayrı ayrı açılması durumunda, yargılama birlikte yürütülmekle birlikte davaların mahiyetine göre delillerin toplanmasından sonra hizmet tespiti davası yönünden ayrıca araştırma yapılmasına devam edilip, işçilik alacakları davasının ise bekletici mesele yapılmak suretiyle hizmet tespiti davasının kesinleşmesinden sonra söz konusu kesinleşen hizmet sürelerine göre yaptırılacak işçilik alacakları hesabı sonrası tek bilirkişi raporu ile sonuca ulaşılabacağından işçi ikinci bir masraf yapmaktan kurtulmuş olacaktır.

Yukarıdan beri açıklanmasına çalıştığımız nedenler birlikte değerlendirildiğinde kanımızca işçilik alacakları davası ile hizmet tespiti davasının birlikte görülmesinin işçi açısından işçilik alacaklarının tahsilinin özellikle işverenin davayı kabul etmesi durumunda veya tarafların işçilik alacaklarında sulh olmaları durumlarında gecikmesine, işçinin fazladan masraf yapmasına, 4857 sayılı Yasa'nın istisna hükümleri ile 506 sayılı Yasa'nın istisna hükümlerinin ayrı olması nedeni ile mahkemenin görevi ve davaların birlikte görülmesi yönünden sorunların çıkmasına neden olacağı, hak düşürücü süre ile zamanaşımı sürelerinin farklı olması nedeni ile yargılamada sorunların olacağı gibi özellikle 5521 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin amir hükmünün uygulanması mümkün bulunmayacağından ve açık olarak 5521 sayılı Yasa'ya muhalefet edilmiş olduğundan, bu tür davaların birlikte açılmasının mümkün bulunmadığını düşünmekteyiz. HGK'nın kabul ettiği bu tür davaların birlikte görülmesi yönündeki görüşünün uygulama ve kayıt dışı çalışma yönünden faydalı olacağı hususu göz önüne alındığında yerindedir. Ancak bu uygulamanın yukarıda açıklanmasına çalışılan sorunlar nedeni ile özellikle feragat, kabul, sulh gibi konuların ayrıca Anayasa'nın 60. maddesine aykırı olduğunu yukarıda açık olarak belirttiğimiz gibi hak düşürücü sürenin yasadan çıkarılması gibi hususların düzenlenmesinden sonra uygulanabilir olacağının kabulü gerekmektedir. Düşüncemize göre öncelikle bu hususların yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenmesinin gerektiği açıktır.

SONUÇ

İş mahkemelerinde hizmet tespiti davaları bü-

yük bir yoğunlukta bulunmaktadır. Kanımızca bu davaların yoğunlukta olmasının nedenleri arasında primlerin fazla olması, Kurumun 506 sayılı Yasa'nın kendisine vermiş olduğu görev ve yetkileri belki de eleman azlığı nedeni ile gereği gibi yerine getirememiş olması, işverenlerin de 506 sayılı Yasa'nın kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmemesinden kaynaklandığı açıktır.

Sigortasız işçi çalıştıran işveren ile sigortalı işçi çalıştıran işverenler arasında olumsuzluklar olmakta, haksız rekabet oluşmaktadır. Bu nedenle bu olumsuzlukların giderilmesi için öncelikle Kurumun yasanın kendisine yüklemiş olduğu yetkileri ve görevleri gereği gibi yerine getirmesi denetimleri daha sık yapması gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi 01.01.2000 tarihinde yasalaşan 4447 sayılı Yasa ile getirilen ay içinde bazı günlerde işçi çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların 30 günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim belgelerine eklenmemesi durumunda, Kurumun yasanın amir hükmüne rağmen bunları eklemeyen işverenler hakkında yasanın kendisine yüklediği prim gün sayılarını, re'sen 30 güne çıkarmak suretiyle primleri işverenden tahsil etmeyip, bu nedenle noksan günlerin tamamlanması için sigortalıları mahkemelere dava açmaya zorlaması Kurumun denetim görevini tam olarak yapmadığını göstermektedir. Bu nedenle Kurumun görevlilerini bu yönde eğitmesi ve görevlerini yerine getirmesini sağlayarak mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Sosyal Sigortalar Kanunu ve Yorumu: Resul Aslanköylü
- Yargıtay Kararları

Utkan ARASLI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 Günlü YİBBGKK

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2003/10
Karar Sayısı : 2006/106
Karar Günü : 23.11.2006
İtiraz Yoluna Başvuran:
 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

1- OLAY

Biga Asliye (iş) Mahkemesinin rücu tazminat kararının temyizden incelemesi sırasında itiraz konusu Kural'ın Anayasa'ya aykırı olduğu

kanısına varan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi iptali için başvuruda bulunmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: "Davacı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı avukatı Z. Y. tarafından davalı F. Kesik Et ve Besicilik Üretim Pazarlama ve İthalat İhracat Limited Şirketi aleyhine açılan rücu davası hakkında Biga Asliye (İş) Mahkemesince verilen 19.09.2002 tarih ve 2001/356 Esas, 2002/491 sayılı hükmün temyizen incelenmesi taraf avukatlarınca istenilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı vekili, iş kazası geçiren sigortalının sürekli iş göremez duruma düşmesi üzerine kendisine Kurumca sürekli iş göremezlik geliri bağlanıp bağlanan gelirin peşin değerinin tahsili için daha önce davalı aleyhine rücu davası açıldığını, 2 davanın kabulüne ilişkin hükmün Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle kesin-

leştğini, ne ki daha sonra yürürlüğe giren kanun veya kararnamelerle yapılan katsayı değışiklikleri sonucu sigortalıya bağlanan gelirlerde artış meydana geldiğini öne sürmüş ve gelirlerdeki artışın peşin değerinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili savunma dilekçesinde, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesi hükmüne göre, bağlanan gelirlerde sonradan meydana gelen artışların istenemeyeceğini, Kurumun ancak bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebileceğini, nitekim daha önce açılan ilk peşin değer tahsiline ilişkin davada hükmedilen tazminatın ödendiğini, kaldı ki Bağ-Kur'un, gerek Bağ-Kur Kanununun 63. gerekse 2926 Sayılı Kanunun 47. maddelerine göre aynı nitelikte açmış bulunduğu davalarda sadece ilk peşin değerli gelire hükümlendiğini, o nedenle eldeki davanın reddine karar verilmesi gerektiğini iddia etmiş, ret kararı verilmediği takdirde Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine gidilmesini talep etmiş ise de mahkemece Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmamıştır. Ne ki Dairemiz, sözü edilen 26. maddede yapılan değışiklik hükümleri ile anılan maddeye ilişkin olarak verilen 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirmeye Kararının ışığında, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." deyiminin Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenmeden önce Sosyal Sigortalar Kurumunun 506 Sayılı Yasanın 26. maddesinden doğan rücu hakkının hukuksal temelini neye dayandığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalıya hangi sosyal sigorta yardımlarının yapılacağı anılan Kanunun 12. maddesinde hükme bağlanmıştır. Sigortalıya yapılan yardımların neler olduğu maddenin (A), (B), (C), (D), (F), (G), (H) bentlerinde sınırlı bir biçimde sa-

yılmıştır. Konumuzu ilgilendiren ve etkileyen sadece (C) ve (H) bentlerindeki hükümlerdir. İş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalı sürekli iş göremez durumuna düşmüş ise kendisine anılan maddenin (C) bendine, ölmüş ise hak sahiplerine (H) bendine göre sürekli iş göremezlik geliri bağlanması gerekmektedir.

Sigortalıya veya hak sahiplerine anılan Kanunun 12. maddesinde sayılan yardımları sağlayan Sosyal Sigortalar Kurumu şayet iptali istenen 26. maddede öngörülen koşullar oluşmuşsa yapılan yardımları anılan maddede belirtilen tazmin sorumlularından talep edebilmektedir. 26. maddenin Kuruma sağladığı hakka "rücu hakkı", açılan davaya da "rücu davası" denmektedir.

Anayasaya aykırılık iddiasında çözümlenmesi gereken hukuksal sorun Kurumun sadece bağlanan gelirin ilk peşin değerini mi yoksa kanun veya kararnamelerle ileriki yıllarda yapılan gelir artışlarının dahi rücu talep edilip edemeyeceği noktasındadır. Şayet gelirlerde meydana gelen artışların da istenebileceği sonucuna varıldığı takdirde yerine göre tazmin sorumluları bir çok dava tehdidiyle karşı karşıya kalmış olacaktırlar.

Hemen belirtmek gerekirse 10 Hukuk Dairesi ve Yargıtay Sosyal Sigortalar Kanununun yürürlüğe girdiği 1965 yılından bu güne değin Kurumun, sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tazminat miktarı ile sınırlı olmak üzere rücu hakkını kullanabileceği görüşündedir. Yargıtayımızı böyle bir uygulamaya götüren neden, 26. maddenin birinci fıkrasının yorumundan kaynaklanmaktadır. Bu maddede aynen, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi, veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya ve hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı ol-

mak üzere Kurumca işverene ödettirilir.” hükmünün yer aldığı görülmektedir. Yargıtay, “...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları...” kavramının, ileride gelirlerde meydana gelecek artışları da kapsadığını düşünmektedir. Oysa Anayasa Mahkememiz, 26. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davalarda Kurumun, sadece bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebileceği, gelirlerde meydana gelen artışları isteyemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkemeler, değişik zamanlarda 26. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurmuşlar. Yüksek Mahkeme, 26. maddenin gelirlerde meydana gelen artışların da istenebileceği anlamını taşımadığına o nedenle anılan maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. (Bkz. Any. Mah. 23.05.1972 tarih, E.2. K.28, Any. Mah. 20.12.1983 T. 1982/4 E. 1983/17 K. Any. Mah. 2.5.1991 T. 1990/28 E. 1991/11 K.)

Yüksek Mahkeme, sözü edilen kararlarında, Sosyal Sigortalar Kanununun birinci fıkrasına göre, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalıya Kurumca sürekli iş göremezlik geliri bağlanıp bu gelirin peşin değeri tahsil edildikten sonra Kanun ve Kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların peşin değerinin işverenden istenemeyeceğini, aksine bir yorumun Anayasa’ya aykırı olacağını şu çarpıcı nedenlere dayandırmaktadır: “Sözü edilen fıkra hükmü, sorumluluğun kapsamını şu biçimde çizmiştir. “Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan ve ileri yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü geçen tarife göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı işverenden alınır.” Bu kural incelendiğinde iki husus göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, iş kazası neticesinde kesin, değişmeyen fiili ve hukuki bir sonucun ortaya çıkması halidir. Fıkra hükmünün öngördüğü koşullar içinde oluşan bir iş kazasında sigortalı bir işçinin hayatını kaybetmiş olması, bu hale örnek olarak gösterilebilir. Burada değişmeyen bir durum oluşmuş, işverenin sorumluluğu ve bunun sınırları kesin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu durumda yargı

organının görevi, ölen işçinin hak sahiplerine Kurumca bağlanan gelirin, varsa kusur oranlarını ve Kanunun 22. maddesinde belli edilen sermaye değerini saptayarak işverenden tahsiline karar vermekten ibaret kalmaktadır. Bu işlem sonucunda işverenin olayla ilgisi kesilmekte ve sorumlu tutulduğu yüküm böylece yerine getirilmiş olmaktadır. Kanuna uymayan eylem sonucu hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun neticesi olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kuruma ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, sosyal hukuk devletinin görevi olmak üzere çıkarılacak yasa hükümleriyle, Kurumca bağlanmış eski gelirlerdeki artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutulmasını hukukla bağdaştırma olanağı yoktur. Kaldı ki, işvereni bu durumda da sorumlu tutmak, Devlete yükletilmiş kimi ödevlerin işverenlere devredilmesi gibi bir sonuç ortaya koyar ki, Anayasa’nın böyle bir neticeyi öngördüğü de öne sürülemez.

İkinci halde ise, böyle kesin bir durum söz konusu değildir. Gerçi bir iş kazası olmuş ve örneğin kazaya uğrayan işçiye sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Kanunun 25. maddesinde belirtildiği üzere sigortalı işçi her zaman iş göremezlik derecesinde bir artma olduğunu ya da başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girdiğini öne sürerek bağlanan gelirden değişiklik yapılmasını isteyebilecek ve Kurum da sigortalıyı her zaman kontrol muayenesine tabi tutabilecektir. Bu gibi hallerde bir iş kazası sonucu sigortalı işçiye bağlanan gelir bir kesinlik taşımamakta, artırılması, eksiltmesi veya kesilmesi gereken bir nitelik göstermektedir.

Bu nedenlerle 26. maddenin birinci fıkrasındaki “ve ileride yapılması gerekli bulunan” deyiminden, neden-sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılmalıdır. Sözü edilen bu kuralın, neden-sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır.

Yeri gelmişken şu yön de açıklanmalıdır ki, Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’ya uygunluk denetimi görevini yaparken bir Kanun hükmü-

nün yüksek mahkemelerce uygulanmasında benimsenen görüşlerle bağlı olduğunu gösteren bir hüküm, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almış değildir. Yüksek mahkeme içtihatlarının değişmez olmadığı; zaman zaman içtihad değişikliklerinin ortaya çıktığı; yüksek mahkeme daireleri ile genel kurul kararlarının aynı kuruluş içindeki daireleri dahi bağlayıcı bulunmadığı, göz önünde tutulunca, bunların Anayasa Mahkemesi'ni bağlayacağını savunabilmek için haklı bir hukuki neden de gösterilemez. Bu yön, Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1969 günlü, 1969/30-65 sayılı Kararında "Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası gerekse itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa'ya uygunluğu denetlenmelidir" görüşü savunulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararından alınan bu görüşün ortaya koyduğu hukuksal gerçek şudur: 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile" kavramına ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışlar dahil edilemez. Başka bir anlatımla anılan fıkra da geçen "ile" sözcüğünden sonra gelen "gelir bağlanırsa" deyiminin ifade ettiği anlam bağımsız olup bu deyimden önce gelen "ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları" deymi ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, "ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile" hükmü, geçirilen iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak yapılan giderleri amaçlamaktadır. Örneğin, iş kazası geçiren sigortalı iyileşmemiş ve tedaviye devam edilmiş ise sarf edilen tedavi giderleri ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerden sayılır. Keza sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik derecesi artmış ve arada illiyet bağı gerçekleşmiş ise iş göremezlik derecesindeki artış nedeniyle yapılan giderler ve bu nedenle artan gelir, ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerden sayılır ve gi-

derek bu giderler işverenden istenebilir. Sigortalıya ilk defa gelir bağlanmış ve sürekli iş göremezlik derecesinde hiçbir değişiklik olmamışsa Kurum, bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebilir. Aynı olay nedeniyle işverenle Kurum hesaplaştıktan ve işveren, bağlanan gelirin ilk peşin değerini Kuruma ödedikten sonra işverenin sürekli dava tehdidi altında bırakılmış olması Anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin kararı bu doğrultuda olmasına karşın yüce Yargıtay, Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu yorumun bağlayıcı olmadığına karar vermiş bu güne değin, 26. maddenin birinci bendine göre, kanun ve kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebileceği görüşünü sürdürmektedir. Böylece aynı konuda her iki Yüksek Mahkeme, yasanın yorumunda çelişkiye düşmüş bulunmaktadır. Oysa öğretilerdeki baskın görüş, Anayasa Mahkemesinin Anayasal yorumunun yargıyı ve herkesi bağlayacağı doğrultusundadır.

Yargıtayımızın, gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebileceğine dair görüşünün diğer bir nedeni de şudur: Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının hukuksal temeli halefiyet esasına dayanır. Kurum, sigortalının halefi olduğuna göre sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktara kadar talepte bulunabilir. Kurum, bağlanan gelirlerin ilk peşin değerini işverenden tahsil ettikten sonra geriye sigortalının işverenden isteyebileceği bir miktar kalmışsa gelirlerdeki artışları bu miktar tükeninceye kadar talep edebilir. Örnek vermek gerekirse; iş kazası geçiren sigortalıya Kurumca beş milyar peşin değerli gelir bağlanmış ancak sigortalı aynı kaza nedeniyle 15 milyar lira tutarında maddi tazminat isteyebilecek durumda ise Kurum, beş milyar peşin değerli geliri işverenden tahsil ettikten sonra ileriki yıllarda kanun veya kararnamelerle artırılan gelirleri on beş milyar lira maddi tazminat miktarı tükeninceye kadar işverenden isteyebilmektedir. Peşin değerli gelir, uygulamada tavan olarak adlandırılan "on beş milyar liradan düşükse yerine göre Kurum, işveren aleyhine birçok rücu davası açabilmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi, Kuru-

mun sadece ilk bağlanan beş milyar peşin değerli geliri isteyebileceği görüşündedir.

Doktrindeki ağır basan görüş, Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının Yargıtay'ın görüşü gibi halefiyet esasına değil "Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına" dayandığı, gelirlerdeki artışların Anayasa Mahkemesinin yorumu gibi işverenden istenemeyeceği yönündedir. (Bkz. Dr. Atabet, Sigorta ve Sosyal Sigortalarda halefiyet ve rücu. İş Hukuku Dergisi 1969 Sayı 3, Tekinay, ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı, S. 96, İstanbul, 1963, İzveren, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, S. 218 vd. Öner, Kurumun 506 Sayılı Kanundan doğan rücu hakkı, S.45-49, Oğuzman, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası, 1969, Cilt 34 Sayı 1-4) Tekrar etmek gerekirse, Kurumun 26. maddeye göre, gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenemeyeceğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin görüşü ile öğretinin baskın görüşü, birbirleriyle örtüşmektedir.

26. maddenin hangi hükmünün Anayasaya aykırılık teşkil ettiği meselesine gelince, yukarıda değinildiği gibi anılan maddenin birinci fıkrasında aynen şu hükme yer verilmiştir. "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir..." 24.10.1983 tarih ve 2934 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen bu hüküm gelirlerdeki artışların da istenebileceği anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtayımız da gelir artışlarının işverenden istenebileceğine dair içtihadını 26. maddeye sonradan eklenen bu fıkraya dayandırmaktadır. Keza 01.07.1994 tarih, 1992/3 Esas, 1994/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceği görüşü sözü edilen 26. maddeye eklenen, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlar sınırlı olmak üzere..." hükmüne dayandırılmıştır. Oysa, Anayasa Mahkememiz baştanberi açıklandığı gibi, gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceğine ilişkin bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı ola-

cağına karar vermiştir. Yargıtayımız, anılan İçtihadı Birleştirme Kararının bağlayıcılığı nedeniyle gelir artışlarının peşin değerinin de istenebileceğine karar vermektedir.

Oysa, 2934 sayılı Yasa ile eklenen hüküm iptal edildiği takdirde Yargıtay, görüşünü değiştirmek zorunda kalacaktır. Nitekim Yargıtay, eski görüşünden dönerek Bağ-Kur Kanununun 63. ve 2926 Sayılı Kanunun 47. maddelerinde yer alan Kurumun rücu hakkının bağımsız rücu hakkı esasına dayandığını ve gelir artışlarının istenemeyeceğini kabul etmektedir.

Önemle belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi 26. maddenin birinci fıkrasını yorumladıktan sonra, bu fıkranın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ise de, 2934 Sayılı Kanunla sonradan 26. maddenin birinci fıkrasına eklenen "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" hükmü Yüksek Mahkemenin ret kararlarında irdelenmemiştir. Oysa bu hüküm artışların istenebileceğine olanak sağlamaktadır. 0 nedenle Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek Anayasaya aykırılık davasına bakabilir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasanın 10 uncu, 60 ıncı ve 65 inci maddelerine aykırı görülen Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26 ncı maddesinin birinci bendinde yer alan, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." sözcüklerinin iptali için Anayasanın 152 ve 2949 Sayılı Kanunun 28/1'nci maddeleri gereğince re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve iş bu davanın geri bırakılmasına 28/01/2003 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasındaki itiraz konusu bölümü de içeren 26. maddesi şöyledir:

"İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veya-

hut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödetirilir. (Ek cümle: 4958 - 29.7.2003 / m.28) İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasit veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.

(Ek fıkra: 2934 - 24.10.1983) Ancak, iş kazası veya meslek hastalıkları sonucu ölümlerde bu Kanun uyarınca hak sahiplerine yapılacak her türlü yardım ve ödemeler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kasdı veya kusuru bulunup da aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine Kurumca rücu edilemez.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 19.2.2003 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa

kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasa-ma belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, sonradan kanun veya kanun hükmünde karar-namelerle gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebilmesini olanaklı kılması nede-niyle, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde karar-namelerin ve TBMM İç-tüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda il-gililer tarafından ileri sürülen gerekçelere da-yanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verilebileceğinden, iptali istenen ku-ralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yö-nünden de inceleme yapılmıştır.

İşverenin sorumluluğunun düzenlendiği ve itiraz konusu bölümün de yer aldığı 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı ya da suç sayıla-bilir bir hareketi sonucu iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi halinde, Ku-rum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselere ge-lir bağlanması durumunda, Kurum'un sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebi-lecekleri miktarla sınırlı olmak üzere işverene rücu hakkı öngörülmüştür.

Kuralla, Kurum'ca sigortalıya veya hak sahi-bi kimselere yapılan ve ileride yapılması gere-kli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. mad-desinde sözü edilen tarifeye göre hesap edile-cek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayıla-bilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği mik-tarla sınırlı olmak üzere" bölümü, anılan sorum-luluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya

bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K.1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğinin sağlayan bir düzen kurulması asıdır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa'nın 60. maddesinde "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" denilmektedir. Bu kurala göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise devlet için görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuraları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.

Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenlerle Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 60.ve 65. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK bu görüşlere katılmamıştır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 23.11.2006 gününde karar verildi.

KARŞI OY

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "İşverenin sorumluluğu" başlıklı 26. maddesi, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu Kurum'un sigortalıya, sigortalı ölmüşse hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin hesaplanacak sermaye değerleri toplamı, sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere bu ödemelere neden olan kişilere rücu yoluyla ödettirme hakkını düzenlemektedir.

Rücu yoluyla ödettirme, Kurumun sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödeme nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmeyi kısmen de olsa gidermekte ve zararı ödeyenlerin sigortalının sağlığını ve can güvenliğini koruma yönünde özen göstermesini de sağlayarak, iş kazası ve meslek hastalıklarının meydana gelmesini önlemektedir. Kurum'un, rücu yoluyla ödettirme hakkının en üst sınırı sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktardır. Bu miktar ise sigortalı veya hak sahiplerinin iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu uğradıkları gerçek zarardır. İşveren, rücu yoluyla Kurum'a yaptığı ödeme ölçüsünde, sigortalı veya hak sahiplerine karşı tazmin sorumluluğundan da kurtulmaktadır. Herkes kusurlu eyleminin

sonuçlarına katlanmaya mecburdur. Bu nedenle sigortalı veya hak sahiplerinin, kusurlu işverenden Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca da isteyebilecekleri bu zararın açıklanan biçimde işverene ödetirilmesine ilişkin düzenlemenin temelinde, çalışma hayatının düzenli işlemesi, ekonomik yönden güçsüz olan sigortalıların iş hayatının risklerine karşı sosyal güvencelerinin sağlanması bulunmaktadır.

İtiraz konusu ibare, işverenin rücu davasındaki sorumluluğunun üst sınırını göstererek, hem onun sorumlu olduğu tazminat miktarının kapsamını belirlemekte, hem de iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalan sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği ve Kurum'un da buna göre rücu yoluyla ödettirebileceği miktarı göstermektedir. Böylece, işverenin ileride yapılacak artışlardan nereye kadar sorumlu tutulacağı, kasıtlı veya kusurlu eyleminin sonucu olarak katlanmaya mecbur olduğu zarar miktarıyla sınırlandırılarak, sınırlanandan daha fazlasının rücu yoluyla ödetirilmesinin işverenden talep edilemeyeceği tespit edilmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir yasa kuralını kendi hukuk görüşü ve anlayışı açısından inceler ve o kuralın bu anlamda Anayasa'ya uygunluğunu denetler. Yasa kurallarını yorumlayarak uygulama yapan yargı mercileri ya da yüksek mahkemeler, farklı yorumlamalar yaparak değişik uygulamalar yapabilirler. Aynı konu, benzer nitelikteki yasalarda farklı da düzenlenebilir. Bütün bunlar, aykırılığı öne sürülen hükmün anayasal denetiminde izlenmesi gereken yöntemi değiştirmez.

Anayasa'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında sosyal güvenlik alanında, Devlete gerekli önlemleri alma görevi yüklenmiş, 65. maddesinde ise bu yükümlülüğün sınırları belirtilerek, sosyal güvenlik konusunda, ancak Devletin ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde önlem alma yükümlülüğü verilmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu ise Devlete yüklenen sosyal güvenlik hakkını sağlamak üzere kurulmuştur.

Anayasa, sosyal güvenlik alanında Devlete gerekli önlemleri alma görevini, ekonomik ve

mali kaynakları ölçüsünde yüklemiştir. Katkı sosyal güvenlik rejimlerinde, Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi ve sosyal riskleri karşılayabilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Yasakoyucunun, Devlete yüklenen görevin yerine getirilebilmesini sağlayacak ve Kurum'un malvarlığını koruyacak tarzda, temel hukuk kurallarına ve Anayasa'nın diğer hükümlerine aykırı olmayan kimi düzenlemeler yapması, Anayasa'da öngörülen sosyal güvenlik anlayışının gereği ve ona tanınan takdir yetkisinin sonucudur. İtiraz konusu ibarenin ise bu amaçla ve takdir yetkisi kullanılarak getirildiğinde kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, İşverenin sorumluluğunun sınırını belirleyen "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." şeklindeki ibarenin, adil olmadığı hususu ileri sürülemeyeceği gibi hukuksal aykırılığı olduğu da söylenemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibarenin, Anayasa'nın 60. ve 65. maddelerine aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasa'nın öbür kurallarına da aykırılığı saptanamadığından iptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Bu nedenle, çoğunluk kararına katılmadık.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Şevket APALAK

KARŞIY YAZISI

İtiraz başvurusunda geniş biçimde açıklandığı gibi Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin 1972 yılından bu yana verdiği kararlarında, kuralın anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ve bu kararların gerekçelerinde de "ileride yapılması gerekli bulunan" ibaresinden neden-sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan hallerin anlaşılması gerektiğini, Devletçe izlenen sosyal ve ekonomik politikaların sonucu olarak sigorta tahsislerinde vuku bulan artışların anılan ibarenin kapsamı dışında kaldığını ve bu tür artışların Kurumun öz kaynaklarından, bunun mümkün olmaması halinde de Devletçe karşılanmasının esas olduğunu belirtmiştir.

Anılan fıkranın daha önce incelendiği Anayasa Mahkemesinin 2.5.1991 günlü, E.1990/28-K.1991/11 sayılı kararında, incelemenin “işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu iş kazasına yol açan işverene, sigortalıya yapılan her türlü giderin Kurumca ödettirilmesi” açısından sınırlı olarak yapılması nedeniyle; başvuruda Yargıtay’ın, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yoruma aykırı olarak oluşturduğu 1994/3 karar sayılı içtihatları birleştirme kararında “gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceği” görüşünün, 26. maddeye eklenen “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ...” hükmüne dayandırıldığı ve bu ibarenin de Anayasa Mahkemesince incelenmediği ifade edilmekte ise de, incelenen kuralın anlam ve kapsamı belirlenirken fıkrada yer alan ve bir bütünlük arz eden diğer ibarelerin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Nitekim, K.1991/11 sayılı kararda kuralın anayasaya aykırı olmadığına karar verilirken konuya ilişkin daha önceki kararlara da atıfta bulunulmuştur. Bu durum, 26. maddenin birinci fıkrası ile ilgili kararların da bütünlük oluşturduğunu göstermektedir. Kararlarda işverenden istenemeyeceği açıkça belirtilen giderlerin fıkrada yer alan ve sınırlama nedeniyle incelenmediği belirtilen itiraz konusu kurala dayanılarak işve-

rene ödettirilmesinin mümkün olduğunun kabulü, anılan kararların gerekçesi ile çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 18.11.1969 günlü, 1969/30-65 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi gerek iptal gerek itiraz yolu ile anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde anayasaya uygunluğunu denetlemelidir. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarındaki yorumu hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimdedir. Bu yorum öğretide de benimsenmiştir. Bu yorumdan dönülmesini gerektiren bir neden de bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kural, işverenin rücu davasındaki tazminat kapsamını sınırlayıcı ve onun sorumluluğu açısından genişletici değil daraltıcı bir etkiye sahiptir.

Bu çerçevedeki anlam ve kapsamına göre itiraz konusu kuralın anayasaya aykırı olmadığı, bu nedenle itirazın reddine karar verilmesi gerektiği görüş ve düşüncesinde olduğumuz için Yargıtay’ın Anayasa Mahkemesi’nin yorumuna aykırı olarak tesis ettiği içtihat baz alınarak anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesine katılmıyoruz.

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

A. Necmi ÖZLER

KARAR İNCELEMESİ

1. GİRİŞ

Sosyal Sigortalar Kurumunun iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalısı veya hak sahiplerine; herhangi bir sınırla bağlı olmaksızın yaptığı ve ileride yapması gerekli harcamaların kusurlu işverenden, ancak belli bir sınıra kadar istenmesini düzenleyen kuralın Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.2006 günlü kararı ile iptali ortaya yeni sorunlar çıkarmıştır.

Gerçekten Kurumun, işverenden rücu hakkını düzenleyen 506 sayılı Yasa’nın 26/1. maddesi hukuk dünyamızda bir süre tartışma konusu olmuştur. Sorun dört kez Anayasa Mahkemesi’ne taşın-

mış ve İçtihadı Birleştirme Kararı’na konu olmuştur. Ne var ki; Yargıtay’ın istikrarlı uygulaması ve Anayasa Mahkemesi’nin soruna sosyal sigortalar hukuk sistemine uygun yaklaşımı sonucu çözümlenmiştir.

Sorunun temeli; Kurumun bağladığı gelir ve bunların sonradan artırılması durumunda; işverenden, ne oranda isteneceği konusunda düğümlenmektedir. Yasa bu alanda; ilk düzenlemede herhangi bir sınır öngörmemişken, Yargıtay’ın uygulamasına paralel yasa koyucu bir tavan sınırlaması öngörerek 26/1. maddeyi Anayasa Mahkemesi’nin 2006 yılında verdiği iptal kararından önceki biçiminde düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin daha önce verdiği ve

iki ret kararında ileri sürdüğü görüş ve maddeyle ilgili kısmen maddi yanılığa dayalı yorum bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda farklı karar çıkmasına neden olmuşsa da 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Büyük Kurul Kararı soruna son noktayı koymuştur. Bu kararla; Kurumun bağladığı gelir ve artışlarının her birini ayrı dava konusu olabileceği ancak bunların tavan sınırına kadar hükme bağlanacağı belirlenmiştir.

Uygulama bu yönde devam ederken, Birleştirme Kararı'nda kabul görmeyen ve işvereni sadece ilk peşin değerle sorumlu tutulması yolundaki azınlık görüşü Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından tekrar Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı'ndan azınlık görüşü doğrultusunda yeni bir uygulama getirme yolunda farklı

Ne var ki, Kuruma doğrudan bağladığı gelir ve artışlarının sermaye değerlerini sorumluluğu oranında kusurlu işverenden isteme hakkını veren yasal düzenleme maddede aynen muhafaza edilmiş, bunun yerine, işveren sorumluluğunun üst sınırını belirleyen kural iptal edilmiştir. 26/1. madde bu iptal üzerine aldığı yeni şekli ile, ilk düzenleme biçimine dönmüş ve işverenin sınırsız sorumluluğu gündeme gelmiştir. Böylece istemle uygun neden-sonuç ilişkisi bulunmayan bir durum ortaya çıkmıştır.

Maddenin aldığı bu yeni durum karşısında uygulama nasıl olacaktır?

1. İşverenin üst sınır sorumluluğu kalkınca Kurum ileriye yönelik yaptığı tüm gelir harcamalarını işverenden talep edebilecek midir?

2. Rücu davalarına ilişkin temel ilke ve esasları

Kuruma doğrudan bağladığı gelir ve artışlarının sermaye değerlerini, sorumluluğu oranında kusurlu işverenden isteme hakkını veren yasal düzenleme maddede aynen muhafaza edilmiş, bunun yerine, işveren sorumluluğunun üst sınırını belirleyen kural iptal edilmiştir.

görüşe ulaşan Yüksek Daire sorunu; yasal merci olan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Kurulu'na taşıma yerine Anayasa Mahkemesi'ne götürmüş ancak konuyla doğrudan ilgisi bulunmayan ve işveren yararına getirilmiş onun üst sorumluluğunu belirleyen kuralın iptalini istemiştir.

Gerçekten; Anayasa Mahkemesi'ne 2003 yılında yaptığı başvuru ile Kurumun rücu hakkının 1994 tarihli içtihatları birleştirme kararı tersine bir görüşle sadece bağladığı ilk peşin değerle sınırlı olması gerektiğini ileri süren Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi; Kuruma, ileriye yönelik bağladığı gelirlerin peşin değerleri yolunda dava hakkı veren 26/1. maddenin "... Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı ... Kurumca işverene ödettirilir" kuralı yerine; istemle doğrudan ilgili bulunmayan "... Sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." kuralının iptalini istemiş ve Anayasa Mahkemesi de bu istem doğrultusunda karar vermiştir.

belirleyen 1994 tarihli içtihatları birleştirme kararı bu iptalden etkilenecek midir? Giderek 26/1. maddenin aldığı bu yeni şekil karşısında salt yorum yoluyla işverenin ilk peşin değerle sorumlu tutulması yönünde ve sözü edilen birleştirme kararına ters bir sonuca ulaşılabilecek midir?

3. Nihayet sigortalı veya hak sahipleri tarafından iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan ve işverene karşı açılan tazminat davalarında peşin değer uygulaması nasıl yapılacaktır?

İşte bu inceleme yazımızda sorunların cevabı verilmeye çalışılacaktır.

Önce tavan sınırlaması nedir ve yasaya nasıl girmiştir? Konunun geçirdiği evreleri açıklayarak incelemeye başlamak yararlı olacaktır.

Aşağıda daha geniş biçimde açıklanacağı üzere üst sınır sınırlaması denilen yasal düzenleme bir zorunluluktan doğmuştur. Bu sınırlama 26/1. maddenin son bölümünde aynen şöyle ifade edilmiştir. "Kurumca... her türlü giderlerin tutarı... gelir bağlanırsa bu gelirlerin peşin değer toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere kurumca işverene ödettirilir."

Bilindiği üzere iş kazaları ve meslek hastalıkları sigorta dalı sosyal sigortalar hukukunun temel dallarından birini oluşturur. Bu sigorta kolu ile, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalılar ile bunların ölümü halinde hak sahiplerine zararları Kurumca karşılanır. Gene bilinmektedir ki bu kaza ve hastalıklar genelde işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymaması sonucu meydana gelmektedir. Her yıl binlerce sigortalının sakat kaldığı veya hayatını kaybettiği bu olaylar sonucu bir yandan büyük sosyal ve ekonomik sorunlar ortaya çıkmakta öte yandan Kurumca karşılanması büyük külfetler yaratan harcamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin işe yeni başlamış bir sigortalının bir günlük prim ödemesi bulunmamasına karşın uğradığı bir iş kazası sonucu Kuruma getirilen mali yük son derece büyük boyutlara ulaşmaktadır.

Yasa koyucu bu istenmeyen tabloyu dikkate alarak henüz 506 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmediği bir dönemde bir yanda en kutsal varlık olan insanı bu tür zararlardan korumak diğer taraftan Kurumun uğradığı çok büyük boyutlardaki zararları bir ölçüde telafi etme düşüncesi ile işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymamak suretiyle işçisini zarara uğratan işverenden; Kurumun yaptığı ve ileride yapması gerekli her türlü harcamaların geri alınmasını kabul etmiştir. Bu tür bir geri isteme durumunda işveren sorumluluğu yönünden bir sınırlama öngörmemiştir. 1965 yılında yürürlüğe giren 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesi işvereni sınırsız bir şekilde sorumlu tutmuştur.

İşverenin bu tür sorumluluğu karşısında sorun Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve sözü edilen Yüksek Mahkeme 1972 günlü verdiği ilk kararında aşağıda gösterileceği üzere Kurumun sınırsız rücu hakkını Anayasa'ya uygun bulmuş ve aynen "Kurumun gerçek zararı aşar nitelikte alacak hakkını sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar hukukunun temel ilkelerini belirlemek üzere ortaya koymuş ve Anayasa'ya aykırılık yerinde bulunmamıştır."

Ancak Anayasa Mahkemesi 1976 ve 1983 yıllarında 26/1. maddede yer alan ve Kuruma ileriye yönelik yaptığı harcama ve gelirleri işverenden geri isteme hakkı veren "... ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderler ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü edilen sermaye değerleri toplamı işverenden alınır" kuralına yapılan itirazı yerin-

de bulmamış ancak ret kararının gerekçesini 1. karardaki gerekçeleri tekrarlamakla birlikte bir yoruma dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu yorumuna göre 26/1. maddede sözü edilen ileriye yönelik istem hakkı Kurumun ilk davasıyla sınırlı olmalıdır.

Ne var ki Yargıtay; Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna itibar etmemiş ve maddeyi ileriye yönelik uygulamıştır. Ancak Yargıtay bu tür davalarda işveren yükümlülüğü yönünde daha adil ve hafif bir sonuç sağlamak amacıyla; Kurum isteme hakkını "Halefiyet ilkesine" dayandırmak suretiyle Borçlar Kanunu'nda gösterilen ve haksız fiilden doğan zararların tazmini yönünde uygulanan gerçek zarar tutarı ile sınırlanması gerekeceğini, kısaca bu yönde bir üst sorumluluk sınırının zorunluluğunu içtihatlarıyla kabul etmiştir. Yasa koyucu da Yargıtay'ın bu içtihadını esas alarak tavan uygulamasını kabul etmiş ve böylece 1987 tarihinde tavan ilkesi yasaya girmiştir.

Bu düzenlemeden sonra 1991 yılında Anayasa Mahkemesi'ne yeniden başvurulmuşsa da Anayasa Mahkemesi bu kere 1976 ve 1983 tarihli kararlarındaki yorumuna yer vermeksizin 26/1. maddeye yönelik Anayasa'ya aykırılığı reddetmiş ve Yargıtay içtihatlarıyla oluşan uygulamayı aynen benimsemiştir.

Uygulama bu şekilde sürüp gitmekte iken 1992 yılında bir Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda; Anayasa Mahkemesi'nin 1976 ve 1983 tarihli kararlarından esinlenen ve uygulamaya ters bir karar çıkmış ancak sorunu çözmekle yükümlü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, Yargıtay'ın oturmuş ve 10. Hukuk Dairesi görüşlerine uygun olan uygulamasını aynen kabul etmiş ve gelirler peşin değerindeki artışların ayrı ayrı istenebileceğini hükme bağlamıştır.

İşte Yargıtay 10. Hukuk Dairesi böylece oluşan uygulamayı devam ettirirken 2003 yılında vardığı bir sonuçla 1994 tarihli Tevhidi İçtihat Kararı'nı değiştirmek yönünde Yargıtay Yasası'nın öngördüğü prosedürü uygulamak yerine dolaylı bir yöntem seçmiş ve 26/1. maddede öngörülen tavan sınırlamasının iptali ile ileriye yönelik peşin değerlerin istenmemesi yolunda bir uygulama ortaya koymak istemiştir.

Bu durum ise yukarıda gösterilen sorunları ortaya çıkarmış ve bunların çözümünü gerektirmiştir. Sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için öncelikle rücu davalarını ortaya koymak ve rücu davalarına ola-

nak veren yasal düzenlemenin ilk şekli ile bu davalarda tavan sınırlamasını öngören Yargıtay uygulamalarını ve buna bağlı tavan sınırlamasının hangi yasayla kabul edildiğini belirlemek, Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verdiği kararları açıklayarak 1994 tarihli birleştirme kararının esaslarını belirlemek ve daha sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru ve iptal kararı ile bunun ortaya çıkardığı sorunları ve nihayet çözümü göstermek yararlı olacaktır.

II. RÜCU DAVALARI VE DAYANDIĞI HUKUKSAL ESASLAR

a) Genel Olarak Rücu Davaları

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun iş kazası ve meslek hastalığı dolayısıyla yardım ve ödemelerin bunlara neden olan işverenden geri alma hakkı rücu hakkı ve bu hakka dayanılarak açılan davalara rücu davaları denilir. Bu davalar yukarıda gösterildiği üzere 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde düzenlenmiştir.

İşverenlerin sorumluluk koşulları belirlenirken bir ayrıma gidilmiş işverenler ve üçüncü kişiler farklı esaslara tâbi kılınmıştır.

Bu tür düzenleme getirdiği ilke ve esaslarla kendine özgü bir sistem ortaya çıkarmış, kimi durumlarda, klasik sorumluluk ilke ve esaslarından ayrılmıştır. Madde ile ilgili içtihatlarla baktığımızda, kimi durumlarda, gerçek zararı aşkın tazminatların söz konusu olduğu, kimi durumlarda Borçlar Kanunu'nun sistemiyle bağdaşmayan zamanaşımı ve faiz uygulamasının ortaya çıktığı, çoğu kez Kurum rücu hakkının geleceğe uzandığı ve kimi durumlarda tazminat hukukuna ilişkin esaslardan uzaklaşıldığı, özel sigorta sisteminden farklı durumlar ortaya çıktığı gözlenmiştir. Böylece denilebilir ki Kuruma tazminat hukuku ilkelerinin öngörmediği kimi haklar tanınmış ve bu durum hukuk dünyamızda uzun süren tartışmalar yaratmıştır.

b) Maddenin Amacı

Kuruma rücu hakkının tanınması üstelik ayrıcalıklı kuralların kabulü muhtelif nedenlere dayanır.

Bu nedenlerin başında insan canı ve sağlığı yönünde önlem alma ve bu yolda bir düzenleme

yapma ihtiyacı gelmektedir. Gerçekten hukuk sisteminde korunan en önemli varlık insandır. Onun vücut bütünlüğü ve sağlığı maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme görevi Devlet'e verilmiştir. İşverenin Kuruma karşı sorumlu tutulmakla çalıştırdığı kişilere karşı daha dikkatli ve tedbirli davranılması istenilmiş ve olabildiğince zararların önlenmesi amaçlanmıştır. Bu arada ilave edilmelidir ki ülkemiz açısından iş kazası ve meslek hastalığı yönünden ortaya çıkan tablo hiç de iç açıcı bulunmamaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumunun 2005 yılı istatistiklerine göre ülkemizde sözü edilen yılda 73.923 iş kazası olmuş, 519 meslek hastalığına rastlanmıştır. Bunlardan 1.096'sı ölümle sonuçlanmış ve kaybedilen iş gücü sayısı 1.797.917 güne ulaşmıştır¹.

Maddenin gerçekleştirmek istediği ikinci amaç ise doğrudan Kurumun mali kaynaklarına yöneliktir. Kaynakları sorumsuz kişilerin davranışları yüzünden azalan ve uzun süreli büyük meblağlar ödemek zorunda bırakılan bir kuruluşun zamanla güçsüz kalması ve işlevini yerine getirmemesi söz konusu olabilir. Bu yönde Kurum zararlarının belli ölçülerde geri alınması zorunludur.

Öte yandan bu tür geri alma hakkının tanınması hukuksal eşitlik yönünden dahi zorunludur. Kurum, kusurlu işverenden belirli zararları istemekle, sigortalılarına karşı tüm yasal yükümlülüklerini yerine getiren ve onları koruyan işverenlerin haklarını korumakta ve eşitliği sağlamaktadır. Aksine bir durum görevini yerine getiren işverene karşı haksızlık ortaya çıkartır².

c) Maddenin Dayandığı Hukuki Esaslar

Zararlandırıcı sigorta olayında zarara uğrayanın zararlarını karşılayan Kurumun yaptığı harcamaları, zarara neden olandan geri istemesi biçiminde ortaya çıkan bu tür davaların hukuksal dayanağını belirlemek uygulamada ortaya çıkacak sorunların çözümü yönünden büyük önem taşır.

26/1. madde bu yönde bir esas veya ilkeye yer vermemiştir. Ne var ki Yargıtay başlangıçta ve bu güne değin uygulamasında maddeyi "halefiyet" esasına dayalı çözmüş ve içtihadını buna göre oluşturmuştur.

Nitekim 26. maddenin dayandığı 4772 sayılı Yasa'nın 37. maddesiyle ilgili Yargıtay Daireleri ara-

sında çıkan aykırılığın giderilmesi yönünde Yargıtay Büyük Genel Kurulu 31.03.1954 günlü 18/11 sayılı kararda aynen şu ilkeye yer vermiştir. “Sigortacı, sigortalıya ödediği tazminat nispetinde sigortalının yerine geçer ve onun kanuni halefi olur. Halefiyetin kanunda zikredilmemiş olması da bu esastan ayrılmayı icap ettirmez. İşçi Sigortaları Kurumunun zarardan sorumlu olanlar aleyhine rücu an açacağı tazminat davaları, sigortalının bu gibi kimselere karşı açabileceği davaların zamanaşımı müddetine tâbidir.” görüşünü benimsemiş, aynı günlü 17/10 sayılı başka bir birleştirme kararında bu ilkeyi tekrarlamıştır. Yargıtay 29.06.1960 günlü 13/15 sayılı başka bir İçtihadı Birleştirme Kararı’nda halefiyet ilkesini mahkemelerin görevi yönünden tekrar benimsemiş 17.01.1972 günlü 2/1 nolu Birleştirme İçtihadı’nda da aynı görüşü devam ettirmiştir.

Uygulamanın böylece oluşması yanında doktrinde de halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Sayın Prof. Dr. Kenan Tunçomağ: “Sosyal Sigortalar Kurumunun, Kurumun 26. ve diğer maddelere dayanan hakkının bir halefiyet (alacaklı yerine geçme) olarak yorumlamak daha isabetlidir. Çünkü Sosyal Sigortalar Kurumuna sigortalıya yaptığı ödeme bir yasa hükmüne dayanmaktadır. Yasa bu ödeme nedeniyle Kurumun işverene başvurabilmesini açıkça kabul etmiştir. Bu başvurma hakkının etkili kılınması isteniyorsa, bunun bir halefiyet hakkı olarak kabulü gerekir. Aksi halde, Kurumun başvurma hakkını vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme kurallarına dayandığını söylemek gerekecektir. Oysa, yasa koyucunun amacı bu olamaz³” görüşüne yer vermiş, Sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın; “Rücu davasında, Kurum ödediği sigorta bedeli nispetinde sigortalının kanuni halefi olur” demek suretiyle halefiyet prensibini açıkça kabul etmiştir⁴. Ayrıca Prof. Dr. Ali Bozer ve Tandoğan aynı görüşleri ileri sürmüşlerdir. “Kurum açtığı rücu davasında sigortalı yerine kaim olmaktadır. Kurum sigortalının bütün haklarına halef olur. İşçi sigortaları, şahıs sigortası mahiyetine haiz olmakla beraber bunlarda, sigortalının hakiki zararının tazmin gayesi ön plandadır ve sigortacının mağdurun halefiyeti bahis mevzuudur⁵.”

Bu arada ilave edelim ki Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin kurucusu ve sosyal güvenlik hukukunun büyük uygulayıcılarından Mustafa Çenberci

Kurumun halefliği tartışmasızdır görüşünü ileri sürmek suretiyle halefiyet ilkesine destek vermiştir⁶.

Ayrıca Prof. Dr. Ali Güzel ve Rıza Okur doktrinde hakim olan görüşün halefiyet ilkesi olduğunu açıkça belirlemişlerdir⁷.

Buna karşın Sayın İzveren ve Sayın Atabek ve Sayın Tekinay gibi hukukçular 26. maddeden doğan rücu davalarını yasadan doğan bir rücu hakkı olarak görmüşler ve halefiyet ilkesine dayanmadığını söylemişlerdir⁸.

Ne var ki yukarıda sözü edilen 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı bu yönde son noktayı koymuş ve rücu davalarının kendine özgü bir halefiyet hakkına dayandığını açıkça kabul etmiştir.

III. 26/1. MADDENİN İLK ŞEKLİ VE YARGITAY TAVAN UYGULAMASI

Kurumun işveren ve üçüncü kişilere başvurma hakkı ilk kez 4772 sayılı “İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanun”un 37. maddesiyle düzenlenmiş, 5564 ve 6917 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramış, 506 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesiyle 26. madde olarak getirilmiştir. Maddenin ilk şekli tavan sınırlaması öngörmeksizin aynen şöyledir:

Madde 26: “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile mevzuat hükümlerine aykırı hareketi ve yahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı Kurumca işverene ödettilir.”

Görüldüğü üzere maddede işverenden istenilecek rücu alacağı konusunda bir sınırlama olmaksızın talep hakkı öngörülmüştür.

Ancak Yargıtay oluşturduğu içtihatla bu hakkın sınırlanması gerektiğini kabul etmiş bu yönde istikrarlı bir uygulama oluşturmuştur.

Bu konuda Yargıtay’ın örnek içtihatları aşağıda aynen verilmiştir:

“Sosyal sigorta yardımında bulunan Kurumun önceki rücu davasında bağladığı gelir peşin sermaye değeri ve yaptığı masraf tutarı ile sigortalının (veya hak sahiplerinin) işverenden elde ettikleri

tazminat miktarı toplamı şayet işverenin sigortalının (veya hak sahipleri) zararlarına karşı ödeme sorumlu bulunduğu paranın altına ise, Kurum zamanlaşımı süresi içinde bulunmak ve aradaki farktan çok olmamak üzere yeni yasanın öngördüğü artış miktarını istemek hakkına haizdir⁹”.

“Zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle Kurumca gelir bağlanmasından sonra yürürlüğe giren ve gelirlerle sair sosyal sigorta yardımlarını artırıcı nitelik taşıyan yasalar uyarınca yapılan yardımların da zamanlaşımı hudutları içerisinde ve haleflik ilkesi çevresinde sigortalı veya hak sahiplerince işverenden istenebilecek miktarları aşmamak üzere, rücu alacağına konu teşkil edebileceği Yargıtay’ın ve Daire’nin yerleşmiş görüşleri gereğidir¹⁰⁻¹¹.”

Böylece denilebilir ki, Yargıtay Anayasa Mahkemesi’nin 1976 ve 1983 tarihinde yorum yoluyla vardığı görüşü kabul etmemiş ve maddenin ileriye yönelik artışları tavan sınırıyla ilgili olmak koşuluyla kabul etmiştir.

IV. 20.06.1987 GÜNLÜ 3395 SAYILI YASA İLE KABUL EDİLEN TAVAN KURALI VE 26/1. MADDENİN SON ŞEKLİ

Yasa Koyucu Yargıtay uygulamasından etkilenmiş ve yukarıda verilen 26/1. maddenin ilk şekline aynen “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ...” sözcüklerini 3395 sayılı Yasa’nın 2. maddesi ile eklemiştir. Böylece Borçlar Kanunu’nun 41 ve müteakip maddelerinde belirtilen esaslara uygun gerçek zarar miktarına ilişkin uygulama üst sınır olarak 26/1. maddeye eklenmiş ve 26/1. madde son şeklini almıştır.

Yasa Koyucu tavan sınırlamasını böylece kabul ederken Anayasa Mahkemesi’nin 1976 ve 1983 tarihli kararlarındaki yorumuna katılmamış ve Yargıtay’ın ileriye yönelik ancak belirtilen tavan sınırlamasıyla ilgili uygulamasını kabul etmiştir¹².

V. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 26/1. MADDEYE İLİŞKİN RET KARARLARI

a) Tavan Sınırlaması Öncesi Kararları

Anayasa Mahkemesi 3395 sayılı Yasa’nın 2.

maddesi ile getirilen tavan sınırlaması öncesi 1972, 1976 ve 1983 yıllarında olmak üzere 26/1. maddeye ilişkin üç ret kararı vermiş ve bu maddeye ilişkin itirazları yerinde bulmamıştır. Bu kararların ilkinde soruna salt anayasal sosyal sigorta ilkelerinden yaklaşan Yüksek Mahkeme diğer iki kararında yorum suretiyle sonuca gitmek istemiştir. Bu kararlar şöylece belirlenmiştir:

aa) Anayasa Mahkemesi’nin 23.05.1972 gün E:1972/2, K:1972/28 sayılı kararı

Rücu davalarına ilişkin anayasal sosyal sigortalar hukuku alanında temel görüşlerin yer aldığı bu karar çok özel bir konuma sahiptir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu alanda ortaya koyduğu temel ilke ve görüşler aynen şöyledir:

“Tartışma konusu kuralda işverenin işçi sağlığı ve güvenliğini titizlikle koruma durumunda bırakılarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği vardır. Herkes yaşama maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Devlet insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlar. Kuralın dayandığı temel ilkenin, başka bir deyimle kişinin canını ve sağlığının Devletçe her türlü zarardan korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça görülmektedir. Devletler bu ödevlerini hukuk alanında ceza veya tazminat gibi yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedirler. İşin özüne bakılırsa hukukça korunması gerekli en büyük değer insan canı, insan sağlığı konusunda görüş birliği vardır. Hukuk kurallarının gerek kuruluşlarında gerekse yorumlarında insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin göz önünde tutulması zorunludur.”

“... Daha açıkçası işçinin canını ve sağlığını etkin biçimde korumak üzere işverene yerine göre gerçek zararı aşkın olduğu varsayılabilecek bir tazmin borcunun yükletilmesi, Anayasa’nın Toplumsal Devlet ilkesine ve bunun sonucu olan 42. ve 48. maddelerine uygun düşmektedir. Gerçekten tartışma konusu kural işveren üzerinde etkili olur ve işveren titizlikle gerekli tedbirleri alır da işçiler bu tedbirler sonucunda ölümden, hastalık veya sakatlıktan korunmuş olurlarsa sağ veya sağlam kalan bu kişilerden toplum büyük yararlar sağlar. Tartışma konusu kural işveren üzerinde etkisiz ka-

lır da bunun sonucunda işçi ölür, sakatlanırsa o zaman Sosyal Sigortalar Kurumu hak sahiplerine gelir bağlayıp itirazda bulunan mahkemenin kabulü üzere uğradığı zarardan çok bir parayı işverenden alarak alacaklı gücünü korumuş ve böylece sigortadan yararlananlar topluluğuna karşı olan borçlarını eksiksizce ve kolayca yerine getirip işçilere yeterince yararı dokunmuş olur ve toplumsal dengeyi böylece sağlamış bulunur.”

“... Burada bir yandan kasıtlı olarak işçiyi zarara sokmuş veya ağır kusur ile zarara yol açmış bir işverenin yararı, öte yandan da işverenin kasıtlı davranışının veya ağır kusurunun sonucuna katlanma durumunda bulunan işçi topluluğunun ve onların arkasında Sosyal Sigortalar Kurumunun yararı söz konusudur. Anayasa'nın 2, 42, 48. maddeleri kuralları böyle bir durumda işçilerin ve onların koruyucu bulunan Sosyal Sigortalar Kurumunun yararının üstün tutulmasını gerekli kılmaktadır¹³”.

bb) Anayasa Mahkemesi'nin

“İleride yapılması gerekli her türlü giderler tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye gelirleri toplamı” ibaresine ilişkin 18.03.1976 gün E:1975/198, K:1976/18 sayılı kararı ve 20.12.1983 gün E:1982/4, K:1983/17 sayılı kararları

Yüksek Mahkeme söz konusu kararlarında yukarıda belirtilen ibareye ilişkin anayasal denetim yapmış ve sonuçta bu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olmadığını birinci kararında olduğu gibi kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme her iki kararda da 1972 yılında verdiği kararda gösterilen ilke ve esasları aynen kabul etmekle birlikte ayrıca bir yoruma girmiştir. Bu tür bir yorumla maddenin ileriye yönelik Kuruma hak vermediğini kabul etmiş ve aynen şu görüşe yer vermiştir. “Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin bir nitelik kazanmış hukuki işlemlere etkili olmaması hukukun temel kurallarından biridir. İş kazası ve meslek hastalığı gibi sigorta dalları nedeniyle Kuruma ve dolayısıyla Devlete ait bir yükümlü işverenin sorumlu tutulması hukukça benimsemez... sonradan yasa ile artırım yapılmasınının 26. maddenin 1. fıkrasında ve ileride yapılması gerekli bulu-

nan her türlü giderlerin biçiminde yer alan ibarenin kapsamı dışında kaldığı ve niteliği itibarıyla itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı” görüşüne yer vermiş ve buna dayalı karar oluşturmuştur¹⁴.

b) Tavan Sınırlaması Getirildikten Sonra 26/1. Maddenin Bütününe Yönelik Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.1991 gün E:1990/28, K:1991/11 Sayılı Kararı

Yüksek Mahkeme 26/1. maddeye yönelik 4. kez yapılan Anayasa'ya aykırılık başvurusunu bu kez bir kere daha reddetmiş ancak bu kararında 1972 yılında vermiş olduğu kararındaki görüş ve esasları aynen tekrarladığı gibi 1976 ve 1983 yılındaki kararlarında yer alan ve yorum yoluyla getirilen ret görüşüne itibar etmemiştir.

Bu kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

“İtiraz konusuna ilişkin kuralda hukuksal yönden öncelikli bulunan insan ve insan sağlığını korumak, zarar gelmesini önlemek amacı başta gelmektedir.

Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalıya ve hak sahibine yaptığı yardımlar dolayısıyla işverene başvurusu rücu hakkını kullanmaya yönelik olup, Kurumun işverene başvurma hakkı, yasal ardıllık (kanuni halefiyet)tir.

Basit rücu hakkına sahip olan kimse, alacaklıya ait imtiyazlardan, yetkilerden ve fer'i haklardan yararlanamaz. Buna karşılık, yasal ardıllıkta alacak hakkına bağlı olarak alacaklının sahip bulunduğu ayrıcalıklar, yetkiler ve ikinci haklar ödemedede bulunana geçmektedir.

Yasal ardıllık ilkesi, işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun sınırlarını da belirler. Kurumun ödettirme hakkının en üst sınırı, sigortalının ve onun hak sahibi kimselerinin sorumlularından isteyebileceği miktar olup bu miktarın üstünde bir meblağ istenmez.”

“... Kurumun zarardan sorumlu olanlar aleyhine açacağı rücu davaları, sigortalının bu kişilere açacağı davaların zamanaşımına bağlıdır... Kurum, yani alacağı devralan, devraldığı tarihteki duruma göre alacaklı yerine geçer bu davalarda faizin yapılmış giderler için ödeme tarihinden, bağlanmış gelirler için de tahsisin onay tarihinden itibaren

yürütülmesi Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarından-
dır.”

“... Kimi batı ülkelerinin kendilerine özgü ko-
şullarından kaynaklanan rücu etmeyi yalnızca kasıt
halinde tanıyan uygulamaları ülkemiz koşulları ve
sosyal güvenlik anlayışıyla bağdaşmaz. İşverene
ödettilen giderler dışında gelirin sermaye değeri
Sosyal Sigortalar Kurumunun zenginleşmesi sonu-
cunu her zaman doğurmaz. ... Sosyal Sigortalar
Kurumunun aldığı primleri ve sermaye değeri biçimindeki tazminatı çok aşan ödemeler yapmak zorunda bırakabileceği bir gerçektir.”

Sözü edilen kararda Anayasa Mahkemesi'nin
1972 tarihli kararında gösterilen temel ilke ve esaslar ve Yargıtay kararlarındaki görüşler birlikte benimsenmiş ve Yargıtay kararlarıyla Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararı arasında tam bir birlik sağlanmıştır¹⁵.

VI. 01.07.1994 GÜNLÜ E:1992/3, K:1994/3 KARAR SAYILI YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURUL KARARI VE ORTAYA KOYDUĞU TEMEL İLKELER

Sözü edilen kararla 26/1. maddede Kurumun rücu hakkının dayandığı temel esas ve tavan miktarı, zamanaşımı, faiz konuları ve özellikle madde kapsamı çok açık biçimde ortaya konmuş ve uygulamayı belirlemiştir. Birleştirme kararı 1992 yılında bir Genel Kurul Kararının Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne aksi yönde karar almasıyla ortaya çıkmış ve bunun sonucu uygulama belirlenmiştir. Sözü edilen kararda ilkeler şöylece belirlenmiştir:

“... Kurumun rücu hakkı, yasal koşullar gerçekleştiğinde doğan, kanunun saptadığı halefiyete dayanan, işçinin hakkında bağımsız nitelikte kendine özgü bir halefiyet hakkıdır. Bu hakkın niteliği, sosyal güvenlik sistemi özelliklerine bağlı olarak düşünülme ve saptamak gerekir.”

“... Yasa Koyucu 506 sayılı Kanunun 26/1. maddesinde peşinen alınan ödemeleri yapılan Sosyal Sigortalar Kurumunun kusurlu işverene rücu konusunu, özel bir şekilde düzenlemiştir.”

“Bilindiği gibi Medeni Yasa'nın 1. maddesine göre Kanun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde meridir. Bu nedenle öncelikle kanu-

nun lafzına önem vermek lazımdır. 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde bu konuda açıkça ‘... Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin... sermaye değerleri toplamı... işverene ödetilir. ...’ denilmiştir. Bu sözcükler gayet kapsamlı ve çoğul sözcüklerdir. Çeşitli zamanlarda, değişik nedenlerle bağlanan tüm gelirleri ve gelir artışlarını kapsamaktadır. Maddede, gelir artışlarının nedenleri yönünden hiçbir ayırım yapılmamış, ödeme konusunda, kanun, kararname ve katsayı artışlarıyla gerçekleşen gelir artışı ödetilmez, öteki nedenlerle gerçekleşenler ödetilir şeklinde bir ayırım yapılmamış, istisnai bir kurala yer verilmemiştir. Mantık ve dil bilgisi kuralları maddenin kapsamını bu şekilde belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira sigortalıya veya hak sahibine başlangıçta ilk kez bağlanan gelir, yukarıda değinilen her türlü sebeplerle değiştirilebilir. Yeni duruma göre, yeniden gelir bağlanır. Konunun doğasında bu değişkenlik var olduğu için ödeme konusundaki kural da bu şekilde ayrımsız ve istisnasız biçimde konulmuştur. ‘Gelirler’, ‘Sermaye Değerleri’, ‘Toplamı’ gibi çoğul ve kapsamlı sözcüklerin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Bu nedenle, yasa metni açıktır. Kanun, kararname, kat sayı artışı nedeniyle gerçekleşen artışları içermektedir.”

“... Başlangıçta düşük ve yetersiz olan veya sosyo-ekonomik koşullara göre yetersiz kalan yardımlar zaman içerisinde iyileştirilebilir. Bu Anayasa ve yasaların buyruğudur ve bu istikamette Kuruma verilen görevin sonucudur. Bütün bu birbirine bağlı işlemler işverenin kusurlu eylemleri nedeniyle gerçekleştiği için rücu ödetilmesine imkân sağlanmıştır.”

“... Kaldı ki yukarıda değinildiği üzere tüm gelir artışları, işçinin veya hak sahiplerinin işverene yönelttiği maddi tazminat davalarında düşülmekte ve orada sigorta tahsisleriyle karşılanmayan zararlar için işveren tazminata mahkûm edilmektedir. Sigorta tahsisleri kusurlu işverenden alınmaz ise, işveren aslında sorumlu olduğu miktardan tahsisler nispetinde kurtulmuş olacağı gibi, sigortalı ve hak sahipleri de icabında hem işverenden tazminatın tümünü almak, hem de Kurumdan gelir almak yoluyla haksız iktisapta bulunan kişiler durumuna düşürülebilirler. Bu sebeple, mükerrer ödemeleri

önlemek bakımından artışlar rücu istenilebilmedir.”

“... Öte yandan 3395 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 26. maddeye getirilen tavanla sınırlı ödeme yöntemi artışların istenebileceğinin bir kanıtıdır. Zira yasa koyucu tavan sınırına kadar her türlü gelir artışının rücu tahsilini mümkün kılmıştır... Ayrıca söz konusu tavanın ilk bağlanan gelire matuf olduğu da söylenemez. Böyle olsa, ilk gelir için diye, madde metnine açıkça yazılırdı. İlk gelir ve artış nedeniyle bağlanan gelir şeklinde bir ayırım yapılmadığı madde metninde açık-seçik bellidir.”

“... Yasa koyucu, 3396 sayılı Kanunla Bağ-Kur Yasası'nın 63. maddesine dayanan rücu davalarında gelir artışlarının rücu tahsilini engellemiştir. Bunun hemen öncesinde kabul edilen 3395 sayılı Kanun'da ise sosyal sigortalar alanında böyle bir engellemeye gitmemiştir. Sadece tavan sınırı getirmekle yetinmiştir... Bağ-Kur'da işçi işveren ilişkisi yoktur. Hizmet akdi söz konusu değildir. Bağ-Kur sigortalısını zarara uğratanlar işverenler değil üçüncü kişilerdir. Bunların takibi ve bunlardan rücu tazminatının tahsili konularında Bağ-Kur başarılı olamamıştır. Ayrıca orada işverenleri işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem almaya teşvik eden amacı da yoktur. Onun için yasa koyucu Bağ-Kur konusunda siyasi takdirini alınan gerekçelerle böyle kullanmıştır. Yasa Koyucu Bağ-Kur'da olduğu gibi ilk peşin değer için rücuya imkân verilen nedenlerle gelir artışlarının geri alınmasını yasakladı. Böyle yapmayarak Yargıtay içtihatlarıyla yaratılan tavan sınırını 26. madde metnine sokarak bu konudaki Yargıtay uygulamasını ve görüşünü benimsemiş, Anayasa Mahkemesi'nin son 3 kararındaki görüş ve gerekçelere iltifat etmemiştir. ...”

Sözü edilen içtihadı birleştirme kararı şöylece sonuçlanmıştır:

“SONUÇ: İş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan gelirlerde, Kanun, Kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, 506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesi çerçevesinde sorumlulardan geri istenebileceği bu bağlamda açılacak rücu davalarının, 506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesinden doğan ve içeri-

ğinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikteki haleflik hukuki temeline dayandığı ve 10 yıllık akdi zamanaşımına tâbi olduğu ve zaman aşımının her bir gelir artışının Kurumun yetkili organının onayladığı tarihten başlayacağına, içtihatların bu yolda birleştirilmesine 01.07.1994 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiye geçen çoğunlukla karar verildi¹⁶”.

VII. TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI'NIN ANAYASA MAHKEMESİ, YARGITAY GENEL KURUL VE DAİRELERİ DAHİL TÜM MAHKEMELERİ BAĞLAYICILIĞI

04.02.1983 günlü 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 45. maddesi sözü edilen kararların bağlayıcılığı ve değiştirilmesi yönünde açıkça düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme aynen şöyledir:

“İçtihatların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı:

Madde 45 - İctihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur.

Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır.

İçtihadı birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

İçtihadı Birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet Savcılıklarına bu kararları gecikmesizin duyurur...”

Öte yandan Anayasa'nın 154. maddesinin 1. fik-

İlk gelir peşin değeri gerçek zarar değildir. Zararın ancak %70'idir.

rası da Yargıtay'ın temel fonksiyonunu ve görev alanını aşağıdaki biçimde düzenlemiştir.

“B. Yargıtay

Madde 154 - Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir....”

Bu konuda değerli bilim adamlarımızdan Profesör Doktor Necip Bilge, Yargıtay'ın kuruluşunun 125. yıl dönümü için yayımladığı birleştirilmiş içtihatların bağlayıcılığı konusundaki incelemesinde şu görüşlere yer vermiştir.

“... Yargıtay dairelerinin yerleşmiş içtihatlarından dönmek istemeleri halinde, meselenin içtihat birleştirme kurullarına götürülebileceğine ilişkin hükmün, özel nitelikli bir hüküm olduğu düşünülebilirse de, buradan küçük kuralların İçtihat Birleştirme Kararlarıyla bağlı olmayacağı sonucuna varmanın doğru olmayacağı kanısındayız. Nitekim, 1983 yılında çıkan 2797 sayılı Kanun'da bu görüşü pekiştirecek biçimde şöyle denilmektedir. İçtihat Birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurallarını, dairelerini ve adalet mahkemelerini bağlar (m. 45, f. 5). Daha sonra çıkan kanunlar bu esası değiştirmemişlerdir....”

“... İctihatları Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesi'ni bağlayıp bağlamayacağı hakkında, kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bu tür kararların Anayasa Mahkemesi'ni de bağlayacağını savunan bir görüş ileri sürülmüştür. Gerçekten, Yargıtay Birinci Başkanlığı ve Anayasa Mahkemesi üyeliği yapmış bulunan Dr. Recai seçkin bu konuda şöyle demektedir: ‘Bir hükmün; Yargıtay, Danıştay veya Askeri Yargıtay'ca verilmiş bir İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya uygun biçimde yapılacak yorumun, mahkemelerce uygulanması olanak dışı bulunursa, o zaman Anayasa Mahkemesi'nin kendi yapacağı yoruma göre değil, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ışığı altındaki yoruma göre Anayasa'ya aykırılık bulunup bulunmadığını belli etmesi gerekecektir.’ gerekçesi biraz karışıkça ifade edilmiş olan bu görüşü şöyle özetleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi bir kanunu kendi görüşü-

ne göre, Anayasa'ya aykırı bulmadığı için iptal etmezse, uygulamada mahkemeler, kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu biçiminde yorumlayan İçtihadı Birleştirme Kararları'na Yargıtay Kanunu gereği olarak uymak zorunda bulduklarından, yargısal uygulama Anayasa'ya aykırı biçimde sürüp gidecek demektir. İşte bu durumu önlemek üzere, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde, Yüksek Mahkemelerin, Anayasa'ya aykırı sonuç verebilecek İçtihat Birleştirme kararlarını dikkate almalıdır....”¹⁷.

VIII. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ'NİN 28.01.2003 GÜNLÜ ANAYASA MAHKEMESİ'NE BAŞVURU KARARI VE GEREKÇELERİ

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi; tavan sınırlaması hükmünün Anayasa'ya aykırılığı konusunda şu gerekçelere dayanmıştır:

a) Anayasa Mahkemesi 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine yönelik kararlarında; maddeyi yorumlarken sigortalıya bağlanmış ilk gelir peşin değerinin madde hükmüne göre istenebileceğini kabul etmiştir. Bu görüş ile Yargıtay kararlarına ters düşmüş iki Yüksek Mahkeme arasında yasanın yorumunda çelişki yaratılmıştır.

b) Öğretideki baskın görüş; Anayasa Mahkemesi'nin anayasal yorumunun yargı yerlerini bağlayacağı yönündedir.

c) Doktrindeki ağır basan görüş; rücu hakkının Yargıtay görüşünün aksine “Halefiyet esasına” değil “Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına” dayandığı yönündedir.

d) 1994 tarihli Birleştirilmiş Karar; “sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlıdır.” hükmüne dayandırılmıştır.

e) 2934 sayılı Yasa'yla sonradan eklenen tavan kuralı Anayasa Mahkemesi ret kararlarında irdelenmemiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek aykırılık davasına bakması gerekir¹⁸.

IX. BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda ileri sürdüğü

gerekçeler ve vardığı sonuç, yukarıda yapılan açıklamalara ve ortaya konulan hukuksal gerekçelere uyumlu bulunmamaktadır.

Bu yönler şöylece ortaya konulabilir:

a) Anayasal sistemimiz Yüksek Mahkemelerin görevlerini belirlerken her Yüksek Mahkeme'nin, kendi görev alanına giren konularda, en yüksek yargı yeri olduğunu açıkça belirlemiş ve 154. maddesinde gösterdiği üzere Yargıtay'ın adli mahkemeler yönünden en yüksek karar organı olduğunu hükme bağlamıştır. Uygulamada adli yargı alanında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta bir yasa kuralının uygulanması ve ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümünde son sözü söylemek görev ve yetkisi Yargıtay'a ait olduğu gibi; idari yargı alanında da bu yetki Danıştay'a aittir¹⁹.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin, bir hükmün Anayasa'ya aykırılığı yönünde vermiş olduğu iptal kararları da tüm mahkemeleri bağlar²⁰.

Görüldüğü üzere yüksek mahkemelerin görevleri ve yetkileri yönünden aralarında bir astlık-üstlük değil, iş bölümü söz konusudur. Aksine durum yargısal bir kaosa neden olur ki Anayasal sistemde kesinlikle savunulamaz.

Öte yandan birleştirilmiş kararların bağlayıcılığı Yargıtay Yasası'nın 45. maddesinde açıkça belirlenmesine karşın Anayasa Mahkemesi'nin ret kararında ortaya koyduğu yorumun bağlayıcılığı yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Yukarıda bilimsel olarak açıklandığı ve doktrin yönünden ortaya konulan bu görüşün aksine doktrinde bir görüşe rastlanmamıştır.

Nitekim Yargıtay, Birleştirilmiş Kararı'nda da aynı görüşü açıkça vurgulamıştır.

b) Rücu davalarında ve bu davaların hukuksal dayanağı yönünde doktrinde ağır basan görüş haliyle ilkesidir. Yukarıda ayrıntılarıyla bu konu ortaya konmuştur.

c) 1994 tarihli birleştirilmiş kararın gerekçesi sorumluluk üst sınırını belirleyen tavan ilkesine değil maddenin içeriğine, amacına ve getirdiği düzenlemeye dayandırılmıştır. Kararın temel ilke ve açıklanması yukarıda gösterilmiştir.

d) Tavan sınırlanması başvuruda belirtildiği gibi 2934 sayılı Yasa'yla değil 3395 sayılı Yasa'yla getirilmiştir.

e) İlk gelir peşin değeri gerçek zarar değildir. Zararın ancak %70'idir. Bu nokta her nasılsa gerek

Anayasa Mahkemesi'nin 1976 ve 1983 tarihli ve yoruma dayalı kararlarında dikkate alınmadığı gibi, Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru gerekçesinde de gözardı edilmiş ve açıkça bu yönde maddi yanılığa düşülmüştür. Gerçekten 506 sayılı Yasa'nın 20/2. maddesi bu yönü açıkça ortaya koymuştur.

X. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 23.11.2006 GÜNLÜ E:2003/10, K:2006/106 SAYILI KARARI

Anayasa Mahkemesi bu kararında diğer dört kararın aksine konuyla ilgili yeterli açıklama ve veriler ortaya koymamış ve doğrudan şu görüşe yer vermiştir.

“Kuralla, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlaması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. maddesinde sözü edilen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen ‘... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere’ bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 01.07.1994 günlü, E:1992/3, K:1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır...”

“... Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kuruma ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır...”²¹”

XI. İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tavan sınırlamasının hangi nedenlere dayalı olarak kabul edildiğini, içeriğinin ne olduğunu ve bu yönde hukuksal gelişim evrelerini göz ardı ederek bir sonuca ulaşmıştır. Giderek 1994 tarihli Birleştirilmiş Karar'da gösterilen gerekçe ve nedenleri de irdelenen ve dikkate alınmadan bir sonuca ulaşmıştır. Yukarıda gösterildiği üzere 1994 tarihli Birleştirilmiş Kararın dayandığı gerekçe ve ilkeler ile Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı değerlendirmesi arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Daha doğrusu Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal edilen bir kural arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmamaktadır. Birleştirilmiş Karar açıkça 26/1. madde içerisinde yer alan ve tavan sınırlamasının dışındaki hükümlere yönelik olarak verilmiş ve ileride yapılması gereken harcamalarla, gelir bağlanması halinde bu gelirlerin geleceğe yönelik artışlarının maddenin açık hükmü olduğu belirlenmiştir.

Ayrıca, ilave edilmelidir ki, gelir sermaye değerine ilişkin yorum yukarıda açıklandığı üzere, 506 sayılı Yasa'nın 20/2. maddesini açıkça gözardı etmiştir. Gerçekten Sosyal Sigortalar Kurumunun bağladığı ilk gelir ileriye yönelik olarak yasa, kat-sayı, kararname gibi ve genelde yapılan yıllık değişikliklerle ileriye yöneliktir ve Yasa'nın 20/2. maddesinde gösterildiği gibi, zararın tamamını değil ancak %70'ine yakın bir bölümünü karşılamaktadır. İlk gelir değeri ile Kurumun yükümlülüğü bitmediğinden, ilişkinin sona ermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu yön dahi dikkate alınmamış, sanki, ilk gelir değerinin alınmasıyla tüm ilişkilerin kesildiği gibi bir varsayımdan hareket edilmiştir.

Bu nedenle iptal kararı sonucuyla gerekçesi birbirine uygun düşmemiştir.

XII. İPTAL KARARININ ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

İptal kararı uygulamada gerçekten bir tartışma çıkarmıştır. Bir tarafta iptal kararıyla maddenin aldığı yeni şekil, diğer tarafta iptalin dayandırılmak istendiği gerekçe her ikisi arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığından ortaya bir karmaşa çıkmıştır.

İptal kararıyla oluşan maddenin yeni şekli dik-

Anayasa Mahkemesi tavan sınırlamasının hangi nedenlere dayalı olarak kabul edildiğini, içeriğinin ne olduğunu ve bu yönde hukuksal gelişim evrelerini göz ardı ederek bir sonuca ulaşmıştır.

kate alındığında madde içeriği tamamen değişecek, aksi durumda değerlendirildiği takdirde farklı sonuçlar çıkacaktır. Her iki duruma göre ortaya çıkacak sonuçları şöylece belirleyebiliriz:

a) İptal kararının yasanın aldığı yeni şekil üzerine ortaya çıkardığı durumlar:

1. İptal kararı ile tavan sınırlaması ortadan kaldırıldığından madde yepyeni bir şekil almış ve ilk duruma dönüşmüştür. İşverenin bundan böyle bir tavan sınırlamasına gerek kalmaksızın Kurumun yaptığı tüm harcamalarda sorumlu tutulması gerekecektir.

2. İşveren yönünden getirilen ve Borçlar Kanununda yer alan esaslara göre belirlenen gerçek zarar sınırlaması ortadan kalkınca işverenin daha ağır sorumluluğu oluşacak ve davalar sonsuza uzayacaktır.

3. Birleştirilmiş Kararın dayandığı ilke ve gerekçeler değiştirilmemiş aksine tavan sınırlaması kalkması nedeniyle tüm gelirlerin istenmesi söz konusu olacak ve içtihadın değiştirilmesi bir yana yeni gerekçe ile güçlendirilmesi söz konusu olacaktır.

b) İptal kararının gerekçesine dayalı olarak yorumlanması durumunda ortaya çıkacak sorunlar:

Yorum yoluyla iptal kararı ile Kurumun ilk bağladığı gelir peşin değeri isteneceği yolunda bir sonuca ulaşılacak ve şu sonuçlar ortaya çıkacaktır:

1. 1994 tarihli İchtihatları Birleştirme Kararı tamamen ortadan kaldırılmış olacaktır.

2. Sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene karşı açılacak davalarda bir uygulama karmaşası yaratılacaktır.

Gerçekten sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene açılan tazminat davaları Kurumca karşılanmamış zararın tazminine yönelik bulunmaktadır. Bu davalar temelini Borçlar Kanunu'nun 41. ve müteakip maddelerden almaktadır.

Birden fazla gelir bağlanmak suretiyle zararın

karşılandığı durumda; ilk peşin değer dikkate alınması durumunda sistem ters-yüz edilecek ve yukarıda belirlendiği üzere bir yandan kusurlu işverenin sorumluluktan kurtarılması sağlanırken öbür yanda sigortalının hem Kurumdan hem de işverenden mükerrer tazminat alması söz konusu olacaktır.

3. 26/1. maddenin yukarıda belirlenen amacı tersyüz edilecek,

4. Kurum açıklarının daha artmasına neden olunacak,

5. Özellikle yasalara aykırı davranan işveren ödüllendirilmiş olacak, görevini yerine getiren işverenlerin yaptığı ödemeler yasaya aykırı davranışları karşılama kullanılmayacak,

6. Tazminat hukuku sisteminde bir eşitsizlik yaratılacak, Borçlar Kanunu'nda gerçek zararla sorumlu tutulan bir kişi karşısında kusurlu işverenin daha az zararla sorumlu tutulması gündeme gelecek böylece bir eşitsizlik yaratılacak,

7. Bunların ötesinde yargı kararlarına karşı duyulması gereken saygınlık ortadan kaldırılacak, dolaylı bir yorumla yasa hükmü gücündeki Birleştirilmiş Kararın hükmü yok edilecek,

8. Yargıtay Yasası'nın 45. maddesinde öngörülen içtihatları değiştirme yöntemi bir kenara itilecektir.

9. Belirtilen sorunlara ilaveten, ilk peşin değer ile ilgili yorum ve maddi yanılğı sürdürülmüş olacaktır.

XIII. SORUNUN ÇÖZÜMÜ

1. Öncelikle şu husus belirlenmelidir ki, 26/1. maddedeki tavan sınırının iptal edilmiş olması bu yönde uygulamaya temel teşkil eden Borçlar Kanunu'nun 41 ve müteakip maddelerini yürürlükten kaldırmadığı gibi, bunların uygulanmasını engelleyecek bir durum yaratmamıştır.

2. Sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene karşı açılacak tazminat davalarında sözü edilen Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar uygulandığından, bu yönde iptal kararının etkisi bulunmamaktadır.

3. Ne var ki Anayasa Mahkemesi iptal kararı yorum suretiyle Kurumca bağlanan gelir ilk peşin değerine dayandırıldığı ve bu yönde bir uygulamaya başlanması durumunda yukarıda belirtildiği şekilde bir karmaşa ortaya çıkacağından, 1994 tarihli Birleştirilmiş Kararın yürürlüğü yönünden Yargıtay Yasası'nın 45. maddesi uyarınca sorunun İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu gündemine ge-

tirilmesi ve sözü edilen kararın yürürlüğü ve bağlayıcılığı yönünde yeni bir kararın alınması zorunlu olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Prof. Dr. Tankut Centel, Sicil Dergisi, Mart, 07, Yıl 2, Sayı 5 s.10.
- 2 Bkz: Utkan ARASLI, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt :1 s.495 ve devamı.
- 3 Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s.363.
- 4 Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Mesuliyet Sigortası Hukuk Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara, 1960, s.99.
- 5 Prof. Doktor Ali Bozer, Türk Hukukunda Sosyal Sigortalara Genel Bakış; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.271, Dipnot: 32.
- 6 Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, s.880.
- 7 Prof. Dr. Ali Güzel - Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Baskı, s.271.
- 8 Resul Aslanköylü; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, s.296.
- 9 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 18.03.1983, 1180/1342; HGK 14.06.1978, 37/663.
- 10 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16.03.1982, 1352/1575.
- 11 Kararlar için bkz., Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985, s.239.
- 12 Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 20.06.1987 günlü birleşimine ilişkin Tutanak Dergisi ve 586 sayılı Basma Yazı 2. sayfa.
- 13 Anayasa Mahkemesi'nin 23.05.1972 gün ve 1972/2-28 sayılı karar, AYMKD, Sayı 10, s.406 ve devamı.
- 14 AYMKD, Sayı 14, s.97 ve devamı, AYMKD, Sayı 20, s.129 ve devamı.
- 15 AYMKD, Sayı 27, Cilt I, s.343 ve devamı.
- 16 Y.İ.B.B.G.K.K. 1.7.1994 günlü, E:1992/3, K:1994/3, R.G., 20.10.1995, 22439.
- 17 Prof. Dr. Necip Bilge, Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, s.6, 7 ve müteakip.
- 18 Resmi Gazete, 21.03.2007 günlü, Sayı 26469.
- 19 Anayasa madde 155.
- 20 Anayasa madde 153.
- 21 AYMK, 23.11.2006 günlü E.2003/10, K.2006/106, R.G. 21.03.2007 s.26469.

KAYNAKÇA

- Prof. Dr. Ali Güzel - Prof. Dr. Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Baskı.
- Prof. Dr. Tankut Centel, Sicil Dergisi Mart 07, Yıl 2, Sayı 5.
- Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Sosyal Sigortalar.
- Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Mesuliyet Sigortası Hukuk Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960.
- Prof. Dr. Ali Bozer, Türk Hukukunda Sosyal Sigortalara Genel Bakış.
- Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Mesuliyet Hukuku.
- Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanun Şerhi, 1985.
- Prof. Dr. Necip Bilge, Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı.
- Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar Cilt I.
- Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 10, 14, 20 ve 27, Cilt I.

YENİ YAYINLAR

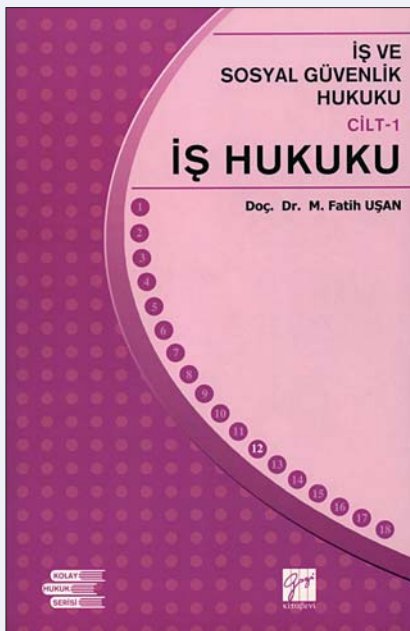
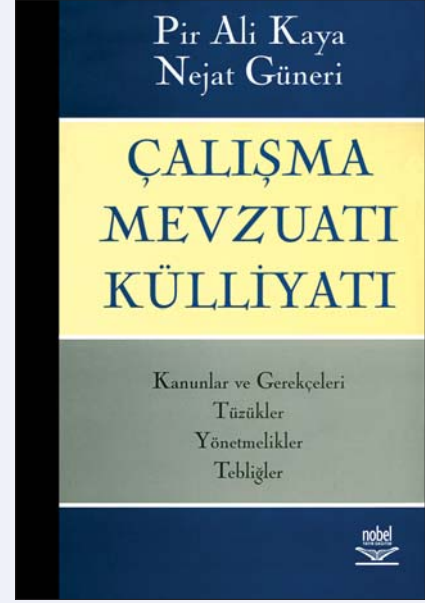


Yard. Doç. Dr. Pir Ali Kaya ve Nejat Güneri'nin birlikte hazırladıkları "**Çalışma Mevzuatı Külliyatı**" isimli eser, Kasım 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Ülkemizde çalışma mevzuatı oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Genel nitelikli bir iş yasası yapılmadığından, çalışma hayatıyla ilgili olarak aynı nitelikte birçok iş yasası bulunmaktadır. Özellikle yeni kabul edilen yasaların yoğunluklu olarak eski yasalara atfen hazırlanmaları, yasaları daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Çoğu zaman yasaları gerekçelerinden bağımsız yorumlamak ve anlamak mümkün olmamaktadır. Öte yandan, yürürlükteki iş yasalarının uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, birçok tüzük ve yönetmelikle desteklenmesi, iş hukukunun mevzuat alanını genişletmektedir.

Eserde, normların hiyerarşisi ve hukuk değeri dikkate alınarak, hukukun kaynağını oluşturan iş yasaları, kanun hükmünde kararname, tüzükler, yönetmelikler ve tebliğler belli bir tasnif çerçevesinde ele alınmıştır. Bu anlamda, yasaların gerekçeleri, gerekçelerin devamı veya eki niteliğindeki bütün belge ve girişimleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca eserde, kanundan tebliğe doğru bir hiyerarşik sıra takip edilmiştir.

Kitapta, çalışma hukukunun referans kaynakları bir araya getirilirken, ancak batı hukuk sistemlerinde görebildiğimiz "mevzuat birliği" yoluyla, çalışma kodu hüviyetinde bir eser ortaya konmak istenmiştir. Kitabın araştırmacıların, uygulayıcıların, yorumlayıcıların, insan kaynakları yöneticilerinin ve iş müfettişlerinin her zaman başvurabileceği temel bir eser olması hedeflenmiştir.



Doç. Dr. M. Fatih Uşan tarafından hazırlanan "**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Cilt-1: İş Hukuku**" adlı kitap, Eylül 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, hukuk fakülteleri dışında, müfredatında iş hukuku dersi olan bölümlerdeki ders notu ihtiyacı ile çeşitli sınavlara hazırlanmak isteyen kimselere genel mahiyette bilgi verecek şekilde kaleme alınmıştır.

Kolay Hukuk Serisi adlı dizinin bir parçası olarak hazırlanan kitap, yalnızca iş hukukunu kapsamaktadır. Kitabın birinci kısmında genel bilgiler ve bireysel iş hukuku, ikinci kısmında da toplu iş hukuku ele alınmış; her bölüm sonunda da o bölümle ilgili sorulara yer verilmiştir.

Eserde, uygulamaya yönelik Yargıtay kararlarına yeri geldikçe karar bazında değil, Yargıtay uygulaması şeklinde değinilmiştir. Kitabın hacmi ve hedef kitlesi düşünülerek, doktriner tartışmalara girilmemiş ve dipnotlara yer verilmiştir.

Doç. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Sigortalar Kanunu'na Dayanılarak Verilen İdari Para Cezalarına Karşı Muhatabın Hangi Yargı Merciiine Başvuracağını “Bir Bilen” Var Mıdır?

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2006/75

Karar Sayısı : 2006/99

Karar Günü : 4.10.2006

İtiraz Yoluna Başvuran:

Danıştay Onuncu Daire

İTİRAZIN KONUSU

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.” biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Davacı hakkında verilen idarî para cezasının ve ilgili genelgelerin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onuncu Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: “... İnşaat Temel Sondaj Ltd Şti'nin aylık prim ve hizmet belgelerinin internet ortamında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79/1. maddesinde öngörülen süre içinde davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığına gönderilmediğinden bahisle adı geçen Kanunun 140/c maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 1.11.2005 tarih ve 115890 sayılı işlem ile dayanağı olduğu ileri sürülen 6.4.2004 tarih ve 16-313 Ek ve 23.5.2004 tarih ve 16-343 Ek sayılı Genelgele-

rin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu bireysel işlem ile ilgili olarak görevli yargı yeri yönünden 506 sayılı Kanunun 140. maddesinin 5454 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişik 4. fıkrasında yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin bu davada uygulanabilecek Kanun niteliğini taşımaktadır.

İtiraz konusu yasal değişiklikten önce 506 sayılı Kanunun 3910 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 140. maddesinde yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 11. Sulh Ceza Mahkemesince itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulması sonucunda, Anayasa Mahkemesinin 8.10.2002 tarih ve E:2001/225, K:2002/88 sayılı kararı ile; “İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari cezalar, idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdari cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır, idari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, idari para cezalarının idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır.

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; 140. maddesinin birinci fıkrasında, “Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar”; 142. maddesinde “mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” biçimindeki düzenlemeler idari - adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa’nın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa’nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa’nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi

konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir, itiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve Kanunda belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" sonucuna ulaşılmıştır.

Nitekim 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, 4958 sayılı Kanunun 51. maddesi ile 29.7.2003 tarihinde yapılan değişiklik ile anılan tümce "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu tümce 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, itiraza konu 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle yapılan değişiklikle "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" şeklinde 8.2.2006 tarihinde yeniden değiştirilmiştir.

Anayasanın 138/4. maddesinde, Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez; 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi Kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar kuralına yer verilmiştir.

Anayasanın yukarıda aktarılan emredici hükümlerine ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, itiraza konu 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle yapılan değişiklikle "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 125., 138/4., 153/son ve 155. maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; 506 sayılı Kanunun

140. maddesinin 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle değişik 4. fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 125., 138/4., 153/son ve 155. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, anılan tümcenin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 15.3.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin itiraz konusu kuralı da içeren dördüncü fıkrası şöyledir:

"İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kararı kesinleşir. Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer alan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. 2.000 Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararlar kesindir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanunun 80 inci maddesi hükmüne göre tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 30.5.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Anayasa Mahkemesinin daha önce 506 sayılı Yasa'nın 3910 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinde yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" tümcesinin Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2001 günlü, E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararı ile iptal edildiği, adli - idari yargı ayrılığı konusundaki Anayasa'nın emredici kurallarına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki iptal kararına rağmen, itiraz konusu kural uyarınca bu Yasa'ya göre verilen idari para cezalarının yargısal denetiminin sulh ceza mahkemelerine bırakılmasının Anayasa'nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

A- Anayasa'nın 153. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı

düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.

506 sayılı Yasa'ya göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2001 günlü, E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararının ardından, yasakoyucu tarafından Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uygun olarak, 4958 sayılı Yasa'nın 51. ile maddesi 506 sayılı Yasa'da değişiklik yapılmış ve idari para cezalarına karşı açılacak davalara bakma görevi idare mahkemelerine verilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi 21.11.2005 günlü, E.2005/84, K.2005/105 sayılı kararında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kurallarını göz önüne alarak Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilen idari para cezalarında görevli yargı yerini adli yargı olarak belirlemiştir.

İtiraz konusu kuralın, yukarıda sözü edilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca getirildiği anlaşıldığından Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna varılmıştır.

B- Anayasa'nın 125. ve 155. Maddeleri Yönünden İnceleme

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 29.7.2003 günlü, 4958 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinde Kanun'da öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulünce yerine getirilmemesi halinde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilecek idari para cezaları ile ilgili yaptırımlar düzenlenmekte, bu bağlamda maddenin ilk fıkrasında hangi eylemlere ne miktarda idari para cezası verileceği, 5454 sayılı Yasa ile değiştirilen itiraz konusu dördüncü fıkrasında ise bu cezaların ne şekilde ödeneceği, buna karşı Sosyal Sigortalar Kurumu'na itiraz edilebileceği, itirazın reddi üzerine de yetkili sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir.

İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararın ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adlî yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Öte yandan, Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki kurallara yer verilmesi idarî-adlî yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idarî uyuşmazlıkla-

rın çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adlî yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adlî yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak Yasada belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının görevli kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, başvuru kararında dayanılan Anayasa'nın diğer maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." tümcesinin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 30.5.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 140. maddesinin, 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mah-

kemesine başvurabilirler.” biçimindeki üçüncü tuncesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTA-LİNE, Mehmet ERTEN’in karşıoyu ve OYÇOK-LUĞUYLA, 4.10.2006 gününde karar verildi.

KARŞIOY

İtiraz konusu kuralda, idari para cezalarına karşı başvurulacak yerin adli yargı yeri olduğu belirtilmektedir.

Başvuru kararında ise bu yerin adli değil idari yargı yeri olması gerektiği ileri sürülerek, kuralın iptali istenilmiştir.

506 sayılı Yasa’nın 140. maddesi çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramış ve idari para cezalarına karşı hangi mahkemede dava açılacağı 1993 yılında yapılan değişiklikle belirlenmiştir. 140. maddede, 6.5.1993 günlü, 3910 sayılı Yasa’nın 1. maddesi uyarınca yapılan değişiklikle, idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesinde itiraz etme olanağı getirilmiştir. Bu kural, Anayasa Mahkemesinin benimde katıldığım 2.8.2002 günlü ve 2001/225 ve 2002/88 sayılı kararıyla idari para cezalarına karşı açılacak davaların adli yargıda değil, idari yargıda görülmesi gerektiği gerekçesiyle iptal edilmiş ve 29.7.2003 günlü, 4958 sayılı Yasa ile iptal gerekçesi doğrultusunda 506 sayılı Yasa’nın 140. maddesi değiştirilerek idari yargı yeri yetkili kılınmıştır. Bu iptal kararından sonra, özel kanunlardaki çeşitli fiiller karşılığında öngörülen idari yaptırımlar ile suç olmaktan çıkartılmak istenen kabahat fiillerinin, genel nitelikli bir kanunla düzenlenmesinde kamu yararı gören yasa koyucu, kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımların, bir idari işlem olmasından çok cezalandırma amacı güden ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle daha yakın ilişki içinde olan bir hukuki işlem olduğunu kabul ederek, bu tür yaptırım kararlarına karşı idari yargı yerine adli yargıda (ceza mahkemesinde) dava açılabilmesini sağlayan ve 1.6.2005 gününde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nu yasalaştırmıştır. Genel nitelikteki bu kanun ile 506 sayılı Kanun’un 140. maddesi değişikliğe uğrayarak, yetkili mahkeme adli yargı yeri olmuş ve 8.2.2006

günlü, 5454 sayılı Yasa ile de Kabahatler Kanunu’na uygun olacak şekilde yeniden düzenleme yapılarak, bu yetkinin adli yargı üzerinde bırakılmasına devam edilmiştir.

Anayasa’nın 125. maddesindeki “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”, “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır” biçimindeki kurullarla amaçlananın, idari eylem ve işlemlerle sınırlı bir yargısal denetim olduğu açıktır. Ancak, her türlü idari eylem ve işleme ilişkin yargısal denetimin mutlaka idari yargı tarafından yerine getirileceği sonucuna varılamaz. Yargısal denetimin etkili biçimde yapılması için gerekli düzenlemeleri yapma yetkisi, Anayasa’nın 142. maddesi uyarınca yasa koyucuya tanınmıştır. Buna göre, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenebilecektir. Anayasa’nın 140., 154. ve 155. maddelerindeki adli ve idari yargı ayırımı, görülmesi gereken davanın niteliğine, Anayasa’da yer alan ilkelere ve hukukun genel prensiplerine aykırı olmamak koşulu ile görevli ve yetkili yargı yerinin yasa ile belirlenmesine engel değildir. Yasa koyucu mahkemelerin görev ve yetkilerini ihtiyaca göre her zaman belirleyebilecektir.

506 sayılı Yasa’nın 140. maddesinde yer alan idari para cezası, idari bir işlem olmasından çok cezalandırma amacı güden ve ceza hukuku ile ilişki içinde olan bir yaptırım olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Yaptırımın bu niteliği ile bu nitelikteki yaptırımları genel olarak düzenleyen 1.6.2005 gününde yürürlüğe giren ve inceleme tarihinde de özel yasalardaki idari yaptırımlar yönünden yürürlüğü devam eden, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu birlikte gözetildiğinde, adli yargı içinde yer alan sulh ceza mahkemesinin başvuru yeri olarak belirlenmesinde Anayasa’ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle kuralın iptal edilmesine ilişkin karar gerekçesine katılmıyorum. 4.10.2006

Üye Mehmet ERTEN

KARAR İNCELEMESİ

Bir hukukçu için zor zamanlar yaşıyor. İdare hukuku uzmanı olmaya çalışanlar için ise durum çok daha zor. Kendilerine danışıldığında, bilgi, tecrübe ve sezgileri ile yol göstermeye cesaret ettikleri veya pratik hukuk hayatının içinde bulunduğu için iş başa düştüğü takdirde, ortaya çıkabilecek çelişkiler ne kadar uzman olduklarını sorgulatacak ölçüde çeşitlilik/belirsizlik taşıyor.

Düşünebiliyor musunuz: bir idari para cezasına karşı açılacak davanın sulh ceza mahkemesi mi, yoksa idare mahkemesi mi olacağı, dolayısıyla dava süresi başta olmak üzere daha usul konularında söylediklerinin yargı yeri tarafından da isabetli sayılması bakımından yarı yarıya şans bulunmakta.

Bu durumun hukukçu olmayan bir kişiye anlatılması zor olduğu gibi, bir hukuk adamının da kabul etmesi mümkün değildir.

Hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi, hukuk devleti olmanın asgari şartları, bu hususlarda hiçbir tereddüte tahammül edemez.

Oysa biz bu durumu yaşadık, yaşıyoruz.

ORTADAKİ SORUN

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." biçimindeki üçüncü cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin E. 2006/75 , K. 2006/99 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. (Karar Günü: 4.10.2006 Resmi Gazete Tarihi: 06.04.2007-Resmi Gazete Sayısı: 26485).

Bu karar üzerine, artık Sosyal Sigortalar Kanunu'nda idari para cezalarına karşı başvurulacak yargı yerine ve süresine ilişkin özel bir düzenleme kalmamış idi.

Kanun koyucu bir torba kanun içinde yeni bir düzenleme getirdi. 5655 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirildi:

"İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde

Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz tabiri durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî para cezası kesinleşir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idarî para cezaları, bu Kanunun 80 inci maddesi hükmü gereğince besaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. İdarî para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idarî para cezalarına karşı Kuruma itiraz etme veya yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Ancak, Kurumca itirazın reddedilmesi veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarı, 80 inci madde hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir.

Fiilin işlendiği günden itibaren beş yıl içinde tebliğ edilemeyen idarî para cezaları zamanaşımına uğrar. İdarî para cezaları hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır."

Bu durumda artık, iptal kararı üzerine, işbu Kanun değişikliği yayımlanıncaya kadar var olan belirsizlik ortadan kalkmış ve idari yargı görevli hale gelmiş oldu.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL GEREKÇELERİ

1) Öncelikle belirtmek gerekir ki, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesini görevli saydığı ilk kanun hükmü bu iptal edilen hüküm değildir. Bundan önce de aynı süreç yaşanmıştır. İtiraz konusu yasal değişiklikten önce 506 sayılı Kanunun 3910 sayılı Kanununun 1. maddesiyle değişik 140. maddesinde yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2002 tarih ve E. 2001/225, K. 2002/88 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Bu kararda,

“İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir, itiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve Kanunda belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine, gerekçesinden hareketle, 506 sayılı Kanun'un 140. maddesinde, 4958 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile 29.7.2003 tarihinde yapılan değişiklik ile “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler.” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu cümle daha sonra 506 sayılı Kanun'un 140. maddesinde, itiraza konu 5454 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle yapılan değişiklikle “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.” şeklinde 8.2.2006 tarihinde yeniden değiştirilmiştir.

Nitekim incelenen Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere “Uyuşmazlık Mahkemesi 21.11.2005 günlü, E.2005/84, K.2005/105 sayılı ka-

Anayasa Mahkemesi önüne itiraz ile getirilen iptali talep edilen kısım, eksik belirlenmiştir.

rarında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kurallarını göz önüne alarak Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilen idari para cezalarında görevli yargı yerinin adli yargı olduğuna karar vermiştir.”

Aslında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin itiraz konusu kuralı da içeren dördüncü fıkrası şöyledir:

“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tabakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz tabiki durdurur. **Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.** Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kararı kesinleşir. Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer alan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. 2.000 Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararlar kesindir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanununun 80 inci maddesi hükmüne göre tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.”

Dikkat edilirse sadece siyah ile gösterilmiş bu cümle değil daha sonra gelen ve madde içindeki yeri italik ile gösterilmiş olan “Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kararı kesinleşir. Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer alan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. 2.000 Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararlar kesindir.” cümlesi

de konu ile ilgilidir ve aslında iptal kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi önüne itiraz ile getirilen iptali talep edilen kısım eksik belirlenmiştir. Yukarıdaki kısmın da iptal talebi kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi. Nitekim Uşak 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin bu cümlelerin de iptali talebini ciddi görerek gönderdiği bir başvurusu olduğu bilinmektedir. Çünkü iptal edilen kısımdan geriye kalan maddede ağır ceza mahkemesine itiraz, itiraz süresi, 2.000 YTL'ye kadar olan idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararın kesinliğine ilişkin hükümler kanunda kalmıştır. Bu durum garip bir karmaşa doğurmakta ve 140. maddeyi iptal edilen kısım ile bağlantılı ve fakat iptal edilmemiş, dolaylı biçimde sulh ceza mahkemesini hâlâ görevli ve ağır ceza mahkemesini de itiraz mercii gösteren bir madde haline getirmektedir. Nitekim bu yüzden TBMM iptal kararı üzerine bir düzenleme yapar iken, maddenin iptal edilmemiş bu kısmını da tekrar ele alarak tutarlı bir bütünlük sağlamış oldu.

2) Anayasa Mahkemesi'nin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin belirtilen cümlesinin iptali talebi hakkında verdiği karar bir önceki kararıyla birebir aynı gerekçeleri içermektedir. Açıklamalar yapıldıktan sonra verilen hüküm cümlesi ve temel gerekçesi şudur:

“Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak Yasada belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının görevli kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anaya-

sa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”

(Esas Sayısı: 2006/75 Karar Sayısı: 2006/99 Karar Günü: 4.10.2006 Resmi Gazete Tarihi: 06.04.2007-Resmi Gazete Sayısı: 26485)

Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin konunun özüne yaklaşımında bir istikrar bulunduğu söylenebilir. İdari para cezası bir idari uyuşmazlıktır. Kanun koyucu bir idari uyuşmazlık hakkında adli yargı yerini görevli saymak hususunda takdir yetkisine sahip değildir.

KABAHATLER KANUNU'NUN 3. MADDESİ

Aslında aynı yaklaşım öz itibarıyla Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin iptali hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararında da bulunmaktadır.

“... Anayasa'da idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir.”

(Esas Sayısı: 2005/108, Karar Sayısı: 2006/35,

Artık niçin diğer idari para cezalarından bazılarında sulh ceza mahkemesinin görevli olduğunu, bazılarında ise idari yargının görevli olduğunu; Anayasa Mahkemesi'nin hangisini iptal edeceğini, hangisini iptal etmeyeceğini irdelemeyebilmek teknik olarak mümkün değildir.

Karar Günü: 1.3.2006 Resmi Gazete Tarihi: 22 Temmuz 2006 Resmi Gazete Sayısı: 26236)

Ancak bu kararın yukarıda yapılan alıntıdaki son paragrafında, yukarıda değindiğimiz diğer Anayasa Mahkemesi iptal kararlarından farklı olarak “yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tâbi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde” kanuni düzenleme yapılmış olması hali sadece hukuka aykırı görülmüş, bir anlamda ölçüt belirtilmeden idari yaptırımlardan bazılarının adli yargı, bazılarının ise idari yargı alanına bırakılması kanun koyucunun takdirinde ve mümkün sayılmıştır.

Bu durumda Kabahatler Kanunu'na ilişkin Anayasa Mahkemesi kararından hareketle bütün idari para cezaları, idari bir uyuşmazlık niteliğinde olduğu için bunlara karşı idari yargının görevli olduğunu söyleyebilmek artık mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi bu konuda, kriteri aslında belli olmayan bir tercih ve takdir yetkisini kanun koyucuya bırakmıştır. Artık niçin diğer idari para cezalarından bazılarında sulh ceza mahkemesinin görevli olduğunu, bazılarında ise idari yargının görevli olduğunu; Anayasa Mahkemesi'nin hangisini iptal edeceğini, hangisini iptal etmeyeceğini irdelemeyebilmek teknik olarak mümkün değildir.

Nitekim bu yaklaşım üzerine, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 31. maddesi ile değişik 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin son hali aşağıdaki gibidir:

“MADDE 3.- (Değişik: 5560 - 6.12.2006 / m.31)

(1) Bu Kanunun;

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu-

na ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”

Bu madde uyarınca, bir idari yaptırıma karşı hangi yargı yerinin görevli olduğunu belirlemek için, önce kanununda yargı yerinin görevine ilişkin özel bir düzenleme olup olmadığına bakılır. Eğer kanununda Kabahatler Kanunu'ndan ayrı bir yargı yeri görevli sayılmış ise bu kural uygulanır. Herhangi bir özel düzenleme yok ise, Kabahatler Kanunu gereği sulh ceza mahkemesi görevli olacaktır.

Dolayısıyla, Kabahatler Kanunu'nun düzenlediği idari yaptırımlara karşı adli yargıyı esas alan ve genel görevli sayan yaklaşımı kanunkoyucu benimsemiş, idari yargının görev alanına giren idari yaptırımların ise ancak kendi kanunlarında açıkça düzenlenmiş olmasını aramıştır. Öyleyse, bu düzenleniş biçimine göre Kabahatler Kanunu kapsamına girecek bir idari yaptırım hakkında kanun yolunu gösteren açık bir hüküm yok ise, Kabahatler Kanunu'nun sulh ceza mahkemesini esas alan hükümü devreye girecektir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile sulh ceza mahkemesine ilişkin görevli yargı yeri düzenlemesi iptal edilmiş ve yerine idari yargının görevli olduğuna dair açık düzenleme kabul edilmiş bulunan Sosyal Sigortalar Kanunu 140. maddesi uyarınca kesilen bir idari yaptırıma karşı bu şekilde Kabahatler Kanunu'nun genel kanun yolu düzenlemesinin devreye girmesi kanunun ifade biçimi sebebiyle söz konusu değildir. Bu yüzden olsa gerek, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine özgü erken ödeme indirimi, dava açmanın ödeme mecburiyetini kaldırmayacağı gibi hükümlere maddenin yeni halinde yer verilmiştir.

Aslında Kabahatler Kanunu'nun 3/b maddesi gereği, idari para cezası söz konusu olduğunda, kanunundaki özel görevli yargı yeri düzenlemesi dışında Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin tüm idari para cezaları için uygulanması söz konusu iken, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yeniden düzenlenen 140. maddesinde bu hususta da özel bir düzenlemeye gidilmiş ve Kabahatler Kanunu'na paralel ve fakat ayrıntıda önemli ayrılık içe-

ren düzenleme getirmiştir. Ancak “bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır” hükmüne yer vererek, Kabahatler Kanunu düzenlemelerinden ayrılan kendi düzenlemelerine öncelik vermiştir.

SONUÇ OLARAK

1) Aslında, kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesini iptal ederken gösterdiği tutuma göre değil, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesine ilişkin verdiği her iki iptal kararı gerekçesinden hareketle, kesinlikle idari nitelikte uyuşmazlıklar olan tüm idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargı yerlerini görevli olarak düzenleyen gerekli kanuni değişiklikleri yapması, bu meyanda Anayasa Mahkemesi'nin de, hem Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden sonra kabul edilmiş yeni halini, hem de idari para cezalarına karşı adli yargı yerlerine itiraz öngören diğer kanun hükümlerini, itiraz suretiyle önüne geldiği takdirde iptal etmesi beklenir.

2) Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesi idari yargı yerine görevli kabul eden, ancak özel dava süresi ve Kabahatler Kanunu genel hükümlerine benzer hükümler içeren yeni hali idari para cezaları konusunda bir tutarlılık oluşturma kapsamında “bir bütünün parçası olarak” yeniden düşünülmelidir. Çünkü çeşitli süreler, usuller getiren bir sürecin her kanundaki para cezası bakımından farklılıklar içermesi önemli hak kayıplarına ve karışıklıklara sebep olma ihtimalini taşır.

3) Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin yeni hali gereği:

a) “İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder”. Oysa idari para cezasının tahakkukundan önce ilgiliye para cezası gerektiren durumun bildirilmesi, bir açıklama ve savunmasının alınması, işlemin ancak ondan sonra tahakkuk ettirilmesi yaptırımlar hakkındaki ulusalüstü standartlara uygundur.

b) Tebliğden itibaren onbeş gün içinde ödeme mecburiyeti, idari para cezasına kurum nezdinde itiraz edilmesi üzerine durur. İtirazın reddi kararının başvurana tebliği üzerine de tekrar onbeş gün içinde ödeme mecburiyeti başlar. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde gecikme cezası uygu-

İdari para cezasına hükmeden makamın bulunduğu ilin yargı çevresine girdiği idare mahkemesi, davanın açılacağı idare mahkemesi olacaktır.

lanır. Oysa dava açma süresi itirazın reddi kararının tebliğinden itibaren otuz gündür. Ödeme tarihi ile dava açma süresinin aynı olmasını gerektiren bir paralellik ihtiyacı var iken, aynı olmamasının geçerli bir sebebi bulunmamaktadır. Kişinin dava açma süresi var iken, gecikme cezasız ödeme süresinin daha önce bitiyor olmaması, hukuki değerlendirme hakkı bakımından farklı süreler karmaşasına yol açar kanaatindeyim.

c) Davanın, idari para cezasına karşı yargı yoluna başvuranın aleyhine sonuçlanması halinde peşin ödeme indiriminin iadesi düzenlenmiştir. Hem ödeme yapmış, hem de yasal başvuru hakkını kullanmış kişiler bakımından bu, meşru idarenin denetimi için gerekli dava açma hakkından caydırma ya yönelik olup, bu tür bir düzenleme tarzı hizmet gerekleri ve idari para cezasının işlevi ile açıklanamaz.

d) Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yeni 140. maddesinde, “... otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler.” ifadesi kullanılmıştır. Yetkili idare mahkemesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre belirlenecektir. Bu Kanununun 32. maddesine göre, kanunun diğer maddelerinde (33, 34, 35, 36, 37) veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, “yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.” Bu durumda idari para cezasına hükmeden makamın bulunduğu ilin yargı çevresine girdiği idare mahkemesi davanın açılacağı idare mahkemesi olacaktır.

e) İdari para cezasına karşı, dava açmadan önce İTİRAZ'ın zorunlu olup olmadığı da önem taşımaktadır. Maddenin metninde teknik bir karışıklık da bulunmaktadır. İdari para cezasına karşı itirazın zorunlu olmadığı, “... Kurumun ilgili ünitesine itiraz edebilir” ifadesinden anlaşılmaktadır. İdari para cezasının tebliği ile tahakkuk ediyor olması ve onbeş günlük ödeme süresinin de başladığının

İsteğe bağlı itiraz sadece ödeme mecburiyetini değil, işlemeye başlamış olan dava açma süresini de durdurur.

gösterilmesi aslında “yürütülebilir ve kesin” bir idari işlemin tebliğ ile ortaya çıktığını göstermekte ve idare hukuku uygulamalarına göre, itiraz mecburi değil ise, dava açma süresi bu ilk tebliğ işleminden başlamaktadır. İsteğe bağlı itiraz sadece ödeme mecburiyetini değil, işlemeye başlamış olan dava açma süresini de durdurur. İtirazın reddi üzerine itiraz edinceye kadar geçmiş süre de hesaplanarak kalan sürede dava açılacaktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinin öngördüğü ve yargı kararlarına da yansıyan, itirazın mecburi olmadığı durumlardaki uygulama budur.

Ancak madde metninde itirazı isteğe bağlı olduğunu düşündüren bir ifade kullanılmış olmasına rağmen, “Kurumca itirazı reddedilenler kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler.” denilmesi dikkate alındığında, dava açma süresinin ancak itirazın reddinden sonra başlamasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Bu durumda “itiraz edilebilir” denilmesine rağmen, itirazın, dava açılacak ise zorunlu bir usul olarak getirilmiş olduğu kanaati ağır basmaktadır.

Aslında bu durum henüz bir idari para cezasına hükmedilmeden önce yapılması gereken ilginin savunmasını, açıklaması almak gibi bir idari usulü kanun koyucu, idari para cezasına hükmedildikten sonra itiraz görüntüsü altında yaptırmayı ve idarenin bir hatası var ise, dava öncesinde bu hatanın düzeltilebilmesine imkân verecek şekilde bu itirazı, kişiye bir hak olarak vermekten çok, kendisine bir düzeltme imkânı olarak düzenliyor demektir. Yapılması gereken husus, idari para cezası kesmek gibi kamu gücünü kullanan uygulamalarda idarenin idari para cezasına hükmetmeden önce açıklama ve savunma istemesi, yarı yargısal bir usul kullanılarak kişilerin dava açmak mecburiyetinde kalmadan haksızlıklara karşı etkin savunma imkanının, bir idari yaptırım süreci içinde sağlanmasıdır. Çünkü idari para cezalarına ilişkin davalar, bu davalara ister sulh ceza mahkemelerinde isterse idare

re mahkemelerinde bakılsın, hukuka uygunluk denetimi yapılırken; yargı yerleri tarafından idari yaptırıma karar veren idarenin kendi tespitleri ve tutanakları birer belge gibi ele alınarak; işlemin hukuka uygunluğu denetlendiğinden, idari para cezasını gerektirir olay, bir hata, kusur ve kasıt olmadığını iddia edene ispat külfeti de yüklemekte ve etkin bir yargısal korunmadan yararlanmasına engel olmaktadır.

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ücretler Üzerinden Alınan Gelir Vergisi: Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler

*“En büyük makam, en büyük bak, çalışanlara ait olacaktır.”
Atatürk*

1. Genel Olarak

Türkiye’de vergi sistemi birçok yönüyle problem yaratan bir konumdadır. Sistemden ziyade sistemsizliğin ön plana çıktığı, birbiriyle bağlantısız ve hukuka aykırı hükümlerin bulunduğu, günümüz gelişmelerine ayak uyduramayan, karmaşık, kapsamlı ve uyumsuz bir yapı haline gelmiştir. Bu problemlere denetimlerdeki sıkıntılar, yargının yükü, İdare’nin hukuka aykırı uygulamaları, Anayasa’da yer alan vergilendirme ilkelerinin uygulanamaması da eklenince sorun içinden çıkılmaz boyutlara ulaşmaktadır. Türkiye’deki kayıt dışılık oranının yüksekliği, mükelleflerin vergiye karşı dirençleri yanında ekonomideki sıkıntılar ve Türkiye’nin nüfusu da bu tespitlere eklenmelidir. Bu kadar çok problemin olduğu bir ülkede ücretlilerin de sıkıntı yaşaması gayet doğaldır. Bu sıkıntının temelinde de asgari ücretin vergiye tâbi olması bulunmaktadır.

Her şeyden önce ülkemizde beyanname verme alışkanlığı ve hukuki altyapısı yoktur. Devlet de herkesin beyanname verdiği bir sistem yerine kimin ne kadar servetinin olduğunun bilinmediği ve

denetiminin yapılmadığı, vergi oranlarının yüksek olduğu, vergi tabanının çok dar olduğu bir ülkede beyan usulü yerine stopaj usulünü tercih etmektedir. Stopaj usulü vergi toplamada kolay bir yöntem olması bakımından tercih edilmekle birlikte aynı zamanda vergi ödevlerinin yerine getirilmesi, vergi ödeme alışkanlığı ve vergi bilincinin yerleşmesi bakımından da olumsuz bir uygulamadır.

Türkiye’de 2006 yılında beyanname veren 1 milyon 366 bin mükelleften 316 bin 500’ü sıfır matrah, 805 bin mükellef ise asgari ücretin altında gelir beyanında bulunmuştur. Mükelleflerden sıfır matrah bildirenlerin yüzdesi 23 olmakta, yüzde 59’u ise asgari ücret seviyesinin altında beyanname vermiş bulunmaktadır. Bu durumda ticaret ve serbest meslekle uğraşan mükelleflerin yüzde 82’si asgari ücretliden daha az gelir beyan etmektedir. Beyanname veren bütün gelir vergisi mükellefleri ortalama yıllık 903 YTL vergi öderken, asgari ücret üzerinden ödenen yıllık ortalama gelir vergisi ise 747 YTL olarak gerçekleşmektedir. Asgari geçim indirimini konusunda yapılan hukuka ve adalete aykırı yeni düzenleme ile zaten 2007 senesi tamamen kapsam dışında bırakılmıştı. Bu sebeple özellikle ücretliler bakımından 2007 senesi kaybedilmiş bir sene olmuştur.

Ücretlilerin üzerindeki vergi yükünün çok iyi hesaplanarak, makul seviyelerde bir vergi yükü ile kayıt dışılığın azalması ve aynı zamanda vergi gelirlerinin artırılması sağlanabilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak da herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi gerekmektedir. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı maliye politikasının temel amacı olmasına rağmen bu ilkeler hayata geçirilememektedir. Mali güç ilkesinin yerleşmesi ise dolaylı vergilerin toplam vergi gelirleri içindeki payının azalarak dolaysız vergilerin oranının yükselmesi ile sağlanabilir. Oysa ülkemizde dolaysız vergilerin oranı sadece %27'dir.

Yukarıda bahsedilen beyan düzeninin hayata geçirilememesi sebebiyle ülkemizde gelir vergisinin %95'i stopaj yoluyla alınmaktadır. Bu durumda beyannameye dayalı vergilendirmenin yerleşmesi ve dolayısıyla vergi bilincinin mükellefler arasında yayılması bugün için bir hayal olarak kalmaktadır. Bu durumun bir başka sonucu da vergi hâsılatının düşmesidir.

Bunların yanında denetim eksikliği Türkiye'de adil bir vergi sisteminin oluşturulamamasında önemli bir rol oynuyor. 2007 senesi itibarıyla denetimlerde 120 maliye müfettişi, 290 hesap uzmanı, 309 gelirler kontrolörü olmak üzere 719 kişi bulunmaktadır. Bunlara ek olarak 1692 vergi denetmeni vardır. 8132 yoklama memurunun ise fiş kontrolü yetkisi bulunmamaktadır. Bu oranlar Türkiye'deki mükellef sayısı, yapısı ve kayıt dışılık göz önüne alındığında yok denecek kadar azdır. Bu kadar az kişi ile yapılacak çalışmalarda da denetim oranı ancak yüzde iki veya üçe çıkabilmektedir. Üstelik ülkemizde çok yetersiz bir ceza sistemi mevcuttur. Bunlar bir araya gelince vergi toplama yanında vergi sisteminin işleyişinde başarısızlık da kaçınılmaz olmaktadır.

Ankara Ticaret Odası'nın 2007 Kayıt Dışı Raporu'nda bazı tespitler yapılmış. Bunlar:

1. Bir sosyal güvenlik sistemine kayıtlı olma-

yanların 2 milyon 574 bini ücretli, 1 milyon 635 bini ise yevmiyeliler oluşturuyor. Bu kapsamdaki toplam 4 milyon 209 bin kişinin yasalar gereğince SSK'ya kayıtlı olması, SSK ve işsizlik sigortası primiyle gelir ve damga vergisi ödemeleri gerekiyor.

2. Şu anda uygulamada bulunan asgari ücret üzerinden SSK'ya kayıtlı bir çalışan için yılda ortalama 2.253 YTL SSK ve 202 bin YTL işsizlik sigortası primi ödeniyor.

3. Türkiye'de devlet son yıllarda GSMH'nin yüzde 25'i oranında vergi tahsilatı yapıyor. Kayıt dışı ekonominin GSMH'ye oranı yüzde 30 kabul edilirse, 2006 yılında bu nedenle devletin alamadığı vergi 30,3 milyar YTL düzeyinde hesaplanıyor. 2006 yılında kayıt dışı istihdam nedeniyle uğranan prim kaybı ise 17 milyar YTL civarında bulunuyor.

4. Devlet bu yıl 158 milyar YTL vergi toplama-ya amaçlıyor. Yüzde 30'luk kayıt dışı ekonomi nedeniyle toplanamayacak vergi ise 32 milyar YTL olarak tahmin ediliyor. Bu yıl devletin kayıt dışı çalışmadan kaynaklanacak, 18,5 milyar YTL'lik prim (SSK, Bağ-Kur ve İşsizlik Sigortası Fonu) eklendiğinde toplam yıllık vergi ve prim kaybı 50,5 milyar YTL'ye ulaşıyor.

Bu tespitler devletin kayıt dışılık sebebiyle nelere maruz kalacağını göstermektedir. Bunun yanında ücretlilerin üzerindeki vergi yükünün de çok iyi hesaplanarak, makul seviyelerde bir vergi yükü ile kayıt dışılığın azalması ve aynı zamanda vergi gelirlerinin arttırılması sağlanabilecektir.

Ücretlilerin gelir vergileri konusunda bazı rakamlar söz konusudur. Vergi Politikaları Genel Müdürlüğü'nün yaptığı bir araştırmaya göre, ülkemizde 7,5 ile 8 milyon arasında ücretliden gelir vergisi stopajı yapılmaktadır. 2005 yılında çalışanlara ödenen ücretlerden ortalama 1.975 YTL, 2006 yılında 2.100 YTL gelir vergisi kesilmiştir. Bu vergileri ödeyenlerin ekonomik durumları dikkate alındığında daha da zor bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu'ndan alınan fiyatlara göre Kamu-Sen tarafından yapılan bir araştırmada 4 kişilik bir ailenin yoksulluk sınırı Nisan ayı itibarıyla 2.200 YTL olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

2. Gelir Vergisinde Ücret ve Ücretli

Ücretin tarifi Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. mad-

desinde hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre:

“Ücret, işverene tâbi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.

Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez.

Bu kanunun uygulanmasında, aşağıda yazılı ödemeler de ücret sayılır.

1. 23. maddenin 11 numaralı bendine göre istisna dışında kalan emeklilik, maluliyet, dul ve yetim aylıkları;

2. Evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler;

3. Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

4. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

5. Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

6. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler.”

İşveren ise aynı Kanun'un 62. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“İş verenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir. 61 inci maddenin 1 ila 6 numaralı bentlerinde yazılı ödemeleri yapanlar bu Kanunda yazılı ödevleri yerine getirmek bakımından işveren hükümündedir.”

Bu kapsamda gerçek ücretler başlığında ücretin safi değeri 63. maddede işveren tarafından verilen

para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından aşağıdaki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktar olarak belirtilmiştir.

“1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 190. maddesi uyarınca yapılan kesintilerle, Ordu Yardımlaşma Kurumu ve benzeri kamu kurumları için yapılan kanuni kesintiler,

2. Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklara ödenen aidat ve primler,

3. Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye’de kâin ve merkezi Türkiye’de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları,

İndirim konusu yapılacak prim, aidat ve katkıların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin %10’unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için ödenen primlerde, ödendiği ayda elde edilen ücretin %5’ini) ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar kurulu bu oranı %20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için %10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

4. Çalışanlar tarafından ilgili kanunlarına göre, sendikalara ödenen aidatlar (Şu kadar ki, aidatın ödendiğinin tevsik edilmesi şarttır.),

Ücretin gerçek değerinin tayininde, Gelir Vergisi gibi şahsi vergiler ücretten indirilmez.

Yabancı parasiyle ödenen ücretler ödeme gününün borsa rayiciyle Türk parasına çevrilir.

Hizmet erbabına verilen ayınlar, verildiği gün ve yerdeki ortalama perakende fiyatlarına göre; konut tedariki ve sair suretle sağlanan menfaatler, konutun emsal kirasına veya menfaatin emsal bedeline göre değerlendirilir.”

Kanun’da bazı ücretler için özel düzenleme getirilmiştir. 64. maddede “Aşağıda yazılı hizmet erbabının safi ücretleri takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarının %25’idir.” ifadesi yer almaktadır.

“1. Kazançları basit usulde tespit edilen ticaret erbabı yanında çalışanlar;

2. Özel hizmetlerde çalışan şoförler;

3. Özel inşaat sahiplerinin ücretle çalıştırdığı inşaat işçileri;

4. Gayrimenkul sermaye iradı sahibi yanında çalışanlar;

5. Gerçek ücretlerinin tespitine imkân olmaması sebebiyle, Danıştay'ın müspet mütalaasıyla, Maliye Bakanlığınca bu kapsama alınanlar.

Diğer ücretler için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde de bunlar beyannameye ithal edilmez.”

3. Diğer Ülkelerde Durum

Türkiye dışındaki ülkelerde ücretlerin vergilendirilmesi konusunda hangi rakamların geçerli olduğuna bakmak gerekir. Burada sadece Avrupa Birliği ülkeleri değil diğer ülkelerdeki rakamlar da Türkiye'nin konumu hakkında doğru bir bilgi verecektir. Türkiye'nin sosyal yapısına ve çalışma koşullarına daha uygun olan evli ve iki çocuklu bir aile örnek alınacak olursa ve bu iki yetişkinden sadece bir tanesinin çalıştığı ihtimaline göre oranlara bakarsak daha doğru sonuçlara ulaşılabılır. Burada her ülkenin farklı ekonomik, siyasal, sosyal ve kül-

türel yapısı olması ve bunların vergi konusunu yakından etkilemesi önemli olmakla beraber bu listede bu detaylar yer almamıştır.

İstihdamı artırmak ve işsizlik oranını düşürmek konusunda oldukça titiz davranan diğer ülkeler vergi yükünü düşük tutmaktalar. Ülkemizde ise bu sorun uzun yıllardır sürmesine rağmen somut ve başarılı bir adım da atılmamış durumda. Bunun doğal sonucu rekabet gücünün azalması, yatırımlardan kaçış, işsizlik oranının yükselmesi ve kayıt dışılığın artmasıdır.

Türkiye vergi adaleti dışında diğer ülkelerle yapacağı rekabet mücadelesi bakımından da istihdam üzerindeki vergi yükünü düşürmek zorundadır. Bu konuda Türkiye'deki rakamlar hem Avrupa Birliği hem de OECD ortalamalarının üzerinde bulunmaktadır. En azından rekabet etmek, istediğimiz ülkelerin oranlarına inebilmek gerekmektedir.

Görüldüğü üzere gelir vergisi kapsamında vergi yüküne bakacak olursak Türkiye en yüksek ülkeler arasında yer almaktadır. Yukarıdaki 2006 senesine ait tabloda yer alan 30 ülke arasında Türkiye yüzde 30,5 oranıyla otuz ülke arasında en yüksek 7. ülke konumundadır.

OECD'nin 2006 yılına ait "Ücretlerin Vergilendirilmesi" Raporu'na göre Türkiye, 2005 senesinde olduğu gibi, karı-kocadan birinin çalıştığı iki çocuklu bir ailenin en fazla kesinti yüküne katlandığı ülke durumunda bulunuyor. Rapor'da bu rakam Türkiye için yüzde 42,8, Polonya için yüzde 42,2, Fransa için yüzde 42 olarak yer aldı. AB ortalaması yüzde 30'lar dolayında bulunurken OECD ortalaması yüzde 27,5 oldu. Bu rakamlar İrlanda'da yüzde 2,3, Yeni Zelanda'da ise yüzde 2,6. Bunun yanında Türkiye'de vergiler karşılığında mükelleflerin elde ettiği kamu hizmetlerinin büyüklüğü ve niteliği de ayrı bir tartışma konusudur.

4. Sonuçlar

1. Ücretler üzerindeki vergi yükü çok yüksektir. Bu yükün sadece vergi olarak değil diğer mali yükümlülükler ve ekonomik şartlar olarak da düşünülerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Asgari ücretin mutlaka vergi dışında bırakılması gerekmektedir. Bununla birlikte ülkemizde birçok kişinin ücretlerinin asgari ücret üzerinden gösterilmesi sebebiyle oluşan vergi kaçığının da

Tablo: Ülkelerin Gelir Vergisi Kapsamında Vergi Yüğü

ÜLKE	ORAN (%)	ÜLKE	ORAN (%)
1. Danimarka	35,7	16. Yeni Zelanda	20,9
2. Macaristan	34,0	17. İtalya	20,1
3. Hollanda	32,2	18. Kanada	20,0
4. Avusturya	31,1	19. İsviçre	17,1
5. İsveç	31,1	20. Japonya	16,1
6. Finlandiya	30,7	21. Lüksemburg	14,3
7. Türkiye	30,5	22. Portekiz	14,2
8. Polonya	30,4	23. İzlanda	13,6
9. Belçika	30,2	24. İspanya	13,3
10. Norveç	26,4	25. Çek Cumhuriyeti	10,0
11. Yunanistan	25,1	26. Slovakya	9,4
12. Birleşik Krallık	25,0	27. Kore	9,1
13. Avustralya	23,7	28. İrlanda	6,9
14. Almanya	23,1	29. Meksika	5,0
15. Fransa	21,7	30. ABD	4,8

kayıt dışı ekonomiyle mücadele ve denetimlerin artırılması yoluyla önlenmesi gerekmektedir.

3. En az geçim indirimi konusunda AB standartlarını yakalamamız gerekiyor. Şu anda Türkiye’de çok düşük olarak kabul edilecek bu oranlar örneğin Birleşik Krallık’ta 5.035 Sterlin, Almanya’da 15.329 Euro, Fransa’da 5.515 Euro düzeyinde bulunmaktadır.

4. Rekabet ortamına bu vergi ve diğer mali yüklerle giren Türkiye geride kalmaya mahkûm olacaktır. Yatırım imkânları bakımından düşük vergi oranları ve sigorta primleri, ülkeye avantaj sağlayan temel unsurlardandır.

5. Sadece ücretler bakımından yapılacak bir çalışma yeterli değildir. Ücretlilerin etkilendiği diğer hususlarda da çalışmalar yapılması zarureti bulunmaktadır.

6. Halen Vergi Konseyi bünyesinde çalışmaları devam eden gelir vergisi kanununun yeniden yazılması çalışmalarında bu konuda gerekli destek ve talepler iletilmelidir.

7. Ücretler üzerindeki vergi yükünü düşürebilmek için vergi ihtiyacının karşılanabileceği kaynakların yaratılması yanında mevcut kaynaklardaki kayıp ve kaçakların da önlenbilmesini gerektirir.

8. Bu konuda alınacak temel bir önlem çok kapsamlı, bağlantılı, uyumlu ve geniş kadrolu denetimlere başlanmasıdır.

9. Özellikle asgari ücret konusunda radikal önlemlerin alınması gerekmektedir. Asgari ücretli olarak gösterilenlerin denetimi bu açıdan önem kazanmaktadır.

10. Bu esnada mevzuat iyileştirmesi yapmak ve hukuka aykırı uygulamalara son vermek gerekmektedir.

11. Çağdaş ülkelerde uygulanan ve çalışanların hayatlarında vergi ve kesintiler sebebiyle oluşacak sıkıntıların giderilmesi Anayasa’da yer alan sosyal devlet ilkesi kapsamında gerçekleştirilmelidir.

12. Uygulanacak vergi politikalarının vergi adaleti ve mali güç açısından incelenmesi gerekmektedir.

13. Vergi yükünün ve oranlarının belirlenmesinde yapılacak ön çalışmalarda ekonomik analizlere mutlaka yer vermek gerekmektedir.

14. Ekonomik ve mali politikaların vergi politikalarıyla birlikte değerlendirilmesi belirlenecek vergilerde başarıyı getirecektir.

15. Yabancı ve yerli yatırım konusunda sadece mevzuatla yapılacak düzenlemeler yeterli olamamaktadır. Uzun vadeli programlar belirlemek ve bu program çerçevesinde yatırımcıyı teşvik edecek, diğer ülkelerce de sağlanan, bazı düzenlemeler yapmak gerekmektedir. Bu düzenlemelerin yapılmasında istihdamı artırıcı büyük ölçekli yatırımlar hem malî hem de hukukî olarak özendirilmelidir.

16. Uluslararası rekabetin sağlanmasında mevcut sistemin hızlı bir şekilde değiştirilmesinin önemi büyüktür. Günümüz dünyası sıcak para hareketlerine cevap verebilecek düzenlemeleri çabuk ve etkin bir şekilde gerçekleştirenlerin dünyasıdır.

17. Bu çalışmaların ileride zarar görmemesi ve ya verimsiz olmaması amacıyla mutlaka anayasal prensiplere dayalı ve hukukun temel alındığı düzenlemeler yapılmalıdır.

“Çalışmak hayat, düşünmek ışıktır.”

Victor Hugo

Doç. Dr. Mustafa AKKAYA

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Güvencesi Tazminatı'nın Gelir Vergisine Tâbi Olup Olmadığı Sorunu

1. Giriş

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları" başlıklı 21. maddesi, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmakla zorunlu tutmakta, işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işvereni işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat (iş güvencesi tazminatı) ödemekle yükümlü kılmakta; üçüncü fıkrasında da kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hüküm altına almaktadır.

Yeni İş Kanunu'yla getirilen "iş güvencesi tazminatı" olarak adlandırılabilir bu ödemenin vergi yasaları karşısındaki konumu, özellikle bu ödemenin elde edenler bakımından gelir vergisine tâbi olup olmadığı, bu soruya verilecek yanıtı bağli olarak ödemeyi yapanların tevkifat (stopaj) sorumluluklarının bulunup bulunmadığı noktalarında irdelenmeye muhtaçtır¹. İş hukukumuzda yeni giren bu tazminat türünün vergisel sonuçlarına ilişkin yerleşik bir içtihadattan söz etmek mümkün olmadı-

ğı gibi, bu konunun yazında yeterince ele alındığını söylemek de güçtür. Vergi İdaresi, bu tazminatların "ücret" niteliğini taşıdığını ve bu kapsamda vergilendirileceği yönünde görüş beyan etmiştir².

İş güvencesi tazminatının vergi yasaları karşısındaki konumunun belirlenmesi, genel planda vergi normlarının uygulanması, özel planda vergi normlarının yorumu ile ilgilidir. Aşağıda ele alındığı üzere, "tazminat" terimine yüklenecek anlam, geçersiz sebeple yapılan fesih nedeniyle İş Kanunu gereğince ödenen bu tazminatlara bağlanacak vergisel sonuçlar bakımından belirleyici olacaktır.

Bir hukuk normu olarak vergi normlarının uygulanması ve yorumlanması diğer hukuk alanlarına ait normlardan farklı değildir. Vergi normlarının yorum ve uygulanmasında sorun, normda yer alan özel hukuk kurum ve kavramlarına yüklenecek anlam noktasında karşımıza çıkar. Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "malî güce göre vergilendirme" ilkesi, malî gücü aynı olandan aynı, farklı olandan farklı vergi alınmasını, dolayısıyla hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek iktisadi içeriğin esas alınmasını (VUK. m. 3) gerektirir iken, yine Anayasa'da ifadesini bulan "vergilerin yasallığı" (m. 73/3) ve hukuk devleti ilkeleri, belirlilik, hukuki güvenlik, kıyas ve boşluk doldur-

ma yasağını beraberinde getirir. Bir başka ifade ile vergi normları uygulanır iken bu anayasal ilkelerle bağdaştırılmak zorundadır ve biri diğerine tercih edilemez. Bu çerçevede, içinde özel hukuk kurum ve kavramına yer verilen bir vergi normunun uygulanması ve yorumlanması söz konusu olduğunda, çözülmesi gereken ön sorun, normda yer alan özel hukuk kurum ve kavramının (1) özel hukuktaki anlamıyla mı, (2) özel hukuktaki anlamı dışında vergi hukukunda ayrı bir anlamla mı, (3) özel hukuktaki anlamı dışında, temsil ettiği iktisadi içerik ile mi vergi normunda kullanıldığı noktasında bir saptama yapılmasını zorunlu kılar.

2. Gelir Vergisi Kanunu'nda “Ücret”

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi ücreti, “işverene tâbi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler” olarak tanımlamıştır. Bu tanım, İş Kanunu'nun 32. maddesindeki, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır” biçimindeki tanımdan farklı ve daha kapsamlıdır. Herhangi bir ödemenin Gelir Vergisi Kanunu anlamında ücret sayılıp, vergilendirilebilmesi için, (1) ödemenin hizmet karşılığı olması, (2) belli bir işyerine bağlı olarak çalışması, (3) İşverene tâbi olunması, (4) ödemenin para, ayın ve para ile temsil edilebilen menfaat şeklinde gerçekleşmesi gerekir. Özü itibarıyla vergi hukuku anlamında ücret, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği sözleşmelerde, diğer tarafın (işveren) bu iş görme karşılığında ödemeyi üstlendiği para ve/veya sağlamayı tekeffül ettiği ayın ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.

Gelir Vergisi Kanunu 61. maddesinin birinci fıkrasında, ücretlere ilişkin genel çerçeve çizildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının, onun mahiyetini değiştirmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu fıkradaki düzenleme,

işverence işçiye hizmet (iş) akdi çerçevesinde yapılan her türlü ödemenin, hangi isimle adlandırılırsa adlandırılınsın vergi hukuku açısından ücret olarak nitelenmesi ve vergilendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu hüküm, bireylerin özel hukukun düzenleme olanaklarından yararlanmak suretiyle, hizmet karşılığı yapılan ödemelere “ücret” dışında adlar vermek suretiyle vergilendirme dışında kalma çabalarını boşa çıkarmaya yönelik olup, Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin, “Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.” biçimindeki hükmünün ücretler bakımından somutlaştırılmış halidir. Burada vurgulanması gereken husus, adı ne olursa olsun işçiye yapılan ödemenin iş görme karşılığı ve iş akdi çerçevesinde gerçekleşmesi gereğidir. Hizmet karşılığı olmayan ve iş akdi çerçevesinde yapılmayan ödemeler, fıkra da sayılanlar veya benzer terimlerle adlandırılırsalar dahi ücret niteliği taşımayacaklarından bu kapsamda vergilendirilemezler. Örneğin, işverenin, yanında çalışan işçinin otomobiline çarpması ve hasarın tazmini için yaptığı ödeme, işçisine borç vermesi gibi hallerde yapılan ödemeler hizmet karşılığı olmadıklarından ücret olarak nitelendirilip, vergilendirilemeyecektir³.

Gelir Vergisi Kanunu 61. maddesi 2. fıkrasında hizmet ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyecek bazı ödemeleri salt vergi hukuku uygulamasıyla sınırlı olarak ücret olarak nitelendirmiştir.

Gelir Vergisi Kanunu 23-36. maddeleri arasında “müteferrik istisnalar” başlığı altında düzenlemeler öngörmüş; bazı ödemeleri vergiden istisna etmiştir. Bir başka deyişle, vergiyi doğuran olay olarak Gelir Vergisi Kanunu'nda belirlenmiş bazı ödemeler Kanun'un 23 vd. hükümleri uyarınca vergi dışı tutulmuşlardır. Bu düzenlemelerin pratik sonucu, vergiye tâbi bir kazanç unsurunun, müteferrik istisnalar arasında yer alması halinde vergi dışı kalmasıdır. Anılan istisnalardan inceleme konumuz bakımından önem taşıyanı, Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1) nolu bendinde yer alan “ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar” biçimindeki düzenlemesidir.

“Tazminat”, uğranılan zarar karşılığı yapılan ödemeyi karşılayan teknik bir kavram olup, gün-

lük dildeki kasa tazminatı, makam tazminatı, yabancı dil tazminatı gibi, aslında ücretin bir parçasını oluşturan ifadelerdeki tazminat teriminden tamamen farklı bir anlama sahiptir. Yukarıda da değinildiği üzere Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin ikinci fıkrasında, geçen "... tazminat, kasa tazminatı ..." ibareleri, görülen işin veya işgörenin niteliği nedeniyle ve/veya salt vergisel avantaj elde etmek (vergi dışı kalmak) için farklı adlarla da olsa iş akdi uyarınca, hizmet karşılığı yapılan ödemeleri kapsamına almaktadır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, işçiye iş akdinden bağımsız, hizmeti karşılığı olmayan ödemeler Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrasında sayılan kavramlarla aynılık ya da benzerlik gösterse dahi ücret

ten, bir başka ifade ile ödenen paranın veya sağlanan menfaatin iş akdi çerçevesinde iş görme karşılığı yapıldığı saptandıktan sonra, farklı isimle (ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam avans, ... vb) yapılan ödemenin Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrası kapsamında, "ücret" olarak nitelenebilecek bir ödeme olduğu sonucuna ulaşılabilir; bu süreç tamamlanıp, adı farklı da olsa ücret olarak nitelenen bir ödemenin -vergiye tâbi bir kazanç unsuru (ücret) bulduğuna karar verildikten- varlığı saptandıktan sonra bu kazancın vergiden istisna edilip edilmediği araştırılabilir ve bu araştırmada yapılan ödemenin Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1). bendi kapsamında istisna edilmiş kazanç bulunup bu-

İşveren tarafından işçiye "ücret" dışındaki bir adla yapılan ödemenin "ücret" olarak nitelendirilebilmesi için, işverenin gösterdiği işyerinde bağımlı olarak iş görmeyi üstlenen kişiye, hizmet akdi çerçevesinde gördüğü iş karşılığında ödenen bir para, bu parayla birlikte veya paradan ayrı para ile temsil edilebilen menfaatin sağlanmış olması gerekir.

ret olarak nitelenemeyecek, dolayısıyla da ücret olarak vergilendirilemeyeceklerdir.

Aşağıda ele alındığı üzere vergi idaresi ve yarındaki bazı görüşler, geçersiz sebeple yapılan fesihte işçiye ödenen iş güvencesi tazminatlarını Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde "ücret" olarak nitelenip nitelenmeyeceğini tartışmaksızın, bu ödemelerin adındaki "tazminat" teriminden hareketle Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirip, sorunu ve çözümünü Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1). bendinde sayılan "ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar" hükmü ışığında çözmeye çalışmışlardır. Oysa ki somut sorun bağlamında işveren tarafından işçiye "ücret" dışındaki bir adla yapılan ödemenin "ücret" olarak nitelendirilebilmesi için, işverenin gösterdiği işyerinde bağımlı olarak iş görmeyi üstlenen kişiye, hizmet akdi çerçevesinde gördüğü iş karşılığında ödenen bir para, bu parayla birlikte veya paradan ayrı para ile temsil edilebilen menfaatin sağlanmış olması gerekir. Ancak bu ön koşul gerçekleştik-

lunmadığı sorgulanabilir. Fakat gerek vergi idaresi, gerekse doktrindeki bazı görüşler, iş güvencesi tazminatının Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 1. fıkrası kapsamında "ücret" sayılıp sayılmayacağını tartışmaksızın doğrudan 2. fıkrada yer alan "tazminat" teriminden hareketle bunun ücret olduğunu kabulde, aynı Kanun'un 25. maddesi (1). bendinde vergiden istisna edilip edilmediğini tartışarak, istisna kapsamına girmediği sonucuna varmışlardır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1). bendi, ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik nedenleriyle ileride karşılaşılabileceği zararı gidermek için önceden ilgisince akdi ilişkiye dayalı olarak veya yasa gereği üçüncü kişilerce ödenen prim karşılığındaki getirileri kapsamaktadır. Bu çerçevede düzenlemedeki "tazminat" terimiyle özel hukuktaki teknik tanıma uygun, bir zararı gidermeyi, karşılamayı⁴ amaçlayan ödemeler kastedilmemekte; özel hukuktaki anlamından bağımsız bir anlam yüklenmektedir. Aksi bir yorum, özel hukuktaki teknik anlamıyla, uğranılan bir zararı gidermeye yönelik ödenen tüm tazminatların bir gelir unsuru

olarak kabulünü de zorunlu kılar⁵; oysa özellikli bazı durumlar⁶ dışında teknik tanıma uygun tazminatlar vergiyi doğuran olay, kazanç ve irat niteliğinde değildirler. Yasa koyucunun gelir vergisine tâbi olmayan bir ödemeyi, vergiden istisna etmeyeceği de dikkate alındığında; Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1). bendindeki düzenlemede yer alan "tazminat" teriminin uğranılan gerçek zararı karşılayan, özel hukuk anlamında tazminat olmadığı açıktır. Anılan hüküm, ödenen pirimle orantılı veya önceden kararlaştırılan tutarların ilgililerine ödenmesini vergiden istisna etmiştir.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1). bendi, işçinin, işverenin veya üçüncü kişilerin iş akdi veya yasa gereği, gerçekleşmesi muhtemel riskler için önceden pirim vb. ödemeleriyle güvence altına alınan risklerin gerçekleşmesine bağlı ödemeleri vergi dışı bırakan bir hüküm olup; akdi ilişkiye dayanmayan, iş görme (hizmet) karşılığı olmayan, uğranılan zararı gidermeyi amaçlayan özel hukuktaki teknik anlamıyla tazminatları kapsamaktadır. Kaldı ki yukarıda da belirtildiği üzere, Gelir Vergisi Kanunu kapsamında kazanç ve irat sayılmayacak bir unsurun (tazminatın) vergi dışı tutulması anlamlı da değildir. Nitekim, Maliye Bakanlığı, 26.05.1989 tarih, 21-043-106-43545 sayılı muktezasında, "İş Kanunu'nun 37. ve Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 89. maddesi hükümlerine dayanılarak, işverenlerle işçi sendikaları arasında yapılan toplu iş sözleşmesi gereğince işçilere hasta ve istirahatlı buldukları devre için, belli bir nisbet dahilinde verilen iş göremezlik tazminatı, hizmet karşılığı bir ödeme olması itibarıyla ücrettir. Ancak, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin 1 numaralı bendinde ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar vergiden istisna edilmiş olduğundan bahis konusu iş göremezlik nedeniyle işveren kurumca kesildiğinden Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen Hastalık Ödeneğinin anılan hüküm ve 89 Seri Sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne istinaden vergiden istisna edilmesi lazım gelir." biçiminde görüş bildirmiştir.

Bu ön açıklamalar ışığında İş Kanunu'nun 21. maddesi kapsamındaki ödemeler incelendiğinde aşağıdaki saptamalar yapılabilir:

3. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi Uyarınca Yapılan Ödemelerin Vergisel Açıdan Nitelenmesi

a) İşçinin İşe Başlatılması Halinde Yapılan Ödemeler

İş akdi işverence geçerli bir nedene dayanılarak feshedilir ve fesih nedeninin geçerli olduğu yargı kararı ile kesinleşir ise, sözleşme feshi ihbar süresinin sonunda veya peşin ödemenin yapıldığı tarihte sona erer. Bu durumda yapılan ödemeler iş akdi çerçevesinde ve hizmet karşılığı yapılmış sayılacağından ücret niteliğindedir.

İşverenin gösterdiği sebebin geçersizliği mahkeme veya özel hakem tarafından saptanıp, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçi bir ay içinde işe başlatılmak zorundadır. Feshin geçersizliğine karar verilmesi üzerine, işverenin işçiyi işe başlatması durumunda, fesih hükümsüz sayıldığı için iş akdi hiç sona ermemiş gibi bir kesilme olmaksızın devam etmiş sayılacağından⁷ işçiye İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca ödenen, çalışmadığı döneme ait en fazla dört aylık ücret ve diğer haklar da ücret olarak nitelendirilecektir.

b) İşe Başlatmama Halinde Yapılan Ödemeler

Mahkeme veya özel hakemin feshin geçerli bir nedene dayanmadığına karar vermesi halinde işverenin işçiyi işe başlatmamak suretiyle tazminat ödeme yaptırımını tercih etmiş ise işçiye, (1) süresi içinde işe başlatmadığı tarih itibarıyla geçersiz fesih tazminatı; (2) ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en az dört aya kadar ücret ve diğer haklarını da ödeyecektir.

Çalışılmayan süreler için yapılan ödemeler, bir tazminat değil işçinin boşa geçen sürelerine ilişkin hakları olarak nitelendirilmektedir⁸. İşçiye iş akdinin feshinin geçersiz nedene dayanması nedeniyle, boşa geçen süreler için yapılan bu ödemeler, geçersiz sayılan iş akdi hükümleri uyarınca, başka bir ifadeyle yine iş akdi uyarınca ve iş akdi çerçevesinde yapıldığından vergi hukuku anlamında ücret olarak nitelenecektir.

Yanıtı aranan soru, işçiye işveren tarafından

ödenen iş güvencesi tazminatının vergisel bakımdan nitelenmesidir. Bu ödemenin özel hukuk anlamında, akdin haksız biçimde feshi nedeniyle uğranılan zararın tazmini niteliğinde mi olduğu; yoksa fesih nedeni geçersiz sayılan iş akdi gereği mi yapıldığı noktasında yapılacak saptama vergisel bakımdan farklı sonuçları doğuracaktır.

Maliye Bakanlığı 28.06.2005 tarih ve GİB.0.42/4207-44/27873 sayılı muktezasında “iş akdi feshedilenlerin bu işleme karşı açtıkları işe iade davalarını kazandıkları halde işe başlatılmamaları nedeniyle yargı kararları doğrultusunda yapılan ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu’nun 25/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve söz konusu ödemelerin ücret kabul edilerek vergi-

resi hem de yazındaki görüşler, “iş güvencesi tazminatı” adıyla işçiye yapılan ödemelerin işgörme karşılığı ve iş akdi çerçevesinde yapılıp yapılmadığını, dolayısıyla Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesinin 1. fıkrasında çerçevesi çizilen bir “ücret” olup olmadığını tartışmaksızın, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan “tazminat” ve işçiye yapılan ödemedeki, “tazminat” terimlerini eşleştirerek, iş güvencesi tazminatının “ücret” olduğunu varsaymaktadırlar. Bu varsayıma dayalı nitelmeden sonra da iş güvencesi tazminatının Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinin (1). bendindeki istisna kapsamına girmediğini belirterek iş güvencesi tazminatlarının ücret olarak vergilendirileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

İş güvencesi tazminatı adıyla yapılan ödeme, iş görme karşılığı ve iş akdi çerçevesinde yapılan bir ödeme olmayıp, iş akdinin geçersiz sebeple feshi nedeniyle uğranılan veya uğrandığı varsayılan zararı gidermek için tutarını yasa koyucunun takdir ettiği teknik anlamda bir tazminattır ve Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde sayılan gelir unsurlarından hiçbirini oluşturmamaktadır.

lendirileceği yönünde görüş beyan etmiştir⁹. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı da B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-94/1 sayılı muktezasında, “her ne kadar işsizlik sebebiyle ödenmiş olsa da, işveren tarafından (evvelce yapılmış hizmet karşılığı olsa dahi) (akdin feshi mahkeme kararınca reddedildiğinden, akit taraflar arasında hüküm ifade edeceğinden) hizmet akdine istinaden sağlanan bir menfaat olmasından ve Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesinin 2. fıkrasında ücretin tazminat veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyecek olmasından dolayı ilgiliye yapılan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen zaman için yapılan ödemeler, hangi ad altında olursa olsun Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesi gereğince ücret olarak değerlendirilip, gelir vergisine tâbi tutulacaktır.” görüşündedir. Yazında da aynı gerekçelerle Vergi İdaresinin bu görüşüne paralel görüşler ifade edilmiş, geçersiz fesih tazminatlarının ücret olarak niteleneceği ve bu kapsamda vergilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰. Yukarıda da değinildiği üzere hem vergi id-

Maliye Bakanlığı’nın yukarıdaki görüşlerine katılmak kanımızca mümkün bulunmamaktadır. Çünkü, iş güvencesi tazminatı adıyla yapılan ödeme, iş görme karşılığı ve iş akdi çerçevesinde yapılan bir ödeme olmayıp, iş akdinin geçersiz sebeple feshi nedeniyle uğranılan veya uğrandığı varsayılan zararı gidermek için tutarını yasa koyucunun takdir ettiği teknik anlamda bir tazminattır ve Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde sayılan gelir unsurlarından hiçbirini oluşturmamaktadır. Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesinin 2. fıkrası tek başına bir ödemeyi tek başına ücret olarak nitelerek için yeterli değildir; bu fıkra ancak 1. fıkrada belirlenen kapsamda bir ilişki ve ödemenin varlığı halinde, ödemenin ücret olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında işleve sahip olacak, uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, teknik anlamda tazminat niteliği taşıdığı için vergiye tâbi tutulmayacak bir ödemeyi, “ücret” kabul ederek, daha sonra da bu ödemenin vergiden istisna edilip edilmediğini araştırmak ve istisna kapsamına girmediğine karar vermek, vergi hukukunda yorum

kuralları ve bu hukuk alanına hakim temel ilkelerle bağdaşmamaktadır. Nitekim gerekçesi ayrıntılar içermemekle birlikte, Ankara 1. Vergi Mahkemesi iş güvencesi tazminatından yapılan gelir vergisi tevkifatının iadesi talebiyle açılan davada, “yapılacak ödeme mahkeme kararı gereğince yapılan bir ödeme niteliğinde olduğundan ve yasada bahsedilen anlamda tazminat ve ücret niteliğinde bir ödeme olmadığından vergiye tâbi tutulmaması gerekir.” biçiminde kararıyla¹¹ yukarıdaki analizlere paralel bir yaklaşım sergilemiştir. Ancak iş güvencesi tazminatı müessesinin hukuk sistemimize yeni girmiş olması nedeniyle henüz yerleşik bir içtihattan söz etmek mümkün değildir.

4. Sonuç

Yukarıdaki analizler ışığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca ödenen iş güvencesi tazminatı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında “ücret” niteliği taşımadığı için gelir vergisine tâbi olmayan bu ödemenin gelir vergisinden istisna edilen kazançlar kapsamında olup olmadığı araştırılması anlamlı değildir. Ücret niteliği taşımayan bir ödemeden Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca tevkifat yapılmayacağı açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 İş güvencesi tazminatlarını Gelir Vergisi Kanunu açısından inceleyen bir çalışmada, anılan tazminatı ödeyen işverenlerin bu ödemelerini gelir vergisi matrahının tespitinde gider olarak indirip indiremeyeceklerinin de tartışılması konu bütünlüğü açısından gereklidir. Ancak, böyle bir eksikliğin giderilmesi, “İşle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar”ın indirilmesine izin veren Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinin (4) nolu bendindeki hüküm ile “Bilumum para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatlar”ın indirilmesini engelleyen aynı Kanun'un 41. maddesinin (5) nolu bendindeki düzenlemenin kapsamlı bir biçimde irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Vergi idaresi uygulamasının ve kısmen de olsa yargının “teşebbüs sahibinin suçları” ibaresini ceza hukuku anlamında suç teşkil etmeyen fiillerdeki kusurluluğunu da kapsar biçimde olması, konunun vergi normlarının uygulanması ve yorum kuralları açısından ayrı bir çalışmada ele alınmasının daha isabetli olacağı sonucuna varılmasını gerektirmiştir.
- 2 Maliye Bakanlığı 28.06.2005 tarih ve GİB.0.42/4207-44/27873 sayılı muktezası; İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-94/1 sayılı muktezası. Aynı yönde Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün B. 07.0.GEL.0.42/4205 sayılı 03.08.2004 tarihli muktezası.
- 3 H. Yalçın, Ücretlerin Vergilendirilmesi, İstanbul 1998, s. 27 vd.
- 4 Tazminat (giderim), kişinin maddi ve manevi varlığında meydana

- 5 getirilmiş olan eksilmenin doldurulması için yüklenen edimdir (M. R. Karahasan, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 68.)
- 6 Örn. işverenin aracına çarparak yaralanmasına ve sakat kalmasına neden olduğu işçiye, bedeni zarar, sakatlık ve araca verdiği hasar nedeniyle ödediği tazminatlar önce gelir (vergiyi doğuran olay) olarak nitelenecek, daha sonra da Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin (1) bendi kapsamında vergi dışı tutulması gerekecektir. Böyle bir yaklaşım, vergiye tâbi olmayan bir ödemeyi yasa koyucunun vergiden istisna etmek gibi gereksiz bir uğraş verdiğinin kabulünü de beraberinde getirir.
- 7 Ticari, zirai ve mesleki faaliyetleri nedeniyle vergi yükümlülüğü bulunması halinde, yükümlülere iş, işletme ve meslekleriyle ilgili olarak elde edecekleri zarar, ziyan ve tazminatlar da bir gelir unsuru olarak dikkate alınacak ve vergilendirilecektir.
- 8 M. Kandemir, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/7.pdf>, s. 334.
- 9 Kandemir, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/7.pdf>, s. 336.
- 10 Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, B. 07.0.GEL.0.42/4205 sayılı 03.08.2004 tarihli muktezasında da aynı yönde görüş belirtilmiştir.
- 11 Gençyürek, İş Güvencesi Tazminatının Vergilendirilmesi, Yaklaşım, Haziran 2005, S. 150, s. 46-47.; C. S. Özdemir, İşe İade Tazminatında Vergi Kesintisi, http://www.alomaliye.com/haziran_06/cumhur_sinan_ise_iade.htm.
- 12 2004/155 E., 2004/622 K. sayılı karar, bu karara karşı Bölge İdare Mahkemesi'ne yapılan itiraz Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 2004/3086 E., 2004/3572 K. sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Hans HOOGENDOORN

Hollanda İşveren Sendikası (FME-CWM) Avukatı

Hollanda'da Kısmi Süreli Çalışma

Geçtiğimiz on beş-yirmi yıllık süreç içinde kısmi süreli çalışma Hollanda'da sıradan bir olay haline gelmiştir. 2005 yılında Hollanda'daki tüm işlerin %48'i kısmi süreli çalışma olarak ortaya çıkmıştır.

Kısmi süreli çalışma, işgücüne katılımı destekleyen bir araçtır. Hollanda'nın durumunda dikkat çeken özellik, oransal olarak kısmi süreli çalışan kadınların erkeklerden fazla olmasıdır. Tüm erkeklerin %15'i kısmi süreli çalışırken, Hollanda da tüm kadınların %70'ten az olmayan bir bölümü bu şekilde çalışmaktadır. Buna ek olarak genç nüfusun büyük bir kısmı da, çalışma sürecine katılırken kısmi süreli çalışmaya yönelmektedir.

Yasal Düzenleme

Hollanda'da kısmi süreli çalışma; 'normal çalışma süresinden daha kısa bir dönem boyunca yapılan çalışma' şeklinde tanımlanmaktadır. Normal çalışma süresi, belirli bir firma veya sektördeki mutlak çalışma süresi esas alınarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, mevsimlik iş, arazi iş ve geçici iş bu tanımın dışında kalmaktadır.

Geçmişte Hollanda'da kısmi süreli çalışanlara ilişkin her türlü özel hüküm mevcuttu. Ancak bugün bunların bir çoğu mevzuattan çıkartılmıştır. Çalışma saatleriyle ilgili eşit davranmaya ilişkin genel prensipler, Hollanda Medeni Kanunu'nun 7:648. maddesi ve Merkezi ve Yerel Devlet Personel Kanunu'nun 125/g maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Eşit Davranma

Söz konusu yasal düzenlemeler, işverenin tam zamanlı çalışanlara ve kısmi süreli çalışanlara eşit davranmasını sağlamaya yöneliktir. Bu amaçla işverenin, çalışma zamanındaki farklılık nedeniyle iş sözleşmesinin kurulması, devamı ve sona ermesi koşulları bakımından ayırım yapması yasaklanmıştır. Bu mutlak bir yasak olmayıp, objektif bir değerlendirmeyle, mevzuata aykırı bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Düzenleme, kısmi süreli çalışma yapılması için kendiliğinden bir hak sağlamamaktadır. Hollanda'da işçiler bu hakkı elde edebilmek için Çalışma Saatlerinin Uyarlanması Kanunu'na başvurabilirler. Hollanda hukuku uyarınca çalışma süresi bakımından ayrımcılık; işçilerin sözleşmenin kurulmasında, devamında veya sonlandırılmasında toplu iş sözleşmesinde veya işletme ya da işçi tarafından belirlenmiş koşullar nedeniyle dezavantajlı durumda olmaları halinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin kazancının çalışma süresi ile ilişkilendirildiği bir çok durum, ayrımcılık olarak değerlendirilmeyecektir. Örneğin; 38 saat üzerinden yapılan haftalık çalışmada 20 saat çalışan bir kimsenin ücretinin çalıştığı zamanla orantılı olacak şekilde belirlenmesi, ayrımcılık değildir.

Ancak belirli bazı işlerin doğası ve niteliği nedeniyle, bir hakkın çalışılan süreye orantılı olarak

ödenmesi, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi için dezavantajlı olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, çalışma süresi bakımından ayrımcılığın önlenmesi için, işverenin işçinin eğitim harcamasını karşılaması gibi özdeş hakların tanınması gibi prensiplerin kabulü gerekir. Çalışma süresine dayalı ayrımcılıktan kaçınmak için alınacak bu gibi tedbirler, her iş ilişkisi için münferit olarak değerlendirilmelidir.

Oransallık ilkesinin harcama yardımları ile birlikte uygulanması zor olabilir. Kısmi süreli çalışanlar bazen her türlü maliyetin kapsamında yer alırken bazen de tam süreli çalışanlara oranla daha fazla veya daha az maliyetin kapsamında yer alırlar. Harcamalara ilişkin düzenlemeler, çalışanların işin görülmesine ilişkin yaptıkları masrafların kar-

Kısmi süreli çalışma hakkına ilişkin kanun telifinin parlamentoda reddedilmesinden sonra, Hollanda hükümeti 1998 yılında bu konuya ilişkin müstakil bir kanun çıkarmaya karar vermiştir. Bunun sonucu olarak, 1 Temmuz 2000 yılında Çalışma Saatlerinin Uyarlanması Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun, on işçiden daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan tüm işçilere uygulanmakta olup, her işçiye daha kısa veya daha uzun çalışma saatleri seçme imkânı vermektedir. Bu Kanun, merkezi ve yerel hükümet personeline de uygulanabilmektedir.

Bir işçinin bu Kanun'dan yararlanabilmesi için, belirli koşulların meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda; işçi işyerinde en az bir yıl

Bir işçinin tam süreli iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesine çevrilmesine yönelik talebinin işverence kabul edilme mecburiyetinin olup olmadığı sorunu, Hollanda'da uzun yıllar boyunca tartışma konusu olmuştur.

şılmasını kapsıyorsa (örneğin, evden işe gidış-geliş masrafları), bunlar ödenmelidir.

Kısmi Süreli Sözleşmenin Yapılması

Hollanda'da iş sözleşmesinin yapılması herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Bu husus kısmi süreli iş sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak ihtilaf halinde, sözleşmenin kısmi süreli olup olmadığına dair ispat yükü kural olarak işverene aittir. Yazılı bir iş sözleşmenin bulunması ispatı kolaylaştırmaktadır, ancak başka kanıtlarla ispat da mümkündür.

Çalışma Saatlerinin Uyarlanması Kanunu

Bir işçinin tam süreli iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesine çevrilmesine yönelik talebinin işverence kabul edilme mecburiyetinin olup olmadığı sorunu Hollanda'da uzun yıllar boyunca tartışma konusu olmuştur. Bu durum özellikle, doğum izninden dönen kadın çalışanların çocuklarıyla ilgilenmek için daha kısa saatlerle çalışmak istemeleri ile ortaya çıkmıştır. Her ne kadar bir çok işveren (iyi niyet kuralı temelinde) böyle bir talebi kabul etse de, bu durum kanunla düzenlenmemiştir.

çalışmış olmalıdır. Bu düzenleme, işçi ve işveren arasında belirli bir ilişkinin var olduğunun belirlenmesine yöneliktir. Bu bir yıllık sürenin kesintisiz olması gerekmektedir. Aralarında üç ay veya daha az süreli boşluklar olan tüm kısa süreli çalışmalar bir yıllık sürenin hesabında birleştirilmektedir.

İşçi (önceki talebin kabul edilmiş olması dikkate alınmaksızın) en çok iki yılda bir böyle bir talepte bulunabilir. Bu iki yıllık süre, bir önceki talebe istinaden alınmış olan karar tarihinden itibaren hesaplanır. Ayrıca bu talep, istenilen değişikliğin uygulamaya konulacağı tarihten en az dört ay önce işverene yazılı olarak verilmiş olmalı ve;

- değişikliğin geçerli olacağı tarihi,
- haftalık çalışma saatlerinde veya eğer çalışma süresi farklı bir zaman dilimi üzerinden kararlaştırılmış ise, bu dönem için meydana gelecek olan artış veya azalmayı ve
- çalışma saatlerinin talep edilen dağılımını veya üzerinde anlaşma sağlanmış başka bir döneme ilişkin dağılımı

içermelidir. Çalışma saatlerindeki artış sadece işçinin kendi görev sınırı içerisinde mümkündür.

Böyle bir taleple karşılaşan işveren, söz konusu

taleple ilgili olarak işçi ile görüşme yapmalıdır. Yapılan işle veya işçinin çalıştırılmasıyla ilgili olarak, söz konusu talebin reddedilmesini gerektirecek düzeyde önemli bir menfaatin bulunmaması halinde, bu talebin kabul edilmesi gerekir. Çalışma süresinin azaltılmasının söz konusu olduğu durumlarda, eğer talep edilen azalma; açıkta kalan zamanın doldurulması, işyeri güvenliği veya vardiyaların ayarlanması konularında ciddi bir soruna yol açıyor ise, talebin reddini gerektiren önemli bir menfaat var demektir. Çalışma süresinin artırılmasının söz konusu olduğu durumlarda ise böyle bir artış; yeterli sayıda işin olmaması veya kısıtlı sayıda tam zamanlı işin bulunması veya personel bütçesinin yetersiz olması nedeniyle mali veya idari yapıda ciddi bir soruna yol açıyor ise, yapılan işle veya işçinin çalıştırılmasıyla ilgili talebin reddini gerektiren önemli bir menfaat var demektir.

Çalışma saatlerinin değiştirilmesi ile ilgili işçi tarafından teklif edilen geçerlilik tarihinden bir ay öncesine kadar işveren bir karar veremez ise, çalışma saatleri işçinin talebine uygun olarak değiştirilecektir.

Bu düzenlemeden ayrılmak toplu iş sözleşmesi ile ve sadece çalışma saatlerinin artırılması konusunda mümkündür. İşyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması halinde veya toplu iş sözleşmesinde bu hususta bir hüküm olmaması halinde işveren, ancak personel konseyi veya işçi temsilciliği ile yazılı bir anlaşma yapması halinde bu hükümden ayrılabilir.

Sosyal Güvenlik

Bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan herkes zorunlu sosyal güvenlik sigortası kapsamındadır. Bu anlamda, kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında bir fark bulunmamaktadır.

Ancak hükümet, zorunlu sosyal güvenlik sigortasının kapsamını genel olarak azaltacak bir sınırlamaya gitmeye niyetlidir.

Bu sınır, aylık asgari ücretin % 20'si (aylık 250 Euro civarı) olarak düşünülmektedir. Buna göre; yapılan işten elde edilen brüt gelirin en az 250 Euro olması halinde zorunlu sosyal güvenlik sigortası söz konusu olacaktır. Böylelikle, sigorta nedeniyle oluşan giderlerin, sağlanan yarardan fazla olduğu durumların bertaraf edilmesi mümkün olacaktır.

Bunun yanında, sosyal sigortalar sistemleri, gelirin tehlikeye girmesi riskini önleme amacını taşır. Eğer işçinin kazancı arızı veya tali bir nitelik taşıyor ise, bu gelirden (hastalık, özürlülük veya işsizlik nedeniyle) mahrum kalınması gelirin tehlikeye girmesi sonucunu doğurmayacak, dolayısıyla söz konusu gelirin sigorta güvencesi altına alınması gerekmeyecektir. Konuyla ilgili diğer bir görüşe göre ise, sosyal güvenlik sigortasına doğrudan konu olan ilgililer, ödenen sigorta primleri karşılığında gerçek bir yarar sağlanmadığını göz önünde bulundurarak sigortalı olmak istememektedirler.

Otuz günden az sürecek şekilde kurulan işçi-işveren ilişkisi, arızı veya tali nitelikte bir iş ilişkisi olarak değerlendirilir. İşçilik sigortasının zorunluluk arz etmesi için her iki durumunda kümülatif olarak karşılanmış olması gerekir. Hollanda hükümetinin bu konudaki ilişkin çalışmaları hâlâ sürmektedir.

Sonuç

Hollanda'nın kısmi süreli çalışanların sayısı bakımından Avrupa'da birinci sırada olduğu söylenebilir. Prensip olarak kısmi süreli işçiler için muamele eşitliği vardır. Bu çalışma şeklinin bu kadar yaygın olarak uygulanmasının bir sebebi de bu olabilir.

2000 yılından bu yana Hollanda hukukunda tam süreli iş sözleşmesini kısmi süreli iş sözleşmesine dönüştürme imkânı vardır. Diğer sonuçların yanında bu durum, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerden daha az süre ile çalışılan geçici işleri de mümkün kılmaktadır.

Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürlülük Temelinde Ayrımcılık Yasağına Aykırlık Teşkil Eder Mi?

ATAD (AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI)¹

Karar Tarihi : 11 Temmuz 2006**Karar Numarası** : 2006/C224/15**Gönderen Mahkeme** : Juzgado de lo Social
No 33 de Madrid
(İspanya)

DAVA

İspanyol Juzgado de lo Social No 33 de Madrid Mahkemesi, İspanyol hukukunda özürlülük tanımının bulunmadığı gerekçesiyle, iş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin kapsamı, hastalık temelinde işten çıkarma ile hastalık ve özürlülük kavramlarının açıklığa kavuşturulması konularında ATAD'a başvurmuştur.

KARAR

ATAD 11 Temmuz 2006 tarihli kararında aşağıdaki konuları hüküm altına almıştır:

1. Bir kişinin yalnızca hastalık nedeniyle işten çıkarılması, iş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nde yer alan ve özürlülük temelinde ayrımcılıkla mücadele ile ilgili temel düzenlemelerin kapsamına girmemektedir.

2. İşten çıkarma konusunda ise, 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 2(1) ve 3(1)(c) maddelerinde yer alan özürlülük temelinde ayrımcılık yasağı, ilgili kişi işinin temel fonksiyonlarını yerine getirmek konusunda yetersiz, yeteneksiz ve uygunsuz olsa bile, özürlü çalışanlara makul kolaylıkların sağlanması yükümlülüğü ışığında özürlülük sebebiyle işten çıkarılmaya engel teşkil etmektedir.

3. Hastalık ise yukarıda sayılanlara ek olarak 2000/78/EC sayılı Yönerge'de düzenlenen ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

KARAR İNCELEMESİ

1. İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC Sayılı AB Yönergesi

ATAD kararında atf yapılan 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'yle; istihdam ve çalışma hayatında eşit muamelenin sağlanması ve din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı ayrımcılıkla mücadele edilmesi amaçlarıyla genel bir çerçeve oluşturulmuştur.

Yönerge'nin giriş bölümünde, özgürlük, demokrasi ilkeleri ve insan haklarına vurgu yapılarak, kadın ve erkek eşitliği prensibi, ayrımcılıktan koruma, temel sosyal haklara ilişkin topluluk şartında yaşlılara ve özörlülere verilen önem, üye ülke istihdam politikalarıyla işbirliğinin desteklenmesi, emek piyasasında zarar gören dezavantajlı gruplar, özörlüler ve yaşlıların sosyal katılımının desteklenmesi, çalışma ve işin her vatandaşın iktisadi, kültürel ve sosyal yaşama katılımının sağlanması gibi konuların önemi vurgulanmıştır².

Söz konusu Yönerge'nin "Ayrımcılık kavramı" başlıklı 2. maddesi ise konuyla ilgili bazı tanımlara yer vermektedir. Buna göre, eşit davranma ilkesi, yukarıda bahsedilen sebeplere dayalı olarak doğrudan veya bir biçimde ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Aynı madde (a) bendinde; din veya inanç, özörlülük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı olarak bir kişiye diğerine nazaran farklı muamele edilmesini "doğrudan ayrımcılık" olarak tanımlamıştır.

Yönerge'nin yine 2. maddesinin (b) bendi ise "dolaylı ayrımcılık" kavramını düzenlemektedir. Bu hükme göre; dolaylı ayrımcılık, tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın belirli bir din veya inanç, özörlülük, yaş veya kişinin cinsel eğilimlerine dayalı olarak bir insanı diğerlerine nazaran dezavantajlı bir duruma sokmasıdır.

Ancak bu hüküm, ölçüt ya da uygulama, kanuni amaçla gerekçelendirilmişse ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise ayrımcılıktan bahsedilemeyecektir.

Yönerge, dolaylı ayrımcılık tanımına özörlüler

bakımından da bir istisna getirmiştir. Buna göre, 2000/78/EC sayılı Yönerge'yi uygulamakla yükümlü olan işveren, işveren vekili veya işletme; dolaylı ayrımcılığa neden olan hüküm, ölçüt veya uygulamadan kaynaklanan dezavantajları önlemek için, özörlü kişilere ilişkin olarak ve kendi ulusal mevzuatı doğrultusunda, Yönerge'nin aşağıda açıklanan 5. maddesindeki ilkeleri içeren uygun tedbirleri almakla yükümlü olduğu takdirde de, ayrımcılıktan söz edilemeyecektir.

Yönerge'nin "Özörlülere makul kolaylıkların sağlanması" başlıklı 5. maddesi ise; özörlülerin işyerindeki ihtiyaçlarını gidermeye yönelik makul kolaylıkların sağlanmasına ilişkin bir hüküm getirmektedir. Buna göre, işverenler, gerekli olduğu takdirde, özörlülerin işe girişi, katılımı, işte ilerlemeleri veya eğitim ihtiyaçlarının karşılanması konularında uygun tedbirleri alacaktır. Ancak bu tedbirler, işverenin üzerine orantısız yükler yüklememelidir. Söz konusu yükün, ilgili üye devletin özörlüler politikası çerçevesinde alınan tedbirler sonucunda ortaya çıkması halinde ise orantısızlıktan söz edilemeyecektir.

Yönerge'nin kapsamı bütün faaliyet kollarını kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur. "Kapsam" başlıklı 3. maddede; söz konusu Yönerge'nin kamu birimleri de dahil olmak üzere hem kamu hem de özel sektördeki kişilere uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan Yönerge'nin uygulama alanına;

- Yapılan faaliyet ne olursa olsun, terfi de dahil profesyonel hiyerarşinin tüm kademelerinde; işe almak için gerekli nitelikler ve istihdam koşulları da dahil olmak üzere istihdama, kendi adına çalışmaya ve meslek edinmeye giriş koşulları,

- Uygulamalı iş tecrübesi de dahil olmak üzere mesleki rehberlik ve mesleki eğitimin her türüne ve her kademesine giriş,

- İşten çıkarma ve ücret dahil tüm iş ilişkisi ve çalışma koşulları,

- İşçi veya işveren kuruluşlarına veya belirli bir meslek sahibi kişilerin meydana getirdikleri kuruluşlara üyelik ve bu kuruluşların hizmetlerinden yararlanma

konuları da dahil edilmiştir. Bu düzenleme ile yukarıda sayılan tüm bu alanlarda Yönerge'de sayılan temellere dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır.

Aynı maddede ve Yönerge'nin giriş bölümünde

da çeşitli konular bakımından özürlü tanımı örneklerine sık rastlanılsa da, ayrımcılık mevzuatı kapsamında yapılmış bir tanımla daha az karşılaşılmaktadır.

Ayrımcılık mevzuatı kapsamında yapılmış özürlülük tanımlarında aşağıdaki ortak karakteristiklere rastlanılmaktadır:

- Zaman kriteri: Zararın kalıcı olup olmaması ya da süresi,
- Ağırlık düzeyi: Zararın ağırlık yüzdesi,
- Mevcut durum: Geçmişte ve şimdi var olan sağlık sorunlarıyla gelecekte ortaya çıkabilecek olan sağlık sorunlarının tedavisi.

Zaman kriterine göre, bir hasarın özürlülük olarak algılanabilmesi için belirli bir zaman için varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Örneğin İngiltere, kişinin özürlü kapsamında olması için uğranılan zararın bir yıldan daha fazla sürmüş olması şartını aramaktadır. İsveç ve Kıbrıs Rum Kesimi gibi bazı ülkeler ise, zararın iyileşmesinin süresinin belirsiz olması kriterini getirmişlerdir.

Bazı üye ülkelerde zararın yüzdesel olarak belirlenmiş belirli bir ciddiyet düzeyinde olması aranmaktadır. Örneğin Lüksemburg'da 2003 tarihli Özürlüler Yasası, çalışma gücünün %30'undan fazlasını kaybetmiş olan kişilere uygulanmaktadır. Zararın ciddiyetinin değerlendirilmesi konusunda bir diğer önemli araç ise, kişinin belirli işleri yerine getirip getirememesinin ölçülmesidir. Örneğin Malta'da Özürlüler Yasası "hayatını sürdürmesini mümkün kılan önemli aktiviteleri", İngiltere'de ise "günlük yaşam aktiviteleri"ni sürdüremeyen kişilere uygulanmaktadır.

Son olarak, özürlülüğün geçmişteki ve gelecekteki zararları kapsayıp kapsamadığı konularında birbirinden farklı uygulamalar göze çarpmaktadır. Örneğin İrlanda mevzuatı hem önceden, hem de sonradan doğabilecek zararlara dayalı ayrımcılığı kapsamına alırken, Hollanda mevzuatı ise fiilen var olan veya olabilecek özürleri ya da kronik hastalıkları (örneğin artık belirtileri taşımadığı halde önceden kanser olan birinin korunması gibi) kapsamaktadır.

Özetle, üye ülkelerde özürlülük tanımı bakımından önemli varyasyonlar bulunduğu söylenebilecektir. Pek çok ülkede özürlülük konusunda yasalar, kişinin zarardan dolayı fonksiyonlarını yerine getirebilme kapasitesine odaklanan tıbbi mode-

li dikkate almıştır. Bunun tam tersi olan sosyal model ise özürlülüğün, özürlü birey ile çevresinin birbiriyle etkileşimi sonucu ortaya çıktığını savunmaktadır⁷.

2.3. Makul kolaylıkların sağlanması yükümlülüğü bakımından uygulama

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, 2000/78/EC sayılı Yönerge işverene gerekli olduğu takdirde, özürlülerin işe girişi, katılımı, işte ilerlemeleri veya eğitim ihtiyaçlarının karşılanması konularında, kendilerine orantısız yükler getirmemesi kaydıyla uygun tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Böyle bir yükümlülük üye devletlerde daha önceden bulunmamaktaydı.

Bu yükümlülük, Estonya, İtalya ve Polonya'da henüz ulusal hukuka geçirilmemiştir. Macaristan'da ise, halihazırda çalıştırılmakta olan işçilere ilişkin yasal yükümlülükler, iş arayanlara ilişkin yasal yükümlülüklerden daha fazladır. Avusturya'da özürlülük bakımından federal ayrımcılık yasası hâlâ beklemekteyse de, iş güvencesi konusundaki yasa, işverene özürlü bir çalışanı işten çıkarmadan önce makul kolaylıklar sağlanması yükümlülüğü getirmektedir.

Belçika, Kıbrıs Rum Kesimi, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, Letonya, Litvanya, Malta, Hollanda, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç ve İngiltere'de ise makul kolaylıkların sağlanması bakımından Yönerge hükümlerine yakın hükümler bulunmaktadır. Bunlar bazı temel yükümlülüklerin düzenlenmesinden, söz konusu yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceği konusunda ayrıntılı ya da genel açıklamaları içeren düzenlemelere kadar çeşitlilik göstermektedir.

Yönerge'nin gerekçelerinin yer aldığı Giriş bölümünde sağlanacak kolaylıkların makul olmasına yönelik tespitine ilişkin kriter bulunmaktadır. Giriş bölümünün 21. maddesi, sağlanacak kolaylıkların orantısız yükler getirip getirmediğinin tespiti için üç konuya dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Üye devletlerin pek çoğunun ulusal hukuklarında yer verilen bu üç konu;

- Alınacak tedbirlerin gerektirdiği mali ve diğer bedeller,

- Kuruluşun ya da işyerinin ölçüğü ve mali kaynakları,

- Kamu fonlarından ya da diğer yardımlardan yararlanma olasılığı

olarak belirlenmiştir.

Makul kolaylıkların sağlanmamasının kanuna aykırı bir ayrımcılık olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceği konusu ulusal hukuklarda belirsizlik yaratan başka bir konudur. İsveç'te makul kolaylık sağlanmaması doğrudan ayrımcılık kavramı içinde sayılmıştır. Sağlanacak makul kolaylıkların kişinin özürüllüğünün etkilerini silmesi mümkünse, bu özürüllüğü dikkate almak, işveren açısından doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilecektir. Slovakya ve İspanya'da ise makul kolaylıkların sağlanmaması dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Bu iki hususa alternatif olarak İngiltere'de makul kolaylıkların sağlanmaması ayrımcılığın özel bir türü olarak görülmektedir⁸.

3. Kararın İncelenmesi

Davacı yemek sektöründe faaliyet gösteren bir İspanyol şirkette çalışmaktayken hastalığı nedeniyle sekiz ay süresince işe gelememiş ve kendisine bu hastalık nedeniyle "çalışamaz" raporu verilmiştir. Ayrıca kendisini tedavi eden kamu sağlık kurumunca davacının kısa dönemde işine dönme ihtimalinin bulunmadığı da tespit edilmiştir. Bu durum karşısına davalı işveren bildirimli fesihle bulunmuştur. Bunun üzerine davacı, işten çıkarılmasının özürüllük temelinde ayrımcılık olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Davaya bakan İspanyol mahkemesi, hastalığın geri dönülemez bir özürüllüğe neden olabileceği gerekçesiyle, hastalık temelinde iş sözleşmesi feshinin özürüllük temelinde ayrımcılığın bir şekli olduğu sonucuna varmış, ancak İspanyol hukukunda özürüllük tanımının bulunmadığı gerekçesiyle de, 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin kapsamı, hastalık temelinde işten çıkarma ile hastalık ve özürüllük kavramlarının açıklığa kavuşturulması konularında ATAD'a başvurmuştur.

ATAD verdiği kararlar, 2000/78/EC sayılı Yönerge kapsamında özürüllük kavramını yeniden yorumlamıştır. Mahkemenin kararı, söz konusu Yönerge tarafından garanti altına alınan özürüllük temelinde ayrımcılığa karşı işçinin korunmasının, işten çıkarma durumunda da uygulanacağını ortaya

ATAD, özürüllük ve hastalık durumlarının ayrı kavramlar olarak ele alınması gerektiğini ortaya koyarak bu kavramlar arasında önemli bir ayırım yapmıştır.

koymaktadır. Bununla birlikte ATAD, özürüllük ve hastalık durumlarının ayrı kavramlar olarak ele alınması gerektiğini ortaya koyarak bu kavramlar arasında önemli bir ayırım yapmıştır. Buna göre hukuken hastalığa ilişkin fesih, özürüllük temelinde fesihle aynı şey olmadığından, ayrımcılık yasağına tâbi değildir.

Ayrımcılık konusunda oldukça ayrıntılı hükümler getiren 2000/78/EC sayılı Yönerge'de, özürüllük konusunda standart bir tanım bulunmamaktadır. Söz konusu davada ATAD; Yönerge'de açık bir tanımın bulunmamasından dolayı özürüllük kavramının AB üyesi ülkelerde "özerk ve tek" bir yorumunun olması gerektiğini ortaya koymuştur. ATAD'ın görüşüne göre Yönerge bağlamında özürüllük; "özellikle fiziksel, zihinsel veya psikolojik eksikliklerden kaynaklanan ve kişinin iş hayatına katılımını engelleyen sınırlamalar" olarak anlaşılmalıdır. ATAD, ayrıca çerçeve direktifte getirilen korumayı düzenlerken kanun koyucunun "hastalık" teriminden farklı bir terimi özellikle tercih ettiğini vurgulamıştır. Bu da, hastalık ile özürüllüğün eş anlamlı olmadığını ve aynı kavram olarak algılanmaması gerektiğini ortaya koymaktadır⁹.

ATAD'a göre özürüllük, kişinin uzun dönemli olarak iş hayatına katılımını engelleyen bir olgudur. 2000/78/EC sayılı Direktif ise özürüllülerin çalışma yaşamına uyum sağlaması amacıyla önemli fikirler ortaya koymakta ve kişiyi çalışma yaşamından uzun dönemli olarak alıkoyan bir olgu temelinde ayrımcılığın engellenmesi için hükümler getirmektedir¹⁰.

ATAD'ın kararına göre, sadece hastalık nedeniyle işten çıkarılma, özürüllük temelinde ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin AB Yönergesi'nde ortaya konan çerçevede değerlendirilemez. Bununla birlikte ATAD, bir kişinin özürüllük temelinde işten

çıkarılmasının Yönerge kapsamı içindeki ayrımcılık tanımı içinde yer alacağına karar vermiştir. Yönerge'nin 5. maddesinde işverenlere getirilen, özürlü kişilere özürhükümlerinin işyerindeki ihtiyaçlarını gidermeye yönelik makul kolaylıkların sağlanmasına ilişkin yükümlülük ışığında, böyle makul bir kolaylığın sağlanmadığı hallerde yapılacak herhangi bir işten çıkarmanın; kişinin niteliklerinin yetersiz olması ve görevinin temel fonksiyonlarını yerine getirememesi durumlarında bile Yönerge'ye aykırılık teşkil edecektir¹¹.

4. Sonuç

ATAD kararı, Yönerge'yi hastalık ve özürhükümlük bazında dar olarak yorumlamış ve Yönerge'de getirilen ayrımcılık yasağını sadece özürhükümlük haline özgü olarak değerlendirmiştir. Gerçekten de, Yönerge'de hastalık temelinde ayrımcılığın yasak olduğuna dair hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Karara göre hastalık temelinde işten çıkarma, 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi bakımından özürhükümlük temelinde işten çıkarma sayılmayacaktır.

ATAD'ın yorumunda da olduğu gibi, yasa koyucu "özürhükümlük" kelimesini özellikle tercih etmiş ve Yönerge'yle getirilen korumayı yalnızca bu durumla sınırlamıştır. Bu korumanın içine hastalık halini de katarak genişletmek, özellikle işverenler bakımından adil olmayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Kaldı ki, özürhükümlük kavramı ile hastalık kavramı birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Ayrıca pek çok ülkenin mevzuatında uzun süreli hastalık ile ilgili olarak, hastalığın belli bir süreyi aşması halinde işçinin iş sözleşmesinin sağlık nedenleriyle feshedilebilmesine imkân tanıyan koruyucu hükümler bulunmaktadır.

Bu nedenle, ATAD'ın söz konusu kararına, Yönerge'nin doğru yorumlanmış olması bakımından katılıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu Karar OJ C 224/9, 16.9.2006 tarih ve sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yukarıdaki şekilde yayımlanmıştır. Davaya ait diğer dokümanlara ve ATAD'ın gerekçelerine yalnızca yazının içinde yapılan açıklamalarda değinilmiştir.
- 2 Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007, s.70-71.
- 3 Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007, s. 73.
- 4 Belçika, Kıbrıs Rum Kesimi, Danimarka, Finlandiya, Fransa,

Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda, Portekiz, Slovenya, Slovakya, İspanya, İsveç ve İngiltere.

- 5 Belçika, Almanya, Hollanda, İsveç yaş ile ilgili hükümler bakımından, Fransa özürhükümlük hükümleri bakımından ve İngiltere her iki hüküm bakımından da ilave süre istemiştir.
- 6 Developing Anti-Discrimination Law in Europe, Janet Cormack-Mark Bell, European Network of Independent Experts in the Non-Discrimination Field, September 2005, s.18.
- 7 Developing Anti-Discrimination Law in Europe, s. 21-22.
- 8 Developing Anti-Discrimination Law in Europe, s. 34-35.
- 9 <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/12/articles/eu0612069i.html>
- 10 <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/12/articles/eu0612069i.html>
- 11 ÇSGB AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Bülteni, Sayı 20, Ocak 2007, s. 6-7.

KAYNAKÇA

- Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi.
- Developing Anti-Discrimination Law in Europe, Janet Cormack-Mark Bell, European Network of Independent Experts in the Non-Discrimination Field.
- <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/12/articles/eu0612069i.html>
- ÇSGB AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Bülteni, Sayı 20, Ocak 2007.