

SİCİL

Eylül '07 • Yıl 2 • Sayı 7

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
Yerel süreli yayın. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi
28 Eylül 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

- Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler* 5
Prof. Dr. Devrim ULUCAN
- Yargıtay Kararları Işığında İstifa Dilekçeleri* 11
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR
- İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri* 25
Şahin ÇİL
- Ücretin Korunmasına Dair Hükümler Bağlamında "Ücret Garanti Fonu"* 36
Av. Taliphan KIYMAZ

KARAR İNCELEMELERİ

- İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi* 42
Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI
- Yıllık Ücretli İzin Hesabı Konusundaki Yargıtay Kararına Yönelik Değerlendirme* 56
Av. Ergun İNCE

TOPLU İŞ HUKUKU

- Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu* 61
Prof. Dr. Metin KUTAL
- Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat* 68
Yrd. Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

KARAR İNCELEMELERİ

- Toplu İş Sözleşmesinde Fabiç Şekilde Belirlenen İbbar Önellerine Hakimin Müdahalesi Gerekliği* 77
Av. Hakkı KIZILOĞLU
- Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi* 82
Av. Seval EROĞLU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

- Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Rücu Davaları, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Karşısında Öngörülen Hukuki Sonuçlar ve Uygulamadan Örnekler* 94
Coşkun ERBAŞ



<i>Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Zorunlu Tasarruf Uygulamasından Kaynaklanan Sorumluluğu</i>	114
Fatih ARKAN	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Aynı Yardımlar ve Özel Sağlık Sigortası'nın Prim Matrahına Dabil Edilmemesi (21. Hukuk Dairesi'nin Ders Veren Bir Kararı Üzerine)</i>	120
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	
<i>Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak?</i>	127
Utkan ARASLI	

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

<i>Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İblali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları</i>	141
Prof. Dr. Duygun YARSUVAT	
<i>Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı</i>	145
Prof. Dr. Berin ERGİN	
<i>İdari Para Cezaları Bakımından İş Kanunu m. 108'deki Kanun Yolu Hâlâ Yürürlüktedir (UYM Kararları Üzerine Bir Değerlendirme)</i>	166
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	

MALİ HUKUK

<i>İş Güvencesi Tazminatından Vergi Kesintisi</i>	172
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>Yabancıların Danışmanlık, Proje, Montaj Hizmetlerinden Elde Ettikleri Kazançların Vergilendirilmesi ve Bunlara Ödeme Yapanların Vergisel Sorumlulukları</i>	177
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ	

KARAR İNCELEMESİ

<i>İşe Başlatılmayan İşçiye Ödenen Tazminatın Gelir Vergisi Açısından İrdelenmesi</i>	189
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>İsveç'te Toplu Pazarlık Prosedürü</i>	194
Anders WEIHE - Andreas MODIG	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi</i>	199
Av. Nağme N. HOZAR, LLM	

Düzeltilme: Sicil'in 6. sayısında (s. 28) yer alan ve Bektaş Kar ve Seracettin Gökteş tarafından hazırlanan "Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri" başlıklı makaledeki "Cumartesi günü kural olarak işgünü olduğundan izin süresine dahildir. Ancak işyerinde haftada 5 gün çalışma var ise, Cumartesi günü de izin süresinden sayılmayacaktır." şeklindeki ifade, "Cumartesi günü kural olarak işgünü olduğundan izin süresine dahildir. Ancak işyerinde haftada 5 gün çalışma yapılmıyorsa ve taraflar çalışılmayan Cumartesi gününün izin süresinden sayılmayacağı şeklinde açıkça anlaşmışlar ise, Cumartesi günü de kullanılacak yıllık ücretli izin süresine dahil edilmeyerek, tatil günü gibi işlem gerecektir." şeklinde olacaktır.

“Karşılaştığımız herhangi bir problem, o problemi yaratmış olduğumuz zamandakiyle aynı olan düşünce düzeyinde çözülemez.”

Albert EINSTEIN

Gerek Yargıtay kararları, gerekse öğretilerdeki görüşler, Türk sanayinin gelişmesine yönelik ve rekabet edebilirliği artıracak nitelikte olmalıdır ki işletmeler yaşamaya devam etsin. Ne var ki, mülga 1475 sayılı İş Kanunu zamanında görülmeyen ancak 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra sıklıkla karşılaşılan bazı uygulamalara ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar, tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Mevzuatımızda iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte son dönemde yaygın olarak, işçiler tarafından “İbbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi koşuluyla iş sözleşmemin sona erdirilmesini talep ediyorum.” şeklinde dilekçeler verildiği görülmektedir. “İkale sözleşmesi” olarak bilinen söz konusu sözleşmeler ile taraflar, mevcut borç ilişkisinin sona ermesinde anlaşarak bu yolda yeni bir sözleşme yapmaktadırlar. Türk iş hukukunda yasal bir dayanağı bulunmayan ikale sözleşmesi ile ilgili ortaya çıkan sorunlar yargı kararları ile çözümlenmeye çalışılmaktadır. İkale sözleşmesi, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir sözleşmedir ve Kanun hükümleri gereğince tarafların serbest iradeleriyle tesis ettikleri bir sözleşmeyi, yine serbest iradeleriyle her zaman sona erdirebilmeleri gerekir. Burada önemli olan, taraf iradelerinin irade fesadı halleri olmadan sağlıklı biçimde tesis edilip edilmediğidir. Böyle bir durum söz konusu değil ise tarafların iş ilişkisini, ortak iradeleriyle karşılıklı anlaşma ile sona erdirmesi her zaman mümkün olmalıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin, Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca “itibari hizmetten” yararlanacaklara ilişkin maddede iptal kararı vermesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayımlanan Tebliğ'in de

hiçbir açıklık getirmemiş olması konuyla ilgili tartışmaları başlatmıştır. Tebliğ'de sayılan işlerin metal işkolunda yapılan işlerin çok büyük bir kısmını oluşturması, metal sektöründe faaliyet gösteren işverenlerin konuyla yakından ilgilenmesine neden olmaktadır. Tebliğ'in kapsamı yoruma açık olup, sayılan işlerin neleri kapsadığı belirsizdir. Tebliğ'in, hiçbir çözüm önerisi getirilmeden alelacele yürürlüğe girmesi çok önemli sorunları da beraberinde getirmektedir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesi ve yargı kararlarının verilmeye başlanması ile üzerinde en çok tartışılan konulardan biri de; işveren tarafından yapılan fesbin geçersiz kabul edilip işçinin işe iade edilmesine rağmen işverence işe başlatılması halinde ödenecek tazminatın vergi boyutu olmuştur. Danıştay, Resmi Gazete'de peş peşe yayımlanan dikkat çekici üç kararıyla söz konusu tazminatın gelir vergisine tabi olup olmadığı hususuna açıklık getirmiş ve bundan böyle bu tazminattan gelir vergisi kesintisi yapılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Sicil dergisi, bahsi geçen konuları ve Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verdiği 7. sayısı ile sizlerle buluşuyor. Amacımız, çalışma hayatının nabzını tutup, siz değerli Sicil okurlarına iş hukukunun dinamikliği çerçevesinde gelişmeleri sunabilmektir.

Bugüne değin Sicil'e gösterilen yakın ilgiye, tüm yazar ve okurlara teşekkürlerimi sunarım.

Saygılarımla,

Av. İsmet SİPAHİ

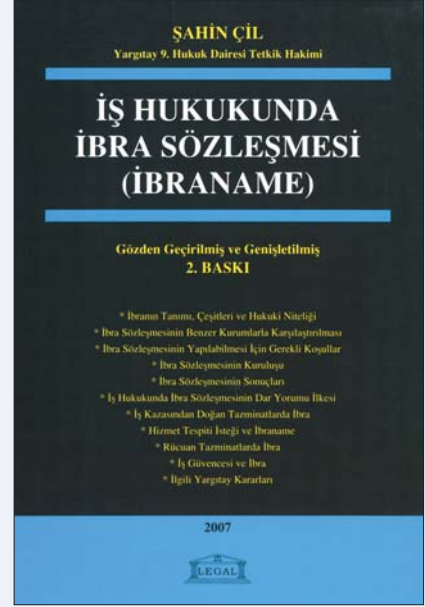
YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)” isimli eserin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. baskısı Ocak 2007 tarihinde yayımlanmıştır.

Hangi ibranamenin geçerli olduğu konusu öğretide sınırlı olarak ele alınmış ve uygulamaya daha çok Yargıtay kararları yön vermiştir. Ancak Yargıtay kararları da zaman içinde bazı değişiklikler göstermiştir. Eserde, bugüne kadar ibra sözleşmesini ele alan öğreti görüşlerine yer verilmiş ve ilgili bölümlerde Yargıtay kararları açıklanmıştır.

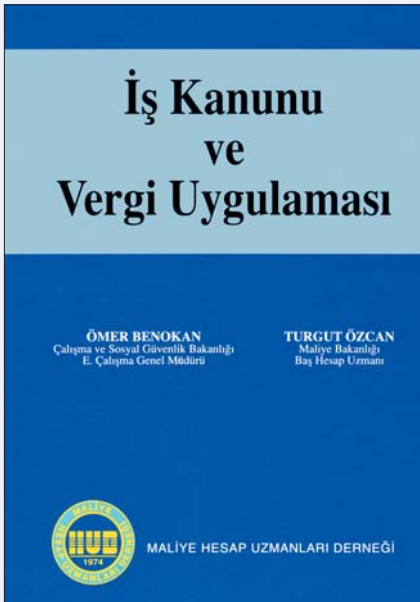
Kitapta ibra sözleşmesinin tanımı, tarafları, kuruluşu ve sonuçları sistematik biçimde ele alınmıştır. İlgili Yargıtay kararları konularına göre ayrılmış ve özetine yer verilmiştir. Ayrıca kitaba, iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan tazminatlarda ibra, hizmet tespiti isteği ve ibra, rücu tazminatlarda ibra, iş güvencesi ve ibra başlıkları altında yeni bölümler ile Yargıtay kararları da eklenmiştir.



Ömer Benokan ve Turgut Özcan tarafından hazırlanan “İş Kanunu ve Vergi Uygulaması” isimli eser, insan kaynakları yöneticileri ve uygulayıcılarına, vergi ve muhasebe ile ilgilenenlere iş hukukunun vergisel yönü bakımından yardımcı olma amacı ile Haziran 2007 tarihinde yayımlanmıştır.

Onbir bölüm olarak hazırlanan eserin Birinci Bölümü’nde İş Kanunu’nun kapsamı, İkinci Bölümü’nde ise, işçi, işveren, işveren vekili, alt işveren gibi iş hukukunun temel kavramları ele alınmaktadır. Eserin Üçüncü Bölümü işyerinin tanımı, işyerinin açılması için gereken işlemler ve bildirimlere, Dördüncü Bölümü de işçilerin işe alınmasına dair prosedür ve bununla ilgili yapılacak bildirimlere ayrılmıştır. Bu kapsamda önce işyerinin tanımı, kapsamı, türleri ele alınmış, daha sonra da iş sözleşmesinin yapılışı ve türleri hakkında bilgilere yer verilmiştir.

Eserin diğer bölümlerinde; işin yürütümü, çalıştırma ve çalışma sırasında işveren ve işçilerin yükümlülük ve hakları, toplu iş ilişkileri, iş sağlığı ve güvenliği, işyerinin devri, işin durdurulması ve işyerinin kapatılması, çalışma yaşamında denetim, idari para cezaları ve iş uyuşmazlıklarında dava konularına yer verilmiştir.



Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler

Giriş

Küreselleşme ve teknolojik gelişme ile ortaya çıkan yeni piyasa koşulları, üretim modellerinde ve iş organizasyonunda değişikliklere yol açtığı gibi, klasik iş süreleri kurallarından farklı olarak, iş sürelerinin değişik bir anlayışla uygulanmasını, değiştirilmesini veya esnekleşmesini gündeme getirmektedir. Bu olgunun işletmeler için kârlılık, verimlilik ve piyasa koşullarına uyum bakımından kaçınılmaz olması ve işverenlerce böyle kabul edilmesi, üretim süreci içinde önemli bir unsur olan işçiler bakımından kabul edilmesi zor sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır. Bir bakıma iş sürelerinin kuralılaştırılması ve işletme yararına sürekli değiştirilmesi anlamına gelen bu yaklaşım, iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi ile çelişmektedir. Ancak, klasik iş süreleri anlayışından uzaklaşarak, değişik biçimde uygulamalara gidilmesi veya iş sürelerinin esnekleşmesi, bunların mutlaka kuralılaştırılması anlamına gelmeyeceği gibi, sadece işletmelerin varlığını sürdürmelerine yarayan, işverenin kârlılığını artıran bir yöntem olarak da algılanmaması gerekir. Bu nedenle iş sürelerinin, bu bağlamda fazla saatlerle çalışma koşullarının veya genel anlamda esnek çalışma yöntemlerinin tama-

men işverenlerin istekleri ve gereksinimleri doğrultusunda belirlenmesi, sosyal devlet anlayışı ile de uyuşmayacağı için, uluslararası düzeyde düzenlemeler ve ulusal düzeyde yasal yoldan sınırlamalar getirilmesi zorunluluğu doğmuş ve bazı önlemler alınmıştır. Aslında rekabet koşullarının son derece ağırlaştığı bir dünyada, üretim yöntemlerinin ve iş organizasyonunun günün koşullarına uydurulması, iş sürelerinin de buna göre belirlenmesi ve verimlilik ile kârlılığın artırılması, işçiler için de yararlar sağlayacağı göz ardı edilemez bir gerçek haline gelmiştir. Geniş anlamda iş sürelerinin esnekleştirilmesi zorunluluğu bir olgu olarak kabul edilirse, bunun işverenler ve işçiler bakımından en uygun ve yararlı bir biçimde uygulanması yollarının araştırılması ve buna göre çözümler üretilmesi gerekmektedir.

1. Yeni İş Kanunu'nda İş Süreleri, Esnek Çalışma ve Fazla Çalışma Nasıl Yorumlanmalı?

2003 yılında İş Kanunu kapsamlı bir biçimde ele alınmış, sözü edilen gerçekler göz önünde tutularak iş süreleri ile ilgili bazı değişiklikler yapılmış ve günün koşullarına uygun yeni bir çalışma

4857 sayılı Yasa, fazla çalışmanın haftalık sınırı bakımından herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

süreleri anlayışı getirilmeye çalışılmıştır. Bu anlayışa uygun kurallar getirilirken, mümkün olduğunca açık ve anlaşılır olmaya çalışılmış olunmasına karşın, yeni düzenlemeler değişik yorumlara gene de yol açmaktadır.

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun "Genel anlamda çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır." şeklindeki 63. madde hükmü, geleneksel endüstri toplumuna uygun bir anlayışla iş sürelerini haftanın günlerine eşit dağılımını esas almış ve haftalık en fazla çalışma süresini de 45 saat olarak belirlemiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, eski İş Kanunu'ndan farklı olarak Avrupa Birliği normlarına uygun bir esnek çalışma modeli oluşturulmaya çalışılmıştır. Avrupa Birliği'nin 93/104* sayılı Yönergesi'nin 6/2 maddesi ilkeleri ile uyumlu olarak hazırlanan bu düzenleme, yasama organında temel ilkeleri korunsada bazı değişikliklere uğratılmış ve yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeye göre "Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir." Getirilen bu yeni düzenleme çerçevesinde, işçi ve işveren anlaşılırsa, haftalık 45 saatlik iş süresini haftanın iş günlerine eşit olarak bölmeksizin ve günde 11 saati aşmamak koşulu ile değişik bir biçimde uygulayabileceklerdir. Bu durumda, bir işçinin günlük çalışma süresi 11 saati geçmeyeceği ve 46. madde uyarınca, yedi günlük zaman dilimi içinde işçiye kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi zorunluluğu nedeniyle, yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçi, haftada en fazla 66 saat çalıştırılabilecektir. Buna göre, bir işçi sekiz haftalık bir denkleştirme süresi içinde, azami toplam $45 \times 8 = 360$ saat çalışabilecektir. Yoğunlaştırılmış iş haftasında işçi günde 11 saat çalıştırılırsa $360:$

$11=32,5$ gün çalıştırılabilecektir. Haftada 6 işgünü çalışılan bir işyerinde 8 haftada $6 \times 8 = 48$ işgünü olacağından, işçinin 8 haftalık denkleştirme süresi içinde, tatiller dışında, toplam $48 - 32,5 = 15,5$ boş işgünü olacaktır. Denkleştirmenin uygulandığı dönemde, denkleştirme süresi içinde haftalık normal çalışma süresi aşılmayacağı için, yoğunlaştırılmış iş haftalarında işçilerin ücretleri, o haftadaki fiili çalışma sürelerine göre değil, normal çalışma sürelerine göre öngörülen tutar üzerinden ödenecektir¹.

Yasa ile getirilen esnek çalışma modelinin ilkerlerini ve uygulanma yöntemini hiç dikkate almayan veya inceleme gereği duymayanlar, yeni düzenleme ile işçinin artık günde 11 saat çalıştırılabileceği ve yıllarca yapılan mücadele sonucu elde edilen günlük 8 saatlik çalışma süresi hakkının yoksun kalacaklarını ileri sürmektedirler. Oysa, Avrupa Birliği Yönergesi haline gelmiş bu esnek çalışma modeli, AB üyesi ülkelerin sendikalarınca denetimden geçirilmiş ve kabul edilmiş bir modeldir. $32,5$ gün günde 11 saat çalışmayı kabul eden işçi aylık ücretinde hiçbir indirim olmaksızın iki ay içinde çalışmadan geçireceği $15,5$ boş işgününe sahip olacaktır. Bu uygulama yöntemi tek değildir, taraflar yasanın getirdiği ilkelere uyararak daha değişik esnek çalışma yöntemleri geliştirebilirler. Örneğin, iki hafta üst üste 50 saat çalışılması karşılığında, ondan sonraki iki hafta üst üste 40 saat uygulamasına gidebilirler. Önemli olan ortalama haftalık 45 saatlik azami çalışma süresinin aşılmamasıdır. Bu konuda (bilimsel yazıların dışında) nedenle, yeni İş Kanunu'na göre, günlük çalışma süresinin 11 saat olabileceğini söylenirken, bunun karşılığında ücrette bir kesinti olmaksızın işçinin kaç boş işgününe sahip olabileceğinden genellikle pek söz edilmemektedir. Esnek çalışma ayrıca birey olarak işçinin kabul etmesine bağlı kılınmıştır, bu nedenle işçi kişisel olarak esnek çalışmayı kabul etmek zorunda da değildir. Önemli olan işin yoğunlaştığı dönemlerde tarafların anlaşarak günde 11 saati aşmamak koşulu ile gerektiğinde haftada 45 saatlik çalışma süresinin aşılabilesidir. Ancak gene önemli olan, bu aşımaların işçi aleyhine bir sonuç doğurmaması ve işçiye iki ay içinde ücretinde bir kesinti yapılmaksızın hak ettiği boş iş günlerinin sağlanmasıdır².

Getirilen bu esnek çalışma modeli ister istemez, bir ölçüde fazla saatlerle çalışma uygulamalarını da

gereksiz hale getirmektedir. Fazla çalışma yaparak, çalışması karşılığı aldığı aylık ücretinin dışında ek gelir elde etmesi kuşkusuz işçinin yararındır. Ancak, işsizliğin büyük boyutlara ulaşması, gelişmiş Batı Avrupa ülkelerinde bile büyük sorunlar yaratması, bir anda binlerce işçinin topluca işten çıkarılması karşısında, bazı işçilerin fazla çalışma yaparak ek gelir elde etmeleri yerine, o işi bir başka işçiye yaptırarak, onun işsiz kalmasını engellemek, Batı Avrupa ülkeleri sendikalarınca da daha sosyal bir çözüm olarak kabul edilmektedir. Bu amaçla esnek çalışma yöntemi içinde veya geleneksel iş süresi çerçevesinde genellikle fazla çalışmalar ya tamamen kaldırılmakta ya da sınırlı olarak uygulanmaktadır. Yeni Yasa da, bu doğrultuda eski Yasadan farklı olarak, fazla çalışmayı günlük değil, haftalık çalışma süresinin aşılması olarak kabul etmekte ve esnek çalışma çerçevesinde denkleştirme

iki aylık (8 hafta) denkleştirme esasının uygulanması ile birlikte, ilk dört hafta, haftanın tamamında 11 saat çalışılırsa, toplam 264 saat çalışılmış olacaktır. Bunun dışında kalan 4 haftada, fazla çalışılma yapılmadan normal koşullarda, sadece toplam 96 saat çalışma yapılabilecektir, yani toplam 8 haftada 360 saat çalışılmış olacaktır. Ancak, haftalık çalışma süresi fazla çalışma dahil 48 saat olacağı kuralı getirilmediği için, işveren yaptırabileceği yılda toplam 270 saatlik fazla çalışmanın (264-96=) 168 saatini iki aylık denkleştirme süresinin ikinci 4 haftalık kısmında fazla çalışma adı altında işçiyi sürekli günde 11 saat çalıştırma olanağına sahip olacaktır³.

Başka bir örnek vermek gerekirse, örneğin haftada altı gün faaliyette bulunan ve iki aylık denkleştirme döneminin uygulandığı bir işyerinde, işçinin bir haftada çalıştırılabileceği azami süre 6 x

Esnek çalışmayı gerektiren piyasa koşulları ve buna uygun üretim yöntemleri zorunlu olduğu sürece bundan kaçınmak mümkün olamamaktadır.

yönteminin uygulandığı hallerde, bazı haftalarda 45 saatin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre sadece, ortalama haftalık çalışma süresi, normal 45 saat haftalık çalışma süresini aşarsa, bu süreler fazla çalışma olarak kabul edilecektir (İşK. m.41/1).

4857 sayılı Yasa, fazla çalışmanın haftalık sınırı bakımından herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Oysa, bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dâhil olmak üzere, haftada 48 saati aşamayacağı öngörülmüştü. Ancak bu kural, özellikle sendikaların baskısı ile TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilen metinde yer almadığı için yasalasmamıştır. Böylece yedi günlük bir zaman dilimi içinde ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar da dahil olmak üzere 48 saati aşamayacağını öngören 93/104 sayılı AB Yönergesi m.6/2 hükmü ile uyumlu olmayan bir durum ortaya çıkmıştır.

Çalışma süresinin haftalık 45 ve fazla çalışmalarla 48 saati aşamayacağına ilişkin hükmün yasa alınmaması, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde önemli bir sorun yaratmaktadır. Örneğin,

11= 66 saat; sekiz haftada da 8 x 66 = 528 saattir. Sekiz haftalık normal çalışma süresi 45 x 8 =360 saat olduğuna göre, işçinin iki aylık denkleştirme döneminde tabi olduğu fazla çalışma 528-360 =168 saat olmaktadır. Oysa 48 saatlik sınırlama korunsaydı, işçinin çalıştırılabileceği esas azami süre 48 x 8 =384 saat olacaktı. Sınır olmadığı için ortaya çıkan fazla çalışma farkı 528 - 384= 144 saattir. Bu sonuç, 270 saatin yarısından fazla olan 144 saatin iki aylık denkleştirme dönemine sıkıştırılmasını mümkün kılmaktadır. Böyle bir uygulama ise, işçinin fiziksel yönden korunması düşüncesi ile bağdaşmamaktadır⁴.

Esnek çalışma yönteminin işçi yararına olmayan sonuçlar doğurmaması için, bu durumu dikkate alarak, Yasada haftalık çalışma süresinin fazla çalışma dahil 48 saati aşamayacağı kuralına yer verilmiş olmasını, esnek çalışma ve denkleştirme ilkelerine aykırı olacak şekilde yorumlamamak gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi, esnek çalışma küreselleşme ile oluşan piyasa koşullarına uyum sağlamak amacıyla, uygulanması zorunlu hale gelen, yeni üretim ve iş organizasyon modelleri gereği olarak ortaya çıkmıştır. Esnek çalışmayı gerekti-

ren piyasa koşulları ve buna uygun üretim yöntemleri zorunlu olduğu sürece bundan kaçınmak mümkün olamamaktadır. Önemli olan bu yöntemler uygulanırken çalışanların zarar görmemesi, bu tür çalışmaların insanca yaşamalarına engel olmasıdır. Bu nedenle, AB'nin 104 sayılı yönergesi ile getirilen ilkeler İş Kanunu kapsamına alınmaya çalışılmıştır. Bu yaklaşımın aksine, haftalık 48 saat sınırlamasını kaldırılarak, sadece yılda 270 saat fazla çalışma kuralının getirilmesi işçi yararına olmadığı gibi, esnek çalışma kuralları ve uygulamasını tartışmalı hale getirmiştir.

Fazla çalışmalar dahil haftalık en fazla 48 saat çalışılabileceği kuralının Yasada yer almaması karşısında, bu konuda hiçbir sınırlama kalmadığı kabul edilirse, işçinin denkleştirme döneminde dahi, boş iş günü kullanmadan, fazla çalışma adı altında 8 hafta boyunca sürekli günde 11 saat çalıştırılması mümkün olacaktır. Bu yaklaşım yeni getirilen esnek çalışma modeli anlayışına kesinlikle ters düşmektedir. Esnek çalışma uygulanan bir işyerinde, bir işçi, günde 11 saati aşmamak koşulu ile bazı günler 9-10 veya 11 saat çalıştırılmış ise, Yasanın emredici kuralı gereği denkleştirme yapılarak haftalık ortalama 45 saat esas alınmalı ve kendisine iki ay içinde hak ettiği boş saatler veya işgünleri mutlaka sağlanmalıdır. Ücretinde bir indirim olmaksızın sağlanması zorunlu olan bu çalışılmayan boş iş saatleri ve günlerinde fazla çalışma adı altında iş gördürülmesi yasaya aykırıdır. Çünkü, işçi boş süreleri daha önce yapmış olduğu çalışmalar ve bu çalışmalarla ilgili saatler karşılığı hak etmektedir. Aslında boş işgünü olarak değerlendirilen günler, çalışılmış sayılan değil, daha önce çalışılmış saatler veya günlerdir. Bu nedenle söz konusu boş günlerde işçi çalışıyor sayılacağından, o günlerde herhangi bir ad altında ikinci bir çalışma yaptırılamaz. Bu nedenle esnek çalışma ile fazla çalışma kuralı olarak birbiri ile bağdaşan yöntemler olarak kabul edilmezler.

Ayrıca, 48 saatlik sınırlamanın kaldırılması nedeni ile, denkleştirme döneminde boş işgünlerine fazla çalışma adı altında çalışma yapılmasına olanak tanınırsa, ortaya başka sakıncalar da çıkabilir. Bu sınırlamanın kaldırılmış olması nedeni ile yılda 270 saat fazla çalışma yaptırma olanağına sahip olan bir işverenin, yukarıda belirtildiği gibi 48 saat sınırlamasına bağlı olmayacağı için, denkleştirme

Aslında boş işgünü olarak değerlendirilen günler, çalışılmış sayılan değil, daha önce çalışılmış saatler veya günlerdir.

nedeni ile boş geçmesi geçen gün veya saatlerde fazla çalışma adı altında işçiyi çalıştırma olanağı elde ettiği kabul edilirse ve de fazla çalışma ücretinin belirli aylık ücretin içinde sayıldığı durumlarda, 8 hafta sürekli 11 saat çalıştırdığı işçisine aslında fazla çalışma ücreti de ödemiş olacaktır. Sadece, yıllık 270 saati aşan çalışmalar için Yasaya aykırı olmasına karşın fazla çalışma ücreti ödenmesi söz konusu olabilecektir.

Fazla çalışma belirlenirken, haftalık çalışmanın 45 saat ve çalışma sürelerinin günlere eşit olarak belirlenmesi hali esas alındığında (sözleşmelerle aksi kararlaştırılmadığı durumlarda), haftanın 6 işgünü çalışıldığı zaman günlük çalışma süresi 7,5 saat olacaktır. Haftada 5 işgünü çalışıldığında günlük çalışma süresi 9 saat olacaktır. Bu durumda günlük çalışma süresinin üzerinde ve günde 11 saati aşmamak üzere yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır. Böyle olunca, haftada altı gün çalışılan bir işyerinde günlük fazla çalışma 3,5 saat, beş gün çalışılan işyerlerinde 2 saat olacaktır. Ancak, tasarından farklı olarak, Yasada fazla çalışma 45 saatin üzerinde ve haftada 48 saati aşmayacağı şekilde 3 saatle sınırlandırılmadığı için, fazla çalışmalar haftada 3 saatin üzerinde olabilecektir. Günlük çalışmanın 7,5 olarak belirlendiği durumlarda günde 3,5 haftada toplam $3,5 \times 6 = 21$ saat fazla çalışma yapılabilir.

Bu açıklamalardan bir sonuç çıkarmak gerekirse, yıllık fazla çalışmayı 270 saatle sınırlamanın, haftalık çalışma süresini haftalık iş günlerine eşit olarak dağıtılması halinde bir anlamı vardır. Oysa, haftalık 48 saat yerine yıllık 270 saatlik sınırlamanın esnek çalışma uygulanan işyerleri bakımından aynı şekilde anlamlı olduğu söylenemez. Bu yaklaşımın olumsuz sonuçlar doğurabileceği yukarıda açıklandı. Bu nedenle esnek çalışma yönteminin uygulandığı bir işyerinde 48 saat sınırlamasını göz önünde tutarak fazla çalışmayı sadece günlük 11 saati aşmamak üzere haftada ortalama 45 saatin aşılması durumu için geçerli saymak gerekir.

Buna göre, denkleştirme döneminin ilk iki haftasında 66'şar saat çalışılması, üçüncü ve dördüncü haftasında ise 32'şer saat çalışılması halinde, dört haftalık denkleştirme döneminde $132+64=196$ saat çalışılmış olacak, haftalık ortalama $196:4=49$ saat olduğundan işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir. Dolayısı ile işçi, her bir hafta için 4 saatlik fazla çalışma ücretine hak edecektir⁵.

II. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 3.5.2007 tarihinde verdiği bir kararda esnek çalışma çerçevesinde fazla çalışma konusunda ilginç bir sonuca varmıştır. Bu karara göre "Haftalık çalışma süresine göre, 1475 sayılı yasa döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar, 4857 sayılı yasa döneminde ise yasanın 41. ve 63.maddelerine göre örtülü denkleştirme ol-

tedir. Buna karşılık esnek çalışma yönteminin uygulandığı durumlarda ise açık bir biçimde günlük çalışma süresi 11 saat olarak sınırlanmıştır. Aynı ilkenin normal çalışma düzeni için de geçerli olması gerektiği belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, "davacı işçinin ikili vardiyada çalıştığı dönemde birinci gün 9, izleyen gün 15 saat çalışıp, 24 saat dinlendiğini belirttikten sonra 4857 sayılı Yasa'nın 41 ve 63. maddelerine göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir" diyerek, esnek çalışma uygulaması içinde de günlük 11 saat sınırlamasının aşılabileceğini kabul etmektedir. Bu yaklaşımın yasaya uygun olduğu söylenemez. Esnek çalışma sisteminin gerçek anlamda uygulanabilmesi için mutlaka 11 saat sınırlamasına uymak gerekmektedir. Bazı gün-

Yargıtay yerleşmiş kararlarında kural olarak günlük 11 saatlik azami çalışma süresini sınır olarak kabul etmektedir.

duğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir. Denkleştirmede daha fazla süre ve hafta tatilini kapsayacak şekilde dinlenme yapıldığından ayrıca hafta tatili çalışma ücreti hesap edilemez. Öte yandan hafta tatilini haftanın diğer bir günü kullanmak mümkündür."

Karardan anlaşıldığı kadarıyla Yüksek Mahkeme, hem 1475 sayılı Yasa dönemi, hem de 4857 sayılı Yasa dönemi için Kanunun ön gördüğü fazla çalışma esasları dışında fiilen yapılan çalışmalar ile ilgili bir değerlendirme yapmaktadır. Bilindiği gibi 1475 sayılı Yasa döneminde günlük çalışma esas alınarak fazla çalışma belirlenmekteydi. Haftalık çalışma esas 4857 sayılı Yasa ile getirilmiştir. 41. maddeye göre haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır. Yüksek Mahkeme, hem eski Yasa dönemindeki sınırlar, hem de yeni Yasanın getirdiği sınırlar dışına çıkılarak da olsa, fiilen yapılan çalışmaları öteden beri yasaya uygun olmasına karşın fazla çalışma olarak değerlendirmektedir. Ancak, eski Yasada bu konuda getirilen sınırlamalar çok açıktı, günlük çalışma süresi dışında en fazla 3 saat fazla çalışma yapılabilirdi, oysa yeni Yasa haftalık 45 saat kuralı dışında, günlük çalışma sınırı ile ilgili bir düzenleme getirmemek-

lerde 15 saat çalışılması ve bunun diğer günlerde 9 saat çalışılarak denkleştirilmesi İşK. m. 63 hükmüne kesinlikle aykırıdır.

Yüksek Mahkemenin bu kararını bir ilke kararı olarak algılamak da doğru olmaz. Belki, eski İş Kanunu'nda öngörülen günlük çalışma süresinin üstünde üç saat fazla çalışma yapma sınırının aşılması halinde de fiilen bir şekilde yapılmış olan çalışma karşılıksız kalmasın diye fazla çalışma ücreti ödenebileceği yolundaki verilen kararlar doğrultusunda, yeni Yasa döneminde de aynı şekilde, fiilen 11 saatin aşılması halinde (bunun yasaya aykırı olmasına rağmen) de işçinin emeğinin karşılıksız ve fazla çalışma ücretinden yoksun kalmaması için böyle bir sonuca ulaştığı söylenebilir. Aslında Yargıtay yerleşmiş kararlarında kural olarak günlük 11 saatlik azami çalışma süresini sınır olarak kabul etmektedir.

Gerçekte, günlük 11 saatlik azami çalışma süresinin aşılması halinde işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesinin asıl gerekçesi, bu sürenin aşılmış olması değil, 11 saatin üzerindeki çalışmaların denkleştirmeye tutulamayacak olmasıdır. Gerçekten Yasa, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde günlük çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı dağıtılabilmesini, 11 saatlik azami sürenin aşılmaması koşulu ile mümkün kıldığına göre (m.

63 f.2) onbir saati aşan çalışmaların denkleştirilmesine imkân tanımamıştır. Buna rağmen yapılan bir denkleştirme ise meşru değildir ve meşru olmayan bir denkleştirmeyi de geçerli görmek mümkün olmaz. Bu düşüncenin ortaya çıkardığı pratik sonuç, günlük 11 saati aşan her çalışmada, aslında haftalık kırkbeş saatinde aşılmış sayılacak olmasıdır (denkleştirilemeyen sürenin dönem içindeki kısa çalışmalara ya da boş bırakılan günlere fiksasyon olarak eklenmesi). Örneğin, haftanın üç gününde, günde onüç saat; iki gününde de toplam altı saat çalıştırılmış olan bir işçinin denkleştirilmesine izin verilmiş olan çalışması, altı saattir. Yasaya aykırı olan bu denkleştirmeye herhangi bir hukuki sonuç bağlanamayacağına göre, altı saatin kısa çalışılan günlere eklenmesi (dağılması) sonucunda haftalık ortalama çalışma süresi ellibir saat olacağından, işçiye altı saat karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir. Yasanın ancak bu yönde yorumuyla günlük onbir saat olan azami çalışma süresine anlamlı bir içerik kazandırılabilir. Aksi takdirde, yasa koyucunun hem günlük çalışmaya bir azami sınır getirmiş hem de bunu aşan çalışmaları karşılıksız bırakmış olması gibi garip bir sonuçla karşılaşmış olur. O halde denebilir ki, günlük onbir saati aşan çalışmaların fazla çalışma ücretine hak kazandırması, yasanın gizli ifadesinde (ruhunda) mevcuttur⁶.

Asıl olan yasa kurallarına uyulmasıdır. Özellikle işçiyi koruma amaçlı kurallar, gerektiğinde işçiye rağmen uygulanması gerekir. Yıllık ücretli izin, yıllarca kullanılmaması veya kullandırılmaması, bunun işyeri kültürü gibi bir gerekçeye dayandırılması hukuka aykırıdır. Kullandırılmayan izinlerin ileride paraya çevrilmesi de yanlış bir anlayıştır. Aynı şekilde esnek çalışma ilkelerini bozarak, sistemi anlamsız hale getirmek, bunu yaparken aşırı işsizlik olgusundan yararlanmak ve de bütün bunları günün koşulları gerekçesine dayandırmak, sivil toplum ve sosyal hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmaz. Fiili durum yaratıp, sonra bundan işçi zarar görmesin diye yasaya aykırı uygulamalara gitmek veya yorumlar yapmak, yargıyı da bilim çevrelerini de zor durumda bırakmaktadır. Bu durumdan kaçınmak gerekir. Avrupa Birliğine üye devletlerde günlük azami çalışma süresi sınırlaması kesindir ve buna uyulur. Örneğin Almanya'da bu süre 10 saatle sınırlanmıştır⁷.

Böyle olmasına karşın, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, günlük çalışma her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz düzenlemesi getirildikten sonra, bir işçinin bu sınırları aşan sürelerde çalıştırılmasında (4/a) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddeleri hükümleri uygulanır denmektedir. Böylece, yönetmelik Yasaya aykırı bir biçimde denkleştirme uygulaması çerçevesinde günlük 11 saati aşan çalışmaların da fazla çalışma sayılacağını kabul etmektedir.

DİPNOTLAR

★ 2003/88 EC sayılı AB Yönergesi.

- 1 Ulucan, Çalışma Hayatında Esneklik, AB Yönergesi 93/104/EC, MESS Yayını 222, 1995 s. 58-56; AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, MERCEK, Temmuz 2003, s. 55-60; Soyer, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi 3/2004, s. 805; Eyrenci, 4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1/2004, s. 43 vd.
- 2 Bak. Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası, Eylül 2005, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası yayını, s. 169 vd.
- 3 Ulucan, s. 64.
- 4 Soyer, s. 805.
- 5 Caniklioğlu, s. 168.
- 6 Soyer, s. 799.
- 7 ArbZG, paragraf 3.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yargıtay Kararları Işığında İstifa Dilekçeleri

I. Genel Olarak

İş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte başlayan yargısal denetim sürecinde yaşanan ispat sorunları, çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Bu kararlar bütünlük içinde incelendiğinde, Yargıtay'ın iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğini dikkate alarak deyim yerindeyse, iş hukukuna özgü bir ispat düzeni geliştirmiş olduğu görülmektedir. Özellikle ibraname ve istifa belgelerinin yorumunda, Yüksek Mahkeme'nin, kimi zaman genel ispat kuralları dışına çıktığı ve işçinin işveren karşısındaki güçsüzlüğünü dikkate alarak bu gibi belgelerin gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığını titizlikle sorguladığına tanık olmaktadır. Nitekim her iki konuda da çok zengin yargı içtihadı oluşmuş durumdadır. Ancak bu durumun uygulamada sıkıntılara da yol açtığı bir gerçektir. Zira, istifa dilekçeleri ve ibranameler karşısında yargıç, avukat ve bilirkişiler bu belgelerin geçerli olup olmadığı noktasında ciddi tereddütler yaşayabilmektedir. Dolayısıyla, uygulamacıların konuya ilişkin yargı kararlarını ve bu kararlarda benimsenen ilke ve esasları bilmeleri büyük önem taşımaktadır. Nitekim, özellikle uygulamacılara ışık tutabilmek amacıyla çalışmalarımızı son zamanlarda bu konulara yoğunlaştırdık. İbraname konusundaki yargı kararlarını daha önceki çalışmalarımızda ele almış bulunmaktayız¹. Bu incelememizde ise, yine çok zen-

gin yargı kararlarına rağmen öğretilerde yeterince incelenmediğini düşündüğümüz istifa dilekçeleri üzerinde duracak ve Yüksek Mahkeme kararları ile ortaya konulan ilke ve esasları sistematik biçimde aktarmaya çalışacağız.

II. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın Belirlenmesi Sorunu

Sözleşmeyi fesheden tarafın belirlenmesi, iş yargılaması sürecinde yaygın biçimde görülen uyuşmazlıklardandır. Gerçekten, çoğu zaman, işçi tarafı, iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini iddia ederken, işveren tarafı ise, işçinin istifa ederek veya işyerini terk ederek iş sözleşmesi kendisinin feshettiğini ileri sürebilmektedir. Yargıtay bu uyuşmazlıklara ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda, hizmet akdini ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdirdiğinin ispatının davalı işverene düşeceği kabul etmiş² ve bu görüş Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenmiştir. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlıkta; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sözleşmenin davalı işveren ihbar ve kıdem tazminatını hak etmeyecek şekilde sözleşmenin son bulduğunu ispat edilmiş olduğu gerekçesiyle işinin kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini reddeden yerel mahkeme kararını bozmuş, Yerel Mahkeme'nin kararında direnmesi üzerine uyuşmazlığı inceleyen Hukuk Genel Ku-

İstifa dilekçesinin, yazılı delil niteliği taşıması, bunun işçinin imzasını taşımasına bağlıdır.

ruleu “...Öncelikle belirtmek gerekir ki, iddia savunma ve dosya içeriğine göre; taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin sona erdiği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı işçi, işverenin; davalı işveren ise, işçinin sözleşmeyi feshettiğini ileri sürmeleri karşısında, konunun ispat kolaylığı bakımından ele alınmasında zorunluluk vardır. İşveren nezdinde kayıtlar tutulduğuna ve işverenin işin yürütülmesi ve gereği şekilde yapılabilmesi için her türlü imkânâna sahip bulunduğuna göre ispat kolaylığına kendisinin sahip olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan iş hukukunda işçiyi koruma ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca da ispat külfetinin somut olayda davalı işverene yükletilmesi gerekeceği açıktır. Davalı savunmasında somut olayda davacı işçinin terk olgusuna dayandığından, artık bu davranışın davalı işverenin kanıtlanması zorunluluğu ortadadır. Böyle olunca kıdem ve ihbar tazminatı alamayacak şekilde hizmet sözleşmesinin davacı işçi tarafından bozulduğu kanıtlanamamış olduğundan, davanın kabulü gerekir” anlatımına yer vererek³ sözleşmenin işçi tarafından sona erdirildiğinin işverence ispatlanması gerektiği esasını gerekçeleriyle birlikte ortaya koymuştur.

Yargıtay, kararlarında adeta formül haline gelen ifadelerle, iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdiğini, işverenin ispatlanması gerektiğini kabul etmektedir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme’ye göre; “...Davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin ispatlanamadığından bahisle reddine karar verilmiş ise de bu yön dahi hatalı olmuştur. Şöyle ki, iş hukuku yargılamasında, hizmet akdinin işverence haksız olarak feshedildiğinin ileri sürülmesi halinde, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü davalı işverene düşer. Yargıtay’ın kökleşmiş ve yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir. Somut olayda davalı işveren yargılamayı takip etmediği gibi feshin haklı olduğu yolunda kanıt da sunmadığına göre davanın kanıtlanamadığından söz edilemez”⁴.

Yargıtay’ın sözleşmenin ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinin işve-

rence ispatlanması gerektiği yolundaki görüşü kanımızca da isabetli bulunmaktadır. Gerçekten, Fransız hukukunda da öğretide, işçinin işten ayrılması (istifa) ile ispat sorunlarının sıkı biçimde bağlantılı olduğu belirtilmekte ve gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında, işçinin işten nedensiz biçimde ayrıldığını, yani istifa ettiğini ileri süren işverenin, bu savunmasını kanıtlanması gerektiği kabul olunmaktadır⁵. Nitekim, yine öğretide işçinin istifasının ispatlanmasında, işverenin işçinin iş sözleşmesinin nedensiz biçimde sona erdirmek konusunda iradesinin varlığını kanıtlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶.

III. İşçinin Yazılı Fesih Bildirimi (İstifa Dilekçesi) ve Delil Gücü

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdiği işverence ispat edilmek gerektirir. İşveren, işçinin iş sözleşmesini nedensiz şekilde sona erdirdiğini yazılı belgelerle kanıtlayabilecek ve özellikle işçi tarafından verilen bir istifa dilekçesi, feshin işçi tarafından yapıldığını gösteren güçlü bir delil niteliği taşıyacaktır (HUMK m. 288). Nitekim Yargıtay istifa belgesi dikkate alınmaksızın sonuca gidilmesini bozma sebebi saymaktadır. Gerçekten Yüksek Mahkeme’ye göre; “...Dosya içerisinde L.İ. Ltd. Şirketine hitaben yazılmış bir istifa dilekçesi mevcut olup bu dilekçeye karşı davacıdan beyanları sorulmamış mahkemece istifa dilekçesi tartışılıp bir değerlendirmeye tabi tutulmadan karar verilmiştir. Mahkemece yapılacak iş söz konusu dilekçedeki imzanın davacıya ait olup olmadığını ve ne şekilde alındığını araştırarak tüm delillerle birlikte değerlendirilip sonuca gitmekten ibarettir”⁷. Ancak, istifa dilekçesinin, yazılı delil niteliği taşıması, bunun işçinin imzasını taşımasına bağlıdır. Nitekim, Yargıtay, işçinin sözlü olarak istifa ettiğine ilişkin olarak, işyerinde personel şefi ve müdür yardımcısı tarafından tutulan tutanağa itibar etmemiş ve bunun bir istifa dilekçesi olarak nitelendirilemeyeceğini açıklamıştır⁸.

İstifa dilekçesi, işverene ulaşmakla sonuçlarını doğuracaktır. Bu aşamada, işverenin yapacağı bir işlem istifa dilekçesinde vücut bulan fesih beyanının niteliğini değiştiremez. Nitekim, işverenin istifa dilekçesi üzerine “uygundur” biçiminde şerh düşmesi, Yargıtayca da kabul edildiği üzere, işçi ve

işverenin sözleşmenin feshi konusunda anlaşılması veya ileri sürülen fesih nedeninin işverence kabul edildiği anlamına gelmez⁹.

IV. İstifa Dilekçeleri Üzerindeki Yargı Denetiminin Kapsamı

1. Genel Olarak

İşçinin vermiş olduğu istifa dilekçesi, sözleşmenin feshi konusunda işveren lehinde güçlü bir delil oluşturmakla birlikte, işçinin işveren karşısındaki güçsüzlüğünü dikkate alan Yargıtay, aynı ibraname uygulamalarında olduğu gibi, istifa dilekçelerini de denetime tabi tutmuş ve istifa dilekçelerinin geçerliliği konusunda çok sayıda karar vermiştir. Yargıtay'ın 30.3.2006 tarihli kararı, istifa dilekçeleri üzerindeki denetiminin kapsamı konusunda önemli noktalara ışık tutmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Davacı el yazısı ile yazıp işverene verdiği istifa dilekçesinde haklı bir nedenle ayrıldığını iddia etmemiş, bu konuda delil de sunmamıştır. İstifa dilekçesinin hata ve hile ile alındığını da kanıtlayamamıştır. İş müfettişi tarafından yapılan tahkikat sonucu davacının işyerinden istifaen ayrıldığı kıdem ihbar tazminatına hak kazanmadığı saptanmıştır. Davacının kısa bir süre sonra başka bir işyerinde işbaşı yaptığı da SSK hizmet cetvelinden anlaşılmaktadır. Tüm bu deliller birlikte değerlendirildiğinde davacının haklı neden bulunmadan işyerinden ayrıldığının kabulü gerekir. Böyle olunca kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır"¹⁰.

Görüldüğü üzere işçi istifa dilekçesi vermekle birlikte, gerçekte iradesi sözleşmeyi nedensiz değil, haklı bir nedenle feshetmek olabilecektir. Dolayısıyla, istifa dilekçesinde açıklık olmamakla birlikte, işçi yargılama sürecinde haklı nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı veren olguları ortaya koyarak, sözleşmenin feshini haklı nedenle fesih temeline oturtabilecektir. İkinci olarak, işçi hata, hile ve ikrah gibi irade bozukluklarına dayanarak istifa dilekçesinin geçersizliğini ileri sürebilecektir. İstifa dilekçelerine ilişkin yargı denetimi bu kararda belirtilen konularla da sınırlı değildir. Yine, istifa dilekçesinin işverenin savunması ile çelişkili olması, işçiden önceden alınan dilekçenin daha sonra işleme konulması veya şarta bağlı istifa durumlarında da Yargıtay'ın (her zaman) sözleşmenin işçi tara-

findan nedensiz feshini kabul etmediği görülmektedir. Aşağıda, Yüksek Mahkeme'nin gerçekleştirdiği denetimin kapsam ve sonuçları incelenecektir.

2. İstifa Dilekçesi ve İrade Bozuklukları

a) İrade bozukluğunu ispat yükü

İşverenin mahkemeye işçinin imzasını taşıyan ve istifa iradesini gösteren yazılı bir belge sunması durumunda; bu belge, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğini gösteren güçlü bir delil olarak kabul edilecektir. Bu belgenin hükme esas alınmaması, öncelikle işçinin irade bozukluğunu ortaya koyması ile mümkün olabilir. Ancak, söz konusu istifa dilekçesinin hata, hile veya tehdit ile alındığını ispat yükü, genel ispat kuralları uyarınca, bunu iddia eden işçiye düşecektir. Dolayısıyla, işçinin istifa dilekçesine bu yönlerden mahkemede itiraz etmemesi¹¹ veya bunun irade bozukluğu altında imzalandığını iddia etmesine karşın, bu iddiasını ispatlamaması durumunda, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği kabul edilecek ve sözleşmenin işverence haksız feshi iddiası kabul edilmeyecektir.

b) İstifa dilekçesinin baskı ile alınması

İstifa dilekçesinin işçinin elinden baskı neticesinde alınması mümkündür. Uygulamada, işçinin ceza kovuşturmasını gerektirecek bir olayla suçlanması durumunda, işçinin istifaya zorlanması zaman zaman gündeme gelebilmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, Cumhuriyet Savcılığı'na ihbar olunacağı tehdidi altında verilen istifa dilekçesinin işçinin gerçek iradesini yansıtmayacağını belirterek buna geçerlilik tanımamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacının ihbar kıdem tazminatı isteği istifa dilekçesine dayanılarak reddedilmiştir. Cumhuriyet Savcılığına ihbar olunacağı tehdidi altında alınan istifa dilekçesi davacının gerçek iradesini yansıtamaz. Esasen işyerinde hizmet süresi itibarıyla belirli hakları kazanmış bir kişinin hayatın olağan akışı içerisinde istifa ile bu hakları ortadan kaldırılması olağan bir davranış sayılamaz. Davacının işten istifa dilekçesi ile kendi arzusu ile ayrıldığını kabul ile hüküm tesisi isabetsizdir"¹². Görüldüğü gibi, Yargıtay, kararında, işçinin uzun bir kıdem süresine sahip olmasını da, feshin işçi tarafından yapılmadığını gösteren bir olgu olarak değerlendirmiştir. Yine bir başka kararında da benzer biçimde, "olayların gelişim seyri ve tanıkların samimi

beyanları”ndan istifa dilekçesinin davacının elinden baskı neticesinde alındığını kabul etmiştir¹³. Öğretide de belirtildiği gibi, ikrahın (korkutma) bir hükümsüzlük nedeni olabilmesi için bunun haksız nitelikte olması gerekir. Yasal bir hakkın kullanılacağına ilişkin beyan korkutma sayılmaz¹⁴. Ancak işveren, Savcılığa başvurma hakkını, işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmesi için bir baskı aracı olarak kullanması durumunda, işçiden alınan istifa dilekçesine geçerlilik tanınmaması gerekir¹⁵.

İstifa dilekçesinin geçersiz sayılması, bunun ancak ciddi bir baskı veya tehdit altında alınması halinde söz konusu olabilir. Nitekim, Yargıtay’a intikal eden bir olayda, davacı işçi, vermiş olduğu bir dilekçeyle, istifa etmek suretiyle işten ayrılmıştır. Her ne kadar istifa dilekçesinin işverenin baskısı sonucu verildiği iddia edilmiş ise de, davacı dinlettiği tanıklarla bunu kanıtlayamamıştır. Davalı tanı-

Yargıtay ilginç bir kararında işçinin eski bir bankacı olmasını gerekçe göstererek, tehdit altında istifa dilekçesi vermesinin söz konusu olmayacağını açıklamıştır. Yüksek Mahkeme bu kararında “...Dosya içinde bulunan 04/08/1995 tarihli dilekçede davacı işçinin istifa ederek işten ayrıldığı açıklanmış olup, kendisi tarafından da imzalanmıştır. Davacı bu dilekçeyi baskı ile düzenleyip imza etmek zorunda kaldığını bildirmiş ise de, kendisinin eski bir bankacı olduğu anlaşılmaktadır. Bunun baskı ile verildiği de usulünce ispat edilmiş değildir. Dosya içeriğine göre davacının ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir” anlatımına yer vermiştir¹⁸. Ancak bu uyuşmazlıkta davacının eski bir bankacı olması olgusuna Yüksek Mahkeme’nin ne maksatla gerekçesinde yer verdiği anlaşılabilir. Eğer Yüksek Mahkeme’nin bankacıların bilinçsiz bir şekilde imza atmayacağı şek-

İstifa dilekçesinin geçersiz sayılması, bunun ancak ciddi bir baskı veya tehdit altında alınması halinde söz konusu olabilir.

ğı da, otelde konaklayan bir İspanyol grubundaki hanımların otel personelince taciz edildiğinin seyahat acentesi yetkilileri tarafından bildirildiğini ve yapılan soruşturma sırasında davacının olayı itiraf ederek, istifa ettiğini bildirmiştir. Yargıtay, “...Bu tanığın ifadesindeki, davacıya olayın büyümesi ve ailesi tarafından duyulmaması gerektiğini söylemesi, istifa konusunda davacıya baskı yapıldığı şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda davacının ciddi bir tehdit altında kalarak istifa ettiğini, istifa dilekçesinin, serbest irade ürünü olmadığını kabul etmek mümkün değildir” gerekçesiyle, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine olayın inceleyen Hukuk Genel Kurulu da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin istifayı geçerli sayan değerlendirmesinin doğru olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme’nin önüne gelen bir başka olayda, aslında herhangi bir suçu olmadığı halde, kendisine karşı açılan soruşturma nedeniyle bunalıma girecek, istifa dilekçesi verdiği anlaşılan davacı işçinin iş sözleşmesinin fesih bildirimini, sağlık nedenleri ve 16/II (ç) hükmü kapsamında değerlendirilerek kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁷.

linde bir düşüncesi varsa, bunun isabet derecesi tartışmaya açıktır. Gerçekten, her işçi gibi bankacılık sektöründe çalışan bir işçinin de işveren tarafından baskıya maruz kalması mümkündür.

Fransız hukukunda da, işçinin ağır bir kusur işlemesi ve bunun üzerine işverence istifaya davet edilmesi durumunda, işçinin fesih iradesinin sakatlanmayacağı ve bu durumda istifanın geçerli kabul edileceği ifade edilmektedir¹⁹. Buna karşılık, herhangi bir nedenle suçlanan ve bu nedenle kendisine önerilen istifa teklifini kabul eden işçinin, eğer gerçekte kendisine atfedilen kusurlu davranışlarda bulunmadığı anlaşılıyorsa, bu halde istifası geçersiz sayılabilecektir²⁰.

Yargıtay, istifa dilekçesinin baskı ve tehdit altında imzalandığı iddiası konusunda da resmi kurumlara ayrıcalık tanıyan görüşünü (diğer birçok alanda olduğu gibi) sürdürmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme’ye göre, davacı resmi bir kurum ise istifa dilekçesinin zorla alındığı kabul edilemez ve bu konudaki tanık anlatımlarına itibar edilemez²¹. Böyle bir mantığın kabul edilebilir olmadığı kanısındayız. Sonuçta, resmi kurum veya genel anlamda devlet, soyut kavramlar değildir; bunlar da, insanlar tarafından yönetilmektedir. İşin içinde insan

unsuru olunca, tehdit, hile, baskı ve benzer her türlü uygulama olabilir. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin getirdiği bu yorum isabetli değildir.

c) Beyaza imza

Baskı veya hile ile işçi istifa etmeye zorlanabileceği gibi, "beyaza imza" şeklinde alınan bir kağıt, sonradan işverence istifa dilekçesi olarak doldurulabilir. Ancak bu hususun ispatı işçiye düşmektedir. Yine bir kararında Yargıtay işçinin "beyaza imza" şeklinde boş kağıtlara imza atıldığı ve daha sonra üstlerinin doldurularak işleme konulduğu şeklindeki iddiası ile ilgili olarak davacı işçinin tanık sözleri ile iddiasını ispatlamasının HUMK'a uygun olduğunu belirterek tanık sözlerine değer vermeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bu kararında Yargıtay, "...Davacı kendisi ve diğer çalışanlardan Belediye Başkanı ve yetkilileri tarafından 1993 yılında imzalarını taşıyan boş kağıtlar alındığını ve daha sonra üstlerinin doldurularak işleme konulduğunu ancak istifa etmelerini gerektiren bir neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme yazılı bir belge olan ve imzası kabul edilip içeriği kabul edilmeyen istifa dilekçesinin gerçek iradeyi yansıtmadığının ancak yazılı belge ile ispatlanması gerektiğini belirterek dinlenen tanık beyanlarına değer vermemiştir. Yine mahkemenin de kabul ettiği şekilde dinlenen davacı tanıkları belediye başkanının çalışanlardan ve davacıdan imzalı boş kağıt aldığını ifade etmişlerdir. Beyaza imza alınıp verilmesi hallerinde taraflar arasında karşılıklı ve kuvvetli emniyete dayanan bir münasebetin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir münasebet bulunmasa beyaz imza alınıp verilmesi düşünülemez. Bu durumda beyaza imza verenin diğerinden beyaz imza aldığını gösteren bir belge istemesi işin mahiyeti bakımından söz konusu edilemez. Kaldı ki, iddia bir taraftan davacının suiistimal edilen emniyeti dolayısıyla hile iddiasına da dayanmaktadır. Her iki bakımdan da davacının olayda şahit dinletmesi Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 293. maddesinin 4. ve 5. bentlerine de uygundur. Bu durumda mahkemece yapılacak işlem tanık sözlerini değerlendirmek suretiyle davacının kıdem ve kötüniyet tazminat isteklerinde haklı olup olmadığını belirlemekten ibarettir"²².

Yargıtay'ın bu kararı, usul hukukçularının da dikkatini çekmiş ve buna ilişkin değerlendirmeler

yapılmıştır. Kararı değerlendiren Özekes'e göre, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararı bozarken dayandığı gerekçeler yerinde değildir. Yargıtay bozma gerekçesinde HUMK m. 293/4 ve 5. bentlerini göstermiş olup, yazara göre bu maddelere dayanmak olanağı yoktur. İlk olarak, HUMK m. 293/IV'e dayanılmaz; zira bu hüküm senetle ispat kuralının, yani m. 288'in istisnası olup, HUMK m. 290 bakımından bu hükme dayanılmaz. Gerçekten, örf ve adete rağmen bir sözleşme yazılı olarak yapılmış ise, artık sözleşmeyi hükümden düşüren veya kuvvetini azaltan iddia ve savunmaların da HUMK 290. madde gereğince senetle yapılması gerekir. Karara konu olan olayda, mevcut bir senede karşı onu hükümden düşüren bir savunma olduğundan bunun senetle ispatlanması gerekir"²³. Yine, yazara göre, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, beyaz imza alınıp verilmesi hallerinde taraflar arasında karşılıklı ve kuvvetli emniyete dayanan bir münasebetin mevcut olduğu, böyle bir münasebet bulunmasa beyaz imza alınıp verilmesi düşünülemez ve bu durumda da beyaz imza verenin diğerinden beyaz imza aldığını gösteren bir belge istemesi işin mahiyeti bakımından söz konusu edilemeyeceği yolundaki gerekçesi de yerinde değildir. Hile ile alınmadığı sürece, beyaz imza veren, karşı tarafa güvenmesinin sonuçlarını baştan kabul etmiş demektir. Ayrıca, beyaz imza verenin kendisinin de boş bir belgeyi neden verdiğine dair bir senet alması mümkündür"²⁴.

Özekes, ayrıca, HUMK m. 293/V hükmünün de olaya uygulanmasını isabetli bulmamaktadır. Bilindiği gibi, HUMK m. 293/V, akitlerde hata, hile, gabin cebir ve ikrahın tanıkla ispat edilebileceğini düzenlemektedir. Yazara göre, boş bir kağıda imza atan bir kimsenin hataya düştüğünden söz edilemeyecektir. Ancak, boşa imza atıldığını bilmeden imzalı kâğıt veren kimsenin hataya düştüğünden söz edilebilir ancak somut olayda davacı işçi boşa imza attığını bilerek boş imza kağıdı vermiştir. Bu sebeple hata da söz konusu olmayacaktır"²⁵. Yazara göre, işçiye boş kağıt imzalatıp, daha sonra bunu istifa dilekçesi olarak doldurmanın ikrah sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. Buna göre, böyle bir uygulama iki şekilde söz konusu olabilir. İlk olarak, işçiden, iş devam ederken boş imzalı kağıt alınır, bu ikrah oluşturmaz. Zira işçi işe başlamıştır ve iş hukukundan kaynaklanan hakları doğmuştur. İşçi

boş kağıt imzalamazsa, işe alınmayacağı tehdidiyle de karşılaşabilir. Yazara göre her iki durumda da ikrahtan söz edilemez. Çünkü işçinin boş kağıt vermediği durumda, işveren kendisini işten çıkaramayacak ve iş hukukundan kaynaklanan haklarını daha uygun koşullarda kullanabilecektir. Buna göre işçi, boş kağıt vermekle mevcut durumunu zayıflatmaktadır. Böyle bir durumunda da Özeke'se göre ikrahtan söz etmek mümkün değildir. Yine, boş kağıt vermediği zaman işe alınmayacağı yolundaki bir tehdit de ikrah oluşturmaz, zira işçi her ne kadar işverenle eşit durumda olmasa da, işçinin boş kağıt vermemek veya başka bir iş aramak yönünde tercih kullanması da mümkündür²⁶.

Alangoya da, anılan kararı isabetli bulmadığını açıklamıştır. Yazara göre, Yargıtay'ın bu kararı tasvip edilemez. Zira Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadında, haklı olarak böyle bir senet verenin karşı tarafa güvendiği ve bu güvenin sonuçlarına katlanması gerekeceği kabul edilmektedir²⁷. Ancak, olayda HUMK m. 290 bakımından istisna teşkil edecek bir durum olup olmadığının değerlendirilmesi gerekeceğini belirten *Alangoya*'ya göre, "teamül, hile ikrah gibi bir durum varsa mesele yoktur"²⁸. Olayda, sadece davacının değil, diğer çalışanların da aynı mealde istifa mektupları olup olmadığının objektif şekilde tespiti mümkündür. Durum böyle ise, yeni belediye başkanının seçiminden duyulan rahatsızlık nedeniyle, belediye çalışanlarının topluca istifa etmeleri, hayatın olağan akışına uygun değildir denilebilir ve şahit dinlenebilir²⁹.

Kararı değerlendiren yazarların, somut olayda HUMK m. 293/IV ve HUMK 293/V hükümlerinin uygulanmasına yönelik eleştirilerinin teknik açıdan aksini ortaya koymak güç olmakla beraber, kanımızca Yargıtay'ın kararını sonuç itibarıyla yerinde görmek gerekir. Gerçekten, ülkemizde yükselen işsizlik oranları, işçileri son derece güç bir duruma sokmuş bulunmaktadır. Uygulamada, sadece boş kağıtlar değil, zaman zaman astronomik rakamlara ulaşan senetlerin, işe giriş aşamasında işçinin elinden alınması söz konusu olmaktadır. Hatta işçinin işe girişinden önce dahi istifa dilekçesinin alınması mümkündür³⁰. Yine hile veya tehdit ile işçinin elinden istifa dilekçesi alınması uygulamada görülmeyen bir olay da değildir³¹. Ancak, usul hukukçularının belirttiği teknik itirazların aksini ortaya koymak da kolay değildir. Gerçekten, genel olarak

usul hukukçularının beyaza imzanın tanıkla ispatlanmasına karşı oldukları görülmekte³², Yargıtay'ın diğer dairelerinin kararları, beyaza imzada tanıklığı kesin biçimde reddetme yönündedir; üstelik, bu yolda bir İçtihadı Birleştirme Kararı da mevcuttur³³. Ancak, yine de iş hukukunda, ülkemiz koşullarında olayı değerlendirdiğimizde, Yargıtay'ın ulaştığı sonucu yerinde görüyoruz. Gerçekten, bir belediyede çalışan bir çok işçinin aynı ayna istifa etmesi *Alangoya*'nın da belirttiği gibi hayatın olağan akışına uyan bir durum değildir ve bu konuda ispat normları bir ölçüde zorlanabilir.

d) İrade sakatlığını beyan etme süresi

Borçlar Kanunu'nun 31. maddesine göre, hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan tarafın 1 yıl içinde iptal hakkını kullanması gerekir. Nitekim, istifa dilekçesinde de irade bozukluğu olması durumunda, işçinin 1 yıl içinde bunun geçersizliğini öne sürmesi gerekir. Yargıtay da bir kararında "...Davacının davalıya ait işyerinde çalışırken 25.5.2000 tarihinde istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığı, dosyadaki istifa dilekçesinden anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacı ve tanıkları istifa'nın zorlama ile alındığını bildirmişlerse de davalı vekilinin yaptığı zamanaşımı defii nazara alındığında Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş bulunduğundan istifa iradesine icazet verilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda davanın reddi gerekirken ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"³⁴ anlatımına yer vererek bu sonuca ulaşmıştır. Ancak öğretilerde de kabul edildiği üzere, Borçlar Kanunu'ndaki 1 yıllık süre, Yargıtay'ın belirttiğinin aksine zamanaşımı değil, hak düşürücü süre niteliğindedir³⁵.

3. İstifa Dilekçesinin Daha Sonra İşleme Konulması

İstifa dilekçesinin, işçinin rızasıyla alınmasına rağmen, bunun çeşitli nedenlerden dolayı, fiilen işleme konulmaması, ancak daha sonra işverence gündeme getirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim, Yargıtay kararına konu bir olayda davacı işçi işyerinde çalıştığı sırada 13.10.1997 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu'na müracaat ederek ne zaman emekli olabileceğini sormuş, Kurumun 12.02.1998 tarihli yazısında 01.12.2001 tari-

İşçi istifa dilekçesi vermiş olmakla birlikte, bunun işverenin savunması ile veya dosya içindeki belgelerle çelişmesi söz konusu olabilmektedir.

hinde 20 yılı tamamlamış olacağı ve bu tarihten itibaren emekli olabileceği bildirilmiştir. Bu yazı üzerine daha sonraki kanun değişikliklerinden haberdar olmayan davacı 1.10.2001 tarihinde işverene verdiği dilekçe ile 01.12.2001 tarihi itibarıyla emekliye ayrılmak istediğini bildirmiştir. Daha sonra emeklilik için gerçekleşmesi gereken yaş koşulunu taşımadığını öğrenmiş ve işyerinde çalışmaya devam etmek istemiş, davalı işveren ise bu talebi kabul etmeyerek 1.12.2001 tarihinden itibaren davacının çalışmasına izin vermemiştir. Yüksek Mahkeme, "...Davacının 01.10.2001 tarihli dilekçesi emeklilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi niteliğinde değildir. Söz konusu dilekçede davacı işçi, emekliye ayrılmak istediğini belirtmiştir. Davacı bu dilekçe üzerine işyerinden kendisi ayrılmış değildir. İşyerinde 20 yıl süreyle çalışan bir işçinin tazminat haklarını geride bırakacak şekilde işyerinden kendiliğinden ayrılması da hayatın olağan akışına aykırıdır. Böyle olunca davacının ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazandığının kabulü gerekirken yazılı şekilde isteklerin reddi hatalıdır"³⁶ sonucuna ulaşmıştır. Yine Yargıtay; bir başka kararında, istifa dilekçesinde belirtilen tarihten sonra işçinin çalışmaya devam ettiğini tespit etmiş ve işçinin istifa ettiği yolundaki savunmaya itibar etmemiştir³⁷. Benzer bir uyuşmazlıkta da, Yargıtay bu görüşünü sürdürmüştür³⁸.

4. İstifa Dilekçesinde Çelişki

İşçi istifa dilekçesi vermiş olmakla birlikte, bunun işverenin savunması ile veya dosya içindeki belgelerle çelişmesi söz konusu olabilmektedir. Nitekim böyle bir durumda, aynı ibraname uygulamalarında olduğu gibi³⁹, Yargıtay işçi tarafından verilen istifa dilekçelerini geçerli saymamaktadır. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre, "...davalı işveren, davacının istifa ettiğini savunmasına rağmen çek senedi ile bir miktar kıdem tazminatı ödediğine göre, savunmasında çelişkiye düşmüştür. Bu

durumda istifaya değer verilemez. Davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece bu alacakların hesap edilip fazla çıktığı takdirde çek senedi ile ödenen kıdem tazminatının mahsubu ile bakiye kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekir. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir"⁴⁰. Yüksek Mahkeme, bir başka kararında, istifa dilekçesinin dosyada işçinin feshe bağlı tazminat haklarının ödendiğini gösteren ibraname ile çeliştiğini dikkate almış ve bunu geçersiz saymıştır. Yargıtay bu kararında "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının hizmet akdinin ihbar ve kıdem tazminatı hak edecek şekilde sona erip ermediği noktasında toplanmaktadır. Davalı işveren önce duruşmalara gelmemiş, yargılamanın sonraki aşamalarında ise davacının istifa ettiğini bu nedenle de ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmadığını savunarak istifanemeyle birlikte bir de ibraname vermiştir. İbraname incelendiğinde ihbar ve kıdem tazminatıyla birlikte bir kısım işçilik haklarının da ödendiği belirtilmiştir. Bir yandan ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanılmadığını gösteren istifa dilekçesine dayanılırken, diğer yandan ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiğini gösteren ibranamenin ibrazı çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda bu belgelere dayanılması mümkün değildir"⁴¹ sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay'ın istifa dilekçesini yoruma tabi tuttuğu bir başka kararında da; "...Davacı işçi, iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmaksızın 08.06.2001 tarihinde feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuştur. Mahkemece, davacının 25.06.2001 tarihli dilekçeyi imzalarak işverene vermek suretiyle kendisinin iş sözleşmesini feshettiği gerekçesiyle her iki tazminat isteğinin reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının imzasını taşıyan 25.06.2001 tarihli belgede, "U.A.Ş.'den 08.06.2001 tarihinde işten ayrıldım, iki aylık maaşımı aldım" ibaresi yazılı olup buradan davacının istifa etmek suretiyle ayrıldığı şeklinde bir anlam çıkmamaktadır. Öte yandan bu konuda ispat yükü kendisine düşen işveren, davacının 31.05.2001 tarihinde işyerinden kendi isteği ile ayrıldığına dair bir başka tutanağa daha dayanmıştır. Bununla birlikte davacının işyerine ait araçla 02.06.2001 tarihinde bir tra-

fik kazasına karıştığı da işverence ileri sürülmüş olmakla davalının savunmaları çelişkili bir hal almıştır. Böyle olunca davacı işçinin işyerinden kendisinin ayrıldığı birbirini doğrulayan tutarlı delillerle davalı işverence ortaya konulabilmiş değildir. İşyerinde 7 yıldan fazla çalışan bir işçinin aylık 500 Amerikan Doları ücretini ve kıdemine bağlı parasal hakları da geride bırakarak kendi isteğiyle işten ayrılması da hayatın olağan akışına aykırıdır” anlamına yer verilmiştir⁴².

Yargıtay, bir kararında da Türkiye İş Kurumu’na verilen işten ayrılma bildirgesi ile istifa dilekçesinin çeliştiğini dikkate alarak istifa dilekçesine geçerlilik tanımamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre; “...Davacının iş sözleşmesinin davacının istifası üzerine sona erdiği mahkemece kabul edilmiş ise de istifa dilekçesi bulunmayıp, ibraname başlıklı belgede davacının istifa ettiğinden söz edildiği, buna karşı Türkiye İş Kurumuna verilen işten ayrılma belgesinde işverenin 4857 Sayılı Yasa’nın 17. maddesine yer verdiği görünmektedir. Her ne kadar davalı tanıkları davacının istifa ettiğini bildirmişler ise de, davalı işyerinde halen çalışmakta olduklarından davalının tanzim ettiği işten ayrılma belgesini yok sayacak nitelikte değildir. Bu durumda feshin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın yapıldığı kabul edilerek, ihbar ve kıdem tazminatlarının bilirkişice hesaplanılarak hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”⁴³. Kararda belirtilen noktalar, sözleşmenin kimin tarafından feshedildiği konusunda yeterli açıklık içermemektedir. Ancak görülen o ki, belki de gerçekte işçinin işten ayrılmasına rağmen, işverenin işçiyi işsizlik sigortasından yararlandırmak amacıyla düzenlemiş olduğu belge aleyhine delil oluşturmuştur. Dolayısıyla, işverenlerin bu ve buna benzer yargı kararlarını gözönünde tutarak dikkatli hareket etmeleri gerekir.

5. Şarta Bağlı İstifa Dilekçesi

İşçi, istifa dilekçesini belirli şartlara bağlayarak vermiş bulunabilir. Örneğin işçi, kendisine bir takım haklar verilmesi şartı ile istifa dilekçesi vermiş olabilir. Bu durumda işçinin verdiği dilekçe, sözleşmenin tek taraflı fesih iradesi değil, sözleşmenin anlaşmalı feshi anlamında bir teklif olarak yorumlanmalı ve işverenin işçinin öngördüğü şartı yerine

getirmemiş olması durumunda, istifa dilekçesine geçerlilik tanınmamalıdır. Nitekim Yargıtay da; “...Davacının kıdem ve ihbar tazminatı istifa dilekçesine dayanılarak mahkemece reddedilmiştir. Dosya içerisinde mevcut 4.2.2003 tarihli dilekçede "kıdem tazminatım ve tatillerden dolayı alacağım verilmek şartı ile istifamın kabulü" denmektedir. Görüldüğü gibi davacı şarta bağlı bir istifa dilekçesi vermiştir. Şarta bağlı istifa dilekçesinin geçerli olduğu kabul edilemez. Nitekim, davacıya kıdem tazminatı da ödenmemiştir. Diğer yandan, dinlenen davacı tanıkları da davacının istifa iradesinin olmadığını, işverenin haklarını vereceğini söylemesi üzerine bu dilekçeyi verdiğini söylemişlerdir. Tüm bu nedenlerle davacının gerçek iradesini yansıtmayan dilekçeye dayanılarak, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” sonucuna ulaşmıştır⁴⁴.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce sadece teorik düzeyde kalan ikale (sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi) kurumu, 2003 yılı sonrasında uygulama bakımından önem kazanmaya başlamıştır. Nitekim bu tarihten sonra ikale kurumunun teorik altyapısını oluşturan bilimsel çalışmalar yayınlanmıştır⁴⁵, ancak Yargıtay ve mahkemeler daha önce alışık olmadıkları bu yeni kavramı hukuksal bir kalıba henüz oturtamamıştır. Bunda, işçi ve işveren tarafların da emredici yasal düzenlemeler karşısında ikale anlaşmasını ne şekilde formüle edeceklerini bilememelerinin ve değişik yollara başvurmalarının da rolü bulunmaktadır. Nitekim, uygulamada işçi ve işveren, işçinin belirli haklarının ödenmesi şartıyla sözleşmenin sona ermesi konusunda anlaşmakta, ancak iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasının önüne geçmek için istifa dilekçesi düzenlenerek sözleşme işçi tarafından feshedilmiş gösterilebil-

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce sadece teorik düzeyde kalan ikale (sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi) kurumu, 2003 yılı sonrasında uygulama bakımından önem kazanmaya başlamıştır.

mektedir. Ancak bu durumda, zaman zaman işçilerin dava açtıkları ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istedikleri de görülmektedir. Bu noktada mahkemenin işçinin elinden çıkmış bir istifa dilekçesi ve yine işçinin bazı haklarının (özellikle kıdem ve ihbar tazminatı gibi) ödenmesi gibi bir-biri ile çelişen olguları bir arada değerlendirerek sonuca gitmesi gerekmektedir. Öncelikle, itiraf etmek gerekir ki mahkemenin bu noktadaki işi hiç de kolay değildir ve uygulamada da birbiri ile çelişen farklı kararlar da çıkmış bulunmaktadır. Nitekim, Yargıtay, 27.12.2004 tarihli kararında, işçinin “kıdem ve ihbar tazminatı tutarı ile diğer sosyal haklarımın tarafıma ödenmesi halinde ayrılabilceğimi arz ederim” şeklindeki dilekçesi karşısında, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediği ve anılan dilekçenin baskı altında alındığı iddiasının işçi tarafından kanıtlanamamış olması karşısında, davacı işçinin isteği ile gerçekleşen feshin geçerli fesih olduğu sonucuna ulaşmıştır. Görüldüğü gibi Yargıtay, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğini kabul etmediği gibi, tarafların anlaşması ile sona erme (ikale) kurumunu da somut olaya uygulamamış, sözleşmenin işverence feshedildiği yargısına ulaşmıştır⁴⁶. Yargıtay, 16.11.2005 tarihli kararında ise, “...Davacının verdiği ayrılma dilekçesi istifa niteliğinde değildir. Zira bazı koşullara bağlanmış, ayrıca davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiştir. İş sözleşmesi devam ederken alınan bu belgenin işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak için alındığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple anılan belgeye itibar edilerek işe iade davasının reddedilmesi yerinde değildir” sonucuna varmıştır⁴⁷.

Görüldüğü üzere birbirine tamamen zıt kararlar söz konusudur. Ancak her iki kararda da ortak nokta, işçinin istifa dilekçesi vermiş olmasına rağmen, sözleşmenin işverence feshi şeklinde nitelendirme yapılmış olmasıdır. İlk kararda işveren yönünden geçerli fesih kabul edilirken, ikinci kararda geçersiz fesih var sayılmış ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanmıştır. Esasen, her iki karar da eleştiriye açıktır. İlk olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından şarta bağlı olarak sona erdirilmek istenmesi, işveren yönünden bir “geçerli fesih nedeni” olarak nitelendirilemez⁴⁸. İkinci kararda ise, sorgulanması gereken nokta, işçinin istifa dilekçesi vermesine karşın kendisine yasal haklarının ödenmiş

olmasının, işverenin mutlak anlamda iş güvencesi hükümlerinden dolanmak anlamında, deyim yerindeyse kötü niyetini gösteren bir olgu olup olmadığıdır. Kanımızca bu soruya her zaman olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Gerçekte, tarafların ortak arzusu sözleşmeyi anlaşarak sona erdirmek doğrultusunda olabilir ve bu anlamda işverenin herhangi bir baskısı söz konusu olmayabilir. Dolayısıyla, böyle bir zorlamanın varlığı kanıtlanmadığı sürece işverenin kötü niyetli olduğu varsayımından hareket edilmesi ve feshin işveren tarafından yapıldığından hareketle geçersiz feshin sonuçlarının uygulanması isabetli değildir⁴⁹.

6. İstifa Dilekçesi ve İşçinin Dayandığı Fesih Nedeni

İstifa dilekçesi kapsamında, işçinin hangi nedene dayanarak sözleşmeyi feshettiği konusunda bir açıklık bulunmayabilir. Böyle bir durumda Yüksek Mahkeme, istifa dilekçelerini mutlak anlamda sözleşmenin nedensiz şekilde fesih iradesini yansıtan bir belge olarak nitelendirmemekte, sözleşmenin feshini haklı kılan olguların var olup olmadığı denetlenebilmektedir⁵⁰. Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde, istifa belgelerini “işçi lehinde yorum” yöntemi ışığında değerlendirdiği söylenebilir. Nitekim, Yüksek Mahkeme’nin önüne gelen bir olayda, davacı işçi, işverene hitaben yazdığı “yıllarca çalıştığım işyerinizde ve de tarafıma verilen sorumlu müdürlük görevimin gereği ve çile yapmamı engelleyen genel ve şahsi problemlerle bu görevden ayrılmam sorumluluk ve gerekliliğini anlamış bulunuyorum. İstifamın kabulünü arz ederim” şeklinde bir dilekçe ile işyerinden ayrılmıştır. Yargıtay, çözümlenmesi gereken sorunun bu tür bir ayrılmanın haklı bir nedenle ayrılma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği olduğunu tespit ettikten sonra, “...Mahkemenin de hüküm altına almak suretiyle kabulünde olduğu gibi, iki aylık ücreti ve fark ücretlerinin işveren tarafından ödenmemiş bunun sonucu olarak da ücret alacağının gerçekleşmiş olduğu bir sürede davacı işçi anılan dilekçeyi vererek işyerinden ayrılmış olduğuna göre, dilekçesinin bu alacaklarının da ödenmemesi sonucu verilmiş olduğunun kabulü gerekir. Böyle bir durum 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-d bendi kapsamına girer ki bunun sonucu olarak da dava-

cının haklı nedenle sözleşmeyi feshettiğini kabul etmek icab eder. Bu durumda da davalı son işveren P. A.Ş. nin son ücret üzerinden tüm süre ile sorumlu ve önceki diğer davalı işverenlerin çalıştırdıkları süre ve o tarihteki ücretler üzerinden sorumlu olacakları düşünülerek hüküm kurulmalıdır”⁵¹ anlatımına yer vererek, işçinin istifa mektubunu, sözleşmenin haklı feshi anlamında yorumlamıştır.

Benzer bir olayda da, davacı işçi verdiği istifa dilekçesinde işyerinde günde 12 saatin üzerinde çalışması yapılması sebebiyle sağlığının bozulduğunu ve bu fazla çalışmaların karşılığının ödenmediğini belirterek işyerinden ayrılmak istediğini açıklamıştır. Bu dava ile haklı olarak sözleşmesini feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece, söz konusu fesih, istifa olarak değerlendirilmek suretiyle isteğin reddine karar verilmiş ancak diğer taraftan işyerinin fazla mesai yaptığı kabul edilerek çalışma karşılığı alacağı ise hüküm altına alınmıştır. Yüksek Mahkeme, “...Davacı işçi anılan dilekçesiyle açıkça fazla mesaiye zorlanması ve karşılığının ödenmemesi olgularından bahsettiğine ve yapılan yargılama ile bu hususlar tespit edildiğine göre bundan yalın bir istifa olarak kabul etmek mümkün değildir. Davacının fazla mesai alacaklarının ödenmemesi sebebiyle sözleşmesini feshetmesi 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-d maddesi uyarınca haklı fesih halini oluşturur. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” sonucuna ulaşmıştır⁵².

Yargıtay’ın birçok kararında, istifa mektubundaki sözlerin yanı sıra, somut olay bakımından, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesini gerektirecek olguların olup olmadığını da irdeleyerek sonuca gittiği görülmektedir⁵³. Örneğin, 13.9.2005 tarihli kararda “...İş akdinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği kabul edilerek ihbar tazminatının reddine karar verilmişse de davacı tarafından imzalanan 2.10.2003 tarihli istifa dilekçesinin işverence yapılan baskı neticesinde alındığı bu beyanın çalışma koşullarındaki değişikliğin davacı tarafından kabul edilmediğini gösterdiği dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle tanık beyanlarından anlaşılabilir olmakla ihbar tazminatı talebinin kabulü yerine reddi hatalıdır” sonucuna ulaşılmıştır⁵⁴.

Benzer şekilde, 27.11.2006 tarihli kararda “..Davacının 19.3.2003 tarihli ihtarname ile ikramiye alacağı ve ücretinin zamanında ödenmesini talep ettiği anlaşılmaktadır. Bu ihtarnameden sonra davacının 24.4.2003 tarihinde istifa etmesi ve ibraname vermesi iş akdinin haklı nedenle işçi tarafından feshedilmesi niteliğini taşır. Bu nedenle ibranamede ödendiği belirtilmeyen kıdem tazminatı, genel tatil ücreti ve hafta tatili ücreti alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”⁵⁵ hükmüne varılmıştır.

Kanımızca, Yargıtay’ın, işçinin istifa iradesinin açıkça ortaya konulmasına ilişkin görüşü, genel olarak isabetli bulunmaktadır. Nitekim, Fransız İş Yargısı da, işçinin iradesinin açık bir biçimde iş sözleşmesini nedensiz biçimde sona erdirmeye yönelik olup olmadığı üzerinde büyük bir hassasiyetle durmaktadır. Bu anlamda, işçinin sözleşmeyi sona erdirmesinde başka faktörlerin etkili olup olmadığı, araştırılmaktadır⁵⁶. Nitekim, öğretide de, yargıçların son derece geniş biçimde takdir haklarını kullandıkları ifade edilmektedir. Fransız hukukunda, işçinin sözleşmeyi feshetmesine işverenin sebep olması durumunda, bu bir (licenciement), yani işverenin feshi anlamında yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, Fransız hukukunda, bizde işçi bakımından öngörülen (İş K. m. 24) haklı fesih nedenlerinin, işverenin haksız feshi anlamında ele alındığını söyleyebiliriz⁵⁷.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, istifa dilekçesinde fesih sebebini açıkça belirtsin⁵⁸ ya da belirtmesin, işçi her halde varlığını iddia ettiği haklı sebepleri mahkeme önünde kanıtlayarak yükümü altındadır. Yüksek Mahkeme, aynı işveren bakımından uyguladığı gibi, işçinin de iddialarının istifa dilekçesi ile çelişmesini inandırıcı bulmamakta ve bu gibi iddia ve savunmalara değer vermemektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme’ye göre; “...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı bu işyerinde çalışırken el yazısıyla düzenlediği dilekçe ile verimli olarak çalışabilme inancını kaybettiğini ileri sürerek işyerinden ayrılmak üzere istifasını bildirmiştir. Daha sonra davacı Noter aracılığıyla gönderdiği ihtarname ile fesih sebeplerini açıklamıştır.” Dosya içeriğindeki bu bilgi ve belgeleri bütünlük içinde değerlendiren Yargıtay; “...Davacının önceki 10.3.1998 tarihli istifa dilekçesindeki gerekçesiz

yazısı ile daha sonra çektiği ihtarname arasında bir ilişki kurmak mümkün değildir. Diğer bir deyişle istifa dilekçesiyle, davacının işyerinden sebepsiz olarak ayrıldığını kabul etmek gerekir. Bu durumda davacının kıdem tazminatı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir” sonucuna ulaşmıştır⁵⁹. Gerçekten, işçinin istifa iradesinin aslında sözleşmenin haklı nedenle fesih anlamında olduğu konusunda mahkemede bir kanaat hasıl olmuyor ise, işçinin talebi kabul edilmeyecektir. Nitekim, Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı işçi, işveren tarafından bir süre Ukrayna’daki işyerinde görevlendirildiği halde bu döneme ilişkin ücretinin ödenmemesi ve çalışılan sürenin Sosyal Sigortalar Kurumu’na eksik bildirilmesi sebebiyle işverenle yaptığı görüşme sırasında, kendisine yöneltilen hakaretler sonucu işyerinden ayrılmak zorunda kaldığını belirterek kıdem tazminatı isteğinde de bulunmuştur. Davalı ise davacının 22.5.1997 tarihli dilekçesi ile istifa etmek suretiyle sözleşmesini feshettiğini ileri sürmüştü, anılan isteğin reddini savunmuştur. Davacı işçinin anılan dilekçesinde "bazı nedenlerden dolayı" işyerinden ayrılmak istediğini belirtilmektedir. Yargıtay; "...fesih nedenleri açıkça gösterilmediği gibi, bu konuda dinlenen davacı tanıklarından biri, davacının rahatsızlanarak birkaç gün gelememesi sebebiyle sözleşmenin işverence feshedildiğini, diğeri ise fesih konusunda bilgisinin olmadığını beyan etmiştir. Mahkemece dinlenen davalı tanığı ise davacının maaşı az bularak ayrıldığını belirtmiştir. Böyle olunca davacının kendi isteği ile istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığının kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak da kıdem tazminatı isteği reddedilmelidir” sonucuna ulaşmıştır⁶⁰.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. E. Özdemir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2006; İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Sicil, Mart 2007, 31 vd.
- 2 Y.9HD, 18.2.202, 2001/17550, 2002/2807, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Nisan 2003, 1762; Y.9HD, 14.1.2001, 20742/116, İstanbul Barosu Dergisi, C.76, 2002/4, 1040-1041; "...Gerçekten, işçinin kıdem tazminatını hak etmeyecek şekilde sözleşmenin bozulduğunu ve izin hakkının kullanıldığını ispat yükümlülüğü işverene aittir" (Y.9HD, 6.7.1998,9953/11357, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 3 Y.HGK, 22.10.1997, E.1997/9-540, K.1997/866, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 4 Y.9HD, 30.4.2002, 2281/3673, Yargı Dünyası, Ocak 2003, 98-99;

- 5 Y.9HD, 23.11.1995, 13896/34492, Tekstil İşveren, Mart 1996, Sayı: 197, 15-16;
- 6 Pélissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz, Paris 2002, 479.
- 7 Pélissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 479.
- 8 Y.9HD, 11.12.2006, 14021/32256.
- 9 "...Dosya içerisinde 30.9.2004 tarihli davacının hizmet akdini "sözlü" olarak feshettiğine dair bir tutanak ve aynı tarihli işletmenin ve işyerinin gereklerinden doğan nedeni bildiren bir fesih yazısı bulunmaktadır. Davalının dayanağı olan ve personel müdür yardımcısı ile personel şefi tarafından düzenlenmiş "sözlü istifa" hakkındaki tutanağın istifa dilekçesi olarak kabulü söz konusu olamaz. Ayrıca davalı, ücretin indirilmesi hakkındaki kararın geri alındığını da kabul etmiştir" anlatımına yer veren Yüksek Mahkeme, bu olgular dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde davanın kabulü gerekirken reddinin hatalı olduğu sonucuna ulaşmıştır (Y.9HD, 21.04.2005, 10927/14177, (Çalışma ve Toplum, 2005/3, 238-239)).
- 10 "...fesih beyanı, bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafa ulaşmakla, muhatabın kabulüne bağlı olmaksızın sonuçlarını doğurur. Somut olayda işveren tarafından davalının istifa dilekçesi üzerine konulan şerh ile dilekçenin verildiği ve tarihini ve ilgili birime havale edildiğini belirtmeye yönelik usuli bir işlem yapıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Böyle olunca, anılan işlemde tarafların akdin feshi konusunda anlaşmışları ve ileri sürülen fesih nedeninin kabul edildiği sonucunun çıkarılması gerçeğe ve dosya içeriğine uygun düşmez. Akdin davalı işçi tarafından tek taraflı olarak feshedildiği kabul edilmeli, işverence yapılan işlemin sonuca etkili olmadığı düşünülmelidir" (Y.9HD, 16.1.2001, E.2000/15535, K.2001/255, Yargı Dünyası, Ekim 2001, Sayı:70, 43-44.) "...Davalının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davacı işyerinde çalışırken istifa etmek suretiyle işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. İstifa dilekçesinin işveren tarafından uygun görülmesi işçiye işverene ihbar oneli tanıma yükümlülüğünden kurtarmaz. Kaldı ki işveren vekili olarak istifa dilekçesini kabul eden kişinin işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmadığı, istifa dilekçesine "uygundur" şerhini düşmesi feshin anlaşma ile sona erdirildiğini göstermez. Bu nedenle ihbar tazminatı talebinin bir değerlendirmeye tabi tutularak kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır" (Y.9HD, 12.7.2006, /1797/20696, Legal İHD 2007, sayı:13, 343-344).
- 11 Y.9HD, 30.3.2006, E.2005/27538, K.2006/8073.
- 12 "...Dosyada mevcut 7.4.2001 tarihli belgede, davacı, imzasıyla davalı işyerinden kendisinin çıktığını kabul etmiştir. Cevap dilekçesi ile birlikte ibraz edilen bu belge ve imzanın fesihten önce düzenlendiği veya baskı altında imzalandığı ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Buna göre, 7.4.2001 tarihine kadar olan çalışması istifa nedeniyle sona erdiğinden, sonraki dönem yönünden de bir yıllık çalışma süresi bulunmadığından kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır" (Y.9HD, 1.4.2004, E.2003/18569, K.2004/6758, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr). Davacı, istifa dilekçesinin akit sona ermeden önce işveren tarafından alındığını, tarihinin bilahare doldurulduğunu iddia etmiştir. Mahkemece, davacının bu iddiasına değer verilerek, istifa dilekçesindeki farklı diğer yazıların farklı ellerden çıktığı tesbitiyle yetinilerek sonuca gidilmiştir. Davacı, istifa dilekçesinin hizmet akdi devam ederken alındığı, hata ve hile ile verildiği konularında delil ibraz etmemiştir. İstifadaki yazı ile imzanın farklı ellerden çıkması da

- davacının iddiasının kabulü için yeterli değildir. Davacı yargılama sırasında tanık dinletmekten de sarfınazar etmiştir. Açıklanan bu nedenlerle, istifa dilekçesine değer verilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.9HD, 4.5.2006, E. 2005/30222, K.2006/12551).
- 12 Y.9HD, 23.03.1982, 2197/2980, Günay, Şerhli İş Kanunu, Ankara 1998, 583.
- 13 “...Davacı tanık olarak ve halen de işyerinde çalıştığı anlaşıl原因 muhasebe şefini ve diğer görevliyi dinletmiş olup bunların ifadelerine göre işine bağlı, sorumluluk duygusu olan bir işçidir. Aynı tanıklara göre bu mermi olayının davacının üzerine atılmak istendiği, hatta soruşturma süresince bir gün muhasebe şefi olan tanığın yanına ağlayarak gittiği ve elinden zorla istifa dilekçesi alındığını söylediği böyle bir dilekçe vermemesi halinde C. Savcılığına şikâyetle bulunulacağı tehdidinde bulduklarını, bu tehdit üzerine dilekçeyi imzalayıp verdiği anlaşılmaktadır. Diğer tanık da bu tanığı doğrular şekilde açıklamalar yapmıştır. Olayların bu gelişme seyri ve tanıkların samimi beyanlarından, baskı sonucu davacı bayan işçinin elinden istifa dilekçesi alındığı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda bu dilekçeye dayanılarak davacı bayanın kendi isteği ile işyerinden ayrıldığı kabul edilemez. Feshin işverence gerçekleştirildiği düşünülerek ihbar ve kıdem tazminatları değerlendirilmeye tabi tutularak hüküm altına alınmalıdır” (Y.9HD, 15.2.1999, E.1998/19726, K.1999/2076, YKD, Kasım 1999, 1535-1536, kararın değerlendirilmesi için bkz. Ekmekçi, 1999 Yılı Kararları, 84).
- 14 Ö. Ekmekçi, Yargıtayın 1999 yılı İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 2001, 84.
- 15 “...Davacı işveren davacının istifa dilekçesi verip ayrıldığından kıdem ve ihbar tazminatı talep edemeyeceğini belirtip davanın reddini istemiştir. Mahkemece istifa dilekçesinin verildiği kabul edilmiş ancak rızaya müstenit olmayan ve tehditle alındığı on beş yıllık kıdemi bulunan bir işçinin istifa etmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden işverence haklı neden olmadan işten çıkarıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar davalı tarafça temyiz edilmiştir. Davacının kantinde çalışırken işyerine mal getiren M. Firmasından verilen eşantıyon çantayı işyerinden çıkarırken görülmesi üzerine görülmesi ve polise vermek tehdidi karşısında istifa dilekçesi sunduğu anlaşılmaktadır. Ancak, istifa dilekçesinde şahit olarak imzası bulunan kişiler tanık olarak dinlenmeden soruşturma evrak celb edilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmiştir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir” (Y.9HD, 14.2.2005, E. 2004/24263, K.2005/4156).
- 16 Y.HGK, 29.06.1994, E.1994/9-171, K.1994/487, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 17 “...Davacı işçinin davalıya ait işyerinde 15 yıl kadar çalıştığı bu çalışmasının son döneminde dava dışı bir kişinin şikâyetle bulunması üzerine bir senet kaybolma olayı cereyan ettiği aslında böyle bir senet kaybının vuku bulmadığı ancak bu konu ile ilgili soruşturma yürütülürken banka personeline davacı bayan işçinin töhmet altında tutulduğu ve üzerinde manevi bir baskı oluşturulduğu iki banka personelinin evine kadar gitmek suretiyle boş bir kağıdın imzalatılmak istendiği, bütün bunlara karşı direnen davacının sonuçta psikolojik bunalım içine girdiği ve bankaya yazılı bir dilekçe vermek suretiyle istifa etmek zorunda kaldığı, dinlenen tanık anlatımları, hekim raporları ve dosya içeriği ile ortaya çıkmış bulunmaktadır. Davacının bu fesih bildirimini 1475 sayılı İş Kanununun 16/I-a ve II (ç) bentleri kapsamında değerlendirilerek hem sağlık hem de ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan bir neden olarak kabul edilip kıdem tazminatı yönünden davacının haklı olduğu ihbar tazminatına ise hak kazanmadığı sonucuna varılmalıdır. O halde karar ihbar tazminatının reddine karar verilmek üzere bozulmalıdır” (Y.9HD, 27.4.1999, 1114/7854, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 756-757).
- 18 Y.9HD, 19.11.1997, 14529/19329, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 19 Péliissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 481 dn.7.
- 20 Péliissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 481 dn.7.
- 21 “...Davacı işçinin 12.6.1997 tarihli davalı işverene verdiği dilekçeyle bazı nedenlerden dolayı istifa ettiğini bildirerek işten ayrıldığı, dosya içerisindeki istifanameden anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece geçici işçi olarak çalışan davacının, her yıl benzer şekilde istifanemeler vererek daha açık deyimle istifaya zorlandığı ve vize işlemleri ikmal edilerek işini sürdürdüğü gerekçesine dayanmak suretiyle ihbar ve kıdem tazminatı istekleri hüküm altına alınmışsa da celbedilen şahsi sicil dosyasında belirtildiği gibi istifa dilekçelerine rastlanılmamaktadır. Sadece tanıklar böyle bir uygulamadan söz etmektedirler ki soyut tanık anlatımlarına göre bu istemler kabul edilemez. Davalı resmi bir kurumdur. Bu itibarla dosya içinde bulunan istifa dilekçesi davacıyı bağlar. Böyle olunca ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir” (Y.9HD, 3.3.1999, 4367/3942, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 22 Y.9HD, 13.12.2000, 13464/18865, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 23 M. Özkes Karar incelemesi-İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza, AÜHFD, C.51, 2002, 56.
- 24 Özkes, İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza, 56-57.
- 25 Özkes, İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza, 57.
- 26 Özkes, İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza, 59-60.
- 27 Y. Alangoya, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, 526, dn.28.
- 28 Alangoya, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, 530.
- 29 Alangoya, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, 530-531.
- 30 Yargıtay tanık anlatımları ile işçinin işe girişinden önce istifa dilekçesi alındığı ispat edildiğinde feshin işçi tarafından yapılmadığına hükmetmiştir; “...Dosyada bulunan 31.5.1999 tarihli, istifa dilekçesinin daktilo ile düzenlendiği sadece tarih ve davacının ad ve soyadının el yazısı ile yazıldığı görülmektedir. Yargılama sırasında dinlenen davacı tanıkları, davacının şoför olarak çalıştığını, fesihden önce bir kaza yaptığını, kazadan sonra davacının çıkarıldığını, işverenin iş yerinde çalışan işçilerden işe girmeden önce istifa dilekçeleri aldığını Nitekim, kendilerinden de aynı şekilde istifa dilekçesi alındığını açıkça belirtmişlerdir. Bu anlatıma göre davacının iş yerinden istifa etmek suretiyle ayrıldığı ve hizmet akdinin davalı işveren tarafından davacıyı işten çıkarmak suretiyle feshedildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu halde, davacının ihbar ve kıdem tazminatları istemlerinin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bozulması gerekmiştir” (Y.9HD, 26.2.2001, 312/3440, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 31 Nitekim, Yargıtay, yukarıda incelediğimiz kararına benzer bir biçimde, yine bir belediyede işçinin verdiği istifa mektubuna

geçerlilik tanımamıştır. Ancak, bu kararında Yüksek Mahkeme'nin farklı bir hukuksal gerekçelendirmeye başvurduğu görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay, somut olayda işçinin ödenmeyen işçilik alacakları olduğunu tespit ettikten sonra, işçinin istifa dilekçesinin bu alacakların ödenmemesi nedenine dayanan bir haklı fesih bildirimini olarak yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay kararına konu olan bu olayda, davacı, davalı işverenin son aylarda ücret ve diğer işçilik alacaklarını ödemediğini, seçimden sonra oluşan durumun bahane edilerek ödenmeyen alacakların ödenmesi amacı ile elinden kendi isteği ile ayrıldığına ve haklarını aldığına dair dilekçe vermeye zorlandığını, ödeme yapılması için dilekçe verdiğini, ancak ödemeler yapılmadığını ve fesihten sonra 2001 yılında bir kısım ödemelerin yapıldığını, işverenin yetkisini kötüye kullandığını ve istifaya zorladığını feshin işverence gerçekleştirildiğini belirterek ihbar ve kıdem tazminatları ile ücret alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davalı işveren seçimlerden sonra Başkanın değiştiğini işyerinde ihtiyaçtan çok fazla işçi bulunduğunu, alınan işçilerin işe alınırken belirlenen kadrolarda çalışmalarının istenmesi ve bazı işçilerin kendi siyasi düşüncelerine yakın görmedikleri belediye başkanı ile çalışmamak istemeleri nedeniyle kendi isteği ile ayrıldığı seçimden önceki dönemde alacakları olduğunu bunun da Bölge Çalışma Müdürlüğü tespitinden sonra ödendiğini, baskı ve zorlama olmadığını, hak kazanamayacağını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, ücretlerin bordroya göre ödendiği seçimlerden sonra davacının görev yerinin değiştirildiği, ancak iş şartlarında esaslı değişiklikten sonra davacının altı iş günü içinde fesih hakkını kullanmadığı fesihten önce ödenmeyen işçilik alacakları var ise de, bunların fesihten 1,5 yıl sonra ödenmesi nedeniyle ücretlerin ödenmesi için istifa dilekçesi alındığı iddiasını desteklemediği 3 yıl 3 ay sonra dava açarak bunu iddia etmesinin de hayatın olağan akışına uygun olmadığı gerekçeleri ile istekler reddedilmiştir. Yargıtay, "...davalı işyerinde seçim sonrası bir kısım işçilerin görev yerlerinin değiştirildiği, iş şartlarının başkalaştırdığı ihtiyaçtan fazla işçi bulunması nedeniyle azaltma yoluna gidildiği, işçilerin ödenmeyen ücret alacaklarının bulunduğu tartışmasız olup, bu husus mahkemenin de kabulündedir. Davalı işverenin istifa eden işçilere yasal haklarını ödeyeceğini beyan ettiği ve işçilerin de bu şekilde işverene istifa dilekçesini sunduğu, her iki taraf tanık anlatımlarından anlaşılmalıdır. Fesih tarihinde ödenmeyen ücret ile buna bağlı haklar olduğuna ve bu alacaklar daha sonra ödendiğine göre, işçinin istifası haklı fesih sayılmalıdır. Zira, ücretin ve buna bağlı hakların ödenmemesi işçi için haklı fesih nedenidir. Bu durumda davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Bu alacakların 1,5 yıl sonra ödenmesi ve davanın 3 yıl sonra açılmış olması bu somut olguyu ortadan kaldırmaz. Mahkemece kıdem tazminatının kabulüne karar verilmelidir. Yazılı şekilde reddi hatalıdır" yargısına varmıştır (Y.9HD, 29.9.2003, 16598/15552, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

32 Bkz. İ. Postacıoğlu, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, 204-205; S. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, 663.

33 "...Kural olarak beyaza imza konularak düzenlenen ve borç doğuran belgeler itimadi bir işlem olup, imzalayan kişi, böyle bir belgenin aksini ancak yazılı (yasal) bir delille kanıtlamak yükümü altındadır. Aksi halde bu işlemde doğacak rizikolar ihtilafları imzalayanın baştan bilerek benimsemiş ve kabul etmiş sayılacağı için hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Ne var ki, davalılardan İ. P. velisi, diğer davalının davacının kızı olduğunu, özellikle kendisinden mal kaçırmak amacıyla el ve iş

birliği altında davada dayanılan 2.1.1995 tarihli senedin düzenlendiğini savunmuştur. Bu savunma, hukuksal nitelikçe haksız fiile dayanan bir savunmadır. O nedenle davada tanık sözlerine ve diğer delillere itibar edilmesi usul hükümlerine uygundur. Yargılama safhasında toplanan deliller ve bunları doğrulayıp destekleyen diğer gelişim ve olgular usulün 240. maddesine ve hayat deneyimleriyle değerlendirildiğinde yerel mahkemenin direnme kararının usule ve yasaya uygun olduğu anlaşılmıştır" (Y.HGK, 24.11.1999, E.1999/13-910, K.1999/993, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr); "...Davalı savunmasında 10.7.1992 tarihinden sonra işin daire başına 38 milyon lira götürü bedelle tamamlandığını, ilk işin, ek sözleşme konusu işin yapıp tesliminden sonra düzenlenen 30.11.1993 günlü ibraname ile davacı yüklenicinin alacaklarını tahsil edip kooperatifi ibra ettiğini belirtmiştir. Davacı yüklenici söz konusu bu iki belgedeki yazıların inkar etmemiş, ibranamedeki ifadelerin sonradan yazıldığını, bu belgenin boş imzalı olarak verildiğini ileri sürmüştür. YİBK GK.'nın 24.3.1989 gün ve 1/2 sayılı kararına göre boş imzalı olarak verilen belgelerin anlaşmanın hilafına doldurulduğunun ispat edilmesi yazılı delille mümkün olup bu konuda şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiştir. Davacı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispat edememiştir. Ancak bu konuda karşı tarafa bir yemin teklifine hakkı bulunmaktadır" (Y.15. HD, 24.5.2002, 744/2784, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

34 Y.9HD, 31.1.2005, E.2004/12484, K.2005/2699.

35 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1987, Cilt: I, 89-90; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, 454-455.

36 Y.9HD, 16.12.2003, 8175/21996, Legal İHD, 2004/2, 643-644.

37 "...Davacı taraf talebinde, hizmet akdinin taşeron firma tarafından neden gösterilmeksizin feshedildiğini iddia etmiş; davalı (b) şirketi ise cevabında, işçinin kendi isteğiyle istifa ederek işinden ayrıldığını, devamsızlık ve olumsuz tutumunun haklı feshetme yetki verecek yoğunlukta olduğu halde bu yola gidilmediğini savunmuştur. Dosya arasında bulunan istifa dilekçesi 25.10.1999 tarihlidir. Toplanan delillere göre, davacı işçiye Kasım 1999 ücretinin bir kısmı ödenmiştir. Davalı tarafın delil olarak dayandığı tutanakların üç tanesinin istifa tarihinden sonraki günlere ait olup, 30.10.1999, 30.11.1999 ve 29.12.1999 tarihlerini taşıması karşısında, varlığı davalı tanık anlatımlarıyla kanıtlanan istifadan sonra davacı çalışmasının devam ettiği anlaşılmalıdır. Davalı taraf da hizmet akdinin haklı nedenle feshedildiğini kanıtlayamadığından, hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatlarına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y9HD, 03.03.2003, E.2002/16197, K.2003/2801, www.tisk.org.tr).

38 "...Dosya içeriğine göre davacı 12.5.2005 tarihinde istifa dilekçesi vermiş ise de daha: sonra tarafların anlaşması ile fesih iradesi ortadan kaldırılmıştır. İstifa dilekçesi üzerine yazılan "54 gün sonra ayrılması uygundur" ibaresinin davacı tarafından kabul edildiğine ilişkin kanıt bulunmamaktadır. Davacı anılan ibarenin bilgisi haricinde yazıldığını ileri sürmüştür. Davalı tanıkları da istifa dilekçesini verdikten sonra davacının ara vermeden çalışmaya devam ettiğini, ancak daha sonra tarafların anlaşmaması nedeni ile davacının çıkışının verildiğini açıklamışlardır. Mevcut olgulara göre davacı istifa dilekçesi verdikten sonra tarafların anlaşması ile ara vermeden çalışmasına devam etmiş, daha sonra 2.7.2005 tarihinde iş sözleşmesi davalı

işverence feshedilmiştir. Bu nedenle, feshin davacının istilası ile son bulduğunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Davalı işverence iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiş olup, davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddedilmesi hatalıdır. Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir" Y.9HD, 11.12.2006, 25699/32649.

- 39 E. Özdemir, İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Sicil, Mart 2007, 41-42.
- 40 Y.9HD, 28.6.2006, 63/19086, Legal İHD, 2006/12, 1465-1466.
- 41 Y.9HD, 01.05.2001, 1705/7403, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 42 Y.9HD, 16.12.2003, 7941/22005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; Buna mukabil, çelişkili olmamasına vurgu yapılarak istifa dilekçesinin geçerli sayıldığı kararlar da vardır: "...Dosyanın içinde davalı işverenin mahkemeye sunduğu 30/11/1993 tarihli "tutanak" başlıklı bir belge mevcut olup, bunun metninde aynen "..... bütün sosyal haklarımı alarak ayrıldım. Bu tarihe kadar hiç bir hak talep etmeyeceğimi beyan ederim. Kendi isteğimle istifa ettim." şeklinde açıklama yapılmış ve bu belge taraflarca imza altına alınmıştır. İçeriği itibariyle çelişkili olmayan bu belge karşısında davacı işçinin istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığı kabulü gerekir. İşçi 1475 sayılı İş Kanununun 13 ve 14. maddelerine göre ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamaz (Y.9HD, 29.9.1997, 12409/16458, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 43 Y.9HD, 5.7.2006, 929/19973, Legal İHD 2007, Sayı:13, 345-346.
- 44 Y.9HD, 20.12.2004, 19145/28987, Çankaya-Günay-Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 389.
- 45 U. Aydın, İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, Çimento İşv. D., Mayıs 2004, 4 vd., M. Ekonomi, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesine İlişkin Tarafların Anlaşması, İbraname İle İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Legal YKİ Dergisi, Ağustos 2006, 29 vd.
- 46 Y.9HD, 27.12.2004, 32081/29589, E. Kızılray, Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi İstifa Niteliğinde Değerlendirilemez, Sicil, Mart 2007, 98, dn.7.
- 47 Y.9HD, 16.11.2005, 32532/36295 ve kararın incelenmesi Kızılray, ag. inceleme, 94 vd.
- 48 Kızılray, ag. inceleme, 98.
- 49 Kızılray, ag. inceleme, 99-100.
- 50 Y.9HD, 20.12.2004, 19145/28987, Çankaya-Günay-Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 389.
- 51 Y.9HD, 30.03.1998, 2511/5981, Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, 763.
- 52 Y.9HD, 27.6.2000, 6581/9834, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 742-743; benzer şekilde: "...davacı istifa dilekçesi imzalarken iradesinin fesada uğradığını ispatlayamamıştır. Ancak "yeni çalışma şekline uyum sağlayamadığımdan istifa ettiğini belirtmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle tanık beyanlarından işyerinin çalışma koşullarının değiştiği bu nedenle davacının istifa etmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda istifanın haklı nedene dayandığının kabulü gerekir" (Y.9HD, 18.9.2006, 25278/23008, Legal İHD 2007, Sayı:13, 326-327).
- 53 Y.9HD, 27.6.2000, 6581/9834, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 742-743; "...Davacı ütücü olarak çalışmakta iken işverence fazla

mesai yaptırılmak istenmiş fazla mesaiye kalmak istememesi üzerine bahçe işlerinde çalıştırılmak ve iş şartlarında ağırlaştırma yapmıştır. Bu nedenle davacının istifaya zorlandığı tanık beyanlarıyla da anlaşılmıştır. Davacının feshi iş kanunu'nun 16.maddesi gereğince haklı fesih kabul edilerek kıdem tazminatı alacağı belirlenerek hüküm altına alınması gerekir. Aksine düşünceyle mahkemenin bu olayı reddi doğru değildir" (Y.9HD, 23.6.2005, E. 2004/28033, K.2005/22645).

- 54 Y.9HD, 13.9.2005, 28872/29769.
- 55 Y.9HD, 27.11.2006, 12330/31198.
- 56 Péliissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 480-481.
- 57 Péliissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 481.
- 58 "...Davacı dava dilekçesinde davalı işverenin kendisine küçük düşürücü sözler söyleyip hakaret ettiğini, bu nedenle iş akdini haklı nedenle feshettiğini, iddia etmiştir. Mahkemeye sunduğu 01.10.1999 tarihli istifa dilekçesinin içeriğinin de aynı olduğu İş Kanunu 16/II maddesi gereğince iş akdini feshettiğini iddia ettiği anlaşılmaktadır. Dinlenen davacı tanıkları davacının iddiasını doğrular beyanda bulunmamışlardır. Davalı tanıkları da davacının kendisinin işi bırakıp gittiğini belirtmişlerdir. Dosyada davacının haklı nedenle iş akdini feshettiğine dair bir belge ve bilgi yoktur. Bu durumda davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır" (Y.9HD, 12.10.2005, 3389/33136).
- 59 Y.9HD, 20.6.2000, 7271/8771, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 743-744.
- 60 Y.9HD, 17.11.1999, 14665/17562, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XIX, Sayı:219/2, Şubat 2000, 307.

Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri

A- GENEL OLARAK

Türk Hukukunda iş güvencesi hükümlerinin kabulü ile yürürlüğe girmesinin ardından işçilere belli bir ölçüde istihdam güvencesi sağlanmıştır. Yasa hükümleri ile sağlanmak istenen asıl fayda, iş ilişkisinin devamını sağlamak, başka bir anlatımla işçilerin işe dönmelerine imkân tanımaktır. Ancak, uygulamada ortaya çıkan sonuçlara göre işe iade kararlarının çok önemli kısmı, işe iade yerine, işe başlatmama tazminatının ödenmesi şeklinde yerine getirilmektedir. Bu noktada ilk bakışta, sağlanan iş güvencesinin yeterli olmadığı söylenebilir.

Öte yandan, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye dair ücret ve diğer hakları ödeme yükümü yanında, feshin işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleştiği şeklindeki uygulama ile ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücretinin buna göre yeniden hesaplanması sebebiyle işverenin iş güvencesi noktasında yükü de oldukça artmıştır.

Bu noktada borcu sona erdiren ibra sözleşmesi ile iş ilişkisini anlaşma yoluyla sona erdiren ikale sözleşmesinin iş güvencesine etkileri daha çok ön plana çıkmıştır. Öyle ki, işçinin işe iade davası açmayacağına dair hükümler içeren ibra sözleşmeleri yapılmakta ve bu yöndeki hükmün geçerli olup olmadığı tartışılmaktadır¹. Yine, ikale yoluyla iş

sözleşmesinin feshi, 1475 sayılı Yasa'nın uygulandığı dönemde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin hiçbir kararına yansımamışken, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamada yaygın olarak ikale sözleşmelerinden söz edilmeye başlanmıştır. Özellikle işçinin "İhbar ve kıdem tazminatlarımın ödenmesi koşuluyla iş sözleşmemin karşılıklı olarak sona erdirilmesini talep ederim" şeklindeki dilekçesi üzerine işverenin açık veya örtülü bir kabulü ile sözleşmelerin sona erdirildiği görülmektedir. Aynı şekilde bozma sözleşmesi yönünde icabın işverenden gelmesi de olasıdır. Bu ihtimalde de işçinin kabulü ile ikale sözleşmesi kurulur ve iş sözleşmesi sona erer. Uygulamaya yansıyan şekliyle ikale sözleşmelerinin iş güvencesi hükümlerini bertarafa yönelik olarak yapıldığı izlenimi edinilmektedir. İşçi, yasa gereği kısa süre içinde işveren feshini ileri sürerek işe iade yönünde dava açmakta ve çoğunlukla tazminatların ödenmeyeceği baskısıyla böyle ikale sözleşmesi yapılması için icap veya kabule zorlandığını ileri sürebilmektedir. Bu çalışma ile ibra sözleşmesi, ikale sözleşmesi ve iş güvencesi kavramları üzerinde kısaca durularak, her iki sözleşme türü ile iş güvencesi arasındaki ilişkiye dair çeşitli uygulama sorunlarına değinilecektir.

B- İBRA SÖZLEŞMESİ

İbra sözleşmesi yasalarımızda yer almamış olsa da gerek öğretide ve gerek uygulamada borcu sona erdiren nedenler arasında sayılmaktadır².

İş hukuku uygulanmasında ibranın yaygın olarak başvuru bir yol olduğu söylenebilir. Daha çok ibraname olarak adlandırılmakta ve işçinin tek taraflı olarak imzalayıp işverene verdiği bir belge şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Diğer hukuk dallarına göre daha hızlı bir gelişme gösteren İş Hukuku kendisine özgü içtihatların çıkmasına vesile olmuş, ibra sözleşmesinin bir görüşle Borçlar Hukuku müessesesinden ziyade bir İş Hukuku müessesesi olduğu kanısını ortaya çıkarmıştır³.

İbra sözleşmesinde sözleşme ilişkisinin değil, borcun tamamen ya da kısmen sona erdirilmesi amaçlanmaktadır⁴. Bu ayrım, öğretide ibra sözleşmesi ile ikale sözleşmesi arasındaki fark olarak ele alınmıştır⁵. Gerçekten, ibra sözleşmesinin iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgisi yoktur. Devam eden ya da sona ermiş bir iş ilişkisinde doğmuş bulunan borçların ortadan kaldırılması söz konusudur. İkaledede ise, sözleşme sona erdirilmektedir. Bununla birlikte ikale sözleşmesi ile ibra sözleşmesinin iç içe girmesi, başka bir anlatımla sözleşme ile birlikte doğmuş bulunan borçların da ortadan kaldırılması noktasında iradelerin birleşmesi olasıdır.

Öğretide ibra belgelerinin özel bir yoruma tabi tutulması gerektiği, işçinin işverende alacağı kalmadığına dair bildirimler yeterince açık ve kesin olmadıkça, İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinin doğal bir sonucu olarak dar bir çerçevede ele alınması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁶.

İbranın hakkı ortadan kaldıran bir belge oluşu, uygulamada da geçerliliği konusunda dar bir yoruma tabi tutulması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bazı Yargıtay kararlarında, iş hukukunun işçiyi koruyucu etkisinden söz edilerek bir işçinin karşılıksız olarak işvereni ibra etmesinin ihtimal dışı olduğundan söz edilmiş⁷, bir başkasında ibranamenin geçerliliğinin İş Hukukunda kendine özgü biçimde ele alınması gerektiği belirtilmiştir⁸.

Yargıtay'ın ibraname konusundaki bu yaklaşımı zaman içinde işçi aleyhine gelişme göstermiştir. Son yıllarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında miktar içermeyen ibranamelere geçerlilik tanınmakta⁹ ve ibranın borcu sona erdiren etkisi¹⁰ daha fazla ön plana çıkmaktadır.

İbra sözleşmesi sadece münferit borçları sona erdirirken, ikale sözleşmesi borç ilişkisini tamamen veya kısmen sona erdirmektedir.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 131. maddesinde ibranın tanımı yapılmış, 418. maddede ise, "İşçinin işverenden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve ibra konusunun alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi şarttır. Hizmet sözleşmesi devam ederken veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür. İşçinin haklarını yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ibra sözleşmelerinin, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptali istenebilir" şeklinde kurala yer verilerek hizmet sözleşmeleri bakımından ibra sözleşmesi özel olarak düzenlenmiştir. Tasarıda yer alan düzenlemenin İş Hukuku açısından ibra sözleşmesi ile ilgili sorunların çözümünde yeterli olmadığı söylenebilir¹¹. Öte yandan, yazılı şekil şartı ve miktar içermesi zorunluluklarının getirilmesi, tasarının olumlu yönleri olarak öne çıkmaktadır.

C- İKALE SÖZLEŞMESİ

İkale sözleşmesi, tarafların mevcut borç ilişkisinin sona ermesinde anlaşarak bu yolda yeni bir sözleşme yapmış olmaları ile borç ilişkisini bütünüyle ortadan kaldırmasıdır¹². İbra sözleşmesi sadece münferit borçları sona erdirirken, ikale sözleşmesi borç ilişkisini tamamen veya kısmen sona erdirmektedir¹³.

Bazı Yargıtay kararlarında, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir¹⁴. Aynı kararda, ikalenin yasalarımızda düzenlenmediği, ancak sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu vurgulanmıştır.

İş sözleşmesinin işçi ve işverence karşılıklı iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu fesih türü

yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletildiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile ikale (bozma) sözleşmesi kurulmuş olur.

Bu anlamda ikale sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunun işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkelerinin de uygulanması gerekir¹⁵.

Belirtilen önemine karşılık gerek 1475 ve gerekse 4857 sayılı İş Kanunları'nda konuya değinilmemiş; iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi öğretide yeterince ele alınmamıştır¹⁶.

İş sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesi, yani ikale zımni olarak yapılabileceği gibi, açık olarak da yapılabilir¹⁷.

Buna rağmen gerçekten taraf iradelerinin karşılıklı fesih noktasında birleşmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin gerçek bir ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesinde işçinin kıdem tazminatı talep hakkı da bulunmamaktadır. Zira kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde ikale yoluyla sözleşmesinin bozulmasında kıdem tazminatına hak kazanılacağı öngörülmüş değildir. Yine de tarafların ikale sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatlarının ya da bunlardan sadece birinin ödenmesini kararlaştırmaları mümkündür. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, işçi ve işverenin kıdem tazminatı ödenmesi noktasında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmelerinin mümkün olduğunu, bu sona erme şekline göre ve taraflar açıkça kararlaştırmadığı için ihbar tazminatına hak kazanılamayacağını kabul etmiştir²³.

Burada son olarak tarafların karşılıklı anlaşma ile iş ilişkisini başka bir hukuki ilişkiyi başlatmak

Tarafların ikale sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatlarının ya da bunlardan sadece birinin ödenmesini kararlaştırmaları mümkündür.

İkalenin şekli konusunda ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır¹⁸. Bir kısım yazarlara göre ikale sona erdirilecek sözleşmenin şekline tabi olarak yapılmak zorundadır¹⁹. Bazı yazarlar ise ikale sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabileceği görüşündedirler²⁰. Yeni Borçlar Kanunu tasarısında ibra sözleşmesi için öngörülen kuraldan yola çıkıldığında²¹, sözleşmenin kuruluşu bir şekle tabi olsa dahi bozma yoluyla sona erdirilmesinde bir şeklin aranmayacağı söylenebilir. Örneğin yazılı şekil şartının gerekli olduğu belirli süreli iş sözleşmesinin de yazılı şekle tabi olmaksızın tarafların karşılıklı iradeleri ile ortadan kaldırılması mümkün görülmelidir.

İkale sözleşmesi için özel bir yetkiye ihtiyaç bulunmamaktadır. İş sözleşmesi yapma yetkisine hâiz olan tarafların, ikale sözleşmesi yapmaya yetkilerinin olduğu kabul edilmelidir.

İkale sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilir, feshine tahvil edilemez²².

İçin sonlandırmaları üzerinde durulmalıdır. Sözleşmenin taraflarının karşılıklı anlaşma yoluyla mevcut ilişkiyi sonlandırırken başka bir hukuki ilişkiye geçmeleri, tahvil olarak adlandırılabilir. Tarafların iş ilişkiden, kira ilişkisine geçmeleri buna örnek olarak verilebilir. Yine iş ilişkisinin adi ortaklığa geçiş sebebiyle sonlandırılmasında durum aynıdır²⁴. İşçinin işyerinde adi ortak olarak işveren sıfatını kazanması, taraflar arasında iş ilişkisini sonlandırır ve adi ortaklık ilişkisini başlatır. Zira işçi ve işveren sıfatları bu örnekte birleşmiştir. Aynı şekilde işçinin çalışmakta olduğu şirketin ortağı olması ve hisse durumu ile yetkileri itibarıyla işveren konumuna geçmiş olması iş ilişkisini sona erdirir.

İş ilişkisinin anılan sona erme şekillerinde de işçinin kıdem tazminatı istemesi mümkün olmaz. Yargıtay iki ayrı kararında, işçi ve işveren arasında kira ilişkisine geçilmesi ve tarafların adi ortak olmaları²⁵ durumlarında sonlanan iş sözleşmeleri sebebiyle kıdem tazminatı istenemeyeceği sonucuna varmıştır. Yine Yargıtay, işçinin işverenle karşılıklı anlaşma ile işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçişinde kıdem tazminatı talep hakkının doğ-

Yargıtay kararında işçinin işe iade davası açmayacağına dair sözleşme hükümlerinin geçersizliği noktasında dayanak olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmünden söz edilmiştir.

mayacağına dair karar vermiştir²⁶. Buna karşın Yüksek mahkeme bir başka kararında, işçinin, limited şirket işçisi olması sebebiyle işveren sıfatını kazanması durumunda işçilikte geçen süre için kıdem tazminatına hak kazanılacağına hükmetmiştir²⁷.

D- İŞ GÜVENCESİ

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işinin işverene karşı korunmasını, feshin belli kurallara bağlı kılınmasını, bazı koşullar dahilinde feshin geçersiz sayılmasını ve en nihayet fesihten doğan zararların giderilmesini ifade etmektedir. Dar anlamda iş güvencesi ise, işçinin feshe karşı korunması olarak tanımlanabilir.

Bazen ortada korunması gereken bir iş ilişkisi olmasa dahi iş güvencesinden söz edilebilir. İyileşen gazetecinin işine dönebilmesi (5953 sy.Y. 12/2) ve 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 29. maddesinde öngörülen sendika yöneticilik güvencesi de bu anlamda iş güvencesidir²⁸.

Dolayısıyla iş güvencesi, hem belli sebeplerle fesih yasaklarını ve işe iadeyi, hem eski iş ilişkisinin ihya edilmesini hem de işe alma zorunluluklarını içeren çok yönlü bir kavramdır²⁹.

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması, İş Hukukunun günümüzdeki en önemli konusu olduğu kadar en büyük sorunsalıdır³⁰. İşçinin feshe karşı korunması, yürürlükteki bir iş ilişkisinin devamlılığını olabildiğince sağlamaya yönelik önlemleri içermektedir³¹.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1982 yılında kabul edilen Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme 1994 yılında ülkemizde onaylanmıştır. Anılan sözleşmenin en önemli özelliği, işçinin işine son verilmesinin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri

nedenler dışında geçerli bir sebep olmaksızın işverence sona erdirilememesidir.

İş güvencesi anlamında Türk hukukundaki en önemli gelişme, 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile ortaya çıkmıştır. Anılan yasa uyarınca 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen bazı maddelerle geçerli fesih kavramı İş Hukukunda ifadesini bulmuş ve buna aykırılık halinde işçinin eski işine dönebilmesi imkânı sağlanmıştır. Tasarıda yer almadığı halde metne son anda eklenen bir fıkra ile (bakınız 4773 sy.Y. 12. mad.) basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasa kapsamındaki gazetecilerin de feshe karşı koruma sağlayan iş güvencesi hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanması olanaklı hale gelmiştir. Ardından 22.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. maddesi ile 5953 sayılı Yasa'nın 6. maddesine bir fıkra eklenmiş ve gazetecilere "İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla" uygulanacağı hükmü getirilerek aynı uygulamaya devam edilmiştir³².

İş güvencesi iş hukukunun amaçları arasındadır. Ancak getirilen iş güvencesinin kalkınan ve tam istihdam öncesi bir ekonomide kayıt dışılık ve genelde işsizlik yaratabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

4773 sayılı İş Güvencesi Yasası ile ilgili olarak bir başka görüş de, bu yasanın en önemli ekonomik muhtemel sonucunun istihdam daraltıcı etki yaratması, yani işsizliğe yol açması olarak açıklanmıştır³³. Tam bu noktada uygulamada ortaya çıkan ve iş güvencesinin etkinliğini azaltabilecek çeşitli sözleşme türleri üzerinde durmak gerekir. Aşağıda, ibra sözleşmesi ile ikale sözleşmesinin iş güvencesine etkileri çeşitli başlıklar altında ele alınacaktır.

E- İBRA SÖZLEŞMESİNİN İŞ GÜVENCESİNE ETKİLERİ

1- İş Güvencesinden Yararlanma Yönünden Etkisi

Uygulamada ibra sözleşmesi, çoğunlukla, iş ilişkisinin işveren tarafından feshi üzerine düzenlenmekte ve işverenin işçilik alacakları bakımından borçlarından kurtulması yönünde açıklamalara yer verilmektedir. İş güvencesi ile ilgili hükümlerin yü-

rürlüğe girmesinin ardından, ibra sözleşmelerinde, işçinin işe iade davası açmayacağına dair kurallara da yer verildiği görülmektedir³⁴. Bahsi geçen sözleşme hükümleri Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmiş, anılan yüksek mahkeme kararı öğretilde ele alınmış ve isabetli bulunmuştur³⁵. Yargıtay kararında işçinin işe iade davası açmayacağına dair sözleşme hükümlerinin geçersizliği noktasında dayanak olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmünden söz edilmiştir. Ancak anılan hüküm, işverenin bir aylık başlatma süresinin, iş güvencesi tazminatının miktarının, en çok dört aylık tutardaki ücret ve diğer hakların mutlak suretle değiştirilemeyeceğine ilişkindir. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden önceden feragati ile anılan yasaklama arasında bir bağlantı yoktur.

Gerçekten iş güvencesine tabi olan işçinin işe

ta bu yöndeki iradesini işçilik haklarına dair bir yargılama sırasında mahkeme önünde ikrar etmiş olsa dahi, hak düşürücü süresi içinde yasanın tanıdığı işe iade hakkını kullanabilmelidir.

Fesih bildirimini izleyen³⁶ bir aylık sürenin geçmesi ile işe iade davası açma hakkı da sona erer. Yasada açıkça düzenlenmemişse de, bir aylık hak düşürücü sürenin de mutlak emredici olduğu, başka bir anlatımla bu sürenin uzatılması ya da kısaltılmasının taraf iradeleriyle dahi mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Dava açma hakkından vazgeçmenin mümkün olmadığı sonucuna bu varsayımdan yola çıkılarak da varılabilir. Gerçekten yasa koyucu, feshi izleyen bir aylık süre içinde bu davanın açılacağı mutlak biçimde belirlemiştir. 1 aylık sürenin taraflarca kısaltılması mümkün olmadığına göre, işe iade davası açılmayacağını belirten

İşe iade davası açılmayacağı taahhüdüne rağmen 1 aylık dava açma süresi içinde işçinin dava açması, ibraname ya da protokolde yer alan bu yöndeki iradesinin fesada uğratıldığı düşüncesini beraberinde getirebilir.

iade davası açması zorunlu olmadığına göre, böyle bir yola gitmeyen işçinin de anılan yasanın 21/son fıkrası hükmünden yola çıkılarak, iş güvencesi tazminatı ile 4 aya kadar ücret ve diğer hakları isteyebileceği sonucuna varmak doğru olmaz. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını öngören ibra sözleşmesi ya da protokol hükümlerinin geçersizliği sonucuna, yasanın ilgili hükmü yerine, irade fesadı noktasından ulaşmak daha yerinde olabilir. İşe iade davası açılmayacağı taahhüdüne rağmen 1 aylık dava açma süresi içinde işçinin dava açması, ibraname ya da protokolde yer alan bu yöndeki iradesinin fesada uğratıldığı düşüncesini beraberinde getirebilir.

Öte yandan iş güvencesi hükümleri ile sağlanmak istenen korumanın, işçinin fesihden önce ya da sonra vazgeçmesi ile ortadan kaldırılması yolunun açılması, anılan hükümlerin işlemeze hale getirilmesine neden olabilecektir. İşe iade davası için hak düşürücü süre, 1 ay gibi kısa bir süre olup, işçinin işe iade davası açmama yönündeki iradesinin, bu sürenin geçirilmesi ile ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir. Öyle ki, feshi izleyen süre içinde işçi işe iade davası açmayacağını bildirmiş, hat-

ibra sözleşmesi ya da protokol hükmü bu açıdan da geçersiz sayılmalıdır. Zira işçinin bir aylık süresi içinde dava açma yönündeki iradesini ortaya koyması yasal anlamda mümkündür.

İbra sözleşmesi ile iş güvencesinden yararlanma arasında ilişkinin daha farklı boyutları da ortaya çıkabilir. Nitekim, işçinin işyerindeki kıdeminin ibra sözleşmesinde açıkça belirtilmesi ve buna göre en az 6 aylık kıdem koşuluna etkileri ele alınması gereken bir konudur. Yargıtay çeşitli kararlarında³⁷, ibranamede yer alan işe giriş tarihinin işçi açısından bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir. Hemen belirtelim ki, ibranamede yer alan işe giriş tarihinin bağlayıcılığı ispat hukuku bakımından önem taşır. Yoksa işçinin gerçek işe giriş tarihinin Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtları ile diğer resmi nitelikteki belgelerle sabit olduğu bir durumda, ibranamedeki işe giriş tarihinin işçi aleyhine sonuç doğurması düşünülemez.

İş güvencesinden yararlanma noktasında aranan 30 işçi sayısı bakımından da ibranamede yer alan açıklamanın, ispat hukuku bakımından sınırlı da olsa bir önemi olabilir. İşyerinde çalışan işçi sayısının ibranamede gösterilmesi pek olağan bir yol

olmasa da, çalışan işçi sayısının 30'dan az olduğunun belirtilmesinin, iş güvencesine etkisi üzerinde durulmalıdır. İşyerinde çalışan işçi sayısının işçi tarafından tam olarak bilinmesi dahi mümkün olmayabilir. İbranamede yer alan bu türlü bir ifadenin bağlayıcı olmadığı düşünülmelidir.

İbranamenin, daha çok gerçek işverenin belirlenmesi noktasında bağlayıcılığından söz edilebilir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi, ödünç iş ilişkisi, birlikte istihdam gibi durumların tespiti ispat hukuku anlamında zaman zaman güçlük gösterebilir. İbranamede bu yönde irade açıklaması bağlayıcı olabilir ve belirtilen işveren yönünden 30 işçi kriteri ele alınır.

İbranamede, iş ilişkisinin belirli süreli olup olmadığı noktasında da bir açıklama yer alabilir. İş güvencesinden yararlanabilmek için iş sözleşmesi-

ğü söz konusu olur. Fesih şeklini açıklayan ibra sözleşmesinin de kendi içinde ya da işverenin diğer belgeleriyle hatta savunmasıyla çelişmemesi gerekir³⁹. Örneğin ibra sözleşmesinde iş ilişkisinin işçi tarafından sonlandırıldığı açıklamasına rağmen, Türkiye İş Kurumu'na yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi, bir çelişkiyi oluşturur.

Esasen istifa eden işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi de çelişkili bir durumdur. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanununun sisteminde işçi hak kazanmamış olsa dahi, işverence ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi imkân dahilindedir. 1475 sayılı Yasa'da öngörülen yaptırım 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almadığından, hak kazanmamış olsa da, işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi, kendiliğinden ibranamede yer alan

İbra sözleşmesinde iş ilişkisinin işçi tarafından sonlandırıldığı açıklamasına rağmen, Türkiye İş Kurumu'na yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi, bir çelişkiyi oluşturur.

nin belirsiz süreli olması gerektiğine göre, ibranamede belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıldığına dair bir beyanın bağlayıcılığı tartışma konusu olabilir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılması ve yenilenmesi ile ilgili kurallara, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 ve 12. maddelerinde yer verilmiştir. Bu noktada ibra sözleşmesindeki irade açıklamasının, sözleşmenin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu noktasında belirleyici olmadığını söylemek gerekir. Ancak Yargıtay'ın bir kararında³⁸, ihbar tazminatı olarak işvereni ibra eden işçinin bu beyanı ile bağlı olduğu ve sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerektiği kabul edilmiştir.

İbra sözleşmesinde iş sözleşmesinin sona erme biçiminin gösterilmesi de imkân dahilindedir. Feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği yönünde bir irade açıklamasının bağlayıcılığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. İbra sözleşmesinde yer alabilecek bu yönde bir açıklama, kural olarak işçi ve işvereni bağlar. Örneğin işçinin haklı olarak iş sözleşmesini feshettiğini belirten işçi ve işveren iradeleri ile ortaya çıkan bir ibra sözleşmesi, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasına engel olur. Öte yandan bir yıldan uzun süren bir ilişkide, işverenin işçiye kıdem tazminatı ödemesi yükümlülü-

istifa iradesini ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte ibra sözleşmesinde fesihle ilgili olarak yer alan kaydın geçersizliği noktasında itirazların ileri sürülmesi imkân dahilindedir. İşçi tarafından irade fesadı kanıtlandığında ise, ibra sözleşmesinde iş ilişkisini işçinin sonlandığı yönündeki açıklamaya rağmen, işçinin, iş güvencesinden yararlanması söz konusu olur. Zira iş sözleşmesini sonlandıran tarafın işçi olmadığını ispatı, bizi, feshin işverence yapıldığı sonucuna götürür.

2- Geçerli Neden Kavramına Etkisi

İbra sözleşmesinde, feshe dair haklı ya da geçerli bir nedenin gösterilmesi de ihtimal dahilindedir. Bu noktada ibranamenin bağlayıcılığı ayrı bir önem kazanır. Gerçekten ibranamede haklı ya da geçerli nedeni ortaya koyan irade açıklamasına diğer verildiğinde, feshin geçersizliğine dair bir karar verilemeyecektir. Buna karşın ibranamede fesih nedeni ile ilgili açıklamaların bir değerinin olmadığı sonucuna varılırsa, geçerli neden olup olmadığı noktasında her iki taraf delillerine göre değerlendirilmeye gidilecektir. Düşüncemize göre, ibranamede yer alan ve fesih şeklini ve nedenini ortaya koyan irade açıklamasını yok saymak mümkün ol-

maz. Örneğin iş sözleşmesinin, işçinin verimi ya da davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiği hususu işçi tarafından ibranamede ifade edildiğinde, işçinin bu beyanı ile bağlı olduğu düşünülmalıdır. Bu noktada sadece ibranamedeki iradesinin fesada uğratıldığı ileri sürülebilir. İrade fesadı yönteminde kanıtlandığında ibranameye bu yönden değer verilemez.

İbranamede geçerli nedenin varlığı kabul edilmiş olsa da, feshine konu edilen davranış ya da performans değerlendirmesinin geçerli nedeni oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi, mahkemeye ait olmalıdır. Zira ibranamedeki irade açıklanması, feshine konu edilen davranış ya da verim noktasında ispat yükü açısından işverene imkân tanısa da, sözü edilen davranışın geçerli nedeni oluşturup oluşturmadığı yönünden kesin bir bağlayıcılık içermez. Örneğin, yemek molasında 5 dakika erken çıkan ve bu nedenle işin güvenliğini tehlikeye düşürmemiş ve yine işverene herhangi bir zarar vermemiş olan işçinin bahsi geçen davranışı, geçerli nedeni oluşturmaz. Açıklanan eylem sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine dair açıklama içeren ibra sözleşmesi sonucu itibarıyla bağlayıcı olmaz. İbraname, işçinin bahsi geçen davranışının varlığı konusunda sonuç doğurmakla birlikte, feshin geçerli nedene dayandığı konusunda anlam ifade etmez.

Benzer bir örneği işçinin performansı ile ilgili olarak da vermek mümkündür: İşçiye daha önce hiçbir uyarı yapılmaksızın, performansla ilgili hiçbir kriter ortaya konulmadan hatta bu konuda yeterli eğitim verilmeden doğrudan iş sözleşmesinin feshi ve ardından düzenlenen ibranamede geçerli nedenin varlığından söz edilmesi işçi aleyhine değerlendirilmemelidir.

Kaldı ki, işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerle fesih öncesinde işçinin savunmasının alınması gerektiğine göre, ibranamede geçerli nedenin kabulü halinde dahi, bahsi geçen yasal şartın yerine getirilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, ibranamede davranışa ya da verime dayalı geçerli nedenin kabulü, işçinin savunmasının alınması şartını bertaraf etmez. Aynı şekilde, yazılı fesih bildirim ve fesih nedeninin açıkça bildirilmesi konularında yasal zorunlulukların yerine getirilmesi gerekir.

İşyeri ve işletme gereklerine dayanan geçerli feshin ibranamede açıklanmış olması ispat hukuku ba-

İşçiye fesih sırasında olası bir işe iade davasının sonuçlarının peşin olarak ödenmesi avans niteliğinde olup, dava hakkını ortadan kaldırmamalıdır.

kımından bazı sonuçlar doğursa da, işverenin bu yöndeki ispat yükünü bütünüyle ortadan kaldırmaz. İşveren işyeri ya da işletmek gereklerine dayanan geçerli nedenin varlığını ispat etmek zorundadır. Bununla birlikte, irade fesadının ileri sürülmediği ya da kanıtlanmadığı bir ibranamede işyerinden ya da işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenin varlığının kabulü, ispat yükünü işveren lehine bir miktar hafifletebilir. Örneğin işletme gerekleri ile geçerli olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini kabul eden ve bu yönde ibraname veren işçi bakımından geçerli nedenin varlığını işveren kanıtlamalı, ancak feshin son çare olması ilkesi bakımından ayrıca bir ispat zorunluluğu olmamalıdır.

3- İşe İade Sonuçları Bakımından Etkisi

İş güvencesinin temel amacının iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak olduğu yukarıda açıklanmıştı⁴⁰. Bu nedenle işe iade davası açma hakkından ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı gibi sonuçlardan önceden vazgeçme mümkün olmaz. Ancak iş sözleşmesinin feshinde işçiye hak kazandığı işçilik alacakları yanında, olası bir işe iade davası sebebiyle 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatının peşin olarak ödenmesi ve karşılığında bir ibraname alınması da bir ihtimal olarak karşımızdadır. Böyle bir durumda öncelikle, işe iade davasının açılıp açılmayacağı sorununa değinmek gerekir. Düşüncemize göre fesih sırasında işçiye, işe başlatmama tazminatı ile en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları peşin olarak ödenmiş olsa dahi, işçinin işe iade davası açma hakkı vardır. Zira işçinin eski işine dönebilmesi, ancak süresi içinde işe iade davası açması ve bunun sonuçlarına bağlıdır. Henüz işe iade davası kesinleşmeden ve işçinin yasal başvurusu gerçekleşmeden işverenin de işe başlatmaya çağını açıklaması bir anlam ifade etmez. Bu nedenle işçiye fesih sırasında olası bir işe iade davasının

sonuçlarının peşin olarak ödenmesi avans niteliğinde olup, dava hakkını ortadan kaldırmamalıdır. İş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklar peşin ödenmiş olsa dahi, işe iade davası sonunda işçinin işe başlatılması imkânı mevcut olup, bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılan ödemelerin iadesi gerekir.

İşçinin, kesinleşen işe iade kararı üzerine süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunması ve işverence işe alınmaması ihtimalinde ise, işverenin işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakları ödeme yükümlülüğü ortaya çıkar. Daha önce iş sözleşmesinin feshi sırasında ödenen işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücretleri avans niteliğinde kabul edilmeli ve işçinin hak kazandığı tutardan indirilmelidir. Düşüncemize göre işçiye ön-

davası sonucuna göre hak kazanılabilecek tutarın tamamı ödenmiş olmaktadır.

İşçinin iş sözleşmesinin feshinde ve henüz koşulları oluşmadığı halde işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücretlerin ödenmesi, feshin geçerli nedene dayanmadığını ya da bildirim usulüne uyulmadığını ortaya koymaktadır. Düşüncemize göre bu ihtimalde, işe iade davasında geçerli nedenin tartışılmasına gerek yoktur. Doğrudan feshin geçersizliğinin tespitine ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklara karar verilmelidir. İşçiye fesih sırasında yapılmış olan ödemenin fazla olması, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücretler konusunda mahkemenin taktirini etkilememelidir. Örneğin, işçiye fesih sırasında 8 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ödenmesine rağmen mahkeme tarafından

İkale yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır.

ceden yapılmış olan bu ödemeler için mahsup sırasında faiz de tahakkuk ettirilmelidir. Zira işçi hak kazanmadığı halde bu yönde ödemeleri önceden almış ve yararlanmıştı.

İşe başlatmama tazminatı yasanın 4-8 aylık ücreti tutarında (sendikal nedenle fesihle 1 yıldan az olmamak üzere) belirlenmiştir. Bu miktar mahkemece tespit olunacağından, işçinin hak kazandığı gerçek tutardan, fesih sırasında avans olarak yapılan ödeme miktarı indirilmelidir. İşçiye avans niteliğinde yapılan ödeme, gerçekte hak kazanılan tutardan fazla olduğunda ise, işe başlatmama tazminatı bakımından işverenin borcu sona erer ve fazlasının iadesi gerekir.

Boşa geçen süre ücreti bakımından da yasanın 4 aylık bir üst sınır getirilmiştir. Kararın bu 4 aylık süreden önce kesinleşmesi halinde ücret ve diğer haklar kararın kesinleştiği tarihe kadar hesaplanacaktır. İşverence işçinin iş sözleşmesinin feshi anında avans niteliğinde bu ödeme yapıldığında, işe iade davasında yargılamanın ne kadar sürede tamamlanacağını bilmesi mümkün değildir. Yapılan ödemenin 4 aylık ücret tutarında olması ve karşılığında ibraname alınması durumunda, daha sonra açılacak işe iade

anılan tazminatın 4 aylık ücret tutarında belirlenmesi mümkündür.

Bu başlık altında ele alacağımız son konu, fesih sırasında avans olarak işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait hakların ödenmesi ve işçinin işe iade davası açmamış olması ihtimalinde, yapılan ödemelerin geri alınıp alınamayacağı sorudur. Gerçekten, işe iade davası öncesinde yapılan bu ödemelerin avans niteliğinde olduğu yukarıda açıklanmıştı. İşçinin işe iade davası açmamış olması halinde, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait hakları yasal anlamda doğmayacaktır. Bu durumda daha önce avans olarak yapılmış olan ödemelerin akıbeti tartışma konusu olabilir. Düşüncemize göre, işçiye fesih sırasında peşin olarak yapılan bu ödemeler, işçinin işe iade davası sonucundaki kazanımlarına peşin olarak kavuşmasını, böylece işverenin işe iade davası baskısından kurtulmasını sağlamaya yöneliktir. O halde işverenin amacı işe iade davasından kurtulmaktır. Peşin ödemenin ardından, işçinin işe iade davası açmaması sebebiyle yapılan ödemelerin geri istenmesi, genel anlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle işe iade davası açmamış

olan işçinin, peşin ödenmiş olan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları iade yükümlülüğünün olmadığı düşünce-sindeyiz.

F- İKALE SÖZLEŞMESİNİN İŞ GÜVENCESİNE ETKİLERİ

1- İş Güvencesinden Yararlanma Yönünden Etkisi

Feshe karşı koruma, işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı güvence almayı amaç eden bir sistemdir. Bu nedenle, iş sözleşmesini işveren tarafından yapılan fesihler dışında sona erdiren nedenler, feshe karşı koruma hükümlerinin uygulanmasına yol açmaz⁴¹. O halde işçinin işe iadeyle ilgili iş güvencesinden yararlanma noktasında belki de ilk koşul işverence yapılmış bir feshin varlığıdır.

İkale sözleşmesi yapma konusunda icap hangi taraftan gelirse gelsin, bir fesih beyanı niteliğinde değildir. Bunun aksine, taraflardan biri diğer tarafa iş sözleşmesinin sona ermesi konusunda bir teklifte bulunmaktadır. İcabin karşı tarafa ulaşmasının ardından kabul ile iş sözleşmesi bu kez ikale yoluyla sona ermiş olur. Bu nedenle ikale sözleşmesi ile iş ilişkisinin sona ermesi durumunda işveren feshinden söz edilemeyeceğinden, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması da mümkün olmaz⁴². Dolayısıyla bir kere ikalenin varlığı ve geçerliliği kabul edildiğinde, artık feshe bağlı sonuçlar doğmaz⁴³. İkale yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

2- Geçerli Neden Kavramı

Usulüne uygun olarak ikale sözleşmesi ile sona eren bir iş ilişkisinde işçinin iş güvencesinden yararlanma imkanı olmamasına rağmen, açılmış bir işe iade davasında geçerli nedenin araştırılmasına

gerek olmadığı gibi, feshin son çare olması ilkesi de aranmaz⁴⁴. Yoksa ikale sözleşmesinin varlığı, fesih için geçerli nedenin bulunduğu sonucunu doğurmaz. Geçerli bir ikale sözleşmesinin varlığı halinde işe iade davasının, ön koşullar sebebiyle reddi gerekir. Zira, "işverence yapılmış bir fesih olmasıdır" şeklindeki ön koşul gerçekleşmemiştir.

3- İşe İade Sonuçları Bakımından Etkileri

İkale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işçinin işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları talep hakkı hiçbir zaman doğmaz. Bununla birlikte ikale yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirildiği sırada iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ait ücretlerin ödenmesi halinde, işveren tarafından bu ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira ikale sözleşmesinin kuruluşu anında bahsi geçen ödemeler kararlaştırılmış sayılmalıdır. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nda hak kazanmadan yapılan ödeme, yasak kapsamında ele alınmamıştır.

G- SONUÇ

İşverenin sigorta yükü yükseldikçe kayıt dışı istihdamın artması gibi, iş güvencesini arttıran yükümlülüklerde de İbra sözleşmesi ve ikale sözleşmesi gibi uygulamaların yaygınlaşabileceğini söylemek yanlış olmaz. İbra sözleşmesi ile ilgili olarak Yeni Borçlar Kanununun Tasarısında bazı kural-lara yer verilmiş ise de⁴⁵, mevcut haliyle yasalaşması durumunda düzenlemenin, özellikle İş Hukuku açısından ihtiyaca tam olarak cevap veremeyeceği görülmektedir⁴⁶. İbra sözleşmesi ile ikale sözleşmesinin İş Hukuku bakımından özellikle iş güvencesine etkileri de ele alınarak yasal bir zemine kavuşturulması dileğimizdir. Zira, iş ilişkisinin taraflarının bir işleme girişmeden önce ibranamenin ya da ikale sözleşmesinin geçerli olup olmadığını bilmeleri, buna göre bir tutum izlemele-ri, hukukun güvenilirliği ve etkinliği bakımından çok önemlidir.

DİPNOTLAR

- 1 Şahlanan, Fevzi: İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar incelemesi, www.tekstilisveren.org
- 2 Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II,

- İstanbul 1969, s. 351; Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 1972, s. 522.; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Cilt II, Ankara 1983, s. 695. (Çeviren, Cevat Edege); Dr. Fritz Funk Jun, Borçlar Kanunu Şerhi I. Umumi Hükümler, s. 179. (Çeviren, Şeldet/Selek); Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler s. 608; Yargıtay HGK 17.12.2003 gün, 2003/9 E. - 760 K.
- 3 Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s. 167.
- 4 Özel, Çağlar: Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı, www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale11.pdf
- 5 Özel, Çağlar: Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı, www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale11.pdf
- 6 Çenberci, Mustafa: Yargıtay'ımıza Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, 1968, s. 322. Aynı Yönde Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 600.
- 7 Yargıtay HGK. 27.4.1983 gün 1980/3055 E., 1983/427 K. sayılı karar için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 249.
- 8 Yargıtay 9. HD. 22.3.2005 gün, 2004/15509 E., 2005/9397 K. sayılı karar için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 252.
- 9 Yargıtay 9. HD. 13.4.2006 gün, 2006/781 E., 2006/19960 K. sayılı Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 381.
- 10 Bkz. ilgili Yargıtay kararları için, Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 398 vd.
- 11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 67 vd.
- 12 Turanboy, K. Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 35.
- 13 Turanboy, K. Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 38.
- 14 Yargıtay 15. HD. 2.10.1995 gün, 1995/2259 E., 1995/5181 K. Özeti; "Tüm sözleşmeler gibi, eser sözleşmelerinin de doğal sona ermeleri, bu sözleşmelerden doğan borçların tamamen ve uygun şekilde ifa edilmeleriyle mümkün olur. Bu doğal sona ermenin dışında, taraflar anlaşarak her zaman aralarındaki akdi ilişkiye son verebilirler (ikale). Sözleşme özgürlüğünün sonucu kabul edilen ve ilişkinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu tür sona erdirme sözleşmeleri yasalarımızda ayrıca düzenlenmemiştir."
- 15 Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 16 Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 17 Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 18 Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 19 Saymen, F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 541.; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1B.2 İzmir 1994, s. 240.; Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 406.
- 20 Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1. B. 6 İstanbul 1976. s. 1157.; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1991, s. 456.; Turan, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s. 118.; Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 21 Bkz. Tasarı madde 131.
- 22 Kılıçoğlu, Mustafa: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99.
- 23 Yargıtay 9. HD. 13.3.2007 gün 2006/37425 E., 2007/6511 K. Özeti; "Davacı işçi işverenden kıdem tazminatı ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep etmiş, bu arada ihbar öneli içinde çalışabileceğini açıklamıştır. Davalı işveren de 9.6.2005 tarihli yazısı ile davacının karşılıklı anlaşma yönündeki talebini kabul etmiştir. Bu durumda kıdem tazminatı ödenmek üzere, tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla (ikale) iş sözleşmesi sona ermiştir. 4857 sayılı İş Kanunu döneminde tarafların tazminatlar ödenmek üzere iş sözleşmesinin feshini kararlaştırmaları mümkündür. Bu itibarla mahkemenin kıdem tazminatının kabulü yönünde vermiş olduğu karar yerindedir. Somut olayda ihbar tazminatının ödenmesi noktasında taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceği gibi, iş sözleşmesinin tarafların ortak iradesi suretiyle sona erdirilmesinde ihbar öneli tanınması da gerekmemektedir. Böyle olunca ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir."
- 24 Yargıtay 9. HD. 15.3.2005 gün, 2004/13437 E., 2005/8514 K. Özeti; "1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran haller sayılmış olup, iş ilişkisinin işçinin iradesiyle bir başka hukuki ilişkiye geçmek için sonlandırılması adı geçen tazminata hak kazandıran nedenler arasında gösterilmemiştir. Bu durumda iş sözleşmesi, davacının davalıya ait minibüsü kiralaması suretiyle sona erdiğinden, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır."
- 25 Yargıtay 9. HD. 17.4.2007 gün, 2007/1923 E., 2007/11117 K. Özeti; "Davacının 1.3.1993-1.1.2000 tarihleri arasında iş sözleşmesi kapsamında görev yaptığı ve iş ilişkisinin adi ortaklık ilişkisi kurulması yönünde bir sözleşme imzalanması suretiyle karşılıklı mutabakatla sona erdiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin anılan sona erme şekline göre, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır. Gerçekten bu tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun ihbar tazminatını düzenleyen 13. maddesi ile kıdem tazminatını öngören 14. maddesinde, iş sözleşmesinin karşılıklı iradelerin birleşmesi suretiyle sona erdirilmesinde ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılacağına dair hüküm bulunmamaktadır. Davacının anılan tazminat isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olmuştur."
- 26 Yargıtay 9. HD. 28.11.2005 gün, 2005/10525 E., 2005/37235 K.
- 27 Yargıtay 9. HD. 26.5.2005 gün, 2004/28128 E., 2005/19340 E.
- 28 Uçum, Mehmet: İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002. s. 165.
- 29 Uçum, Mehmet: İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002. s. 166.
- 30 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 560.
- 31 Sümer, H. Hadi: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, s. 5.
- 32 Gazetecinin iş güvencesine dair bkz. Çil, Şahin: Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal, İstanbul 2006. s. 154-187.
- 33 Centel, Tankut: İş Güvencesi Tek Başına Çözüm mü? Mercek Ekim 2006, s. 39.
- 34 Yargıtay 9. HD. 2004/32713 E., 2005/1005 K. "İşçinin, feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkı, anılan yasanın 21. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı yasanın 2.

maddesi son fıkrasına göre yasa ile getirilen bu hakkın değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu nedenle söz konusu protokole değer verilerek davanın reddi doğru değildir.”

- 35 Şahlanan, Fevzi: İşe iade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar incelemesi, www.tekstilveren.org
- 36 Hak düşürücü sürenin başlangıcıyla ilgili tartışmalar için bkz. Uçum, Mehmet: Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, sayı 4, s. 1302-1320.; Çil, Şahin: Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal, İstanbul 2006, s.154-187.
- 37 Yargıtay 9. HD. 23.3.2006 gün, 2006/21074 E., 2006/7266 K. ve Yargıtay 9. HD. 26.10.2005 gün, 2005/6359 E., 2005/34626 K. kararlar için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2007, 2. baskı, s. 368 vd.
- 38 Yargıtay HGK. 7.10.1998 gün 1998/9-647 E., 1998/687 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2007, 2. baskı, s. 361. vd.
- 39 Çelişkili ibranamenin geçersizliğine dair bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2007, 2. baskı, s. 264 vd.
- 40 Bkz. “D-İŞ GÜVENCESİ” başlığı altındaki açıklamalar.
- 41 Soyer, M. Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal, İstanbul 2005, s. 5.
- 42 Yargıtay 9. HD 20.3.2007 gün 2007/7004 E, 2007/7706 K. “Dosya içeriğine göre, davacı işçi işyerinden kendi isteği ile ayrılmak istediğini belirten bir dilekçeyi işverene vermiş ve davalı işverence ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir. Yine, Türkiye İş Kurumuna verilmek üzere işverence hazırlanan işten ayrılma belgesinde davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesine göre işverence feshedildiği açıklanmıştır. Dosyada mevcut delil durumuna göre, davacının işyerinden ayrılmayı talep eden dilekçesi üzerine iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma (ikale) suretiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı tanıkları bu yönde anlatımda bulunmuşlar. Davacı taraf tanık dinletmemiştir. İkale yoluyla iş sözleşmesinin feshinde işçinin işe iade isteğinin reddine karar verilmelidir. Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”
- 43 Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 541.; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1B.2 İzmir 1994, s. 240.; Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- 44 Yargıtay 9. HD. 19.12.2007 gün 2007/3581 E., 2007/4514 K. “Toplu işçi çıkarmada gönüllü işçilerin iradesine öncelik verilmesi ve işçi tarafından bu icabın kabul edilmesi halinde, karşılıklı olarak iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile bozulması söz konusu olduğundan, bu işlemde artık işverenin toplu işçi çıkarmaya konu ettiği feshin nedenlerinin geçerli olup olmadığı araştırılmamalıdır. Bir başka anlatımla ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulmamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılmamalıdır. Davacının iradesini sakatlayan bir durum söz konusu olmadığına ve bu konuda somut kanıt sunulmadığına göre, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur.”
- 45 Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının ilgili metinleri ve gerekçeler

için bkz. İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2007, 2. baskı, s. 532 vd.

- 46 Tasarının değerlendirilmesi için bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2007, 2. baskı, s. 67 vd.

KAYNAKÇA

- Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, www.cmis.org.tr/dergiDocs/mak1.pdf
- Centel, Tankut: İş Güvencesi Tek Başına Çözüm mü? Mercek Ekim 2006.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 1972.
- Çenberci, Mustafa: Yargıtay’ımıza Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, 1968.
- Çil, Şahin: Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal, İstanbul 2006, s. 154-187.
- Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- Doğan, Mürsel: Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1.
- Dr. Fritz, Funk Jun: Borçlar Kanunu Şerhi I. Umumi Hükümler. (Çeviren, Şeldet/Selek)
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1991.
- Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1B.2 İzmir 1994.
- Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Soyer, M. Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal, İstanbul 2005.
- Sümer, H. Hadi: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Şahlanan, Fevzi: İşe iade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar incelemesi, www.tekstilveren.org
- Tuhr, Von: Borçlar Hukuku, Cilt II, Ankara 1983. (Çeviren, Cevat Edege)
- Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.
- Turan, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993.
- Turanboy, K. Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Özel, Çağlar: Yargıtay’ın İbra Sözleşmelerine Bakışı, www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale11.pdf
- Uçum, Mehmet: Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, sayı 4, s. 1302-1320.
- Uçum, Mehmet: İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

Av. Taliphan KIYMAZ

Türk Metal Sendikası Hukuk Müşaviri

Ücretin Korunmasına Dair Hükümler Bağlamında “Ücret Garanti Fonu”

1. Giriş

Yasal olarak “genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” olarak tanımlanmaktadır. (İş K.md.32/1) Madde devamında ücretin kural olarak Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre yine Türk parası ile ödenebileceği, bono ile kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamayacağı, ücretin en geç ayda bir ödeneceği, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresinin bir haftaya kadar indirilebileceği açık bir şekilde ifade olunmaktadır.

Madde metninin 95 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak ele alındığı hemen göze çarpmaktadır. Ücretin kural olarak emek karşılığında ödenmesi gerektiği belirtilerek sosyal mülahazalar gereği çalışılmış sayılan günler karşılığında da ücret ödenebilmesine imkân tanınmaktadır. Ücretin yalnızca işveren tarafından ödenmesi şart olmamakla birlikte mutlaka para ile ödenmesi, özellikle Türk parası ile ödenmesine madde içerisinde vurgu yapılmıştır. İspat kolaylığı açısından ücretin işyerinde bordro karşılığı ödenmesi veya işçinin banka hesa-

bına yatırılması öngörülmektedir. İşçinin bir an önce ücretine kavuşabilmesi için ücret ödeme şekillerine birtakım sınırlamalar getirilmekte, düzenli aralıklarla ödenmesi ilkesi çerçevesinde ücretin en geç ayda bir, en erken haftada bir ödeneceği hükmüne bağlanmaktadır.

Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin asli unsurlarından olan işçi ücretleri ile ilgili olarak yasal maddelerde çeşitli kısıtlar ortaya konmuştur. Aslında ücretin korunması için getirilen bu kısıtlara 4857 sayılı İş Kanunumuzun pek çok maddesinde ve diğer yasalarımız içerisinde de rastlamaktayız. Konumuz “Ücret Garanti Fonu” olmakla birlikte aralarındaki sıkı bağlantı nedeniyle ücretin korunmasına dair mevzuatımızda yer alan bu hükümlere kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

2. Ücretin Korunmasına Dair Yasal Mevzuatımız İçerisinde Yer Alan Düzenlemeler

Yukarıda da belirtildiği üzere ücretin güvencesi olabilecek nitelikteki hükümlere ağırlıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunumuz içerisinde rastlasak da 818 sayılı Borçlar Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Yasası ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası içerisinde de

aşağıda belirtilen şekilde bu tür hükümler yer almaktadır.

- Belli şartlar altında alt işverence ödenmeyen işçilik ücretlerinden asıl işverenin de sorumlu olacağına dair İş K. md. 2 hükmü,

- İşçi ücretlerinin belirlenmesi ve ödenmesinde ırk, dil, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler ile iş sözleşmesinin türüne dayalı ayrımlar yapılamayacağına dair İş K. md. 5, 12 ve 13 hükmü,

- Takım kılavuzu için işçi ücretlerinden işe aralık veya benzeri bir nedenle kesinti yapılamayacağına dair İş K. md.16 hükmü,

- İşe iade kararı alan işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesine dair İş K. md 21 hükmü,

- Yeni iş arama izni verilmeyen veya eksik kullandırılan işçiye o süreye ilişkin ücretinin ayrıca ödeneceğine, bu esnada eğer çalıştırılırsa ücretinin % 100 zamlı ödeneceğine dair İş K. md. 27 hükmü,

- Ücretin Türk Lirası ile en geç ayda bir ödenmesi, başka şekillerde ödenmemesi, iş akdi fes-hinde işçilik haklarının tam ödenmesi ve ücret ödemesi yapılamayacak yerler ile ilgili İş K. md. 32 hükmü,

- İşverenin ücret ödeme aczine düşmesi halinde son üç aylık ücretinin ücret garanti fonundan karşılanacağına dair İş K. md. 33 hükmü,

- Ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir sebep olmaksızın ücret ödenmemesi sebebiyle işçinin iş görme borcundan kaçınabileceğine dair İş K. md. 34 hükmü,

- Ücretin iflas ve takastan korunmasına yönelik İİK m. 206, 207, BK m. 123/b2 hükümleri, yine ücretin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, başkasına devir ve temlik edilemeyeceğine dair İş K. md. 35 hükmü, aynı şekilde kısa çalışma ödeneğinin de dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, başkasına devir ve temlik edilemeyeceğine dair “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Yönetmeliği” md. 35 hükmü,

- Kamu işverenleri için zorunlu olmakla birlikte, alt işverene iş veren diğer işverenlerin de gerektiğinde yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit ve taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol edeceklerine, ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine her hakediş dönemi için en fazla 3 aylık

Ülkemizde uluslararası sözleşmeler ile birbirini tamamlayıcı nitelikteki AB Yönergeleri çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanunu yoluyla ilk defa bir “Ücret Garanti Fonu” kurulmuştur.

ücretinin bordrosu göz önüne alınarak ödenecek hakedişlerden kesilerek alacaklı işçiye ödeneceğine dair İş K. md. 36 hükmü,

- Ceza kesintilerine karşı ücretin korunmasına yönelik İş K. md. 38 hükmü,

- Asgari ücretin altında ücret ödenmeyeceğine dair İş K. md. 39 hükmü,

- Zorlayıcı nedenlerle çalışmama nedeniyle bir haftaya kadar işçi ücretinin yarısının her gün ödenmesine dair İş K. md. 40 hükmü ile bu durumda hafta tatili için de yarım ücret verilmesine dair İş K. md. 46 hükmü,

- Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine, İş Kanunu ile işçilere hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatiller, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışmalar hakkında getirilen hakları kısıtlayıcı hükümler konulamayacağı, daha elverişli hak ve menfaatlerin ise uygulanacağına dair İş K. md. 45 hükmü,

- Hizmet akdi sona eren işçiye kullanmadığı yıllık izinlere ait ücretinin son ücreti üzerinden hesaplanıp ödenmesine dair İş K. md. 59 hükmü,

- Ücretin tek taraflı indirime karşı korunmasına yönelik İş K. md. 62 hükmü,

- Kısa çalışma ödeneğini düzenleyen İş K. md. 65 hükmü,

- İşçi sağlığı ve güvenliği açısından işyerlerindeki iş durdurulur veya işyeri kapatılırsa işsiz kalan işçilere işveren tarafından ücretlerinin ödenmesine devam edileceği veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş verileceğine dair İş K. md. 79 hükmü,

- İşçi sağlığı ve güvenliği açısından tehlike durumunda belli şartlarda çalışmaktan kaçınma hakkı bulunan işçinin ücret ve sair haklarının saklı kalacağına dair İş K. md. 83 hükmü,

- İş Kanunu'nun uygulanmayacağı birtakım işyerlerinden olsa da yine ücret ile ilgili bazı hükümlerin buralarda da uygulanacağına dair İş K. md. 113 hükmü,

İş ilişkisinden kaynaklanmayan son üç aylık alacaklar ücret garanti fonu kapsamı dışında tutulmaktadır.

● Aday çırak ve çıraklar ile işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilere ödenecek ücretin yaşitlarına uygun asgari ücretin % 30'undan az olamayacağına dair Mesleki Eğitim K. md. 25 hükmü,

● Özel okullarda yöneticilik ve eğitim öğretim hizmeti yapanların ücretlerinin korunmasına yönelik getirilen Özel Öğretim Kurumları K. md. 33, 35, 37, 38 hükümleri ücretin korunmasına yönelik olarak getirilmiş bu tür kıstaslardan bazılarıdır¹.

3. Ücret Garanti Fonu

Yukarıda da örneklendirildiği üzere iş sözleşmelerinde işverenin asli edimlerinden olan ücretin korunmasına yönelik mevzuatımızda pek çok hükme yer verilmiştir. Bunun nedeni korunmasında kamu yararı bulunan işçi ücretine kanun koyucunun vermiş olduğu özel önemdir.

Nitekim ücret, işçilerin büyük çoğunluğu için biricik geçim aracıdır. Bu yüzden yasa koyucu ücretin belli bir sınırın altına indirilmesi veya tümüyle ortadan kaldırılmasını önlemek için önlem almak zorunda kalmış, diğer alacaklarda rastlandığının çok üstünde ücreti koruyucu hükümlere yer vermiştir².

İşte "Ücret Garanti Fonu" uygulaması da ücretin korunmasına yönelik olarak getirilmiş bu hükümlerden biri, belki en önemlilerindedir.

"Ücret Garanti Fonu" uygulaması tarihsel olarak çok çeşitli nedenlerle ödeme aczine düşen işyeri sayısının çokluğuna binaen uluslararası örgütlerce bu işyerlerindeki işçileri korumak üzere hazırlanan sözleşmeler ya da yönergeler (düzenlemeler) doğrultusunda üye ülkelerin mevzuatına girmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1949 yılında kabul ettiği ve TBMM tarafından 1960 yılında onaylanan 95 sayılı Sözleşme³ ile yine ILO tarafından 1992 tarihinde kabul edilen ancak ülkemizce henüz onaylanmayan 173 sayılı Sözleşme⁴, AB Konseyi'nin 20 Ekim 1980 tarihli üye ülkelere ücret güvencesi sağlama yönünde kurumları oluşturma yükümlülüğü yükleyen 1980/897 sayılı Yöner-

gesi ile bu yönergede değişiklikler yapan 2 Mart 1987 tarihinde kabul edilen 1987/164 sayılı Yönerge ve 8 Ekim 2002 tarihli AB Resmi Gazetesinde yayımlanan 2002/74 sayılı Yönerge bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Dolayısıyla işverenin ödeme aczine düşmesi halinde çalışanın ücret alacağına ödenmesine koruma getirilmesi hususunda birçok ülkenin mevzuatında kendi yapılarına uygun ancak yukarıda sayılan uluslararası düzenlemelere paralel hükümler yer almıştır.

Zaten dünyada işçilik alacaklarının korunmasına ilişkin olarak (garanti kurumu sistemi ve imtiyaz sistemi olmak üzere) belli başlı iki sistem öngörülmüştür. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 173 sayılı Sözleşmesi'nde her iki sisteme de yer verilerek tercih üye ülkelere bırakılmıştır. İmtiyaz (öncelik) sisteminde, işçilerin hizmet sözleşmesi ile istihdamından kaynaklanan alacaklarının işyerinin ödeme güçlüğüne düşmesi halinde diğer alacaklara göre ayrıcalıklı ve öncelikli olarak ödenmesine ilişkin hükümler vazedilmektedir. "Garanti Fonu" ya da "Garanti Kurumu" sistemi ise çalışanların işverenlerden alamadıkları işçilik alacaklarının bir bölümünü, işveren aleyhine hukuki takip yapmadan belirli kayıt ve şartlarda alabilmeleri imkânını getirmektedir. Öte yandan işverenin ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda, ödenmeyen işçilik alacaklarının, belli sınırlar dahilinde de olsa ödenmesi için, bu alacaklardan oluşturulacak bir fon ya da kurum tarafından karşılanması AB ülkelerinde en fazla koruma sağlayan sistem olarak kabul edilmektedir⁵.

Bizdeki düzenlemeler açısından da örnek alınan AB Yönergesinde (direktifinde) ödenmeyen tüm işçilik alacaklarının karşılanması öngörülmekte, 8 hafta ile 3 ay arasında değişen bir garanti öngörülmektedir. Fonun mali yapısının bozulması için, yakın zamanda ülkemiz tarafından da bu yönde bir değişiklik yapılması düşünülen, ödemelere tavan getirilmesi esası benimsenmekte, fon kapsamı dışında bırakılabilecek işçiler ile ilgili sınırlamalara yer verilmektedir.

Ülkemizde de uluslararası sözleşmeler ile birbirini tamamlayıcı nitelikteki AB Yönergeleri çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanunu yoluyla ilk defa bir "Ücret Garanti Fonu" kurulmuştur. Bu nedenle 2003 yılı öncesi mevzuatımızda fon ile ilgili olarak benzer bir hükme rastlamamaktayız.

Ücret Garanti Fonu ile ilgili İş Kanunu 33. maddesi ve Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği içerisinde şahsen başvuru öngörülmemekteyse de uygulamada Kurum tarafından ancak şahsen başvurular kabul edilmektedir.

4857 sayılı İş Yasası'nın "İşverenin Ödeme Acizine Düşmesi" başlıklı 33. maddesi uluslararası düzenlemelere konu olan ücret garanti fonu uygulamasını ele almakta ve "İşverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması veya işverenin iflası nedenleri ile işverenin ödeme gücüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur..." hükmünü içermektedir. Böylece iflas ve konkordato gibi durumlar nedeniyle işçinin ücretinin hiç değilse belli bir bölümüne hiç erişememesi riski ortadan kaldırılmaktadır.

Yasa maddesi içeriğinde Ücret Garanti Fonu'nun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca bir yönetmelik çıkarılacağı da ifade edilmektedir. Söz konusu yönetmelik ise "Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği" olarak hazırlanmış ve 18.10.2004 tarih ve 25617 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelikte de belirtildiği üzere fonun gelirleri, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin işveren payının yıllık toplamının yüzde biri ile bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazançlardan oluşturmaktadır. Tabii Sosyal Sigortalar Kurumu'nca İşsizlik Sigortası Fonu'na aktarılan işveren payının yüzde biri, fon adına farklı bir hesapta takip edilmektedir. Biriken fon ise, işsizlik sigortası fon kaynaklarının değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde, İşsizlik Sigortası Fonu içerisinde değerlendirilmektedir. Ücret Garanti Fonu'nun giderleri ise işçilere

yapılan ücret ödemeleri ve fona ilişkin olarak İş-Kur tarafından yapılan giderlerdir.

Görüldüğü üzere Ücret Garanti Fonu ile işverenlere yeni bir maliyet getirilmemekte, gelir kaynağı SSK tarafından tahsilatı yapılarak İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılan primlerden karşılanmaktadır.

Yine Ücret Garanti Fonu İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulu kararları çerçevesinde işletilmekte ve yönetilmektedir.

Fondan ödeme yapılabilmesi için işçinin (geçerli) bir hizmet akdi veya hizmet ilişkisine dayalı olarak bir işveren nezdinde 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde çalışması gerekmektedir.

İş ilişkisinden kaynaklanmayan son üç aylık alacaklar ücret garanti fonu kapsamı dışında tutulmaktadır⁶.

Dolayısıyla Borçlar Kanunu kapsamında çalışan veya Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında çalışmasını sürdüren çırağın fon hükümlerinden yararlanamayacağı açıktır. Yine bir eser sözleşmesinden veya vekalet akdinden kaynaklanan ücret alacakları için fondan ödeme yapılması mümkün değildir. İşyerinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olup olmadığı konusunda tereddüt bulunması halinde durum Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden sorulacaktır⁷. Ancak fondan yararlanmak üzere başvuru için iş sözleşmesinin devam edip etmediğine bakılmaktadır.

İşverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması veya işverenin iflası nedeniyle ödeme gücüne düşmesi bir başka şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine işverenin ödeme gücüne düşmesi nedeniyle ancak son üç aylık ücreti fondan talep edilebilecektir. Taraflar anlaşsa dahi son üç aydan önceki döneme ilişkin ücret alacakları fon garantisini kapsamı dışında tutulmaktadır. Burada garanti fonu kapsamına alınan ücret Yönetmeliğin 4. maddesindeki tanım gereği net ücret olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yönetmelik gereği yukarıdaki yasal şartları taşıyan, işverenden ücret alacağı bulunan işçinin; son üç aylık ücretlerinin ödenmediğini gösteren işçi alacak belgesi veya son üç aylık ücret alacağını gösteren sair belge ile birlikte ikamet ettiği yere en yakın İş-Kur birimine aşağıdaki belgelerden biri ile başvurması gerekmektedir:

a) İİK 143. madde gereği icra dairesinden alınan aciz vesikası veya 105. maddenin 1. fıkrası uyarınca aciz vesikası hükmündeki belge (haciz tutanağı)

Burada aciz vesikası ile kastedilmek istenen husus işverenin borcu karşılayacak malının bulunmadığının icra dairesi veya iflas idaresi tarafından kesinleşmiş icrai haciz işlemleri sonunda tespit edilmesidir. Yine haciz sırasında borçlunun haczedilebilir malı bulunmazsa durum haciz tutanağı ile tespit edilir ki bu belge de İİK md.143 anlamında kesin haciz belgesi niteliğindedir⁸.

(Aciz vesikasında İş-Kur tarafından “hacze kabil mal yoktur.” ibaresi aranmaktadır. Aksi takdirde verilen belge geçici aciz vesikası olacağından bu durumda ödeme yapılması mümkün olmayacaktır⁹.)

b) İflasın açılmasına dair mahkeme kararının tasdikli sureti veya İİK 166. madde uyarınca iflas kararının iflas dairesince tirajı 50000'in üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflas edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiğini gösteren belge

İflas kararı ile birlikte kararın kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.

c) İcra tetkik merciince verilen konkordato mühleti kararının tasdikli sureti veya İİK md. 288 uyarınca mühlet kararının tirajı 50000'in üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile ilan edildiğini gösteren belge

Ücret Garanti Fonu ile ilgili İş Kanunu 33. maddesi ve Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği içerisinde şahsen başvuru öngörülmemekteyse de uygulamada Kurum tarafından ancak şahsen başvurular kabul edilmektedir.

Burada Kurum tarafından 4447 sayılı Kanun'un işsizlik sigortası yardımlarından yararlanmak üzere şahsen ve doğrudan başvuruyu öngören 48 ve 51. maddelerine ve işsizlik sigortası fonuna işçinin doğrudan ve şahsen başvuru yapılması gerektiğine

dair Yargıtay HGK kararına¹⁰ paralel bir uygulama benimsenmekte, İş K. md. 33 ve Yönetmeliğin 5. maddelerinde Ücret Garanti Fonu'nun da İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında kurulacağına ve işletileceğine dair hükümleri neticesi İşsizlik Sigortası Fonu uygulamalarında olduğu gibi işçinin şahsen başvurusu aranacağı mantığından hareket edilmektedir.

Halbuki gerek gelişmiş ülkelerdeki örnekler ve gerekse yasal mevzuat içerisinde işsizlik sigortası fonundan yararlanan işçinin yeni bir iş almaya hazır olduğunu göstermesi veya çalışmaya istekli ve elverişli bulunması gerektiğini aktif olarak ispat etmesine dair ibareler, işsizlik sigortası başvurularının bizzat yapılması gerektiğini anlaşılabilir kılsa da, ücret garanti fonu ödemelerinde böyle bir amaçla hareket edilmesi mümkün değildir. İşsizlik sigortası uygulamaları ile ücret garanti fonu uygulamaları için öngörülen amaç birbirinden çok farklıdır. Dolayısıyla diğer tüm sigorta ödemelerinde olduğu gibi bunun içinde vekil vasıtasıyla başvuru yapılabilmesi mümkün hale getirilmelidir.

İş-Kur birimleri şahsen yapılacak bu başvuru üzerine gerekli araştırmaları yapmakta ve evraklarda da bir eksiklik yok ise en geç otuz gün içinde işçiye, son üç aylık ücret alacağını ödeyerek durumu ivedilikle, ilgili icra-iflas müdürlüklerine veya konkordato komiseri ile işverene bildirmektedir. Yapılan incelemede hak sahipliği sözkonusu değil ise ret kararı gerekçesi ile birlikte ilgiliye tebliğ edilmektedir.

Ücret Garanti Fonu kapsamında yapılacak ödemelerin, fon kaynaklarıyla sınırlı olduğu, işçinin aynı işverene olan iş ilişkilerinde aciz vesikasına dayanarak Ücret Garanti Fonu'ndan bir kez yararlanabileceği, işverenlerin işsizlik sigortası primi ödemiş olmalarının, işçilerin ücret garanti fonundan yararlanmalarına engel teşkil etmeyeceği hususlarının yine ilgili Yönetmelik içerisinde ifade olunduğunu da ekleyelim.

İşsizlik sigortası uygulamaları ile ücret garanti fonu uygulamaları için öngörülen amaç birbirinden çok farklıdır.

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde 2005 yılında fondan yararlanmak üzere 1269 kişi başvurmuş ve kendilerine toplam 3.283.075 YTL ödeme yapılmıştır. 2006 yılında ise bu sayı 1134 kişi olarak gerçekleşmiş, 1.711.294 YTL ödeme yapılmıştır. 2007 yılı Ağustos ayı sonuna kadar yararlanan kişi sayısı ise 1670 kişi olmuş, bu kişilere fondan yapılan ödeme miktarı ise 2.905.703 YTL olarak gerçekleşmiştir. Dolayısıyla 31.07.2007 tarihi itibarıyla o güne kadarki ödemeler toplamı olan 7.899.465,66 YTL düşüldükten sonra fonun varlığı 55.308.406,91 YTL civarındadır¹¹.

Sonuç olarak yukarıda belirtilen rakamlardan da anlaşılacağı üzere fondan yararlanan işçi sayısı oldukça düşüktür. Bunun en önemli nedeni ise işçilerin büyük çoğunluğunun fondan habersiz olması, işçiye ödeme yapılabilmesi için ibraz edilmesi zorunlu belgelerin temininin zor ve uzun zaman gerektirmesidir. Dolayısıyla hak sahiplerinin fondan etkin bir biçimde yararlanması şimdiye kadar bir türlü gerçekleşmemiştir. Sorunun çözümü adına gerekli düzeltmelerin yapılması ise bugün artık ivedilik arz etmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 EVREN, Öcal Kemal, İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2006 s. 98-107.
- 2 GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 387-388.
- 3 "Ücretin Korunmasına İlişkin 95 Sayılı Uluslararası Sözleşme".
- 4 "İşverenlerin Ödeme Güçlüğü Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin 173 Sayılı Uluslararası Sözleşme."
- 5 KORKUSUZ, M. Refik, "İş Hukukumuzda Yeni Bir Kurum; Ücret Garanti Fonu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 1328.
- 6 Türkiye İş Kurumu İşlemler El Kitabı, Bölüm 4, 13.02.2007 s. 4-21.
- 7 KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Yorumu, Legal Yayıncılık, Ankara 2003, s. 366.
- 8 KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, II. Tıpkı Basım, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2006, s. 639.
- 9 Türkiye İş Kurumu İşlemler El Kitabı, Bölüm 4, s. 4-21, www.iskur.org.tr
- 10 06.05.2006 tarih ve 2006/10-243 E., 2006/271 K. sayılı Yargıtay HGK kararı.
- 11 İŞKUR, İşsizlik Sigortası Fonu, Aylık Basın Bülteni, Temmuz 2007.

KAYNAKÇA

- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2003.
- DEMİR, Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Şen Matbaası, Ankara Mart 2006.

- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları; Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- EVREN, Öcal Kemal, İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2006.
- İŞKUR, İşsizlik Sigortası Fonu, Aylık Basın Bülteni, Eylül 2007.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, İstanbul 2005.
- KORKUSUZ, M. Refik, "İş Hukukumuzda Yeni Bir Kurum; Ücret Garanti Fonu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, II. Tıpkı Basım, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2006.
- İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları, TİSK Yayınları, Nisan 2003, Bölüm 4.
- Türkiye İş Kurumu İşlemler El Kitabı, Bölüm-4, www.iskur.org.tr

Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI

Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2005/23601

Karar No: 2005/33170

Tarihi : 12.10.2005

DAVA

Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kabul etmiştir.

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

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 12.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

razılarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 12.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. GEBZE İŞ MAHKEMESİ HAKİMLİĞİ

MAHKEME KARARI

Esas No : 2004/757

Karar No: 2005/165

Tarihi : 11.05.2005

Yukarıda tarafları ve mahiyeti yazılı davanın mahkememizde yapılan açık yargılaması sonucunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Davacı vekili tarafından verilen dava dilekçesinde, müvekkilinin 01.06.2000 tarihinde Gebze Belediyesine bağlı Gebze Hizmet Vakfının Sümey-

ye Hatun Hastanesinde çalışmaya başladığını, daha sonra bu işyerinin önce Gebze Hizmet Vakfına daha sonra da Gebze Belediyesi bünyesine alındığını, müvekkilinin hiç ara vermeden aynı işyerinde çalışmaya devam ettiğini, müvekkilinin 430.000.000 TL. net ücret ile çalıştığını, yerel seçimler sonrası hiçbir neden gösterilmeden iş akdine son verildiğini, yapılan bu feshin geçerli bir nedene dayanmadığını ve fesih için uyulması gereken prosedüre uyulmadığını, H... İş Sendikasına üye olan müvekkilinin toplu iş sözleşmesinin 7. maddesinin 3. fıkrasına göre işverene bağlı olan birimlerin kapatılması veya tasfiyesi halinde bu birimlerde çalışan işçilerin belediye bünyesinde kadrolarına uygun işlere yerleştirilmesi gerektiğini, en son çare olarak feshe başvurulması gerektiğini, işverenin bunları göz ardı ederek geçersiz fesihle bulunduğunu belirterek işverence yapılan feshin iptaline, müvekkilinin işe iade edilmesine karar verilmesini, feshin iptali durumunda fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak boşta geçen 4 aylık ücretinin ödenmesini ve işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde en az 4 aylık ücreti tutarında tazminatın hükmedilmesini yargılama gideri ve avukatlık ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili tarafından mahkememize verilen cevap dilekçesinde, davacının 30.10.2003 tarihinde 4 ay süre ve geçici işçi statüsünde Sağlık İşleri bünyesinde bulunan Sümeyye Hatun Hastanesinde çalışmaya başladığını, belediyenin yeni dönemde yeniden yapılanma içine girdiği için bir takım birimleri kapattığını, Sümeyye Hatun Hastanesinin de bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyetine son verdiklerini, davacının da içinde bulunduğu 29 işçinin iş akitlerine ihtiyaç duyulmadığından İş Yasasının 18. maddesi gereğince bütün hak ve alacakları ödenerek fesih edildiğini, yapılan feshin usul ve yasaya uygun olduğunu, davacının kıdemi en az 6 sürmüş işçinin iş akdi fesih edilirken geçerli bir sebebe dayanma mecburiyeti olduğunu, davacının toplam kıdem süresinin 4 ay 25 gün olduğunu, kıdem süresi 6 ayın altında olduğu için 18. maddedeki haklardan yararlanmasının söz konusu olmadığını, bu nedenle iş akdinin geçerli bir sebebe dayandırma zorunluluğu bulunmadığı, davacının kıdemi 6 ayın

altında bulunduğundan işe iade davası açma hakkının bulunmadığını bu nedenle davanın reddinin gerektiğini, Gebze Hizmet Vakfının ve Marmara Uzmanlar Şirketinin belediyeye bağlı olmadığını, bunların belediyeden bağımsız tüzel kişiliklerinin bulunduğunu, hukuki bir bağlantısının bulunmadığını, Gebze Hizmet Vakfı, Sümeyye Hatun Hastanesinin işletmeciliğini ihale yoluyla kiralanmak suretiyle Belediyeden alıp işlettiğini, Gebze Hizmet Vakfının kira süresi bitince Hastaneyi tahliye ederek belediyeye devrettiğini, davacı ve diğer işçilerin vakıf bünyesinde çalıştıklarını, kira süresi bitince vakıftan ayrıldığını, işçinin niteliği gereği ve belediyedeki yeniden yapılanma ve küçülme çalışmaları nedeniyle başka birimde çalıştırılmasının mümkün olmadığını, işten ayrıldığı tarihte aynı vasıf ve mahiyette yeni bir işçi de alınmadığını, belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davacının işyeri şahsi dosyası getirilmiş, bildirilen tanıklar dinlenilerek bilirkişiden rapor alınmıştır.

Davacının işyeri şahsi dosyasının incelenmesinde, davacının 30.12.2003 tarihinde Gebze Belediyesinde bünyesinde çalışmaya başladığı, 25.05.2004 tarihinde Gebze Belediyesi Sağlık İşleri Müdürlüğüne bağlı Sümeyye Hatun Hastanesinin bütünüyle ve devamlı surette faaliyetine son verilmesi nedeniyle geçici işçi statüsünde çalışan davacının hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığından 4857 sayılı Yasanın 18. maddesi gereği iş akdinin fesih edildiği anlaşılmıştır.

Dinlenen davacı tanıkları Gebze Belediyesinde çalıştıklarını, Gebze Hizmet Vakfı kurulmadan önce Belediyenin ortağı olduğu Marmara Uzmanlar Şirketinde çalışan işçilerin vakıf kurulduktan sonra Sümeyye Hatun Hastanesinde çalışmaya başladıklarını, hastanede çalışmaya başlamadan önce ücretlerini Marmara Uzmanlar Tic. ve San. Ltd. Şrk.inden aldıklarını, Sümeyye Hatun Hastanesinde çalışmaya başladıktan sonra ücretlerini vakıftan almaya başladıklarını, işçilere şirketten çıkış ve vakfa giriş işlemlerinin yapıldığını, tazminatlarının ödenmediğini, tazminatlarına karşılık iş verildiğini, hastanenin Gebze Belediyesine devir olacağını söylediklerini, işçilere Gebze Belediyesine dönmek istiyorlarsa tüm haklarından vazgeçtiklerine dair yazı imzalattıklarını, davacı ve birlikte işten çıkarılan işçilerin yazı imzalatılarak işten çıkarıldıklarını, belediye işçilerinin sendika üyesi

olduklarını, belediyede TİS olduğunu, işçilerin çalışma süreleri arasında kopukluk olmadığını beyan etmişlerdir.

Dinlenen davalı tanığı R. K., davalı belediyede personel müdürü olarak görev yaptığını, Gebze Hizmet Vakfının tüzel kişiliği olan bir vakıf olduğunu, kendisinin kurucuları ve görevlileri içinde olmadığını, Gebze Hizmet Vakfının ihale ile Sümeyye Hatun Hastanesinin işletmesini devraldığını, 2003 yılında kira süresi dolunca hastaneyi Gebze Belediyesinin kendisi işletmeye karar verdiğini, İşçi Bulma Kurumuna personel alacaklarını bildirdiklerini, davacı ve arkadaşlarının 4 aylık geçici işçi olarak işe alındıklarını, bu işçilerin daha önce vakıf işçisi olarak hastanede çalıştıklarını duyduğunu, mahalli idareler seçimi sonrası hastanenin zarar etmesi üzerine hastanenin kapatılmasına karar verildiğini, davacı ve arkadaşlarının hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığı için iş akitlerine son verildiğini, beyan etmiştir.

Davacının Gebze Belediyesinde çalışmaya başladığı tarihten işine son verildiği tarihe kadar hangi görevlerde çalıştığı, Gebze Hizmet Vakfının kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin çalışmalar ve Sümeyye Hatun Hastanesinde mevcut personel ile verimliliğin sağlanıp sağlanamayacağı, iddialara göre hastanenin kurulduğu tarihten itibaren verimli olup olmadığı, hastanede çalışan işçilerin öncesinde belediyede çalışıp çalışmadığı, hastane kapatıldığında önceki belediyedeki görevlerine dönüp dönmeyeceği konusunun tespiti için dosya bilirkişiye tevdi edilmiş, bilirkişiler düzenledikleri 25.04.2005 tarihli raporlarını sunmuşlar, bu rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiş ise de raporun ayrıntılı ve gerekçeli oluşu nedeniyle itirazlar yerinde görülmemiş, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmamış, rapor mahkememizce kabule değer görülmüştür.

Toplanan delillere, tanık anlatımlarına, iş yeri şahsi dosyasına, bilirkişi raporuna ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ve bir kısım işçilerin Sümeyye Hatun Hastanesinin kapatılması nedeniyle işlerine son verildiği, ancak toplu iş sözleşmesinin 7. maddesinin 3. fıkrasına göre belediyeye bağlı birimlerin kapatılması halinde çalışan işçilerin öncelikle kadrolarına, kadroları yoksa uygun bir işe verilmesinin gerektiğini, ayrıca ayrılmak isteyenlere de kıdem tazminatının ödeneceğini belirlemek

te olup sözleşmenin sözleşmeye taraf işçi sendikası üyeleri ile diğer taraf işveren arasında bağlayıcı bir hüküm bulunduğu, toplu iş sözleşmesine ve yasaya aykırı şekilde son çare olarak işçilerin iş akitlerinin fesih yoluna gidildiği, davacının iş akdi feshi öncesinde yasanın gerektirdiği mesailerin kaldırılması, yıllık izinlerin kaldırılması gibi tedbirlere başvurulmaksızın davacının iş akdinin feshinin haksız olduğu, 4857 sayılı Yasanın 20. maddesinde belirtilen feshin geçerli bir sebebe dayandığı ispat yükümlüğünün işverene ait olup davalı işverence davacının iş akdinin haklı olarak fesih edildiği hususlarının ispatlanamadığı yapılan iş akdi feshinin haksız olduğu sonucuna varılmış, aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

Davanın kabulü ile;

Feshin geçersizliğine davacının işe iadesine,

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

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

Alınması gereken 11,20 YTL. harcın peşin alınan harçtan mahsubu ile bakiye 1,10 YTL. harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Yargılama gideri olan peşin harç 10,10 YTL., 3 davetiye bedeli 10,50 YTL., posta gideri 9 YTL. olmak üzere toplam 29,60 YTL. nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Davacı taraf kendisini avukat ile temsil ettirdiğinden avukatlık asgari ücret tarifesine göre davacı yararına hesap edilen 350 YTL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, dair;

Yasa yolu açık olmak üzere davacı vekili ile davalı Belediye Başkanlığı vekillerinin yüzlerine karşı verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 11.05.2005

KARARIN İNCELENMESİ

I. Karara konu olan olayda; davacının iş sözleşmesi davalı tarafından, hastanenin zarar etmesi üzerine hastanenin kapatılmasına karar verilerek, davacı ve arkadaşlarının hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığı gerekçesi ile feshedilmiştir. Bunun üzerine davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Buna karşılık, davalı işveren davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme, davacının isteğini kabul etmiş, davalı avukatı kararı temyiz etmiştir.

II. Yargıtay, iş mahkemesinin kararını klasik, matbu sözlerle onanmasına karar vermiştir.

III. İş mahkemesinin kararına göre; davacının Gebze Belediyesinde çalışmaya başladığı tarihten işine son verildiği tarihe kadar hangi görevlerde çalıştığı, Gebze Hizmet Vakfının kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin çalışmalar ve Sümeyye Hatun Hastanesinde mevcut personel ile verimliliğin sağlanıp sağlanamayacağı, iddialara göre hastanenin kurulduğu tarihten itibaren verimli olup olmadığı, hastanede çalışan işçilerin öncesinde belediyede çalışıp çalışmadığı, hastane kapatıldığında önceki belediyedeki görevlerine dönüp dönmeyeceği konusunun tespiti için dosya bilirkişiye tevdi edilmiş, bilirkişiler düzenledikleri raporlarını sunmuşlar, bu rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiş ise de raporun ayrıntılı ve gerekçeli oluşu nedeniyle itirazlar yerinde görülmemiş, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmamış ve rapor mahkemece kabule değer görülmüştür.

İş mahkemesinin kararına göre; davacı ve bir kısım işçilerin hastanenin kapatılması nedeniyle işlerine son verildiği, ancak toplu iş sözleşmesinin 7. maddesinin 3. fıkrasına göre Belediyeye bağlı birimlerin kapatılması halinde çalışan işçilerin öncelikle kadrolarına, kadroları yoksa uygun bir işe verilmesinin gerektiği, ayrıca ayrılmak isteyenlere de kıdem tazminatının ödeneceği belirtilmekte olup sözleşmenin sözleşmeye taraf işçi sendikası üyeleri ile diğer taraf işveren arasında bağlayıcı bir hüküm bulunduğu, toplu iş sözleşmesine ve yasaya aykırı şekilde son çare olarak işçilerin iş akitlerinin feshi yoluna gidildiği, davacının iş akdi feshi öncesinde yasanın gerektirdiği mesailerin kaldırılması, yıllık izinlerin kaldırılması gibi tedbirlere başvurulmaksızın davacının iş akdinin feshinin haksız olduğu, 4857 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde belirtilen feshin geçerli bir sebebe dayandığı ispat yükümlü-

ğünün işverene ait olup davalı işverence davacının iş akdinin haklı olarak feshi edildiği hususlarının ispatlanamadığı, yapılan iş akdi feshinin haksız olduğu sonucuna varılarak hüküm kurulmuştur.

IV. Yukarıya aldığımız iş mahkemesi kararı; iş sözleşmesinin feshi, işe iade, işyerinin kapatılmasının geçerli neden sayılıp sayılmaması, işyerinin kapatılması için işyerinin zarar edip etmemesi koşulunun olup olmadığı, işyerinde mevcut personel ile verimliliğin sağlanıp sağlanamayacağı ile işyerinin kurulduğu tarihten itibaren verimli olup olmadığına incelenerek iş mahkemesinin buna ilişkin karar verip veremeyeceğini, hastanede çalışan işçilerin öncesinde belediyede çalışıp çalışmadığı, hastane kapatıldığında belediyedeki önceki görevlerine dönüp dönmeyeceği konusuna ilişkin mahkemenin tartışılacak görüşünü göstermekte ve incelemeye değer bulunmaktadır.

Yargıtay ise iş mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir. Yargıtay; bu kararı verirken gerçekten işyerinin kapatılmasında iş sözleşmesinin feshini geçerli neden olarak görmemekte midir? Yoksa bu bir kaçak karar (dikkatlerden kaçan bir karar) mıdır?

V. Kararın değerlendirilmesine geçmeden önce konuyla ilgili yasal çerçeveye bakmak, iş güvencesi hükümlerini açıklamak, özellikle iş güvencesi hükümleri gereğince hüküm verilirken işyerinin kapatılmasının gerçek neden sayılıp sayılmayacağı durumunu ortaya koymak gerekli bulunmaktadır.

VI. Günümüzde işçinin işi koruyabilmesi için işverenin fesih hakkının sınırlandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması konusu; işçi, işveren ve toplum çıkarları arasındaki karşılıklı ilişkiler açısından, bunlar arasında çizilecek sınırlarla doğrudan ilgilidir. İşçinin işini koruması hakkının tanınması ve bunun sonucu olarak işverenin iş sözleşmesini (hizmet akdini) feshetme hakkının sınırlandırılması, hem işçi hem de toplum çıkarları açısından gerekli görülmektedir. Ancak, işçinin ve toplumun çıkarları gözönüne alınarak işverenin fesih hakkının sınırlandırılması düşünülürken, işverenin durumu ve bunun toplum çıkarı ile olan ilişkisi de gözden uzak tutulmamalıdır. Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, işverenin işçi çıkarmadaki serbestliğinin sınırlandırılması gerektiği kuşkusuz olmakla birlikte sınırların konulmasında durumun işveren açısın-

Belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi durumunda iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır.

dan da değerlendirilmesi zorunludur. Bir işletme uzun süre verimsiz çalışamaz. İşletmenin verimliliği başka yoldan sağlanamıyor ve işyerinden bazı işçilerin çıkarılması gerektiriyorsa buna olanak sağlanmalıdır. Verimlilik artışının toplum çıkarı düşüncesine de uygun olduğu ve aksi yöndeki bir gelişmenin topluma ağır yükler getireceği kuşkusuzdur¹.

İş güvencesi, “işçinin iş sözleşmesinin, haksız ve keyfi feshe karşı koruması”dır. Bir başka anlamıyla iş güvencesi, işverenin haklı ve geçerli bir nedene dayanmadan, işçinin iş sözleşmesini tek yanlı olarak feshedemeyeceğine dair güvencedir².

Hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, süreli fesih hakkının doğumu, geçerli, bir deyişle, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” nedenlere dayandırılmış (İK. m. 18/I) ve bunu ispat yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir. (İK. m.20/II)³.

İş hukukunda iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, süreli fesih hakkının doğumu, geçerli bir nedene dayandırılmış (İK. m.18/I) ve bunu ispat yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir (İK. m.20/II).

İş Yasası'na göre; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorundadır (İK. m.18/I).

İş Yasası bazı hususların fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağını da açıkça belirtmektedir. Örneğin; sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan bir hakkını takip etmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak vb. durumlar, Yasada belirtilerek (İK. m.18) geçerli neden olarak kabul edilmemektedir.

1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi - Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

İş güvencesi hükümlerinden yararlanacak işçiler, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinin en az altı aylık kıdemi bulunan belirsiz süreli iş sözleşmeli işçileridir⁴.

Yasa, iş güvencesinden yararlanacak işçilerin belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler olduğunu açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler hakkında iş güvencesi hükümlerinin uygulanması sözkonusu değildir. Bu işçiler iş güvencesinden yararlanamayacaklardır. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi durumunda da iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı anlaşılan işçinin işe iade hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir⁵.

2. Otuz İşçi Ölçütü

İş güvencesi, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacaktır. Somut olayda bunun belirlenmesine ilişkin bir sorun gözükmemektedir. O nedenle bu konunun üzerinde durulmayacaktır.

3. Altı Aylık Kıdem Ölçütü

İş Yasası'na göre; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin en az altı aylık kıdemi olması gerekir⁶. İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İK. m.18/IV). Bu Yasa hükmü karşısında altı aydan daha az kıdeme sahip işçiler işe iade davası açamayacaklar veya açsalar dahi davaları bu nedenle reddedilecektir⁷.

İşçinin feshe karşı korunmasına ilişkin yasal düzenlemede öngörülen bir sınırlama işçinin işyerindeki kıdemi ile ilgilidir. Yasaya göre; feshin işverence geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu en az altı aylık kıdemi olan işçiler için olacaktır. Altı aylık kıdemi olmayan işçinin hizmet akdininin feshinde işveren geçerli bir neden göstermek zorunda değildir. Yasa'nın ifadesinden, altı ayın dolmasına kadar her zaman feshin yapılması olanağının bulunduğu ve bildirim süresinin bitiminin altı aydan sonra rastlaması durumunda da fesih

için geçerli neden gösterme zorunluluğu olmadığı sonucu çıkmaktadır⁸.

İşçinin iş güvencesinin dışında kaldığı altı aylık süre içinde, işveren işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırırsa da, henüz altı aylık kıdemi olmayan işçinin iş akdini İK. m. 18 vd. yer alan koşullara ve usule tabi olmaksızın İK. m.17'ye göre sona erdirebilir⁹.

Dosyada altı aylık kıdem ile ilgili davacının ve davalının çelişkili bilgileri bulunmaktadır. Bu konunun araştırılması, işverenlerin aynı işveren mi yoksa farklı işveren mi olduğunun belirlenmesi, bunların yanında ne kadar çalışıldığının ortaya çıkarılması ve buna göre karar verilmesi gerekir.

Somut olayda işçinin davalı işverenin yanında altı aylık kıdemi yoksa, zaten bu durumda dava reddedilecektir.

Altı aylık kıdem olsa bile; bu durumda esas değerlendirme, gösterilen geçerli neden dolayısıyla yapılacaktır.

4. Geçerli Neden

İş Yasası'nda; belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde işverenin geçerli bir nedene dayanması gerektiği öngörülmüş ve bu nedenlerin neler olduğu açıklanmıştır. Böylece feshe karşı korumada hakkın kötüye kullanılması tekniği bırakılmakta, işverenin süreli fesih hakkı Yasayla sınırlandırılmaktadır.

Yasaya göre; belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorundadır (İK.m.18/D).

İş güvencesinin kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence süreli feshinde İK.m.17 uyarınca herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmediği halde, iş güvencesinin kapsamındakile-

Yasada, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin neler olduğu belirtilmemiş olup, bu nedenleri belirlemeye yarayacak bir kıstas da verilmemiştir.

İşletme gerekleri ile feshin amacı işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanması olmalıdır.

rin sözleşmesinin süreli feshinin İK.m.18/I de öngörülen geçerli nedenlere dayandırılması gerekir.

Geçerli neden kavramı Yasanın gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre; geçerli nedenler 25. maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek nedenler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan nedenlerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen nedenlerdir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir¹⁰.

a) Somut olay ile ilgisi bulunmadığı için işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli neden üzerinde durulmayacaktır.

b) İş akdini bildirimli olarak feshetmek isteyen işverenin dayanabileceği fesih nedenlerinden biri de Yasa da belirtildiği üzere; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerdir. Ancak Yasada, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin neler olduğu belirtilmemiş olup, bu nedenleri belirlemeye yarayacak bir kıstas da verilmemiştir. Örneğin, Fransız hukukunda feshin "gerçek ve ciddi" nedenlere dayanması aranmakta iken, Alman hukukunda "kaçınılmaz işyeri gerekleri" bir kıstas olarak aranmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de işletme gerekleri ile fesihte objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması aranmaktadır. Fesih için objektif bir neden yoksa fesih geçersiz olacaktır. Yani işletme gerekleri ile feshin amacı işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanması olmalıdır¹¹.

İş hukukunun en önemli amaçlarından biri de çalışma ilişkisinin sürekliliğini ve varlığını korumaktır. Hakkı nedenle yapılan fesihler dışında, işverenin fesih hakkının sınırlandırılarak işçinin, işinin güvence altına alınmaya çalışılması iş ilişkisinin varlığını koruma amacına yöneliktir. "İş güven-

cesi” kavramı ile amaçlanan, iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak Yasada gösterilen nedenlerin (geçerli nedenler) varlığı halinde feshedilebilmesi; yani işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasıdır. Söz konusu nedenler mevcut değilse ya da olmasına rağmen işveren tarafından kanıtlanamıyorsa, işçi işine iade edilecek veya bu gerçekleşmiyorsa kendisine bir özel tazminat ödenecektir¹².

İş güvencesi ile amaçlanan, işçinin işinin güvence altına alınması, çalışma hakkının korunmasıdır. Bu güvence, işçinin sahip bulunduğu işini koruyabilmesi, işine “keyfi” olarak son verilememesi biçiminde kendini gösterir¹³. İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması ve koşulları mevcut ise işe iade olanağının sağlanması ya da bunun yerine bir tazminatın ödenmesidir. İşe iade kararına rağmen

bı, hammadde sıkıntısı gibi nedenlerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.

İşyerinin içinden kaynaklanan nedenler ise: yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerini kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması,

gibi nedenler olabilir¹⁶.

Sayılan nedenlere benzer nedenler de ilave edilebilir. Zaman içerisinde konular yargı önüne geldikçe nedenler daha somut olarak ortaya çıkacaktır. İşletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenler işçinin çıkarılması ihtiyacını ortadan kaldırmalı ve mümkün olduğu ölçüde iş ilişkisi korunmalı, fesih son çare olmalı, fesihten önce başvurulabilecek yollar denenmelidir¹⁷.

Haklı nedenle yapılan fesihler dışında, işverenin fesih hakkının sınırlandırılarak işçinin, işinin güvence altına alınmaya çalışılması iş ilişkisinin varlığını koruma amacına yöneliktir.

işçiyi işe başlatmak istemeyen işveren mahkemenin belirlediği iş güvencesi tazminatını işçiye ödemek zorundadır¹⁴.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler işyeri içi nedenler ve işyeri dışı nedenler olarak tasnif edilmektedir. İşyeri dışı nedenler işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve işyerini etkileyen nedenlerdir. İşyeri içi nedenler ise işverenin işletme ile ilgili kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişim sonucunda işgücü fazlasının ortaya çıkmasıdır¹⁵.

İş Yasası'nın uygulanması bakımından Yasanın gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler konusunda örnekler verilmiştir. Bunlar uygulamaya ışık tutacaktır.

Madde gerekçelerinde yer verilen örnekler göre; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler: İşyerinin içinden kaynaklanan geçerli nedenler veya işyerinin dışından kaynaklanan geçerli nedenler olarak değerlendirilebilir.

İşyerinin dışından kaynaklanan nedenler: Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kay-

Geçerli bir fesihle işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri dışı veya işyeri içi nedenlerin, işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek onun çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekir. Böyle bir neden işyerindeki mevcut işgücü sayısının ihtiyaç duyulandan fazla olmasıyla doğmuş olur. İşyeri dışı veya işyeri içi devamlılık gösteren bir nedenin doğmasında işin daha az işçi ile yapılabilecek hale gelmiş olmasının varlığı aranmaktadır. Burada üzerinde durulması gereken konu, işçi sayısının azaltılması ihtiyacına uygun olarak işverence alınan işletmecilik esasları ile ilgili kararın ileride ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta mahkemece denetlenip denetlenemeyeceğidir. Alman hukukunda, Anayasadaki girişim özgürlüğüne dayandırılarak böyle bir kararın yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır. Ancak, mahkemece işçi çıkarma olanağını sağlayan nedenlerin gerçekten var olup olmadığı araştırılabilir ve bunların doğru ve makul olduğunun ve keyfiliğe dayanmadığının işveren tarafından kanıtlanması istenebilir. Alman hukukundaki bu görüşler hukukumuz için de geçerli sayılmalıdır¹⁸.

İş Yasası'nda yer alan geçerli fesih nedenleri;

İşyeri kesin ve sürekli olarak kapanmışsa, artık kapanma nedenleri üzerinde durmaya gerek yoktur.

diğer deyimle kısaca işletme gerekleri olarak özetlenecek işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ile işçiye ilişkin nedenler olarak nitelendirilen işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler esas itibarıyla 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 4. maddesinden alınmıştır. Aynı şekilde Avrupa Birliği ülkelerinde kabul edilen iş güvencesi sistemlerinde de geçerli fesih nedenleri bu iki temel nedene dayanır¹⁹.

İş Yasası'na göre; işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanarak feshedebilir. Yasada iş sözleşmesinin işletme gerekleri nedeniyle feshedebileceği öngörülmüş, ancak bu kavram Yasada açıklığa kavuşturulmamıştır. Türk hukukunda da işletme gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, ekonomik nitelikli objektif nedenlerin varlığından dolayı, işyerinde işçinin veya işçilerin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam edememeleri, işçinin çalışma olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işyerindeki işçi fazlasının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır²⁰. Geçerli bir feshin söz konusu olması için belirtilen işletme gerekleriyle, işverence yapılan fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalı, diğer deyimle fesih başka nedenlerle değil bu nedenlerle yapılmış olmalıdır²¹.

İş Yasası'ndaki düzenleme anayasal temelini sözleşme ve girişim özgürlüğünde²² (AY.m.48) bulan işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme hak ve özgürlüğünden kaynaklanır. Ancak, aynı hükümde iş sözleşmesinin feshi "geçerli bir nedene" dayandırılmak suretiyle işverenin girişimci olarak karar özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları yani anayasal çalışma hakkı (AY.m.49) arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır²³.

İşletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya bulunması geçerli bir fesih nedeni oluşturur²⁴. İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı düşüş, ciroda ve siparişlerde sürekli azalma, finansman ve

bütçe veya üretim açığı, müşteri çevresi kaybı, işçinin durumunu olumsuz etkileyen ekonomik kriz vb. ekonomik güçlükler süreli feshi geçerli kılan işletme gerekleri arasında sayılabilir. Bu nedenlerin ortaya çıkmasıyla işverenin işyerinde üretimi eskisi gibi sürdürme olanağının kalmaması, örneğin üretimin düşürülmesi, işyerinin bir bölümünün kapatılması nedeniyle işgücünün yeniden yapılandırılması gereği ve bunların sonucunda bir işgücü fazlası ortaya çıkmış olmalıdır. Kuşkusuz, ekonomik güçlükler sonucunda işverenin işyerini kapatmak zorunda kalması da geçerli bir fesih nedeni oluşturur²⁵. Türk hukukunda önemli olan işyerinin gerçekten kapatılıp kapatılmadığıdır. İşyeri kesin ve sürekli olarak kapanmışsa, artık kapanma nedenleri üzerinde durmaya gerek yoktur²⁶.

Yargıtay da ekonomik güçlüğü varlığı halinde yapılan süreli feshileri (toplu işten çıkarmaları) geçerli kabul etmektedir. Yargıtay, işten çıkarılan işçiler yerine yeni işçi alınmaması durumunda ihtiyacı fazla işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir neden olduğunu kabul etmektedir²⁷.

İşveren işletmesini ekonomik bakımdan istediği yönde en verimli, rekabet edebilir ve etkin üretim tarzını sağlayacak şekilde düzenlemek yetkisine sahiptir. Kötü giden ekonomik durum iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshine yol açabileceği gibi gerçek bir ekonomik güçlük söz konusu olmaksızın işveren verimli çalışmak, rekabet yeteneğini korumak ve artırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak (reorganizasyon) isteyebilir. Bu amaçla yapılan yeniden yapılandırma sonucunda işyerinde işçinin veya işçilerin çalışma olanağının ortadan kalkması ve iş akdinin geçerli olarak feshedilmesi mümkündür²⁸.

İşletmede verimliliğin, kalitenin artırılması ve rekabet yeteneğinin korunması düşüncesi işvereni değişik kararlar almaya yöneltebilir. İşveren bu amaçla üretimini kısımlar, üretim konusunu, yöntemlerini ve tekniklerini değiştirebilir, işletmesini küçültebilir. İşletmenin fazla verimli olmayan faali-

İşletmede verimliliğin, kalitenin artırılması ve rekabet yeteneğinin korunması düşüncesi işvereni değişik kararlar almaya yöneltebilir.

yetlerine son verebilir, bölümlerini veya üretim bandını kapatabilir, üretimin çeşitliliğini azaltarak belirli mal veya hizmetlerin üretiminde yoğunlaşabilir, iş akışını yeniden yapılandırabilir, alınan bu önlemler sonucunda işçi sayısının ihtiyaçtan fazla olması durumunda son çare olarak iş sözleşmelerini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir²⁹.

İşletmede uygulanan teknolojik değişimler de süreli feshi geçerli kılan diğer nedenlerdir. İşletmede teknolojik değişimlerin uygulama alanına geçirilmesi gelecekteki gelişmelere uyum gösterilmesi, piyasaya yeniden uyarlanma ve rekabet edebilirliği sürdürülebilirlik amacı taşır. Üretim süreçlerinin yeni teknolojik gelişmelere ve tüketici taleplerine uygun hale getirilmesi, modern makine ve üretim araçlarının devreye sokulması, bilgisayar, tele çalışma ve robot sistemlerinin kabulü işyerinde bazı işlerin ortadan kalkmasına, bu işlerde çalışan işçi-

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için iş güvencesi kapsamındaki hukukî ilişkilerde, süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir. Fesihle ulaşılmak istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır. İş Yasası'nda feshin son çare olma ilkesi açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık bu ilke Yasanın gerekçesinde yer almıştır. Yasanın gerekçesine göre; bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshin en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli neden kavramına yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Buna karşılık, son çare olarak işverenlerden ancak uygulanabilir nitelikte izlediği amaca uygun önlemler alması beklenebilir. Aynı

Fesihle ulaşılmak istenen sonuca, ölçülülük ilkesi uyarınca, sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise, yapılan fesih geçersiz sayılır.

lerinin çalışma olanağının kalmamasına buna karşılık yeni teknolojiye uyum sağlayabilecek yeni (vasıflı) işçilerin istihdamına yol açar³⁰.

İşverenin işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih yapabilmesinin diğer koşulu ekonomik nedenler veya teknolojik değişimler sonucunda işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması ve çalışmaya devam olanağının kalmamasıdır³¹. İşçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması ile süreli fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Örneğin, üretim düşürme kararı nedeniyle bir üretim bölümünün kapatılması sonucunda işçinin işinin ortadan kalkması ve işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması geçerli fesih nedenidir. İşveren işyerinde uyguladığı dışsal veya teknolojik değişim sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı kalmamış, başka şekilde istihdamı mümkün olmayan bir işgücü fazlası ortaya çıkmışsa ve işyerine yeni işçi alınması söz konusu değilse, işveren geçerli olarak söz konusu işçilerin iş akitlerini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. Başka bir deyimle, işletme gerekleri ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır³².

şekilde, işverenden işçiye yeni istihdam olanağı yaratması talep edilemez³³.

Feshin mümkün olduğu ölçüde en son çare olarak bakmak gerekmektedir³⁴. Ancak Yasada uyulması zorunlu önlemler açık bir biçimde belirlenmediği için sonuçta, madde gerekçesinde belirtildiği gibi "iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda da", feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. Feshin son çare olması ilkesine ilişkin önlemler alınmasa dahi yapılan bir fesih işlemi geçerli fesih nedenlerinden birine dayanmak ve işveren açısından işin sürdürülmesine bir engel oluşturulduğunun kanıtlanması koşulu ile gene de geçerli sayılacaktır. Bu ilkelere uygulanmasında somut olayın özellikleri dikkate alınacağından işten çıkarmanın daima son çare olarak görülmesi zorunluluğu olmayabilecektir. Örneğin, işyerini kapatan işveren işçiye işyerinde başka bir iş araştırma ve önerme girişiminde bulunması düşünülemez. Girişim özgürlüğü çerçevesinde gerçekten ekonomik nedenlerle veya rasyonel çalışma durumunda olan bir işverenin, gerekti-

ğinde bir işyerinin tamamını veya belirli bölümlerinin kapatıp belirli bölümleri tasfiye etme hakkına da sahip olması lazımdır. Yoksa risk üstlenen işverenin yönetim yetkisi kalmaz. İşverenin ekonomik bunalım gibi nedenlerle işin sürdürülmesini durdurması veya bir bölümü tasfiye etmesi durumunda karar verme yetkisi bulunmaktadır. Hakim, sadece verilen kararın gerçeği yansıtıp yansıtmadığına bakacaktır. Burada hakim, kendisini işverenin yerine geçirip bu tip kararlar alma durumunda değildir. Hakim, kapatmanın kötü niyetli olup olmadığını araştırabilir. Bir işveren, işletmesi kârlı ve verimli olsa dahi işini sürdürmeye zorlanamayacaktır. İşveren, girişim ve çalışma özgürlüğü çerçevesinde iş türünü değiştirmek veya başka bir dalda çalışmak için işyerini, hatta işletmesinin tamamını kapatabilir. Buna engel olunamayacaktır. Doğal olarak böyle bir işlem çok istisnai durumlarda sözkonusu olabilir, çoğunlukla ve hatta kural olarak zarar eden bir işveren kapatma yoluna gidecektir. İşverene, işyerini büyüteceksin, işini devam ettireceksin, işyerini kapatmayacaksın diye söylemeye kimsenin bir hakkı yoktur³⁵.

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını, işverenin işletmenin yararını gözeterek ve haklı olarak kullanmak zorunda kaldığı karar verme özgürlüğü oluşturur. İşverenden ancak işletmesel amacı gözardı etmeyen bu amaca ulaşmak için fesih işlemleri aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alması istenebilir. Buna karşılık, işverenden işletmesel karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıracak işletmeye gereksiz yere masraf yükleyecek veya işletmeye zarar verecek davranışlarda bulunması, işçiye iş yaratması beklenmemelidir³⁶.

Olanakların araştırılmasına ve uygulamaların yapılmasına rağmen feshin kaçınılmaz olduğu durumlarda, işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesih mahke-

İşveren, girişim ve çalışma özgürlüğü çerçevesinde iş türünü değiştirmek veya başka bir dalda çalışmak için işyerini, hatta işletmesinin tamamını kapatabilir.

mece “geçerli” kabul edilecektir. Doğal olarak, mahkemelerin işyeri yönetiminin aldığı kararların doğruluğunu, uygunluğunu, anlamı ve yerinde olup olmadığını denetleme yetkisi yoktur³⁷.

İşyerinden kaynaklanan fesihler işverenin işletme politikası ile ilgili işletme yönetimi kararları olup mutlaka sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı işyerini kapsamalıdır. İşverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli kavramına uygun yorum yaparken işverenin sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu nedenle özellikle bazı kamu kuruluşlarında işçi çıkartılırken işyerinin daraltılması bahanesi ile emekli olmaya hak kazanmış işçilerin işten çıkartılıp yerlerine işçi alınması halinde işyerinden kaynaklanan geçerli neden savunması desteksiz kalmaktadır. Ancak yeni işçi alınmasına gitmemek kaydı ile özelleştirilen işyerlerinde emekli olmaya hak kazanan işçilerin işten çıkartılması halinde işe iadeye karar verilemeyecektir³⁸.

VII. Gebze Belediyesinin Sümeyye Hatun Hastanesini kapatması ile birlikte davacıların iş sözleşmeleri geçerli nedenle feshedilmiştir. Yukarıdaki doktrin görüşleri çerçevesinde Yasa hükümleri değerlendirildiğinde, işverenin işyerini kapatması kesinlikle bir gerçek nedendir. İşverenin, aynı işyerini açması ve yeni işçi alınmasına gitmesi de sözkonusu değildir. İşverenin kötü niyetli olduğuna ilişkin herhangi bir delil de yoktur. Bu nedenle, iş sözleşmeleri geçerli nedenle feshedilen davacı işçilerin işe iadesine karar verilemeyecektir.

Davacı vekili; H... İş Sendikası'na üye olan müvekkilinin toplu iş sözleşmesine göre işverene bağlı olan birimlerin kapatılması veya tasfiyesi halinde bu birimlerde çalışan işçilerin belediye bünyesinde kadrolarına uygun işlere yerleştirilmesi gerektiğini, en son çare olarak feshe başvurulması gerektiğini, işverenin bunları göz ardı ederek geçersiz fesihte bulunduğunu belirterek işverence yapılan feshin iptaline, müvekkilinin işe iade edilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili ise; hastanenin zarar etmesi üzerine kapatılmasına karar verildiğini, işçinin niteliği gereği ve belediyedeki yeniden yapılanma ve küçülme çalışmaları nedeniyle başka birimde çalıştırılmasının mümkün olmadığını, işten ayrıldığı tarihte aynı vasıf ve mahiyette yeni bir işçi de alınmadığını belirtmektedir.

Doğal olarak, mahkemelerin işyeri yönetiminin aldığı kararların doğruluğunu, uygunluğunu, anlamı ve yerinde olup olmadığını denetleme yetkisi yoktur.

Üç kişilik bilirkişi heyetinin ise vermiş olduğu rapora göre; hastanenin zarar ettiği belirlenmiştir. Raporda ilginç bir görüş vardır. Buna göre; yapılan araştırmaya göre söz konusu hastane kapalıdır ve faaliyette bulunmamaktadır. Ancak Gebze ilçesinin nüfusu, ilçedeki hastane sayıları ve kapasiteleri, ilçenin konumu nazara alındığında, iyi bir hastane yönetimi ile hastanenin verimli olarak çalıştırılabileceği, hatta Gebze ilçesinin bu hastaneye ihtiyacı olduğu, belediye gibi kâr amacından ziyade sosyal bir görev üstlenen bir kurumun bu hastaneyi kapatma kolaylığına gitmesinin hata olabileceğinin bilirkişi heyetince müşahede edildiği belirtilmektedir.

Bu ilginç görüş iş mahkemesi tarafından kabul edilmiştir ki, bunu anlamak mümkün değildir. Ortada zarar eden bir kurum vardır ve bu nedenle kapatılmıştır. Kapatmayacaksın, kapatamazsın demeye ne bilirkişinin, ne iş mahkemesinin, ne Yargıtay'ın ve ne de hiçbir kimsenin hakkı yoktur. Eğer bu deniliyorsa, Anayasadaki girişim özgürlüğü ilkesi nasıl açıklanacaktır? Kesinlikle bu görüş Anayasadaki girişim özgürlüğü ilkesine aykırıdır. Bu ilke çerçevesinde kişi, işyerini açar veya kapatabilir. Zarar eden bir işyerini kapatabileceği gibi, gerekirse kâr eden bir işyerini de kapatabilir. Çalışmak istemiyor olabilir, riske girmek istemiyor olabilir, daha kârlı olduğunu düşündüğü başka bir iş düşünebilir ve de mevcut işyerini kapatabilir, işçi sorunları ile uğraşmak istemeyebilir vs. Dolayısıyla işyerini kapatmaya karar verecek yegâne kişi işverendir. Çalışanların kazanılmış yasal haklarını vermek koşulu ile işyerini her zaman kapatabilir. Bu, onun Anayasal bir hakkıdır. Burada dikkat edilecek husus kapatmanın muvazaalı olmamasıdır. Eğer, kapatma muvazaalı veya kendisine tanınan bir hakkı kötüye kullanma şeklinde olursa hukukun temel ilkeleri çerçevesinde bu kötüye kullanma korunmayacaktır. Esasında, işverene işyerini kapatamazsın diyenler, işçilerin ücretlerini kendileri mi ödeyeceklerdir ki, bu sözü söyleme hakkı-

nı kendilerinde görebiliyorlar? Madem ki, işçilerin ücretini işveren ödeyecektir, karar verme yetkisi de onundur. İşverene, işyerini büyüteceksin, işini devam ettireceksin, işyerini kapatmayacaksın diye söylemeye kimsenin bir hakkı yoktur.

Ayrıca, hastane çalıştırmak Belediyenin asli bir görevi midir? Bunun da sorgulanması gerekir. Sağlık Bakanlığı'nın görevi ile Belediye'nin görevi birbirine karıştırılmaktadır. Bunun da incelenmesi ve ona göre karar verilmesi gerekir. Kaldı ki; hastane çalıştırmak Belediyenin asli bir görevi değildir.

Hastanenin bütünüyle ve devamlı surette faaliyetine son verilmesi nedeniyle davacının hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığından 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesi gereği iş akdinin fesih edildiği anlaşılmıştır.

Davacı vekili ve bilirkişi heyetince; toplu iş sözleşmesine göre işverene bağlı olan birimlerin kapatılması veya tasfiyesi halinde bu birimlerde çalışan işçilerin belediye bünyesinde kadrolarına uygun işlere yerleştirilmesi, en son çare olarak feshe başvurulması gerektiği, işverenin bunları göz ardı ederek geçersiz fesihte bulunduğu belirtilerek işverence yapılan feshin iptaline, davacının işe iade edilmesine karar verilmesini istenmiştir. İş Mahkemesi de bu yönde karar vermiş ve de Yargıtay da bu kararı onamıştır.

Toplu iş sözleşmesindeki hüküm önemlidir ve uygulanabilirliği var ise uygulanması gerekir. Ancak, toplu iş sözleşmesinde belirtildiği gibi belediyeye bünyesinde varsa kadrolarına, yoksa kadrolarına uygun işlere yerleştirilmesi, en son çare olarak feshe başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Bunun araştırılması ve buna göre karar verilmesi gerekir. Bir hastanede sağlık görevlisi olarak görev yapan davacının, işyerinin kapatılması halinde belediyede ne iş yapacağı şüphelidir. Daha doğrusu, dosyaya göre, belediyede başka bir işte çalışması mümkün gözükmemektedir. Mümkün gözükse bile ihtiyaç olup olmadığı da önemlidir. Eğer, mümkün olması halinde, davacı işten çıkartılarak yerine başka bir işçi almıyorsa, bu durumda işe iadeye karar verilebilecektir. Dosyaya göre; böyle bir durum da söz konusu değildir. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesindeki hüküm burada uygulanabilirliği gözükmemektedir.

İş mahkemesi kararına göre; hastanede mevcut personel ile verimliliğin sağlanıp sağlanamayacağı,

hastanenin kurulduğu tarihten itibaren verimli olup olmadığı, vs.'nin tespiti için dosya bilirkişiye tevdi edilmiş, bilirkişiler de düzenledikleri raporlarını sunmuşlar, bu rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiş ise de raporun ayrıntılı ve gerekçeli oluşu nedeniyle itirazlar yerinde görülmemiş, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmamış, rapor iş mahkemesince kabule değer görülmüştür.

Hastanede mevcut personel ile verimliliğin sağlanıp sağlanamayacağı, hastanenin kurulduğu tarihten itibaren verimli olup olmadığı hususları, iş mahkemesinin yetki sahasına girmemektedir. Buna karar vermeye işveren yetkilidir. Mevcut olayda da işveren, buna karar vermiş, zarar ettiğini görmüş, işyerini gerçekten kapatmış, işçilerin haklarını vermiştir. İşçilerden bir kısmı gidip işe iade davası açmışlardır³⁹. İş mahkemesi de işe iadeye karar ver-

Olanakların araştırılmasına ve uygulamaların yapılmasına rağmen feshin kaçınılmaz olduğu durumlarda, işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesih mahkemece “geçerli” kabul edilecektir. Doğal olarak, mahkemelerin işyeri yönetiminin aldığı kararların doğruluğunu, uygunluğunu, anlamı ve yerinde olup olmadığını denetleme yetkisi yoktur.

Ekonomik nedenlerle işin sürdürülmesini durdurması veya bir bölümünü tasfiye etmesi konusunda karar verme yetkisi işverendedir. Burada bilirkişi, kendisini işverenin yerine geçirip bu tip kararlar alma durumunda değildir. Kaldı ki, bilirkişi heyeti işyerinin zarar ettiğini de raporunda belirtmektedir. İşveren, sadece zarar eden bir işyerini veya işletmeyi değil, girişim özgürlüğü çerçevesinde, istiyorsa, gerekli görüyorsa, riske girmeyi dü-

İşverence alınan işletmecilik esasları ile ilgili karar, Anayasadaki girişim özgürlüğüne dayandırılarak verildiği için böyle bir kararın yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır.

miştir. Maalesef, Yargıtay da hukuka aykırı bu kararları onamıştır.

İşverence alınan işletmecilik esasları ile ilgili karar, Anayasadaki girişim özgürlüğüne dayandırılarak verildiği için böyle bir kararın yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır. Ortaya çıkacak bir uyuşmazlık da mahkemece denetlenemeyecektir.

İşyerini kapatan işverenin işçiye işyerinde başka bir iş araştırma ve önerme girişiminde bulunması düşünülemez. Girişim özgürlüğü çerçevesinde gerçekten ekonomik nedenlerle veya rasyonel çalışma durumunda olan bir işveren, gerektiğinde bir işyerini kapatma hakkına da sahiptir. Yoksa risk üstlenen işverenin yönetim yetkisi kalmaz. Hakim, sadece verilen kararın gerçeği yansıtıp yansıtmadığına bakacaktır. Burada hakim, kendisini işverenin yerine geçirip bu tip kararlar alma durumunda değildir. Hakim, kapatmanın kötü niyetli olup olmadığını araştırabilir. Bir işveren, işletmesi kârlı ve verimli olsa dahi işini sürdürmeye zorlanamayacaktır. İşveren, girişim ve çalışma özgürlüğü çerçevesinde işyerini kapatabilir. Buna engel olunamayacaktır.

şünmüyorsa gibi durumlarda da kâr eden bir işyerini veya işletmeyi de kapatabilir. Eğer bir muvazaa da söz konusu değilse, bu durumda bir geçerli nedendir.

İşverenin işyerini kapatması kesinlikle bir gerçek nedendir. İşverenin, aynı işyerini açması ve yeni işçi alımına gitmesi de sözkonusu değil ise, işverenin kötü niyetli olduğuna ilişkin herhangi bir delil de yoksa, iş sözleşmeleri geçerli nedenle feshedilen işçilerin dava açmaları durumunda işe iadelerine karar verilemeyecektir.

Sonuç olarak yukarıda verilen doktrinin görüşü, bilgi ve açıklamalar ışığında, Yargıtay'ın ve iş mahkemesinin söz konusu kararını İş Yasası hükümleriyle bağdaştırabilmek güçtür. Anayasanın girişim özgürlüğü ilkesine ve İş Yasası'na aykırı bir karardır. Hukukun temel ilkeleri ve hakkaniyet ilkesi ile de çelişmektedir. İşyerinin, muvazaa söz konusu olmaksızın kapatılması, kesinlikle bir geçerli nedendir. Kapatılan bir işyerinde işçinin iş sözleşmesinin feshinde işe iadeye karar verilemez. Çünkü, bu hukuken ve fiilen de mümkün değildir. Bunun anlamı, yargı yolu ile davacının hak etmediği bir parayı davalıdan alıp davacıya haksız bir şekilde

İş Yasası'nın amacı, esas itibariyle keyfi işe son verilmesinin engellenmesidir, yoksa işçi çıkarılmasının yasaklanması değildir.

vermektedir. Bunu da hukuk kuralları ile açıklamak mümkün değildir.

Ekonomik güçlükler sonucunda işverenin işyerini kapatmak zorunda kalması işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni oluşturur. İş Yasası'nın amacı, esas itibariyle keyfi işe son verilmesinin engellenmesidir, yoksa işçi çıkarılmasının yasaklanması değildir.

DİPNOTLAR

- 1 Nuri Çelik, (İş Güvencesi) İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s.9-11; Aynı yazar, (İş Hukuku) İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.203.
- 2 Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.223.
- 3 Sarper Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.434.
- 4 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.556; Çelik, İş Hukuku, s.205.
- 5 Yarg. 9.HD., 20.11.2003, E.2003/19338, K.2003/19593, İşv. D., Aralık 2003, s.22 - 23; Yarg. 9. HD., 23.10.2003, E.2003/18234, K.2003/17604, Çimento İşv. D., Ocak 2004, s.45-46, Süzek. s.441; Yarg. 9.HD., 8.7.2003, E.2003/12442, K.2003/13123, Abbas Bilgili, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, 2. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s.13 - 14.
- 6 Süzek, s.439; Mollamahmutoğlu s.556.
- 7 Yarg. 9.HD., 8.7.2003, E.2003/12505, K.2003/13186, İHSGHD., Ocak-Mart 2004, s.229 -230; Yarg. 9.HD., 6.9.2003, E.2003/15650, K.2003/14623; Yarg. 9.HD., 26.1.2004, E. 2004/1301, K.2004/1155; Yarg. 9.HD. 26.1.2004, E.2004 /1320, K.2004/1174; Yarg. 9.HD., 26.1.2004, E.2004 /1303, K.2004/1157, İşv. D., Haziran 2004, s.17-18; Yarg. 9.HD., 10.5.2004, E.2004/10440, K.2004/11007; Yarg. 9.HD. 1.12.2003, E.2003/19212, K.2003/19754; Yarg. 9.HD. 4.10.2004, E.2004/23618, K.2004/21775, Süzek, s.439; Bilgili, s.36-38.
- 8 Çelik, İş Güvencesi, s.21 - 22.
- 9 Süzek, s.440.
- 10 Süzek, s.442 - 443; Tankut Centel, (İş Güvencesi Kanunu) İş Güvencesi Kanunu (Konferans Notları) Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.18; Mollamahmutoğlu s.559; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Kaplan-Seneyen, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.184; Ercan Akyiğit, (İşe İade) Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.254; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin

Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.171; Şefik Çalık, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.166-167.

- 11 E. Murat Engin, (İşletme Gerekleri) İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.35-36; Bilgili, s.91-92.
- 12 Öner Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.31; Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Koop-İş Sendikası Yayını, Ankara 2003, s.34-35; Usulünce açılan davada mahkeme yapılan feshin geçersizliğine karar verirse; Yasa gereği işe iadesi gündeme gelen işçinin süresinde işverene başvurması halinde, işverenin bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmaması halinde, kendisi asgari 4 azami 8 aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanır. Eğer feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı sonucuna varılmışsa, bu takdirde iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. İş güvencesi tazminatı alan işçinin sair işçilik hakları geçersiz feshin sonuçları çerçevesinde düşünülme gerekir. (Ünal Narmanlıoğlu, (Karar İncelemesi) İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, 2005, s.244); Bazı yazarlara göre; Yasaya göre hakim, işe iadenin kabul edilmemesi halinde işverenin ödeyeceği tazminat miktarını da belirleyecektir. Bu hükümden çıkan sonuç işçi davasında sadece işe iade talep etmiş olsa bile, diğer deyişle tazminat talebi olmasa da hakim re'sen tazminata karar vermekle yükümlüdür. Yani tazminata hükmetmek bakımından taleple bağıllık ilkesi geçerli olmayacaktır. Bu bağlamda hükmedilecek tazminat miktarının tayininde hakim yetkisini değerlendirmek gerekir. Tazminatın miktarı konusunda taleple bağıllık ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. İşçi, işe iadenin kabul edilmemesi halinde altı aylık ücreti tutarında tazminata karar verilmesini istemişse, hakim koşulları olsa dahi daha fazla miktarda tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Bir başka anlatımla hakim, tazminat talebi olmasa dahi Yasanın amir hükmü nedeniyle tazminata karar vermekle yükümlü ve koşulları varsa tazminatı üst sınırdan vermeye yetkili olduğu halde tazminat miktarının açıkça yazılı olduğu durumda artık bu miktarla bağılıdır. Çünkü işçi, geçersiz feshin kendisi bakımından yarattığı olumsuz sonucun daha düşük bir tazminat miktarı ile izale edilebileceğini kabul ediyorsa, hakim bu isteğin üzerinde bir miktarda hükmetmesi yetkinin aşılması anlamına gelir. İşçinin tazminat miktarındaki tespitinin gerçek olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan işçinin belirlediği miktarın, kendisini tatmin edeceğini ortaya koymuş olmasıdır. (Mehmet Uçum, İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:9, Eylül 2003, s.2216)
- 13 Geniş bilgi için bkz. Metin Kutal, İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı İktisadi ve Sosyal Boyutları, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.15-18; Çelik, İş Güvencesi, s.7-11; Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001, s.30; Fevzi Şahlanan, Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul

- 2002, s.143-144; Savaş Taşkent, İş Güvencesi İşçinin Feshe Karşı Korunması, Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul 1991, s.13; Aynı yazar, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.111; Demir, Çalışma Hakkının Korunması İş Güvencesi, Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul 1986, s.14; Aynı yazar, İş Güvencesi Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 1999, s.2; Adnan Tuğ/Aydın Başbuğ, İş Güvencesiz İş Hukuku, 2. Baskı, Öz İplik-İş Sendikası Yayını, Ankara 1992, s.52; Halûk Hâdi Sümer, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Mimoza Yayını, Konya 1997, s.5; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2004, s.114; Erdal Egemen, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.81; Feshe karşı korunma, hukukî bakımdan özdeş olarak iş güvencesi; mevcut bir iş sözleşmesinin devamlılığı ve dolayısıyla işçinin ücret gelinde sürekliliği sağlamayı amaçlayan bir kurumdur. Herşeyden önce bir iş ilişkisinin varlığını öngörür. İş güvencesi; mevcut bir işin korunması, o işin güvence altına alınmasıdır. (Münir Ekonomi, Genel Değerlendirme, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.347-348)
- 14 Demir, (Uygulama) Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir 2003, s.240-241; Bilgili, s.161;
- 15 Engin, İşletme Gerekleri, s.36 - 37; Köseoğlu, s.172-173; Bilgili, s.92.
- 16 Çelik, İş Güvencesi, s.25-27; Süzek, s.445; Eyrenci/Taşkent/ Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.158; A. Murat Demircioğlu/Centel, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.173-174; Demir, Uygulama, s.134; Kenan Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.196; Centel, İş Güvencesi Kanunu, s.25; Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, s.185 -186; Sümer, (İş Hukuku) İş Hukuku, 12. Baskı, Mimoza Yayını, Konya 2006, s.101-102; Akyiğit, İşe İade, s.269-272; Mollamahmutoğlu s.564; Erol Akı/H. Olcay Altıntaş/İbrahim Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.28-30; Köseoğlu, s.172-174; Muzaffer Koç, Tüm Yönleriyle İş Güvencesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2005, s.93-96.
- 17 Bilgili, s.92
- 18 Çelik, İş Güvencesi, s.31-32.
- 19 Süzek, s.443; Gülsevil Alpagut, Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.88 vd.
- 20 Süzek, s.444; Ulucan, İş Güvencesi, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.58 vd.; Engin, İşletme Gerekleri, s.35-36.
- 21 Süzek, s.444; Ali Güzel, (İş Güvencesi) İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.69.
- 22 Girişim özgürlüğü, işverenin işyerini kapatma özgürlüğü ve sınırları hakkında geniş bilgi için bkz. Köseoğlu, s.109-128.
- 23 Süzek, s.444-445.
- 24 Süzek, s.445; Güzel, İş Güvencesi, s.69, Engin, İşletme Gerekleri, s.52.
- 25 Süzek, s.445.
- 26 Köseoğlu, s.285.
- 27 Yarg., 9.HD., 29.1.2004, E.2004/23159, K.2004/1418, Tühis D., Mayıs 2004, s.54-55; Yarg. 9.HD., 23.10.2003, E.2003/18090, K.2003/17878, İHSGHD., Ocak-Mart 2004, s.188-190, Süzek, s.446.
- 28 Süzek s.446-447; Engin, İşletme Gerekleri, s.53, 82 vd.
- 29 Süzek s.447.
- 30 Süzek s.447; Engin, İşletme Gerekleri, s.52-53.
- 31 Güzel, İş Güvencesi, s.62-63; Süzek, s.444; Ulucan, İş Güvencesi s.58-61; Engin, İşletme Gerekleri s.35-37, 77 vd.
- 32 Çelik, İş Hukuku, s.215-216; Süzek, s.448; Ulucan, İş Güvencesi, s.61; Engin, İşletme Gerekleri, s.36-37, 49-50; Ömer Ekmekçi, Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD., Sayı 1, Ocak-Mart 2004 s.166; Yargıtay da feshin geçerli olup olmadığını değerlendirirken işyerinde işgücü fazlasının olup olmadığını araştırılmasını işgücü fazlalığı nedeniyle işçinin hizmet akdinin feshini geçerli neden olarak görmektedir. (Yarg. 9. HD.4.12.2003, E.2003/19328, K.2003/20055, İHSGHD., Nisan-Haziran, 2004, s.664-665); (Yarg. 9. HD. 23.10.2003, E.2003/18090, K.2003/17878, İHSGHD., Ocak-Mart, 2004, s.188-190); (Yarg. 9. HD.8.12.2003, E.2003/20076, K.2003/22156, İHSGHD., Nisan-Haziran, 2004, s.640-641).
- 33 Süzek, s.449-450; Engin, İşletme Gerekleri, s. 62-92.
- 34 Sümer, İş Hukuku, s.102; Akyiğit, İş Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.232; Aynı yazar, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.791; Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, s.186.
- 35 Ulucan, 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Örnekler, İstanbul Barosu Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2003, s.30, 55-56.
- 36 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.159; Engin, İşletme Gerekleri ile Feshi ve Ücretsiz İzin, Legal İHSGHD., Sayı 2 Nisan-Haziran 2004, s.540-541; Bazı yazarlara göre; feshin son çare olması ilkesi esasen yasal bir zorunluluk değildir. Sadece maddenin gerekçesinde, işverenin ekonomik nedenlerle işçi çıkarma yoluna giderken feshi son çare olarak düşünmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu ilke madde metninde yer almadığı için, örneğin işyerinin bir bölümü kapatıldığında işverenin burada çalışan işçilere bir başka bölümde görev teklif etmek veya eğitim vererek bir başka bölümde çalışacak niteliklere sahip olmasını sağlamak, işi zamana yaymak, çalışma sürelerini kısaltmak gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır. (Ekmekçi, s.168).
- 37 Demir, Uygulama, s.135.
- 38 Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.463 - 464.
- 39 Gebze İş Mahkemesi'nin 2004 / 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 917 ve 1050 esas nolu dava dosyalarında işe iade davaları açılmıştır.

Yıllık Ücretli İzin Hesabı Konusundaki Yargıtay Kararına Yönelik Değerlendirme

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/12556

Karar No : 2007/1252

Tarihi : 30.01.2007

DAVA

Taraflar arasındaki, 1986-1990 yılları arasındaki hizmetinin yıllık izin süresinin hesabında dikkate alınması gerektiğinin tespiti davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi işyerinde halen çalışmakta olduğunu ve yıllık izin sürelerinin hesabında aynı işverenin başka bir işyerinde 1986-1990 yılları arasında geçen hizmetlerinin de dikkate alınması gerektiğinin tespiti isteği ile bu davayı açmıştır.

Davalı vekili, tespit davası açmakta hukuki menfaatin olmadığını ve 1990 yılında ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle önceki çalışmaların tasfiye edildiğini ve davacının işvereni ibra ettiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne dair karar verilmiş, hükmü davalı taraf temyiz etmiştir.

Davacı işçinin işyerinde çalışması devam ettiğine göre, yıllık izne hak kazanma ve izin sürelerinin belirlenmesi yönünden tespit niteliğinde bu davayı açmada hukuki menfaati bulunmaktadır. Bu itibarla mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi yerindedir.

Öte yandan, davanın dayanağını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır" şeklindeki kural oluşturur. Gerçekten, işçinin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin yıllık izin hesabı yönünden birleştirilmesi anılan yasanın amir hükmüdür.

Benzer bir düzenleme de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre halen yürürlükte olan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükümde, "İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır" şeklinde kurala yer verilmiştir. Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre işçinin aralıklı çalışmalarında iş sözleşmesinin feshinin ardından, bir dönem için kıdem tazminatı ödenmiş olması halinde bahsi geçen çalışmaların tasfiye edilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Kıdem tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edilen sürenin işçinin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde daha sonra gerçekleşen hizmet süresine eklenmesi, mümkün görülmemektedir. Buna karşın, iş sözleşmesi feshedildiği halde tazminatları ödenerek tasfiye edilmeyen hizmetlerin sonraki çalışma süresine ekleneceği, Dairemizce kabul edilmektedir. Yine, işverenin ileride daha az kıdem tazminatı ödemek için gerçekte iş sözleşmesi sonlandırılmadığı halde kıdem tazminatı ödeme şeklinde bir uygulama içine girmesi halinde, işçi aleyhine sonuçlar doğuran bu tutumu yasalar karşısında korunmamakta ve yapılan ödeme avans niteliğinde kabul edilmektedir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken hizmet süresi yönünden varılan bu sonucun, yıllık izne kazanma noktasında da dikkate alınması yerinde olur. Gerçekten 1475 sa-

yılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun bahsi geçen hükümleri, birbirine oldukça yakın düzenlemeler içermektedirler.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüşülecek olunursa, davacı işçi 1986-1990 yılları arasında aynı işverenin değişik bir işyerinde çalışmış ve iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş, işçinin imzasını taşıyan ibranamede, yıllık izinlerin de ödendiği belirtilmiştir. Anılan ibraname ile işveren ibra edilmiş, bir başka anlatımla 1986-1990 yılları arasında kalan çalışmalar işçilik hakları ödemek suretiyle tamamen tasfiye edilmiştir. İşçinin 1992 yılına yeniden aynı işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması yeni bir hizmet akdi niteliğindedir. İşçilik hakları hesabında tasfiye edilen çalışmaların, bu yeni hizmet akdi çerçevesinde yeniden değerlendirmeye alınması doğru olmaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesi hükmünün, işçinin önceki dönem çalışmalarının tasfiye edilmediği hizmet süreleri bakımından bir anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemece davanın reddi yerine yazılı şekilde tespit isteğinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), Davalı yararına peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.01.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

1- KARARLA İLGİLİ ÖZET BİLGİ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Esas 2006/12556 ve Karar 2007/1252 numara ve 30.01.2007 tarihli kararı, yıllık ücretli izinle ilgili önemli bir noktaya değinmiştir.

Kararda, Yargıtay, bir işverenin değişik işyerlerinde aralıklı olarak çalışan bir işçinin çalıştığı sürelerin, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan bir yıllık süre (bekleme süresi) içinde birleştirilmeyeceğini öngörmüştür.

Yargıtay, işçinin daha önce çalıştığı sürede işyerinden ayrılırken bildirim ve kıdem ödencesinin

ödendiğini, yıllık ücretli izin parasının verildiğini, dolayısıyla sözü geçen hizmetlerin tasfiye edildiğini ve bu nedenle daha önce çalışılan sürenin sonraki çalışma süresine eklenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca işçi ile yeniden iş sözleşmesi yapıldığına, eski çalışmaların bu sözleşme çerçevesinde göze alınmasının doğru olmadığına işaret etmiştir.

Kıdem ödencesi ile yıllık ücretli izindeki bekleme süresinin birbirine koşut olduğunu, kıdem ödencesi ödenerek sözleşme bozulduğu zaman, yeniden çalıştığı takdirde eski hizmet süresinin kı-

Yargıtay ödencelerin ve yıllık ücretli izin parasının ödenmiş olmasını, geçmiş hizmetlerin tasfiyesi biçiminde nitelendirmiş ve buna dayanarak bekleme süresinde hizmet birleşmesi yapmasının doğru olmayacağı sonucuna varmıştır.

dem ödencesinde hesaba alınmadığını da kararına ek gerekçe olarak göstermiştir.

II- KONU İLE İLGİLİ GENEL GÖRÜŞLER

Kararla ilgili bir değerlendirme yapılmadan önce yıllık ücretli iznin konumuzu ilgilendiren noktalarına bir göz atmakta yarar görmekteyiz.

Yıllık Ücretli İzin Kavramının Niteliği

Yıllık ücretli izinle ilgili herhangi bir konuda, her şeyden önce bu kavramın niteliğinin araştırılması gerekir.

1- Yıllık Ücretli İzin Kavramı

Yıllık ücretli izin kavramı ile ilgili olarak öğretide pek çok görüş ileri sürülmektedir. Yıllık ücretli iznin işverenin bir lütfü olduğu veya ahlâksal bir düşünceye dayandığını belirten görüşler, artık günümüzde kabul edilmemektedir.

Yıllık ücretli iznin dinlenme olanağı sağlayan bir kavram olduğu, aynı zamanda işverene de tazelenmiş ve dinlenmiş bir işgücü sağladığı, dolayısıyla daha verimli bir çalışmanın elde edileceği ileri sürülmektedir¹. Aynı görüşü paylaşan Prof. Kenan Tunçomağ, bu görüşü Anayasanın 50. maddesine de dayandırmaktadır². Bu kavramın, iş hukukunun toplumsal karakterini gösteren buyurucu bir hüküm olduğu da ileri sürülmektedir³. Bu hakkın Anayasada da yer aldığı belirtilerek ekonomik-toplumsal bir hak olduğu öngörülmektedir⁴.

Kanımızca, yıllık ücretli izin, ekonomik ve toplumsal bir hak niteliğinde olan, bir ölçüde işverenin gözetim borcundan doğan ve işçinin dinlenmesini ve dolayısıyla daha verimli çalışmasını amaçlayan karmaşık bir kavramdır.

2- Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma (Bekleme Süresi)

Yıllık ücretli izne hak kazanmak için, işyerinde mutlaka bir yıl çalışmış olma koşulu aranır. Eski yasa da varolan bu hüküm, 4857 sayılı Yasa'nın 53. maddesinde yer almıştır. Yıllık ücretli izin uygulayan ülkelerin hepsinin mevzuatında, bekleme süresi yer bulmuştur. Bu nokta bir yasal koşul niteliğindedir. Bir yıllık süreyle ilgili olarak çeşitli tartışmalar vardır. Ancak konumuzu ilgilendiren nokta, 54. maddede yer alan kavramdır. 1475 sayılı Yasa'nın 50. maddesinde de yer alan bu hüküm eski hizmetlerin birleştirilmesini öngören bir düzenlemedir.

Yasa "yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek gözönüne alınır" anlatımını kullanmıştır.

Yasanın bu anlatımına göre aradığı tek koşul, işçinin, aynı işverenin işyeri veya işyerlerinde aralıklı olarak çalışmasıdır. Öğretide de hemen hemen bütün yazarlar, bu görüşte birleşmektedir. Bu yazarlar, işçinin yalnızca aynı işverenin işyeri veya işyerlerinde aralıklı olarak çalışması koşulunu aramaktadır⁵. İşçinin çalıştığı eski sürelerde İş Yasası'nın kapsamı dışında olması bile bu birleşmeye engel olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, işçinin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalışmış olduğu süreler, aynı işverenin işyerinde çalıştığı son süreye eklenecek ve bekleme süresi kalan oranda azaltılacaktır. Örneğin aynı işverenin (A) işyerinde üç yıl dört ay çalışmış ve ayrılmış olan bir işçi, daha sonra aynı işverenin (B) işyerine girerse, sekiz ay sonra yıllık ücretli izne hak kazanacaktır.

Aşağıda değerlendireceğimiz Yargıtay kararında, yasanın bu buyurucu hükmü değişik ele alınmıştır. Yargıtay ödencelerin ve yıllık ücretli izin parasının ödenmiş olmasını, geçmiş hizmetlerin tasfiyesi biçiminde nitelendirmiş ve buna dayanarak bekleme süresinde hizmet birleşmesi yapmasının doğru olmayacağı sonucuna varmıştır.

III- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay'ın bu kararı çeşitli yönlerden eleştirilebilir.

1- Yasanın Buyurucu Hükmü

Yargıtay, kanımızca yasanın buyurucu bir hük-

Aralıklı çalışmalar veya hizmetler söz konusu olduğu takdirde, her seferinde yeni bir iş ilişkisinin doğması, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması kaçınılmazdır.

münü yanlış yorumlamaktadır. Yargıtay, zaten bu konuda çelişkili kararlar vermiştir. Bazen aralıklı sözleşmelerde birleştirmenin yapılamayacağını, bazen de birleştirmenin gerektiğini öngörmüştür.

Yarg. 9. HD.'nin 13.05.1991 tarih ve E. 451-K. 8352 sayılı kararında daha önce emekli olan ve ödüncelerini alan bir işçinin, daha sonra aynı işverenin yanında çalıştığını ve bir yıllık bekleme süresine eski sürelerin katılamayacağını, çünkü yeni bir hizmet sözleşmesinin yapıldığını belirtmiştir. Oysa daha sonra vermiş olduğu kararlarda süreleri birleştirme yolunda hüküm kurmuştur⁶.

2- Aynı İş Sözleşmesi Ölçütü

Yargıtay, gerek eski kararlarında gerekse incelediğimiz yukarıdaki kararında, yeni hizmet (iş) sözleşmesi ölçütüne dayanmaktadır. Gerçekten aralıklı çalışmalar veya hizmetler söz konusu olduğu takdirde, her seferinde yeni bir iş ilişkisinin doğması, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması kaçınılmazdır. Aynı işverene bağlı veya değişik işyerlerindeki çalışma sürelerinin birleştirilmesinden, ancak değişik zamanlarda yapılan iş sözleşmeleri bulunduğu takdirde söz edilebilir. Hatta Yasa, bu birleşmeyi sağlayabilmek için sözleşmenin ne biçimde sona ereceği koşulunu bile getirmemiştir. Eski hizmetlerin Yargıtay'ın deyimiyle tasfiye edilmesi eski haklardan feragat etme gibi bir sonuç doğurmaz. Yargıtay'ın bu görüşü yasanın ne sözü ne de özüyle bağdaşmamaktadır⁷.

3- Kıdem Ödencesi Ölçütü

Yargıtay, kararında gerekçe gösterirken kıdem ödencesi ile yıllık ücretli izindeki bekleme süresi arasında koşutluk kurmak istemektedir.

Ancak bu iki kavram, birbirinden tamamen ayrı niteliktedir. Benzerlikleri yalnızca, süre birleştirilmesinden ibarettir. İki biçimde de süre birleştirilmesi ayrı temellere dayanır. Kıdem ödencesi ile işçinin belirli bir alacağının yanmaması, yıpranmasının karşılığını alabilmesi amaçlanırken, yıllık ücretli izinde işçinin dinlenmesi için bir olanak tanımadır. Gerçekten kısa sürelerle aynı işverene ait işyerlerine giren çıkan işçilerin konumunda, yeni sözleşme yapılması dolayısıyla bekleme süresi içinde bu süreler göz önüne alınamayacaksa, işçi uzun süre izine çıkamaz ve dinlenme hakkından yoksun kalır. Ayrıca bu işlemin mutlaka kötünüyetle yapılması da gerekmez. Ekonomi ve pazar koşulları, işçileri zaman zaman bu biçimde çalışmaya zorlamaktadır.

Oysa ki kıdem ödencesinde çalışma karşılığı elde edilen bir hakkın elde edilememesi vardır. Ayrıca yasa bu düzenlemeyi yaparken, "aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez" diyerek, kıdem ödencesinin verildiği durumlarda, yeniden çalışılsa bile eski süreyi, kıdem ödencesi hesabında haklı olarak gözönüne almamaktadır. Yine kıdem ödencesine hak kazanılmadan işten ayrılmalardaki süre de kıdem süresi içinde sayılmamaktadır.

Amacı ve yöntemi birbirinden kesin çizgilerle farklı olan bu iki kavramı birbirine koşut olarak görmek ve yıllık izinde de kıdem ödencesine benzer uygulamalar yapmak, yasayı yalnızca zorlamak ve hatta yukarıda belirttiğimiz gibi özüne ve sözüne aykırı davranmaktır.

4- Tasfiye Ölçütü

Yargıtay kararında hizmetlerin tasfiye edildiğini ve bundan dolayı sonraki çalışma süresine eklenebileceğini belirtmiştir. Tasfiye, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre "arıtma, aklama, temizleme" anlamına gelir. Bir borç temizlenebilir. Ama bir hizmet ilişkisi hiçbir zaman temizlenemez, ortadan kaldırılamaz. Bu nedenle hizmetlerin tasfiye edilmesi

Yargıtay, kararında gerekçe gösterirken kıdem ödencesi ile yıllık ücretli izindeki bekleme süresi arasında koşutluk kurmak istemektedir.

İşyerinden ayrıldıktan 10 yıl sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlayan bir kişi için, bekleme süresi açısından böyle bir birleştirme Yasanın özünü oluşturan “dinlenme” kavramı ile pek bağdaşamaz.

gibi bir kavram, kanımızca söz konusu bile edilemez. Kıdem ödencesindeki bir borç, tasfiye edilebilir, ama bir hizmet süresini tasfiye etmek düşünülmemelidir. Hele, bu işlem, yasanın buyurucu bir hükmüne dayanıyorsa...

SONUÇ

Yargıtay'ın incelemeye çalıştığımız bu kararı, hukuksal açıdan kabul edilebilecek bir doğrultuda değildir. Ancak, bazı gerçekler de yadsınamaz. Örneğin işyerinden ayrıldıktan 10 yıl sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlayan bir kişi için, bekleme süresi açısından böyle bir birleştirme Yasanın özünü oluşturan “dinlenme” kavramı ile pek bağdaşamaz.

Yargıtay'ın bu olasılıkları göz önüne alarak işi bırakma ile yeniden aynı işverenin yanında çalışmaya başlaması arasındaki süreyi bir esasa bağlaması uygun olabilir. Böylece, yasanın özüne bağlı bir karar verilebilir.

Dileğimiz Yargıtay'ın bu konuda yasanın özüne ve sözüne uygun, ancak bazı gerçek gereksinimleri de karşılayacak kararlar vermesidir.

DİPNOTLAR

- 1 Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. bası, İstanbul 1984, Sf/330.
- 2 Tunçomağ, Kenan; İş Hukuku, C.1, 3. bası, İstanbul 1984, Sf/314.
- 3 Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 18. baskı, İstanbul 2005, Sf/33.
- 4 Akyiğit, Ercan; Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, Sf/59.
- 5 Tunçomağ, Kenan; a.g.e Sf/316; Ekonomi, Münir; a.g.e Sf/335; Kılıçoğlu, Mustafa; İş Kanunu, Ankara 2005, Sf/441; Çelik Nuri; a.g.e Sf/332.
- 6 Yarg. 9.HD. 21.02.1995 T., E.16560-K.5227 sayılı karar (Akyiğit, Ercan; a.g.e Sf/221 Dn.533) ve Yarg.9.HD. 14.09.1999 T. E.11375-K.13226 sayılı karar (Süzek, Sarper; İş Hukuku, 2. bası İstanbul 2005, Sf/650 Dn.35).

- 7 Soyer, Polat; Yargıtay'ın Yıllık Ücretli İzin Hakkına İlişkin İki Kararı Üzerine Bazı Düşünceler; İş Hukuku Dergisi, İstanbul 1992, S.4, Sf/563.

Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu

Türkiye’de yasama ve yürütme organları her dönemde kamu görevlilerinin sendikal örgütlenme haklarına hep kuşku ile yaklaşmışlardır. Bu durum, ister istemez, Türk memur sendikacılığının ülkemizde geç başlamasına, güç koşullar nedeniyle ke-sintiye uğramasına ve uluslararası çalışma normlarının gerisinde kalmasına neden olmuştur.

Ortaya çıkan bu sonucun nedenlerini özetlersek, kamu görevlilerinin devlete karşı bağlılık borcu altında oldukları gibi ilkel düşüncelerden, Anayasada ifadesini bulan kamu personel rejimine; kamu hizmetlerinin aksama endişelerinden, en büyük işveren olan devletin personel yönetiminde sorun yaşanmaması isteğine kadar bir çok nedeninin iç içe girdiği görülmektedir.

1) Kamu Personelinin Örgütlenmesinde İlk Önemli Adım: 1961 Anayasası

Sosyal içerikli birçok hak gibi kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin ilk ve en önemli hüküm 1961 Anayasası’nda yer almıştır. Tüm çalışanlara örgütlenme hakları tanıyan bu Anayasa, kamu görevlilerinin sendikal örgütlenme haklarının yasa ile düzenleneceğini hükme bağlamıştı (m. 46). Ancak aynı Anayasada işçilere sağlanan toplu pazarlık

ve grev haklarından (m. 47) memurların da yararlanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu ayırım Türk hukukunda yıllardan beri farklı yorumlara neden olmuştur. Türk yasa koyucusu ve bir kısım bilim adamı Anayasanın kamu görevlilerini toplu pazarlık ve grev haklarının dışında tuttuğunu ileri sürerken, bir kısım bilim çevreleri ise yasa koyucunun bu hakları tüm çalışanlar bakımından düzenlemesine engel bulunmadığını savunmuşlardır. 1965-1971 döneminde yürürlükte kalan 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu çağdaş bir örgütlenme ve etkili bir sendikacılığa olanak vermemiş, bu sendikaları üyelerinin mesleki çıkarlarını koruyabilmek için toplu pazarlık ve grev haklarından yoksun bırakırken mevcut sendikaları, daha çok kamu yönetiminde idareyle işbirliği yapan kuruluşlar olarak düşünmüş ve düzenlemiştir. Örgütlenme alanında da birçok sınırlama getiren bu yasa çerçevesinde çok sayıda kurulan memur sendikaları, yasaların dar çerçevesi nedeniyle sık sık yasa dışı duruma düşmekten kurtulamamışlardır. Memur sendikalarının daha geniş bir faaliyet alanına kavuşturulması beklenirken 12 Mart 1971 döneminde Anayasada yapılan bir değişiklikle kamu personeline tanınan örgütlenme hakkı Anayasadan çıkarılmış, mevcut memur sendikaları da kapatılmıştır.

II) 1982 Anayasası'ndan Sonraki Gelişmeler

1982 Anayasası'nın sosyal hakları genellikle sınırlayıcı bir özellik taşıdığı bilinmektedir. Nitekim bu Anayasada sendikal örgütlenme hakkı sadece işçi ve işverenler bakımından güvence altına alınmış (m. 51), bu kuruluşların faaliyetlerine önemli kısıtlamalar getirilmiştir (m. 52). Ancak kamu görevlilerinin sendikal örgütlenmesini yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir. 1993 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sözleşmesi'nin T.C. tarafından onaylanması, memur sendikacılığının yoğun biçimde tartışılmasına neden olmuştur. Zira bu sözleşmede sendikal örgütlenme sadece işçilere değil, tüm çalışanlara tanınmakta idi. Memur sendikacılığının hukuki durumu kuramsal düzeyde tartışılırken uygulamada ilk kamu görevlisi sendikaları kurulmuş ve eyleme geçmiş bulunuyorlardı. Bu duruma son verebilmek amacı ile önce memur sendikacılığına anayasal bir dayanak hazırlama gereksinimi duyuldu ve 1995 yılında Anayasa'nın 53. maddesine yeni bir fıkra eklenmesi yönüne gidildi. Ancak bu hükümler Türkiye'de memur sendikacılığının sağlıklı bir şekilde doğmasına ve gelişmesine yardımcı olmaktan çok, bu konuda getirdiği sınırlamalarla yeni zorluklara yol açan bir düzenlemeden ileriye geçemedi. Zira kamu görevlilerinin kuracakları sendikalar Anayasadaki toplu pazarlık (m. 53) ve grev haklarından (m. 54) yararlanamayacaklar; toplu görüşmenin sonunda anlaşma olsun ya da olmasın düzenlenen tutanağı Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunmakla yetineceklerdir.

Anayasal çerçeve dikkate alınarak hazırlanan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu (2001) Türkiye Cumhuriyeti'nin onaylandığı uluslararası sözleşmelere ters düşmekten kurtulamamış, bu yönü ile ILO Konferansı'nda sürekli eleştirilere uğramıştır.

Biz bu yazımızda adı geçen yasayı uluslararası çalışma normları açısından incelemek ve bazı çözümler önerilerinde bulunmakla yetineceğiz.

III) 4688 Sayılı Yasa'nın 87 Sayılı Sendika Özgürlüğüne İlişkin Sözleşme Bakımından Durumu

Bilindiği gibi sendika özgürlüğü içeriğinde birden fazla özgürlüğü bulduran bir kavramdır.

Sendikanın idarenin müdahalesi dışında kurulması (tüzel kişilik kazanması) tüm çalışanların ve işverenlerin özgür iradeleri ile bu örgütlere üye olması, olmaması ve çekilme haklarına sahip olmaları; sendikaların ulusal ve uluslararası düzeyde üst örgütleri serbestçe oluşturabilmeleri ve bunlara üye olabilmeleri, her düzeyde sendikaların iç işlerini ve faaliyet programlarını serbestçe düzenleyebilmeleri bu özgürlüğü oluşturan temel öğelerdir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün denetim organlarından olan Sendika Özgürlüğü Komitesi ve Sözleşmeleri İzleme ve Denetleme Komisyonu 4688 sayılı Yasa'nın bir kısım hükümlerini 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. Bunlardan en önemlileri şunlardır:

1) Çalışanların ve İşverenlerin Hiçbir Ayırım Yapılmaksızın Diledikleri Sendikaya Üye Olma Hakları Bakımından (Sözleşme, m. 2.)

87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinde "çalışanların ve işverenlerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan diledikleri kuruluşları kurma ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uyma koşulu ile bunlara üye olma hakkına sahip" oldukları ifade edilmiştir. Adı geçen Sözleşmenin 9. maddesinde ise sendikal örgütlenme hakkında silahlı kuvvetlerin ve polislerin ne ölçüde yararlanacağı hususunun ulusal mevzuat tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Şu halde 87 sayılı Sözleşme'yi onaylayan bir üye devlet sendika özgürlüğüne ilişkin hakları hiçbir ayırım yapmaksızın tüm çalışanlara ve işverenlere tanıyacak; sadece silahlı kuvvetler ve polislerin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağına serbestçe karar verebileceklerdir. Başka bir deyimle bu iki grup dışında kalanlar bu haktan kesin olarak yararlanacaktır.

a) Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Yorum ve Kararları

87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinin ILO'nun denetim organları tarafından elli yılı aşkın bir süreden beri nasıl yorumlandığına da değinmekte yarar vardır. Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin 2. maddesi ile ilgili bazı kararları şunlardır:

aa- Kamu Görevlilerine İlişkin Kararlar

Komiteye göre "tüm çalışanlar" ibaresi kamu görevlilerini de kapsamaktadır. Nitekim 2. madde-

de “herhangi bir ayırım yapılmaksızın” deyimini bulunmaktadır. Bunun tek istisnası silahlı kuvvetler ve polistir. Öte yandan kamu kesiminde çalışanlarla özel sektör çalışanları arasında ayırım yapmak da 2. maddeye tamamen aykırı düşmektedir¹.

bb- Silahlı Kuvvetler Mensupları ve Polislere İlişkin Kararlar

Silahlı kuvvetler mensupları ve polislerin açık ve sınırlı biçiminde belirlenmesini kabul eden komite, bunların ulusal mevzuat tarafından 87 sayılı Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakabileceğini açıklamaktadır. Sözleşmenin 9. maddesindeki bu istisna dar anlamda yorumlanmak zorundadır. Şu halde çalışanlardan birinin bu kavrama girip girmediği hususunda bir duraksama doğduğunda bu kişinin sendikal örgütlenme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Üye devletlere bu konuda tanınan yetki, doğal olarak bu iki grubun örgütlenme hakkından yoksun oldukları anlamına gelmemektedir. Sözleşmeyi onaylayan bir ülke sözü edilen bu iki gruba da sendikal örgütlenme haklarını tanıyabilecektir.

Bu bağlamda Komite silahlı kuvvetlere ait iş yerlerinde çalışan sivil personelin de hiçbir ayırma tabi olmadan bu kanundan yararlanacağını kabul etmektedir².

cc- Diğer Bazı Çalışan Gruplarına İlişkin Kararlar

Sendika Özgürlüğü Komitesi, mahalli idarelerde her türlü çalışanın, itfaiye mensuplarının, ceza ve infaz evlerindeki görevlilerin, gümrük memurlarının, iş müfettişlerinin, her kademedeki öğretmenlerin, elçiliklerde çalışan yerel uyrukluların, güvenlik görevlilerinin, deniz ve hava limanlarında çalışanların, hastane personelinin sendikalaşma hakkından yararlanabileceği sonucuna varmıştır.

Aynı Komite işletme yöneticilerinin örgütlenme hakları ile ilgili olarak çok sayıda karar vermiştir. Buna göre işveren adına hareket eden yönetici personelin iki koşul çerçevesinde diğer işçilerden ayrı sendikalar kurabileceklerini ve bunlara serbestçe üye olabileceklerini kabul etmiştir. Bu koşullardan birincisi bu niteliğe sahip personelin kendi mesleki menfaatlerini daha iyi koruyabilmek için bu yolu seçmeleri, ikincisi ise bu örgütlenmenin işyeri ya da işkolunda çalışan işçi sayısını azaltma, diğer örgütlerin üye sayısını tehlikeye sokma durumuna neden olmamalarıdır. Şu halde diğer işçi sendikalarının üye potansiyelini ya da fiili üye sayısını azaltma nedeni olmamalıdır.

Öte yandan Komite, yönetici personelin işçi sendikalarına üye olmalarının yasaklanmasında, bu kişilerin sadece işverenin menfaatlerini fiilen korumakla görevli personel biçiminde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.

Komite, sendika özgürlüğünü sadece bir işverenle iş ilişkisi kurmuş bulunan işçilere özgü olmadığına, tarımda ya da serbest meslekte bağımsız olarak çalışanların da bu haktan yararlanabileceklerine karar vermiştir. Bunun gibi deneme süresi içindekiler mesleki eğitim programlarında (işsizlikle savaş programları dahil) eğitilenler, ev hizmetlerinde çalışanların da bu haktan yararlanabileceklerini kabul etmiştir.

Son olarak komitenin bu alandaki geniş yorumuna örnek olarak işten çıkarılmış ve emekli olmuş işçilerin de kendi mesleki menfaatlerini savunma amacı ile sendikadaki üyelik sıfatlarını devam ettirebileceklerine karar vermiştir. Emekli işçilerin üyeliklerinin devam edip etmeyeceğine sendikaların tüzükleri yanıt verecektir. Zira sendikaların sözleşmenin 3. maddesi uyarınca iç işlerini serbestçe düzenleme hakları vardır³.

b) 4688 Sayılı Yasanın Sendikaya Serbestçe Üye Olma Hakkı Açısından Durumu

İş sözleşmesi ile çalışanlar (işçi) dışında statü hukukuna bağlı kamu görevlilerine de sendikal örgütlenme hakkı veren 4688 sayılı Yasa kuşkusuz örgütlenme hakkının genişlemesine katkıda bulunmuştur. Esasen uzun yıllar (1948-1993) 87 sayılı Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmamasının temel nedeninin de kamu görevlilerine örgütlenme hakkının verilmemesi olduğu bilinmektedir. Bu alanda olumlu bir adım 4688 sayılı Yasa ile atılmıştır.

Ancak adı geçen Yasada kamuda (işçi sıfatı ile çalışanlar dışında kalan) çalışanların tümüne sendikal örgütlenme hakkı tanınmamıştır. Yukarıda bir çok kez açıklandığı gibi 87 sayılı Sözleşme'de üye ülkelere bu konuda tanınan tek hareket serbestisi silahlı kuvvetler mensupları ile polislerdir.

Halbuki, 4688 sayılı Yasa'da bu iki kategori dışında kalan çok sayıda kamu görevlisine sendikalara üye olma hakkı tanınmamıştır:

aa- Kamu Görevlisi Tanımı ile Getirilen Sınırlama (m. 3/a)

4688 sayılı Yasa'da işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerinin bu yasaya göre örgütlenebile-

ceği (m. 2) açıklandıktan sonra yapılan kamu görevlisinin tanımı özel bir önem taşımaktadır. Bu tanım Yasanın 3. maddesinin (a) bendinde yapılmaktadır. Bu hükme göre “kamu görevlisi kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonda daimi surette çalışan, adaylık ve deneme süresini tamamlamış” kişilerdir.

ILO Uzmanlar Komitesi raporlarında⁴ 3/a maddesinde kamuda işçi statüsü dışında istihdam edilenlerin sendikaya üye olabilmek için bir kadro veya pozisyonda daimi surette çalışmak, adaylık ve deneme süresini tamamlamak koşullarının arandığına dikkat çekilmektedir. Böylece kamuda işçi niteliği dışında sözleşmeli olarak belirli bir süre çalıştırılanlar ile henüz aday memur konumunda olanlar örgütlenme hakkında yoksun kalmaktadırlar.

bb- Üye Olma Yasakları (m. 15)

Aynı raporlarda 4688 sayılı Yasa'nın 15. maddesine de dikkat çekilerek, “sendika üyesi olamayacaklar”ın silahlı kuvvetler mensupları ve polis dışında bir çok kamu görevlisini de kapsadığı açıklanmaktadır. Bu durumun 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olduğu Uzmanlar Komitesi raporunda belirtilmekte ve “güvene dayalı kadrolarda” çalışan kamu görevlilerinin diğer çalışanlarla aynı sendika içinde örgütlenme zorunluluğunu 87 sayılı Sözleşme'nin getirmediği, bunların kendi sendikalarını kurarak mesleki menfaatlerini koruyabilecekleri açıklanmaktadır. Bu konuda raporda aranan koşul, kurulacak sendikanın o işkolunda kurulu bulunan diğer sendikaların zayıflamasına yol açmamasıdır. Başka bir ifade ile bu durumdaki kamu görevlilerinin tanımını genişletmemek ve diğer sendikaların mevcut ya da potansiyel üye sayısını azaltmamak gerekmektedir.

Kanımızca Türk mevzuatını uluslararası normlara uygun duruma getirebilmek için 4688'in 15. maddesinde sadece silahlı kuvvet mensupları (m. 15/f) ile emniyet hizmetleri sınıfında polis olarak çalışanları bırakmak; yeni bir madde çerçevesinde güvene dayalı hizmet kadrolarında çalışanlara ise, diğer çalışanların örgütlendiği sendikalardan ayrı olarak kendi sendikalarını kurmalarına ve bunlara üye olmalarına olanak tanımak en sağlıklı çözüm olacaktır.

2) Sendikaların Yönetim ve Etkinliklerini Serbestçe Düzenleme Hakları Bakımından (Sözleşme, m. 3)

ILO Uzmanlar Komitesi sendikaların iç işleyişi bakımından da Türk mevzuatına yıllardan beri eleştiriler yöneltmektedir. Konuyu 2821 ve 2822 sayılı Yasaları bir yana bırakarak 4688 sayılı Yasa açısından ele almaya çalışacağız.

Bilindiği gibi Türk hukukunda sendikaların işleyişi (organları) ve sendika-üye ilişkileri ayrıntılı biçimde yasalarla düzenlenmiştir. Bunun nedeni sendikaların işleyişinde demokratik kuralların egemen olması düşüncesidir. Örneğin genel kurulların ne zaman üyelerin, ne zaman delegelerin katılımı ile toplanacağı, delegelerin sayısı, zorunlu organların hangileri olacağı, seçimlerin nasıl yapılacağı, üye aidatının üst sınırı hep yasalarla düzenlenmiştir. Bu durum ILO Uzmanlar Komitesi tarafından eleştirilmekte, bu müdahalelerin devletin sendikanın iç işleyişine karışmasına yol açabileceği hatırlatılmaktadır. Bu konudaki düzenlemelerin yasaların ekinde sendikalara yol gösterici biçimde yapılabileceği ve bunların sendika tüzüklerinde yer almalarının uygun olacağı ifade edilmektedir.

Öte yandan Sendika Özgürlüğü Komitesi grev hakkını, çalışanların ve bunların sendikalarının en temel haklarından biri olduğunu kabul etmekte ve 87 sayılı Sözleşme'nin güvencesi altında olduğuna birçok kararında yer vermektedir⁵.

Adı geçen komite grev haklarının hangi hallerde ve hangi kamu görevlileri bakımından sınırlanacağını, hatta yasaklanabileceğini de belirtmiştir. Örneğin bir grevin temel hizmetlerde ulusal düzeyde vahim zararlara neden olması halinde yasaklanabileceğini, ancak bu durumda telafi edici güvencelerden işçilerin yararlanabilmesinin sağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Bunun gibi kamu görevlilerinden devlet adına otorite kullananların grev haklarına sınırlama getirilebileceğini Komite kabul etmektedir⁶.

4688 sayılı Yasa'yı sendikanın iç işleyişi ve grev hakkı bakımından incelediğimizde önemli bazı uyumsuz hükümlerle karşılaşmaktayız. Gerçekten 2821 sayılı Yasa'ya paralel olarak 4688 sayılı Yasa'da da sendikanın organları (m. 8, 9, 10, 11, 12, 13), sendika-üye ilişkileri (m. 14, 15, 16, 25) ayrın-

tılı hükümlerle düzenlenmiştir. Bunların siyasal otoritenin sendikaları etkilemesine yol açabileceği görüşünü benimseyen Uzmanlar Kurulu, örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın sendika yönetim kurullarına işten el çektirme amacı ile iş mahkemesine başvurabilmesini, sendika özgürlüğü açısından tehlikeli bulmaktadır⁷.

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda kamu görevlilerinin grev hakkını nasıl kullanacaklarına ilişkin hükümlerin 35. maddede yer almadığına dikkat çeken Uzmanlar Komitesi, hükümetin bu hususta anayasada bir değişiklik yapılması gerektiğine ilişkin açıklamayı not etmekte, ancak 87 sayılı Sözleşme'nin güvencesi altında olan grev hakkının kamu görevlileri bakımından nasıl yorumlanması gerektiğini de belirtmektedir.

Buna göre kamu görevlileri bakımından grev hakkına getirilebilecek sınırlama, ancak devlet adına otorite kullanma yetkisine sahip olanlar hakkında geçerli olacaktır. Bu özellikleri nedeni ile grev hakkından yoksun olan kamu görevlileri ise etkili, hızlı ve tarafsız barışçı çözüm yollarından (arabuluculuk ve tahkim gibi) yararlanacaklardır.

Uluslararası çalışma normlarına ilişkin bu yorumlar karşısında Anayasanın 53. maddesine 1995 yılında eklenen hükümlerin sürekli sorun yaratacağına kuşku yoktur. Zira yasa koyucu, doğal olarak (A.Y. m. 11) yasaları kabul ederken, Anayasa hükümünü üstün hukuk kuralı olarak dikkate alacak, uygulamaya konulan yasalar da uluslararası sözleşme ile çatışma durumuna düşecektir. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmanın tek yolu Anayasada yapılacak ilk değişiklik sırasında 53. ve 54. maddelere yeni bir içerik kazandırmaktır.

IV) 4688 Sayılı Yasa'nın 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin Sözleşme Bakımından Durumu

1949 tarihli 98 sayılı Sözleşme bilindiği gibi Türkiye Cumhuriyeti tarafından sadece iki yıl sonra (1951) onaylanmıştır. Bu sözleşme, bir yandan çalışanları, serbestçe örgütlenme hakkı bakımından güvence altına alırken (m. 1), diğer taraftan karşıt menfaat gruplarının birbirlerinin iç işlerine karışmalarını, özellikle bir işçi sendikasının bir işveren

veya işveren kuruluşunun denetimi altına alınmasını yasaklamaktadır. Adı geçen sözleşmenin düzenlediği bir başka alan ise iş koşullarının serbest ve gönüllü toplu pazarlık yoluyla belirlenmesidir. Sözleşmeyi onaylayan her üye devlet çalışanlar ve işveren kuruluşları arasında yapılacak olan bu pazarlık usulünü "tam bir surette" geliştirilmesini teşvik etmek için gerekli önlemleri alacaktır.

ILO'nun en çok onay alan sözleşmelerinden biri olan 98 sayılı Sözleşme açısından da Türk mevzuatının sorunları vardır. Özellikle 1980 sonrası dönemde kabul edilen Anayasa (1982) ve 2821 ve 2822 sayılı Yasaların (1983) birçok hükmünün 98 sayılı Sözleşme'ye aykırı olduğu ileri sürülmüş, Türk hükümetleri birçok kez bu nedenle izleme ve denetleme komisyonunun gündemine alınmış, hatta bazı yıllar özel paragrafa tabi tutulmuştur.

Biz bu yazımızda soruna sadece 4688 sayılı Yasa açısından yaklaşmaya çalışacağız.

Konferansa sunulan Uzmanlar Komitesi Raporunda 98 sayılı Sözleşme açısından 4688 sayılı Yasa'ya yöneltilen başlıca eleştiriler şunlardır:

1) Çalışanların Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Korunması (Sözleşme, m. 1, 3)

Uzmanlar Komitesi adı geçen Yasanın 18. maddesinde, genel olarak kamu görevlilerinin sendikalara üye olmaları, olmamaları ya da sendikal faaliyetlere katılmaları nedeniyle farklı bir işleme tabi tutulmayacaklarının öngörüldüğünü, ancak ayırım yapılması halinde uygulanacak yaptırımlardan söz edilmediğini ileri sürmektedir.

Hükümet bu iddiaya karşı ayrımcılık yapan kamu yöneticisi hakkında disiplin cezası hükümlerinin uygulanacağını, ayrıca yeni Türk Ceza Yasası'nda da sendikal ayrımcılığı cezai yaptırımlara bağlayan hükümler (m. 118) bulunduğunu bildirmiştir. Komisyon verilen bu bilgiyi ilgi ile not etmiştir.

Kamu görevlileri sendikalarının üyeleri ve yöneticileri açısından yasada (m. 18) öngörülen güvencenin yetersizliği yanında, işyeri sendika temsilcileri de özel olarak korunmuş değillerdir (m. 23). Yasa koyucu muhtemelen üyelerle ilgili güvenceyi temsilciler bakımından da yeterli bulmuştur. Halbuki Türkiye Cumhuriyeti'nin de onayladığı

ğı 135 sayılı ILO Sözleşmesi, işçi temsilcilerinin özel olarak korunmalarını öngörmüştür. Bu sözleşmenin 1. maddesinde temsilcilerin “işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan” yararlanacakları hükme bağlanmıştır.

2) Kamuda Toplu Pazarlık ve Grev Hakkı (Sözleşme m. 4)

98 sayılı Sözleşme’yi onaylayan her üye ülke “çalışma koşullarını toplu sözleşmelerle düzenlemek üzere serbest pazarlık usulünü geliştirme ve gerçekleştirme” (m .4) yükümlülüğü altındadırlar.

ILO Uzmanlar Komitesi raporunda 4688 sayılı Yasa’daki toplu görüşme sisteminin tarafları, görüşmelerin içeriği ve hükümete tanınan sonucu belirleme yetkisi eleştirilmektedir.

Uzmanlar Komitesi 4688 sayılı Yasa’nın 3/h ve 28. maddelerini de Sözleşme’nin 4. maddesine aykırı bulmaktadır. Gerçekten “toplular görüşme”yi tanımlayan 3/h maddesine toplu görüşme sırasında ele alınacak konular sayılmaktadır. Buna göre “kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeler her türlü zam ve tazminatlar, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı...” gibi mali haklar yetkili kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşları ile kamu işveren kurulu arasında görüşülecektir.

Adı geçen Yasanın 28. maddesinde de toplu görüşmenin kapsamı tek tek sayılmakta, bunlara “verim artırıcı diğer yardımlar da” eklenmektedir. Görülüyor ki, burada da toplu görüşmenin içeriğinde sadece mali konular yer almaktadır. Uzmanlar Komitesi her iki maddeyi de 98 sayılı Sözleşme’nin 4. maddesi açısından yetersiz bulmaktadır. Zira Sözleşme’nin anılan maddesinde kamu görevlilerinin “çalışma koşullarını düzenleme” amacından söz edilmiştir. Çalışma koşullarının mali konularla sınırlı olmadığı, örneğin iş süreleri, iş sağlığı, disiplin hükümlerinin uygulanması, ortak komiteler aracılığı ile verimi artırma gibi daha birçok konunun da toplu görüşmeler sırasında ele alınabileceği unutulmamalıdır. Yasa ile bu konuların toplu görüşmenin kapsamı dışında bırakılması Uzmanlar Komitesi tarafından eleştirilmektedir.

Ayrıca Anayasa’nın 53. maddesi hükmüne uygun olarak 4688 sayılı Yasa’nın 34. maddesinde toplu görüşmenin tarafların anlaşması ile sonuçlanması halinde hazırlanacak mutabakat metninin Bakanlar Kurulu’na sunulacağını, uyuşmazlık halinde ise sisteme dahil olan Uzlaştırma Kurulu’ndan sonra yine Bakanlar Kurulu’nun uygun idari düzenlemeleri yaparak hazırladığı yasa tasarılarını TBMM’ye sunacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar ister toplu görüşmede uzlaşılsınlar, ister uyuşmazlık devam etsin son sözü hükümet söyleyecektir.

Bu hükmün sadece Anayasa’nın 53. maddesinden değil, aynı zamanda 128. maddesinden de etkilendiği kuşkusuzdur. Gerçekten 128. maddenin ikinci fıkrasında “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri” yanında, “hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödemeleri ve diğer özlük işleri kanunlar düzenlenir” hükmü bulunmaktadır. Toplu görüşmelerin sonunda, tarafların özgür iradeleri ile ortaya çıkan düzenleyici belgenin yasal bir esasa bağlanması anayasal bir zorunluluktur.

Ancak Fransa’da olduğu gibi bu süreç içinde kamu görevlilerinin grev hakkını ilke olarak reddetmemek gerekmektedir. Bunun uluslararası sözleşmelerdeki sınırlaması ise “devlet adına otorite kullanma yetkisine sahip olan” memurlardan ibarettir. Kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin görüş ve yorumlar yukarıda açıklandığı gibi 98 sayılı Sözleşme yerine 87 sayılı Sözleşme’nin 3. maddesine dayandırılmaktadır.

V) 4688 Sayılı Yasa’nın 151 Sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşme Bakımından Durumu

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1993 yılında onaylanan bu Sözleşme ILO’nun genel konferansında 1978 yılında kabul edilmiştir. Sözleşmenin başlangıç bölümünde kamu yönetimleri ile kamu görevlileri sendikaları arasında daha sağlam çalışma ilişkilerinin gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

Böylece bu sözleşme 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri kamu görevlileri açısından tamamlayan bir belge niteliğindedir.

151 sayılı Sözleşme kamu görevlilerinin örgütlenme haklarının korunmasını (m. 4, 5), bu örgütlere sağlanacak kolaylıkları (m. 6), çalışma koşullarının belirlenmesi yöntemlerini (m. 7, 8) düzenlemektedir.

4688 sayılı Yasa açısından önem taşıyan hükümler ise özellikle toplu görüşme (m. 7) ve uyuşmazlıkların çözümü (m. 8)'ne ilişkin maddelerdir.

151 sayılı Sözleşme, kamu görevlilerinin çalışma koşullarının belirlenmesinde toplu görüşme sisteminin bulunduğunu kabul etmektedir. Ayrıca kamu görevlileri ile kamu makamları arasındaki görüşmelerin, "en geniş biçimde geliştirilmesi ve kullanılmasının teşvik" edilmesi üye devletin yükümlülükleri arasına girmektedir. Şu halde kamu görevlilerinin tüm çalışma koşullarının idarece tek taraflı olarak belirlenmesi yöntemi 151 sayılı Sözleşme'nin 7. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Üstelik sözleşmeyi onaylayan üye devlet bu yöntemin en geniş biçimde geliştirme ve kullanılmasını teşvik etmekle yükümlüdür.

Halbuki 4688 sayılı Yasa daha örgütlenme aşamasında bir kısım kamu görevlisini, yukarıda açıklandığı gibi kapsam dışı bırakmış; toplu görüşme sırasında grev hakkını tanımamış, görüşmelerde anlaşma sağlanmış olsun veya olmasın son sözü hükümete bırakmıştır. Bu yasal sürecin 151 sayılı Sözleşme'nin 7. maddesindeki toplu görüşmenin en geniş biçimde geliştirilmesi ve teşvik edilmesi hükmü ile bağdaşmasına olanak bulunmadığı⁸ kanısındayız.

Öte yandan grev hakkının kapsamı dışında kalanlar ya da toplu görüşmeler sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda 151 sayılı Sözleşme'nin 8. maddesindeki barışçı çözüm yolları hükmü ile 4688 sayılı Yasa'daki Uzlaştırma Kurulu (m. 35) arasında uyum olduğu söylenemez. Gerçi 35. maddede uyarınca devreye giren Uzlaştırma Kurulu bağımsız ve tarafsız bilim adamlarından oluşmaktadır. Bu yönü ile 35. madde sözleşmeye uygundur. Ancak verilen kararların sonuca etkisi olamamaktadır. Yasal çerçeveye buna olanak vermediği gibi uygulamada da hükümet bütçe yasalarına son biçimini verirken bu kurulun kararlarını dikkate alma gereğini duymamaktadır.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmış ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca üstün ve bağlayıcı hukuk normlarına dönüşmüş olan 87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri açısından 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun birçok maddesinin yetersiz ve uluslararası normlara aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu uyumsuzluklar serbest örgütlenme hakkı açısından olduğu kadar özgür toplu pazarlık bakımından da karşımıza çıkmaktadır.

Kamu personelinin örgütlenme hakkına 1971 yılında getirilen yasağın Türk iş hukukunun bu alanda geri kalmasının başlıca nedeni olduğu kanısına varılmaktadır. Kaybedilen otuz yıllık bir dönem olmasaydı Türk endüstri ilişkileri sisteminde kuşkusuz kamu görevlileri sendikacılığı da daha ileri bir noktada bulunacaktı.

Daha fazla zaman kaybetmemek için ILO'nun çalışma normları ile 4688 sayılı Yasa hükümlerini uyumlu hale getirmekten başka çıkar yol görülmemektedir. Bunun için çağdaş bir kamu personel reformunu sürüncemede bırakmadan gerçekleştirmek, ilk atılması gerekli adımdır. Çağdaş ve ülkemiz gereksinimlerine uygun bir personel reformu örgütlenme ve serbest toplu pazarlık sisteminin de uluslararası normlara uyumlu hale getirilmesini kolaylaştıracaktır. Böylece çok karmaşık bir görüntü veren kamu personel rejimi sağlıklı esaslara bağlanırken, ILO'nun kamu görevlilerinin örgütlenme ve toplu pazarlık haklarına ilişkin eleştirilerine de yanıt verilmiş olacak, Türk iş hukukunun bu alandaki eksikliği giderilmiş olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 BIT, La Liberté Syndical, cinquieme édition, Geneve, 2006 p.49-50, § 218-222.
- 2 BIT, ibid, p.50-51, § 223-229.
- 3 BIT, ibid, p.51-59, §.230-271.
- 4 BIT, Application des normes internationales du travail, 2007 (I) Rapport de la commission d'expert pour l'application des conventions et recommandations, Geneve 2007, p.181.
- 5 BIT, op.cit, p.113-141, § 520-676.
- 6 BIT, op.cit, p.122, § 572-580.
- 7 BIT, op.cit, p.182.
- 8 M. Kutsal, "151 sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu", ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara 1997, s.125-139.

Yrd. Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat

Sözleşmenin değişen şartlara nasıl uyum sağlayacağı konusu, özellikle beklenmeyen ekonomik ve sosyal değişikliklerin ortaya çıktığı dönemlerde daha çok önem kazanan çözümleri gereken bir hukuksal sorun olmuştur. Burada önemli olan, değişen şartlar karşısında sözleşmeyi sona erdirmek değil, değişen şartlara uyum sağlayarak ayakta tutmaktır. Sözleşmenin değişen şartlara uyum sağlayabilmesinde ilk akla gelen makul çözüm, taraf iradelerine öncelik tanınmasıdır. Sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak taraflar, yaptıkları bir sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme hürriyetine de sahiptir¹. Ayrıca Borçlar Kanununun 12. maddesi, bu serbestiye şekil açısından bir sınır getirerek, kanunen yazılı olması gereken bir sözleşmenin değişikliğinin de yazılı yapılması zorunluluğunu öngörmüş², dolaylı olarak tarafların değişiklik yetkisini pozitif olarak düzenlemiştir. Unutulmamalıdır ki, taraf iradeleri dışında da hâkimin müdahalesi ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak ayakta tutulması ve değiştirilmesi söz konusudur³.

İş ilişkilerinde de değişen şartlara uyum sağlanması, iş hukukunun önemli sorunlarından birini oluşturmaktadır. Değişen şartlar karşısında, genel hükümlerde olduğu gibi öncelikle taraf iradelerine üstünlük tanınmaktadır. İş ilişkilerine hâkimin müdahalesi en son başvurulması gereken bir hukuki çözümdür. Bununla beraber, iş sözleşmelerinin de-

ğişen şartlara uyarlanması ihtiyacı karşısında, hâkimin iş sözleşmesini uyarlama yetkisi de bulunmaktadır⁴.

İş hukukunda da gerek toplu iş sözleşmesi gerek bireysel iş ilişkilerinden doğan hukuksal kaynakların, taraf iradelerine dayanarak değiştirilmesi her zaman mümkündür. Aşağıda bu taraf iradelerine dayanarak toplu iş sözleşmelerinden doğan haklardan feragat edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde durulacaktır.

1- Toplu İş Sözleşmesinin Tarafı Sendika ile Yapılan Değişiklikle Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Hakların Değiştirilmesi ya da Kaldırılması

a- Değişiklik yetkisi ve sınırları

Kural olarak süreye ilişkin konular dışında, toplu iş sözleşmesinin hükümlerinde her türlü değişiklik yapmak mümkündür⁵. Kanunda açık bir şekilde, toplu iş sözleşmesinin süresinin taraflarca uzatılıp kısaltılamayacağı ve süresinden önce sona erdirilemeyeceği öngörülmüştür (TİSGLK. m. 7/I). Böylece sadece süre uzatımı ya da kısaltılması değil, sona erdirilmesi de hükme bağlanmış; böylece yenileme (tecdit) yoluyla da toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin değişiklik yapma imkânı tanınmamıştır⁶.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinde meydana gelebilecek olan değişiklikler, bir veya birkaç hükmün sözleşmeden çıkarılması veya içeriğinin tamamen farklı bir biçimde düzenlendiği bir hükümle değiştirilmesi ya da tamamıyla sözleşmede daha önce hiç bulunmayan yeni bir veya bir kaç hükmün konulması biçiminde olabilir. Bu hükümlerin getirilmesinde sınır, değişikliğin bir yenileme (tecdit) niteliğine ulaşmamış olmasıdır.

Sözleşme taraflarının süreye ilişkin konular dışında her türlü değişikliği yapabilecekleri konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak söz konusu değişiklik hükmünün tahakkuk eden haklar üzerinde bir değişiklik meydana getirmesi durumunda değişiklik yetkisi bakımından sorun tartışmalı görülmüştür.

Yargıtay, işçiler için henüz tahakkuk etmemiş ve bir hak olarak doğmayan paraya ilişkin konu-

değişiklik yapılamayacaktır. Örneğin ücret zammı dönemlere dağıtılmamış, bütün bir toplu iş sözleşmesi süresi için bir zam oranı belirlenmiş ise, taraflar bir daha bu hükmü işçi aleyhine değiştiremeyecektir. Dolayısıyla bu sonuç, sadece dönemsel ücret zamlarının uygulanmaya başlamasından sonra değil, böyle bir derecelendirme ön görmeyen diğer toplu iş sözleşmesi hükümlerinde de değişiklik yapılmasını engellemektedir.

b- Toplu iş sözleşmesiyle bir hak elde edilmesi ile bu hüküm dolayısıyla sürekli bir borç ilişkisinden doğan her bir münferit alacak hakkı arasında ayırım yapılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin hükmü yürürlük kazandığı andan itibaren doğmuş bir hak olarak değerlendirilecektir. Yani, Temmuz ayında zam oranının yürürlüğe girmesini öngören toplu iş sözleşmesinin uygulamaya başlamasından sonra bir gün geçmesi durumunda, bu hükme da-

Yargıtay, işçiler için henüz tahakkuk etmemiş ve bir hak olarak doğmayan paraya ilişkin konularda tarafların değişiklik yapabileceğini kabul etmektedir.

larda tarafların değişiklik yapabileceğini kabul etmektedir⁷. Böylece doğmuş bir hakkın toplu iş sözleşmesi taraflarınca ortadan kaldırılması mümkün görülmemektedir. Yargıtay kararlarına konu olan değişiklik hükmü çoğunlukla dönem zamlarının uygulanmasına ilişkindir. Yargıtay, tarafların genellikle altı aylık kısımlara ayrılan dönem zamları üzerinde değişiklik yapabilme yetkisini, dönemin başlamasından öncesine tanımaktadır. Yani taraflar, dönem zammı hükmü uygulamaya başlamadan önce değişiklik yapılabilecek; dönem zammına ilişkin kuralın işlemeye başlamasından sonra hakkın tahakkuk etmiş olması dolayısıyla herhangi bir değişiklik yapılamayacaktır.

Yargıtay'ın bu içtihadından şu sonuçlar doğmaktadır;

a- Konusu paraya ilişkin olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden, uygulanması belirli bir tarihe bırakılmış hükümler bakımından değişiklik mümkündür. Uygulanması belirli bir tarihe bırakılmış sözleşme hükümleri dışında, halen uygulama alanına girmiş ve ücretlere dorudan doğruya etki eden herhangi bir toplu iş sözleşmesi hükmünde

yanarak bir günlük münferit alacak hakkı doğmasına rağmen, o dönem sonuna kadar tahakkuk etmiş bir hak meydana gelecektir. Diğer yandan toplu iş sözleşmesi ile dönem zamları öngörülmemiş, bütün bir toplu iş sözleşmesi dönemi için tek bir zam oranı belirlenmiş ise, toplu iş sözleşmesi imzalandığı tarihten itibaren münferit alacak hakları doğmamış olsa bile doğmuş bir hak olarak kabul edilecektir.

c- Toplu iş sözleşmesinin dönem zamlarına ilişkin hükümler yürürlüğe girdiği andan itibaren doğmuş olan münferit alacak haklarına dokunmayan, ileriye yönelik değişiklikler de yapılamayacaktır. Yani, Temmuz ayında başlayan dönem zammının yürürlüğe girmesinden sonra çalışılan günlere ilişkin haklarda değişiklik yapmayan, ancak daha çalışılmamış ve dönem (belki de toplu iş sözleşmesi süresi sonu) sonuna kadar süre için hiçbir değişiklik yapılamayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar, Yargıtay'ın yukarıdaki bu uygulaması doğrultusunda görüş belirtmektedir⁸. Sözleşmesinin tarafları açısından, yeni dönem zam oranlarının belirlendiği hükümler ilgili döne-

min başlaması ile mevcut iş sözleşmelerine olan doğrudan etki edecek; dolayısıyla söz konusu hükümler elde edilmiş bir hak olacaktır. Tarafların bu andan itibaren toplu iş sözleşmesinde işçi aleyhine değişiklik yapması mümkün olmadığı için, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin toplu iş sözleşmesine göre sahip olduğu haklar devam edecektir. Bu andan itibaren işçinin paraya ilişkin haklarında kısıtlamaya giden taraf anlaşmaları bir hüküm ve sonuç doğurmayacağından, işçi toplu iş sözleşmesine göre haklarını talep edebilecektir.

Toplu iş sözleşmesi taraflarının, sözleşmenin parasal konularında da değişiklik yapılabileceğini savunan görüş⁹, yapılan değişiklikte ücretlerde ileriye dönük bir indirimle gidilebileceği gibi, şartların gerçekleşmesi halinde geriye yönelik olarak değişiklik yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesi hükmü dolayısıyla doğmuş bulunan haklara kanunların değişmesi ve geriye yürümesi hakkındaki ilkeler uygulanmalıdır. Bu ilkeler çerçevesinde, güvenin korunması ilkesine ters düşmediği, hukuk güvenliği ile bağdaştığı, ölçülülük ilkesini ihlal etmediği ve temel hakların koruma alanına bir saldırıcı oluşturmadığı sürece, tarafların toplu iş sözleşmesinden doğmuş bulunan hakları geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırılması ya da değiştirilmesi yoluyla müdahale etmesi mümkündür¹⁰.

Toplu iş sözleşmesinde taraflarca sonradan değişiklik yapılabilmesini yukarıdaki kayıt çerçevesinde kabul eden görüş, işçinin doğmuş bulunan haklarına ilişkin değişiklik yapılamayacağı iddiasının herhangi bir hukuki temele dayanmadığını iddia etmektedir¹¹. Zira aynı iddia geriye yönelik olarak ücret artışlarını meydana getiren değişiklikler için de söz konusu olacaktır. Ücretleri geçmişe yönelik olarak yükselten bir değişiklik, işverenin iş görme ediminin ifa edilmesi ile ilgili olarak doğmuş bulunan haklarına bir müdahale niteliğini taşımaktadır. İşçi lehine ücretin geçmişe yönelik olarak indirilemeyeceği, buna karşılık işveren aleyhine olarak ücretin arttırılabileceği düşüncesi, toplu iş sözleşmesinin işçiyi koruyucu bir amaca hizmet eden araç olduğu düşüncesiyle de açıklanamaz. Çünkü işçi ile işveren arasındaki eşit olmayan güç dengesi, sadece toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine göre önceliğe sahip olması sonucunu ortaya çıkarır. Bu dengesizlikten hareketle, kolektif

düzenleme sırasında da işçinin korunması gibi bir sonuca varılamaz. Bu nedenle geçmişe etkili etki yasağı, işçi ve işveren açısından eşit ölçüde değerlendirilmelidir.

Yukarıda değindiğimiz görüşe göre, toplu iş sözleşmelerinin taraf iradeleri ile değiştirilmesi daha çok parasal hükümlerle ilgilidir. Güven ilişkisi çerçevesinde, sonradan yapılabilecek değişiklikler, sözleşmenin aleyhe değişiklik yapabileceğinin öngörülebildiği ana kadar geriye yürütülmeli ve ileriye yönelik olarak da her zaman bu yetkinin kullanılmasının mümkün olabileceği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce yukarıda değindiğimiz Yargıtay uygulaması ve bu uygulamayı uygun bulan görüşler borçlar hukukunun genel hükümleri ile bağdaşır nitelikte değildir. Öncelikle, toplu iş sözleşmesinin hükümlerini paraya ilişkin olanlar ile paraya ilişkin olmayanlar olarak ayırmak güçtür. Toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya paraya ilişkin olan hükümleri yanında dolayısıyla paraya ilişkin olan hükümleri arasındaki sınırı belirlemek çoğu zaman mümkün değildir. Paraya ilişkin olmamakla birlikte çalışma düzenine ilişkin hükümlerin dolaylı olarak işçinin parasal haklarını etkilemesi de söz konusudur. Örneğin, çalışma saatini haftalık 42 saatten 45 saate çıkaran bir değişiklik işçinin paraya ilişkin haklarını da etkileyecektir. Haftalık çalışma süresinin arttırılması ile daha önce belirlenen haftalık çalışma süresinin üzerindeki çalışma zamlı çalışma olacak iken, yeni durum, çalışmanın zamlı tahakkuk ettirilmesini ortadan kaldıracaktır. Aynı durum vardiyalı çalışmada vardiya sayısında değişiklik yapılması ya da haftalık çalışma süresini beş günden altı güne çıkarılması gibi durumlarda da söz konusudur. Diğer taraftan değişikliğin önemli olup olmadığı yönünde de bir ayırım yapmak zor olacaktır. Küçük değişikliklerin daha sonraki değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde önemli değişikliklere de yol açması mümkündür¹². Toplu iş sözleşmesi hükümlerinde yapılan değişikliklerin çoğunlukla parasal hususları etkilemekle birlikte, bu değişikliklerin parasal konular ile bu konular dışındaki hususlar biçiminde ayrılması ve bu ayırım esasına göre farklı hukuki sonuçlara ulaşılmasından söz edilemeyecektir.

Diğer taraftan, taraflarca meydana getirilen değişikliğin kapsamını parasal konuların dışındaki

hükümlerle sınırlandırmanın hukuki temeli bulunmamaktadır. Tarafların değişiklik yapabilme serbestisi, TİSGLK ve kıyasen, iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu pozitif düzenlemelerden hareketle, parasal konularda işçi aleyhine değişiklik yapılamayacağı, buna karşılık işçi lehine ya da parasal olmayan konularda değişiklik yapılabileceğini ortaya koyan bir hukuki izah yapılamamaktadır. İşçinin korunması, zaten kolektif serbest pazarlık düzenin sağlanmasıyla elde edilmiştir. Taraf dengesini koruyucu bu üstünlükten hiç bir zaman toplu iş sözleşmesi hükümlerinin içeriğinin de işçi lehine olması sonucu çıkmamıştır.

Bir taraftan toplu iş sözleşmesinin sonradan değiştirilebileceğini kabul etmek ve bu yönde pozitif düzenlemeler getirmenin yanında, diğer taraftan böyle bir yetkinin kullanılmasını açık bir düzenleme olmadığı halde, bunu büyük ölçüde sınırlandırmak hukuki bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır. Yargıtay kararlarına konu olduğu gibi dönemsel ücret artışlarının bulunmadığı toplu iş sözleşmelerinde ya da aynı sözleşmelerin diğer hükümlerinde parasal içerikli hükümleri, yine söz konusu kararlar paralelinde elde edilmiş bir hak olarak kabul edilecek ve değiştirilmesi asla mümkün olmayacaktır.

Toplu iş sözleşmelerinde öngörülen dönemsel ücret artışlarına ilişkin hükümlerin uygulamaya girmeden önce işçi aleyhine olarak ileriye yönelik değişiklik yapılabileceğini kabul ederken, ücret artışlarına ilişkin hükmün uygulamaya girmesinden sonra işçi aleyhine olarak değişikliğin artık yapılamayacağını öngörülmesi durumunda, bu hukuki sonucun taraf dengeleri ile izah edilmesi güç olacaktır. Dolayısıyla sorun, sosyal yönden değil hukuk tekniği yönünden ele alınmalıdır. Taraf iradelerince toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin sonradan değiştirilmesi, bu yönde sınırlandırıcı açık bir pozitif düzenleme olmadığı sürece (BK. m. 19) sözleşme serbestisi, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde değerlendirilmeli ve gerek işçi aleyhine gerekse işçi lehine değişikliklerin ileriye yönelik olarak yapılabileceği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesinin normatif etki gösterdiği sürekli borç ilişkisi ile bu borç ilişkisinden doğan münferit alacak hakları arasında da bir ayırım yapılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinin ü-

Toplu iş sözleşmesini sonradan değiştirmeye yetkili olanlar, sözleşmenin taraflarıdır.

ret zammına ilişkin düzenlemesini kazanılmış bir hak olarak değerlendirmek güçtür. Bu anlamda bütün sözleşme ilişkilerinde karşılıklı hak ve borçların düzenlendiği hükümler kazanılmış hak olacağından değiştirilmesi de asla mümkün olmayacaktır. Ücret artışlarına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulamaya girdikten sonra, ileriye yönelik olarak münferit alacak hakkı doğmayan dönemler için değişiklik yetkisi mevcuttur. Borcun herhangi bir itirazi kayıt ileri sürmeden ifa edilmiş olması hali dışında geriye yönelik değişikliğin yapılamaması, iş sözleşmesinden doğan sürekli borç ilişkisinin doğasına daha uygundur.

b- Değişiklik yetkisine sahip olan taraflar

Toplu iş sözleşmesini sonradan değiştirmeye yetkili olanlar, sözleşmenin taraflarıdır. Tarafların iradelerinin uzlaşmasıyla ya da Yüksek Hakem Kurulu kararı ile kurulan sözleşmenin tarafları, sadece işçi sendikası ile işveren ya da işverenin bir işveren sendikasına üye olması halinde münhasıran işveren sendikasıdır. İşverenin bir işveren sendikasına üye olması durumunda toplu iş sözleşmesinin tarafı olamayacağı için, sonradan toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapan anlaşmanın da tarafı olamayacağı açıktır¹⁵. Aynı şekilde işverenin tarafı olduğu bir toplu iş sözleşmesinde de, işverenin daha sonra bir işveren sendikasına üye olması durumunda taraf sıfatı değişmeyeceği için değişiklik yetkisi işverenin şahsında kalacaktır.

Yargıtay, ilk dönemlerde verdiği kararlarda değişiklik yetkisinin, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olduğu sürece mevcut olduğunu kabul etmişti¹⁴. Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde eleştirilmiş ve özellikle toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının yetkisi kaybetse dahi, sözleşmenin taraf sıfatı sona ermeyeceği vurgulanmıştır¹⁵. Yargıtay'ın son dönemlerde verdiği kararlarda böyle bir kayda rastlanmamaktadır.

Toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklikler hakkındaki uzlaşma yeni bir toplu iş sözleşmesi olmayıp, var olan toplu iş sözleşmesinin eki

niteliğindedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesini yapan tarafların, değişiklik sırasında toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olması gerekli değildir¹⁶.

İşveren sendikası üyeliğinden ayrılan işverenin, işveren sendikasının taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi bulunmadığı gibi, işveren sendikasının yapacağı değişikliğin de işveren açısından bir bağlayıcılığı yoktur¹⁷. Sendika üyeliğinden ayrılan işverenin sendikanın taraf olduğu toplu iş sözleşmesi ile bağlı kalmasını düzenleyen TİSGLK. m. 10 hükümlerinin taraf sıfatındaki değişikliği değil işverenin mevcut toplu iş sözleşmesi ile bağlılığını düzenleyen bir hüküm olduğu kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olma ile taraf sıfatını ayırmak gereklidir. Toplu iş sözleşmesiyle taraf olmaktan bağlı kalınmasını düşünmek güçtür. Aksi takdirde, işyerini devreden işverenin taraf sıfatının değişmeyeceği, işyerini devralan yeni işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlı olduğunu öngören TİSGLK. m. 8 hükmünün tıpkı TİSGLK. m. 10 hükmü gibi taraf sıfatında bir değişikliğe yol açmayan bir düzenleme olduğu kabul edilecektir ki, bu sonucun genel hükümlerin öngördüğü bir sonuç olduğunu ileri sürmek güç olacaktır. Dolayısıyla, işyerini devralan ve sendika üyeliğinden ayrılan işverenin daha önce taraf olmadığı toplu iş sözleşmesinin tarafı olduğu ve değişiklik yapmaya da yetkili bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Aksi takdirde, işveren sendikasının ya da eski işverenin tarafı olduğu kabul edilecek olursa, yapılan değişikliğin işvereni bağlamayacağı, ancak bir hükmün ortadan kaldırılması anlamına gelecek değişiklik halinde eski hükümlerin de işvereni bağlamayacağı gibi bir sonuca ulaşılabilecektir¹⁸.

Toplu iş sözleşmesinin Yüksek Hakem Kurulu kararı ile bağlanması durumunda taraf sıfatı değişmeyecek, görüşmelerde yetkili taraflar sözleşmenin de tarafı olacaktır. Bu durumda dahi taraflar sözleşmeden doğan hükümleri değiştirme yetkisine sahip olacaktır¹⁹.

2- Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haktan İş Sözleşmesi ile Feragat

Toplu iş sözleşmesinden doğan haklar, toplu iş sözleşmesinin taraflarınca değiştirilebileceği gibi

işçi ile işveren arasında genel hükümler çerçevesinde bağlanan sözleşme hükümlerince de değiştirilebilir. Ancak bu ikinci durumun birincisinden farkı, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmelerine olan normatif etkiyi sona erdirmemesinde görülmektedir. Bu nedenle, iş sözleşmesi ile ancak yararlılık ilkesi çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin üzerinde hakların tanınması mümkündür. Toplu iş sözleşmesine aykırı ancak işçi yararına olan iş sözleşmesi hükmü, geçerli bir hukuki işlem olarak sonuç doğuracaktır. Buna karşılık işçi yararına olmayan iş sözleşmesinin bir bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır.

Acaba toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan, işçinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, iş sözleşmesinden doğan borçlarda bir değişiklik yapılmaksızın feragat edilmesi mümkün müdür? Uygulamada, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılması yoluna gidilmeksizin işçinin alacak haklarından feragatını konu edinen sözleşmeler kurulmaktadır. Bu durumda da kurulan bu tür sözleşmelerin hukuki niteliği ve geçerliliği sorunu doğmuştur.

a- Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haktan Feragat İşleminin Hukuki Niteliği

Feragat, bir hakkın tek taraflı irade beyanı ile terk edilebileceği halleri ifade etmektedir. Uygulamada işçi ile işveren arasında yapılan sözleşmede, toplu iş sözleşmesinden doğan haktan vazgeçme anlamına gelecek şekilde "feragat" deyimini kullanılmaktadır. Oysa, Türk hukukunda alacaklının tek taraflı bir işlemle alacak hakkından vazgeçmesi kabul edilmemiştir. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı olarak kullanılmasıyla bir hukuki ilişkiyi kuran, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştiren ya da sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklardır²⁰. Alacaklının tek taraflı iradesi ile alacak hakkını sona erdirmeye yetkisi bulunmadığı için borçlu, Borçlar Kanunu'nun 90-95. maddelerinde düzenlenen alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden doğan bir haktan vazgeçme ancak taraf iradelerinin uyumuna bağlı olan sözleşme hükümleri çerçevesinde mümkündür. Bu nedenle her ne ka-

dar uygulamada “feragat” tabiri kullanılmakta ise de, burada karşılıklı iradelerin uzlaşmasını gerekli gören bir “sözleşme” olduğu kabul edilmelidir.

Karşılıklı taraf iradelerinin uyumu ile iki türlü sözleşme kurulabilir. Öncelikle kurulacak olan sözleşme, iş sözleşmesinde değişiklik yapan iş sözleşmesinin eki niteliğindeki bir düzenleme ya da iş sözleşmesinin dışında yeni bir sözleşme türü olup işveren ile işçi arasındaki nispi alacak ilişkisinden doğan münferit alacak hakkını sona erdiren bir işlemdir.

Konusu toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan feragat olan sözleşme, iş sözleşmesinde değişiklik yapan ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki bir düzenleme olması mümkün değildir. Çünkü, toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi gereğince işçi yararına olmayan böyle bir düzenlemenin hukuki geçerliliği söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle tarafların ulaşmak istedikleri amaca uygun sözleşmenin türü, iş sözleşmesi dışında bir hukuki niteliğe sahip olması gerekmektedir. Bu tür bir sözleşme, kaynağını sözleşme özgürlüğünde bulan ve konusu borcu sona erdiren olan ibra sözleşmesi niteliğinde olabilecektir. Türk iş hukuku doktrininde de işçinin taraf olacağı ibra sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan feragat edilebileceği kabul edilmektedir²¹.

İbra sözleşmesi, Borçlar Kanunumuzda açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Bununla beraber hukuki kaynağını sözleşme serbestisi ilkesinde bulan ibra sözleşmesinin konusu ve hukuki sonuçları taraf iradelerine bağlı tutulmuştur²². İbra sözleşmesinin içeriği, şartları ve hükümlerine ilişkin sınırlandırma, sözleşme serbestisi ilkesinde değerlendirilmektedir. Bu anlamda kanuni bir düzenlemeye dayanmadığı için şekil serbestisi ilkesi geçerli olmakla birlikte, ispat hukuku bakımından yazılı yapılması öngörülmektedir.

İbranın konusu tek bir alacak olabileceği gibi, borç ilişkisinden doğan bütün alacakları da içine alabilecek şekilde kararlaştırılabilir.

İbra sözleşmesi, bir tasarruf işlemidir²³. Bu sözleşmenin kurulmasının tamamlanması ile alacak hakkın doğrudan doğruya ve kesin olarak etkilenmektedir. İbra edilen alacak hakkı, faiz, rehin, kefalet, cezai şart gibi bütün fer’ileriyle beraber sona erer (BK. m. 113). Sözleşme serbestisi çerçevesinde sadece asıl borcun fer’ilerinin de ibra edilmesi mümkündür.

Türk iş hukukunda, genel hükümler çerçevesinde toplu iş sözleşmesi ile doğan haklardan işçinin ibra sözleşmesi ile vazgeçebileceği; ibra sözleşmesiyle aynı anda tasarruf muamelesi gerçekleşeceği için alacağın ibra edildiği anda belirlenebilir olması yeterli görülmelidir.

İbranın bir tasarruf işlemi olmasına rağmen, konusu olan ve hukuken sona erme sonucunun bağlandığı hakkın mevcut olması gerekmemektedir. Aksi durum, sözleşme serbestisi ve bu serbestiye dayanarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne ters düşecektir. İbra gibi bir tasarruf muamelesi olan alacağın temlikinde de, doktrin ve uygulamada²⁴ daha mevcut olmayan, müstakbel alacak haklarının da temlik edilebileceği görülmektedir²⁵. Müstakbel alacaklar iki türdür: Birinci durumda müstakbel alacak, temlik anında her türlü hukuki temelden yoksundur. İkinci tür müstakbel alacak, ileride gerçekleşecek olmakla birlikte temlik anında hukuki bir temeli bulunmaktadır. İşte alacağın temlikine konu olan bu ikinci tür alacak haklarıdır. İkinci tür müstakbel alacak hakları da, kendi aralarında muacceliyeti belli bir süre sonra gerçekleşecek olanlar (müccel) ya da şarta bağlı alacaklar veya çekişmeli alacaklar olarak üç gruba ayrılmaktadır. Bu alacaklar temlik anında mevcut olmasa bile üzerinde tasarrufta bulunabilecek alacaklardır. Sözleşme serbestisi çerçevesinde yeni bir sözleşme türü olarak doğan factoring sözleşmesi, niteliği itibarıyla alacağın temlikini sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşme türünde daha da ileri gidilerek birinci tür alacaklar, yani temlik edildiği anda her türlü hukuki temelden yoksun ancak ileride belirlenebilir alacaklar olarak sözleşmenin konusunu meydana getirmektedir. Factoring sözleşmesi ile daha hukuki temeli ile birlikte mevcut olmayan bir alacak hakkı temlik edilmekte, tasarruf işlemi gerçekleşmekte, bu işlemin hukuki sebebi daha sonra ortaya çıkmaktadır.

Kapsamı kanun ile düzenlenen ve niteliği itiba-

riyle tasarruf işlemi olan alacağın temlik kurumunda, temlike konu alacağın mevcut olması gerekme-
yip en azından belirlenebilir olması yeterli görülür-
ken, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde doğan
ve niteliği itibariyle bir tasarruf işlemi olan ibra
sözleşmesinde, ibra edilen alacak hakkının mutla-
ka mevcut olması gerektiğini ileri sürmek hukuk
mantığı ile örtüşmeyecektir. Yine factoring sözleş-
melerinde, alacağın daha mevcut olmadığı halde
tasarruf muamelesine konu edildiği ve böyle bir
sonucun sözleşme serbestisine dayandığı düşünül-
ecek olursa, ibra sözleşmesini bu sonuçtan uzak
tutmanın hukuki bir dayanağı bulunmayacaktır.

Yukarıda hukuki nedenlerini ortaya koyduğumuz
gerekçelerden hareketle, ibra sözleşmesinin
kurulduğu anda müstakbel alacak hakkının muac-
celiyetinin belli bir süre sonra gerçekleştiği alacak
hakları ya da ibra sözleşmesi kurulduğu anda be-
lirlenebilir hakların sözleşmeye konu olabileceği
sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıdaki ilkeler doğrultusunda Türk iş huku-
kunda, genel hükümler çerçevesinde toplu iş söz-
leşmesi ile doğan haklardan işçinin ibra sözleşme-
si ile vazgeçebileceği; ibra sözleşmesiyle aynı anda
tasarruf muamelesi gerçekleşeceği için alacağın ib-
ra edildiği anda belirlenebilir olması yeterli görül-
melidir.

b- Yargıtay uygulaması ve değerlendirilmesi

İşçi ile işveren arasında kurulan bireysel sözleş-
melerle işçilik haklarından feragat dolayısıyla orta-
ya çıkan ihtilaflar, yukarıda değindiğimiz toplu iş
sözleşmesinin taraflarca değiştirilmesinde de oldu-
ğu gibi, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan dö-
nemsal ücret zamlarına ilişkin hükümlerinin uygu-
lamaya girmesiyle ortaya çıkan artışlardan kaynak-
lanmaktadır.

Yargıtay her iki durumda da, ihtilafa konu olan
hukuki işlemin bu artışların yürürlüğe gireceği ta-
rih öncesi ve sonrasında gerçekleştirilmesine göre
farklı sonuca ulaşmaktadır.

Yukarıda kısaca değindiğimiz gibi Yargıtay,
toplu iş sözleşmesinde tarafların anlaşarak değişik-
lik yapabilmesi için, bu anlaşmanın ücret artışları-
na ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden ön-
ce gerçekleştirilmesini aramaktadır. Dönem zamlar-
ının yürürlüğe girmesinden sonrasında, bu artışla-

rın geriye ya da ileriye yönelik olarak toplu iş söz-
leşmesi hükümlerinin taraflarca değiştirilmesi ise
mümkün görülmemektedir.

Yargıtay, bireysel sözleşme ile bu haklardan fe-
ragat bakımından farklı bir sonuca ulaşmıştır. Bu-
na göre işçi, ücret artışına ilişkin toplu iş sözleşme-
si hükmü uygulamaya girdikten sonra elde ettiği
haklardan feragat edebilecek, söz konusu hüküm-
ler yürürlüğe girmeden yapılan feragat ise geçersiz
olacaktır²⁶.

Yargıtay'ın aynı konu hakkında farklı sonuçlara
ulaşmasında, birinci durumda tarafların sözleşme
hükümlerini değiştirdiği; ikinci durumda ise taraf-
ların sözleşme hükümlerini değiştirmediği ancak
münferit alacak haklarını sona erdirdiği hukuki so-
nucunun ortaya çıkması etkili olmuştur. Ancak ka-
naatimizce Yargıtay'ın tutumu, taraf iradelerince
toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesinde
olduğu gibi eleştiriye açıktır.

Hak sahibinin daha muaccel olmamış, ancak
devam eden bir borç ilişkisine dayanan ancak mu-
accel olmamış veya şarta bağlı ya da çekişmeli bir
alacak hakkını ibra ederek sona erdirmesini engel-
leyen bir hukuki sebep bulunmamaktadır. Aynı
durumda işçinin müstakbel ücret alacağını temlik
edebileceğini ancak daha doğmadığı için bundan
feragat edemeyeceğini ileri sürmek gerçekten güç
olacaktır. Bir de ibra kurumunun pozitif dayanağı-
nı özel bir kanuni düzenlemeye değil de, sözleşme
serbestisi ilkesine dayandığını hatırlayacak olursak,
böyle bir sonucun genel hükümler ile bağdaş-
madığı ve hiç bir hukuki dayanağının olmadığı so-
nucuna varılacaktır.

Sözleşme serbestisi ilkesi taraflara, kanunda dü-
zenlenmemiş yeni bir sözleşme tipini ortaya koy-
ma ya da sözleşmenin hükümlerini kanuna ve ah-
laka aykırı olmamak şartıyla dilediği gibi belirleme
serbestliğini tanımaktadır. İşte bu ilkedен hareket-
le iş hayatında daha hukuki temeli doğmamış,

**Yargıtay'ın tutumu,
taraf iradelerince toplu iş
sözleşmesi hükümlerinin
değiştirilmesinde olduğu gibi
eleştiriye açıktır.**

mevcut olmayan alacak haklarının dahi temlikli sağlanabilmiştir. Bu ilkedен hareketle, uygulamada yaygınlaşan ibra sözleşmelerinin hüküm doğurabilmesi için alacak hakkının muaccel olması şartının aranması yerinde değildir.

İbra sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir tasarruf muamelesi olduğu gerçeği de Yargıtay'ın ulaştığı sonucu haklı çıkarmayacaktır. Nitekim alacağın temlikli de hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf muamelesidir. Alacağını temlik eden alacaklı, daha muaccel olmayan bir alacağı üzerinde tasarrufta bulunmakla, ileride alacağın muaccel olması ya da yeni bir alacağın doğması durumunda başkaca bir işlem yapmasına gerek kalmaksızın hak üzerinde değişikliğin kendiliğinden meydana gelmesine neden olmaktadır. İş sözleşmesi gibi devam eden bir borç ilişkisine dayanarak müstakbel alacaklarından dolayı işçi, her ikisi de tasarruf işlemi niteliğinde olan hem ibra sözleşmesi hem de temlik işlemi ile tasarrufta bulunabilecektir.

c- İbra sözleşmesi - toplu sözleşme ilişkisi

İşçinin toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan vazgeçmesi amacıyla taraf olduğu ibra sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi hükümlerinde bir değişiklik meydana getirmemektedir. İbranın fonksiyonu hükmü değiştirmek değil, var olan ve sürmekte olan bir sözleşme hükmünden doğan her bir münferit talep haklarının sona erdirilmesidir. İbraya rağmen, toplu iş sözleşmesi hükmü geçerli bir biçimde devam etmektedir.

Değindiğimiz bu durum, özellikle süresi sona eren toplu iş sözleşmesinden sonra yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi durumunda önemini gösterecektir. Takip eden toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ücret zam oranı, hangi ücret üzerine uygulanacaktır? Zam oranları sona eren toplu iş sözleşmesiyle tespit edilen ücretler üzerine mi, yoksa, işçinin feragat etmesi nedeniyle ödenmekte olan kısmı üzerine mi?

İbra sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi hükümlerinde değişiklik meydana getiren bir hukuki etki göstermemektedir. Bu nedenle, değindiğimiz bu sorun çerçevesinde ulaşılmaması gereken çözümün, yeni toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan zam oranında, sona eren toplu iş sözleşmesiyle öngörülen ücret seviyesi temel alınarak

sonuca ulaşılmalıdır. Tabii ki düzen ilkesi, yani her yeni toplu iş sözleşmesinin eskisinden ayrı bir düzen getirdiği göz ardı edilmemelidir. Yeni sözleşme ile yeni bir düzeninin tesis edilmesi aşamasında ücret seviyeleri üzerinde, tarafların bir önceki düzenden bağımsız belirleme yetkisi varken, bunun kullanılmamasının sonuçlarına taraf katlanmalıdır.

Sonuç

Ekonomik kriz, taraflarca önceden öngörülemez ya da öngörülmekle birlikte gerçekleşmesi beklenmeyen sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Bu sonuçlar gerek toplu iş sözleşmelerinin gerekse iş sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması ihtiyacını doğurmakta ve bu amaca yönelik olarak hukuki kurumları değiştirmeye doğru zorlamaktadır. Borç ilişkisinin değişen şartlara uyarlanması bakımından öncelikli olan süreç tarafların anlaşmasıdır.

Toplu iş sözleşmesinden doğan hakların değişen şartlar göz önüne alınarak yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğduğu zaman, bu ihtiyaç ya toplu iş sözleşmesinin taraflarınca ya da toplu iş sözleşmesi hükümlerinden münferit hak elde eden işçi ile gerçekleştirilecek anlaşma çerçevesinde çözüm üretilebilecektir.

Toplu iş sözleşmesinin taraflarca değiştirilmesi karşısında Yargıtay, söz konusu değişikliğin ücret artışlarına ilişkin hükümlerin uygulamaya başlamasından önce değişiklik yapılarak işçi aleyhine indirim yapılabileceğini, ilgili dönemin başlamasından sonra işçi için bir hak doğacağını, bu hakkın da taraf anlaşmalarınca geri alınamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu içtihadı doktrinde taraftar bulsa da, genel hükümler çerçevesinde ele alındığında hukuki bir dayanağının bulunmadığı görülmektedir. Sürekli bir borç ilişkisi oluşturan iş ilişkisinin özellikleri dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesi hükümleri taraflarca her zaman ileriye yönelik olarak, işçi lehine ya da aleyhine olarak değiştirilebilecektir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan işçi ile gerçekleştirilecek olan münferit sözleşmelerle de feragat edilmesi mümkündür. Bu amaca yönelik sözleşmenin hukuki türü, tasarruf işlemi niteliğindeki ibra sözleşmesidir. Yargıtay böyle bir durumda, işçinin ancak zam oranları uygulamaya

başladıktan sonra elde ettiği haklardan feragat edebileceğini, ücrete ilişkin zam oranlarının uygulanmasından önce ise doğmamış bir hak söz konusu olduğu için feragatin geçersiz olduğuna hükmetmektedir. Yukarıda, bu sonucun hukuki bir temele dayanmadığı, ibranın bir tasarruf işlemi olduğu, diğer tasarruf işlemlerinde olduğu gibi müstakbel, beklenen, muaccel olmamış haklardan feragat edilebileceği sonucuna varılmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 293. Gauch, Peter/Schlupe, Walter R.; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Zürich 1995, Nr. 616, s. 106. Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 128.
- 2 Bu kural Yargıtay uygulamalarıyla yumuşatılmıştır. İstikrarlı bir şekilde devam edegelmiş ve ilgili kişilerce benimsenmiş bir uygulamanın yazılı bir sözleşmeyi değiştirebileceğini kabul etmiştir (Y. 4. HD., 29.12.1978, E. 1978/4502, K. 1978/15065 (bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 128 dipnot 40a, Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 1979, s. 795).
- 3 Kaplan, İbrahim; Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 147 vd. Arat, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 95 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1006-1007. Bischoff, Jacques; Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus, Zürich 1983, s. 183 vd. Gauch/Schlupe, Nr. 1282-1301, 245-249. İş sözleşmesinin, hakim tarafından değişen şartlara uyarlanması ve şartları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, Aydın; İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007, s. 35-50.
- 4 Bkz. Başbuğ s. 62-106.
- 5 Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 19. Baskı, İstanbul 2006, s. 548. Soyer, Polat; İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul 2002. Ekonomi, Münir; İHU, TSGLK md. 2 (No. 1). Şahlanan, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s.186-187. Günay, Cevdet İlhan; İş Hukuku, Ankara 2004, s. 892. Güzel, Ali; Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, s.193-195. Tuncay, Can; Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 198. Şen, Murat; Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat, Y. 9. HD., 6.7.2004, E. 2004/12658, K. 2004/17179, Karar İncelemesi, TÜHİS, Ağustos 2005, s. 29.
- 6 Şahlanan, s. 187. Ekmekçi, Ömer; Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s. 211-212.
- 7 Y. 9. HD., 20.01.2004, E. 2003/18300, K. 2003/426 (Çelik, s. 549, dipnot 19a). Çelik, s. 549. Günay, s. 892. Ancak Yargıtay bir kararında ücret zammı tahakkuk ettikten sonra işçiler aleyhine olacak şekilde yapılan değişikliği kabul etmiştir. Bkz. Y. 9. HD., 8.7.1996, E. 1996/5525, K.1996/15513 (Çimento İşveren, Eylül 1996, s. 34).
- 8 Çelik, s. 549-550. Güzel, s. 193-1945. Günay, s. 892. Tuncay, s. 199. Şen, s. 30-31. Günay, Cevdet İlhan; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s. 258.
- 9 Soyer, s. 161-163. Ekmekçi, Ömer; Toplu İş Sözleşmesinde Tarafların İradeleriyle Sonradan Değişiklik Yapılması, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1996, s. 15.
- 10 Soyer, s. 161-162.
- 11 Soyer, s. 161.
- 12 Soyer, s. 160.
- 13 Soyer, s. 158.
- 14 Y. 9. HD., 22.04.1996, E. 1996/906, K. 1996/9229 (Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1996, Çelik, s. 551, Güzel, s. 194).
- 15 Güzel, s. 194. Günay, Toplu İş Sözleşmesi, s. 196. Soyer, s.158. Ekonomi, İHU, TSGLK md. 2 (No. 1).
- 16 Soyer, s. 158. Tuncay, s. 198.
- 17 Soyer, s. 158-159.
- 18 Soyer bu görüşü savunmaktadır. Bkz. Soyer, s. 159.
- 19 Aksi görüş Soyer, s. 159. Ekmekçi, Değişiklik Yapılması, s. 15.
- 20 Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 55-57.
- 21 Çelik, s. 550. Güzel, s. 194. Günay, İş Hukuku, s. 892. Ulusoy, Mesut; Y. 9 HD., 11.5.2005, E. 2005/19012, K. 2005/24835, TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, s. 110-112. Şen, s. 36-38.
- 22 Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, s. 985-987 Eren, s. 1257-1258.
- 23 Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, s. 987. Eren, s. 1259.
- 24 "Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temlik geçerlidir. Ancak özel yasalarla yanlar arasında yapılmış sözleşmeden doğmuş veya doğacak bir hak veya alacağın temlik edilemeyeceği buyrulabilir ve-veya koşullandırılabilir." Y. 4. HD., 8.12.1976, E. 1976/2040, K. 1976/10645 (Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1978, s. 29-30. Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, s. 248 dipnot 7c).
- 25 Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, s. 248. Eren, s. 12123. Dayınlarlı, Kemal; Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, Ankara 1993, s. 44-45.
- 26 Bkz. Y. 9. HD., 11.5.2005, E. 2005/19012, K. 2005/24835 (Ulusoy, s. 98-99). ".. işçinin toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümlerden vazgeçmesi mümkün olmadığı gibi doğmayan bir haktan feragatten de söz edilemez. Bu itibarla davacı işçinin toplu iş sözleşmesi ücret artışlarından bireysel olarak vazgeçmesi hukuken geçerli değildir..." Y. 9. HD., 9.12.2004, E. 2005/1407, K. 2005/14507 (karar yayımlanmamıştır).

Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Hukuk Müşaviri

Toplu İş Sözleşmesinde Fahiş Şekilde Belirlenen İhbar Önellere Hakimin Müdahalesi Gerekliliği**T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2006/111
Karar No : 2006/7054
Tarihi : 21.03.2006

DAVA

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ücret, ikramiye, yemek, yakacak ve bayram yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.'un 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre,

davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davalıya ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde bildirim önelleri, 6 aydan az çalışan işçiler için 20 hafta, 6 ay-1.5 yıl arası çalışan işçiler için 40 hafta, 1.5-3 yıl arası çalışanlar için 60 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 90 hafta olarak belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı takdirde, artırılmış ihbar önelleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de açıkça kurala bağlanmıştır.

Davacı işçi ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece anılan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanmak suretiyle işçinin işyerinde çalıştığı süreye göre 40 hafta üzerinden hesaplanan ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Davalı işveren küçük bir belde belediyesi olup, eski belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar önelleri fahiş şekilde belirlenmiştir. Yasal ihbar önellерinin 10 katından daha fazla önel öngörülmüştür ki, toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlenmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde

korunmak istenen hukuki menfaatlerle de açıklanması mümkün değildir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 5. maddesinde, "Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz" şeklinde kurala yer verilmiştir. Maddede geçen "kamu düzeni" kavramı, kamunun genel bakımdan ve her türlü çıkarlarını korumayı amaçlayan kuralların bütününe ifade etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda artırılabilirliği öngörülen ihbar önellerinin, sözleşmelerle fahiş şekilde artırılmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. İşçi lehine olarak öngörülen bu artışın da bir sınırının olması gerekir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de, sözleşme adaleti anlayışı çerçevesinde ele alınması ve uygulanması bir zorunluluktur.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde ihbar önellerinin artırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine düşünce tarzı, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin 10 yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına da imkân verebilir. Yine, işverence kötüniyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötüniyet tazminatının tutarı da dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önellerine hakim müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalara göre, ihbar önellerinin artırılmasını öngören 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olması, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Kanunlarımızda boşluk bulunan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine gö-

re hakim, örf ve adete bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak ise ona göre bir karar vermek durumundadır.

Aynı maddenin son fıkrasında, hakim yasalarda boşluk bulunan hallerde uygulanması gereken kuralı belirlemekte, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanması gerektiği de açıklanmıştır. Bu durumda, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırını, hakim tayin etmek durumundadır.

Yine, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde, "Herkes, haklarını kullanırken bu borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralı mevcuttur. Somut olayda işveren adına belediye başkanı ile işçi sendikası arasında 25.08.2003 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve 15.06.2003 ile 14.06.2006 tarihleri arasında anılan toplu iş sözleşmesinin geçerli olacağı bağlatılmıştır. Daha sonra yapılan yerel seçimlerde belediye başkanı değişmiş ve belediyenin borçları sebebiyle ücretsiz izin yönünde bazı uygulamalara gidilmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önelinin yüksek oluşu ve buna uyulmadığı takdirde ödenmesi gereken ihbar tazminatının tutarı, işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Aynı zamanda, işçi yönünden de bahsi geçen artırılmış önellere göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyiniyetli bir davranış olarak değerlendirilemez. Gerçekten toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlenmesinin, iş güvenliği sağlayan kurumlardan biri olan ihbar tazminatının İş Kanunu'ndaki düzenleme açıktır. İşçilere Yasanın tanıdığı koruma sınırlarının önemli ölçüde dışına çıkılmış ve işçilerin olağanüstü haklar edinmeleri sağlanmak istenmiştir.

Aynı zamanda toplu iş sözleşmesi yapmak Anayasa'nın 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılması da yasalar karşısında korunmamalıdır.

Kaldı ki, aynı işverene karşı birlikte açılan seri davalar gözetildiğinde, işverence ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarının davalı belediye açısından ödeme güçlüğü doğuracağı açıktır.

Yukarıda bahsi geçen yasa hükümleri doğrultusunda, ihbar tazminatı tutarı hakim tarafından takdir olunmalıdır. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 21.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın Özeti

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne ait söz konusu kararda küçük bir belde belediyesinde seçimi kaybetmiş olan daha önceki belediye başkanı döneminde imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar tazminatlarının 6 aydan az çalışanlar için 20 hafta, 6 ay - 1,5 yıl arası çalışanlar için 40 hafta, 1,5 -3 yıl arası çalışanlar için 60 hafta ve 3 yıldan fazla çalışanlar için 90 hafta olarak belirlenmesinin;

- Fahiş olduğu ve kamu düzenine aykırılık oluşturacağı,
- İhbar önellerinin belirlenmesinde bir üst sınır olması gerektiği,
- 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olmasının Kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmesi gerektiği,
- İhbar önellerinin yüksek oluşunun işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırladığı,
- Bu durumun iş güvencesi sağlayan kurumlardan biri olan ihbar tazminatı bakımından, işçilere Yasa'nın tanıdığı koruma sınırlarının önemli ölçüde dışına çıktığı,
- Toplu iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmasının yasalar karşısında korunmaması gerektiği,
- İşverence ödenmesi gereken ihbar tazminatının seri davalar gözetildiğinde davalı belediye tarafından ödeme güçlüğü doğuracağı,
- Bu gerekçeler ışığında toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önellerine hâkimin müdahale etmesi ve ihbar tazminatı tutarından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir.

1. Genel Olarak

İncelenen karara konu olan toplu iş sözleşmesinde (TİS) yer alan ihbar önellerinin tarafların karşılıklı anlaşması ile belirlendiğine şüphe bulunmamaktadır. Ancak çok iyi bilinmektedir ki, ülkemiz-

de belediyelerce gerçekleştirilen toplu iş sözleşmelerinde işyerinin ödeme gücü, bütçe imkânları, gelir-gider dengesi, çalışanların performans ve verimliliği gibi kriterler göz önünde bulundurulmamaktadır. Siyasi kriterlerin daha ağır bastığı söz konusu TİS görüşmeleri ve müzakerelerinde, işyerinin bütçe durumu ve yapılan işle ilgili herhangi bir kriter esas alınmamaktadır. Bir de seçim arifesine rastlayan bir TİS görüşmesi mevcut ise yeniden seçilmek isteyen belediye başkanlarınca herhangi bir hesaplama dayandırmayan, hiçbir makul kalıba sığmayan ücret zam oranları ile kıdem tazminatı gün sayısı ve ihbar önelleri kabul edilebilmektedir.

Bu durum esasen ülkemizin önemli bir sorununu teşkil etmektedir. Her ne kadar belediye harcamaları ile ilgili devletin denetimi mevcut ise de taraflar arasında imzalanan toplu iş sözleşmelerinin belediyenin bütçe imkânları ile örtüşüp örtüşmediği konusunda bir denetim söz konusu değildir. Diğer taraftan aynı il sınırları içinde farklı belediyelerde aynı işi yapan ve aynı iş yoğunluğuna sahip işçilerin ücretleri, kıdem tazminatı gün sayısı ve ihbar önelleri arasında uçurum bulunabilmekte ve fahiş belirlenen miktarlar toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde diğer belediye için örnek alınması gereken miktar olarak masaya getirilebilmektedir.

Öte yandan belediyelerde toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılan belediye başkanları, endüstri ilişkileri alanında sahip oldukları bilgi birikimi ve kadroları dikkate alındığında, muhatap işçi sendikalarının aynı konuda uzman kadroları ve tecrübeleri karşısında son derece güçsüz kalabilmektedirler. Ayrıca kendi siyasi geleceklerini teminat altına almanın arayışı içine girebilmektedirler.

Bu çerçevede toplu iş sözleşmeleri önemli bir araç olarak kullanılabilir.

2. İhbar Önellerinde Üst Sınır Bulunmaması Sorunu

4857 sayılı İş Kanunu uygulamasında önemli bir

sorun da ihbar önellerinin düzenlendiği 17. maddenin üçüncü fıkrasında Kanunda yer alan ihbar önellerinin asgari olduğu, bunun sözleşmelerle artırılabilceği hükme bağlanırken, bir üst sınır getirilmemiş olmasıdır.

Yasada bildirim sürelerinin asgari (en az) süreler olduğu; işçi yararına nispi (görelî) emredici nitelik taşıdığı ve bunların sözleşmeler ile işçi yararına artırılmasının mümkün bulunduğu kabul edilmiştir¹.

Bu hüküm çerçevesinde uygulamada iş akitleri ve toplu iş sözleşmeleriyle ihbar önelleri Kanunda belirtilen en az sürelerin üstünde makul seviyelerde belirlenebildiği gibi, işyerinin ödeme gücü ve bütçe imkânları dikkate alınmaksızın, çeşitli nedenlerle aşırı biçimde de belirlenebilmektedir.

Her ne kadar işçinin korunması iş hukukunun temel amacı ise de, iş yasalarında yer alan her hükümün somut amacı bu hukuk dalının genel amacına tercih edilmelidir. Bu nedenle iş yasaları hükümleri yorumlanırken iş hukukunun genel amacı değil, her normun somut amacı göz önünde tutulmalıdır. Yorumda, Hueck/Nipperdey'in dediği gibi, "iş hukukunun işçileri koruyucu niteliği gözden kaçırılmamalıdır. Ancak, tüm iş hukuku kurallarının yalnız işçi yararına uygulanması doğru değildir". Bu gibi durumlarda işçi lehine yorumda ısrar etmek normun amacına ters düşer. Bu nedenle de İş K. m. 17 yorumlanırken, önellerin sözleşme ile artırılabilceği yönü, mutlak olarak sadece işçi yararına düzenleme yapılması sonucunu doğurmamalıdır².

İhbar önelleri ile ilgili 4857 sayılı Yasa'da bir üst sınırın getirilmemiş olması, bu önellerin toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine fahiş belirlenebileceği anlamına gelmemektedir.

Diğer taraftan ihbar önellerinin toplu iş sözleşmesi hükmü ile işverenin ödeme gücü dikkate alınmaksızın ve işverenin fesih yetkisini ortadan kaldıracak şekilde aşırı yüksek belirlenmesi 2822

İhbar önelleri ile ilgili 4857 sayılı Yasa'da bir üst sınırın getirilmemiş olması, bu önellerin toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine fahiş belirlenebileceği anlamına gelmemektedir.

Toplu iş sözleşmesi yapma hakkının kullanımında

Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekmektedir.

sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu anlamında da geçerli olmayacak ve hakimin müdahalesi istenebilecektir.

Toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin sona ermesiyle ilgili hükümler İş Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırılık taşımamalıdır. Örneğin işverenin 17. maddeye göre hizmet akdini haklı sebeplerle fesih yetkisini ortadan kaldıran veya İş Kanunu'nun 17. maddesinin niteliğine aykırı biçimde ağırlaştırılan toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli olmayacaktır³.

3. Toplu İş Sözleşmesine Hakimin Müdahalesinin Talep Edilmesi

Yargıtay kararında yer alan eski belediye başkanı döneminde imzalanan toplu iş sözleşmesinde işyerinin mali gücü ve bütçesi dikkate alınmaksızın ihbar önellerinin fahiş belirlenmiş olması durumuna hâkimin müdahale edebileceğine ilişkin hüküm hukuken isabetlidir. Burada Uluslararası Çalışma Teşkilatının 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Sözleşme hükümlerine aykırı bir durum da söz konusu değildir.

98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinde, işçi ve işveren arasında çalışma şartlarının belirlenmesi amacıyla ihtiyari müzakere usulünden yararlanılması ve bu usulün gerçekleştirilmesini teşvik ve temin etmek üzere millî şartlara uygun tedbirler alınmasını öngörmektedir. Söz konusu maddede hakkın kötüye kullanılmasına cevaz verecek bir ifade bulunmamaktadır. Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitini ise mahkemeler yapacaktır.

Hukukun en önemli ilkelerinden olan ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması ile ilgili hükümde "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" denilmektedir.

Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması hali Medeni Kanunun “dürüst davranma” başlıklı maddesi ile bağdaşmayacaktır ve hâkimin müdahalesini gerektirecektir.

Anayasamızın 53. maddesinde ve 2822 sayılı Kanun'da düzenlenen toplu iş sözleşmesi yapma hakkının kullanımında Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekmektedir.

Bu nedenle toplu iş sözleşmelerinde açıkça hakkın kötüye kullanıldığı bir durumda ve bunun mahkemelerce tespiti halinde tarafların anlaşmış olmalarından söz ederek hâkimin böyle bir duruma müdahale edemeyeceğini söylemek hukukun temel ilkeleri ile çelişmektedir. 1982 Anayasamızın Genel Hükümlerinin birçok maddesinde hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Kötüye kullanma durumunda mahkemelerin müdahale yetkisi en önemli hukuk kurallarından sayılmaktadır.

Karara konu olayda hâkimin müdahalesini gerektiren konular öncelikle hakkın kötüye kullanılması ve 4857 sayılı Kanunun 17. maddesinde ihbar önellerine ilişkin üst sınır getirilmemiş olması nedeniyle doğan hukuk boşluğudur.

Toplu iş sözleşmesi yapma hakkının söz konusu düzenlemelerdeki amaca uygun olarak kullanılması gerekir. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması hali Medeni Kanunun “dürüst davranma” başlıklı maddesi ile bağdaşmayacaktır ve hâkimin müdahalesini gerektirecektir.

Öte yandan 4857 sayılı Kanunun ihbar önellerini düzenleyen 17. maddesinde ihbar sürelerine ilişkin üst sınır getirilmemiş olması da Yargıtay kararında isabetli olarak belirtildiği üzere bir hukuk boşluğudur. Bu durumda Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca hâkimin müdahalesini gerektiren bir konudur.

4. Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle ülkemizin önemli bir sorununu teşkil eden belediye işyerlerinde imzalanan toplu iş sözleşmelerinde fahiş be-

lirlenebilen ihbar önellerine hâkimin müdahale edebilmesi ile ihbar önellerinde üst sınır konusunda hukuk boşluğu bulunduğu ve gerektiğinde ihbar tazminatı tutarında hakkaniyete uygun bir indirim yapılabileceğine ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesine ait kararı isabetli bulmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 156.
- 2 Doç. Dr. Murat Şen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu-İş, 89.
- 3 Prof. Dr. Seza Reisoğlu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 53.

Seval EROĞLU

MESS Müşavir Avukatı

Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/21611
Karar : 2006/22886
Tarih : 15.09.2006

DAVA

Davacı sendika, davalı sendikanın 3.9.2004 tarihli başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Çevre ve Orman Bakanlığı'na bağlı (01) No'lu işkolunda kurulu işyerlerinde çalışan işçilerin çoğunluğunu temsil ettiğine ilişkin olumlu yetki tespiti yazısı, buna karşılık kendilerinin aynı tarihli tespit başvurularının söz konusu işletmede çoğunluklarının bulunmadığı yolunda olumsuz yetki tespit yazısı gönderdiğini, yapılan her iki tespit de hatalı olup gerçeği yansıtmadığını, davalı Bakanlığın tespite konu işletmede başvuru tarihinde fiilen çalışanları dikkate alarak çoğunluk tespiti yaptığını, oysa başvuru tarihi iti-

bariyle iş sözleşmeleri askıda olan işçilerin de işçi ve üye sayısında dikkate alınması gerektiğini belirterek davalı Bakanlığın 17.9.2004 tarih ve 41156-20916 sayılı olumlu, aynı tarihli ve 41157-20917 sayılı olumsuz yetki tespit yazılarının iptali ile anılan işletmede başvuru tarihi itibarı ile çoğunluklarının bulunduğu tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık, başvuru tarihinden önce tespite konu işyerleri ile ilgili olarak işverenler, noterler ve sendikalar tarafından yapılan bildirimlerin başvuru tarihi itibarıyla değerlendirilmesi sonucu tespit yazılarında gösterilen sonuçların elde edildiğini, tespitin doğru olduğunu savunarak itirazın reddini istemiştir.

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

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

KARAR

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 17.9.2004 tarih ve 41156 sayılı olumsuz ve aynı tarihli 41157 sayılı olumlu yetki tespit yazıları birlikte değerlendirildiğinde 3.9.2004 başvuru tarihi itibarıyla Çevre ve Orman Bakanlığı'na bağlı (01) No'lu işkolunda kurulu işyerlerinde toplam 24.338 işçi çalıştığı, bunlardan 15.120 işçinin davalı Tarım Orman-İş Sendikası üyesi, 4206 işçinin de davacı Orman-İş Sendikası üyesi oldukları anlaşılmaktadır.

Öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık; başvuru tarihi itibarıyla tespiti konu işyerlerinde çalışan işçi sayısının tespiti noktasında toplanmaktadır. Bu durumu en iyi bilebilecek olan işveren olduğundan işverenin davaya dahil edilerek diyecekleri sorulup delilleri toplanarak gerektiğinde diğer tarafların da diyecekleri sorularak işletmede çalışan işçi sayısının kesin olarak tespiti gerekir.

Diğer taraftan tespiti konu işyerlerinde başvuru tarihi itibarıyla fiilen çalışan işçi ve taraf sendikaların üye sayılarına yönelik bir ihtilaf bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, başvuru tarihi itibarıyla iş sözleşmesi askıda olan işçilerin iş akitlerinin hangi tarihte askıya alındığı ve askı durumunun hangi tarihe kadar devam ettiği ve askı halinin, dolayısıyla iş akdinin son bulunduğu tarihin tespiti noktasında toplanmaktadır.

Mevsimlik işçiler öğretilde, yılın belirli döneminde faaliyetin yoğunlaştığı, diğer dönemlerde azaldığı veya tamamen durduğu ve bu durumun yılın belli dönemlerinde tekrarlandığı işler olarak tanımlanmıştır. Türk Hukukunda mevsim veya kampanya işleri, bu işler için yapılan iş sözleşmesi türü ve bu işlerde çalışan işçilerin iş mevzuatındaki durumu yeterli açıklıktan uzaktır. İş Kanunu'nda mevsimlik işçi tanımı yapılmamıştır. Ancak 4857 sayılı Yasa'nın 53/3 maddesinde "Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalış-

şanlara..." yıllık izne dair yasal düzenlemelerin uygulanmayacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre yılın bir veya birkaç mevsimi kapsadığı her durumda bir yıldan az sürelerde çalışmayı gerektirdiği kabul edilebilir. Aynı şekilde 3008 sayılı mülga İş Yasası'nın 2/b maddesinde de "... yılın herhangi bir devresinde tam veya fazla faaliyette bulunup öteki devrede büsbütün faaliyetten kalan veyahut faaliyetini azaltan işyerleri..." mevsimlik işyeri olarak ele alınmıştır. 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nun 4/F fıkrasında yer alan yapıcılık, tuğlacılık gibi işlerle tütün, incir, üzüm, meyankökü, zeytin, ağaç palamudu, susam, fındık, pancar vb... gibi ziraat ve sınai mamulatin işlenmesi, manipulasyonu gibi açık havada ve senenin bir kısmında yürütülen veya faaliyeti mevsime tabi olan işler veya bu işlerin yürütüldüğü müesseseler" şeklindeki ifade de mevsimlik işçiler ile işyerlerinin tanımlanmasında belirleyici olmuştur.

Mevsimlik işlerin görüldüğü işyerlerinde faaliyetin azaldığı ya da tamamen durduğu dönemlerde bir kısım işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmakta işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu dışındaki iş ilişkisi devam etmektedir. Öğretilde de iş sözleşmesinde geçici ve isnat edilemeyen bir ifa engelinin ortaya çıkması nedenine bağlı olarak askı durumunun ortaya çıkabileceği ve askı süresinin ifa engelinin ortadan kalktığı zamana kadar geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Esasen ifa engelinin ortadan kalkması askı süresinin azami haddini oluşturacağı varsayılsa dahi, tarafların bu süre içinde askı halini ortadan kaldırmalarını, iş görme ve ödeme unsurlarını aktif hale getirmeleri mümkündür. Yeni çalışma mevsiminin başlamasına rağmen iş sözleşmesinin askı halinin devamı yönünde işçi ile işverenin açık veya örtülü bir anlaşmayı yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır. İşçi, bazen iş sözleşmesinin askıya alınmasının ardından başlayacak olan mevsim veya kampanya dönemi yerine daha sonraki dönemlerde işe başlamayı tercih edebilir. Askı halinin verdiği güvenceyi kaybetmek istemeyen işçi, iş ilişkisini sona erdirmektense ileride yeniden çalışabilme ve üç-

ret alma umudu ile bu yola yönelebilir. İşveren de belli bir işgücünü ilerdeki kampanya dönemlerinde hazır bulundurmaya isteyebilir. Bu sebeplerle mevsim ve kampanya dönemlerinde askı halinin devamı yönünde tarafların anlaşmaları geçerlidir. Tarafların açıkça anlaşmaları halinde askı süresinin devamı ile ilgili bir üst sınırdan söz edilemez. Hata, hile gibi haller olmadıkça hakim bu yolda sözleşmeye müdahalesi mümkün olmamalıdır. Askı halinin tarafların örtülü anlaşması ile başlayacak mevsim ve kampanya dönemi yerine sonraki dönemlere kadar uzatılmasının olanaklı olduğu Dairemizde de kabul edilmektedir. Bu konuda Dairemiz üyeleri arasında oybirliği mevcuttur. Ancak bunun azami sınırının ne olması gerektiği hususunda azınlık ve çoğunluk görüşleri arasında farklılık mevcuttur. Örtülü anlaşma daha çok işyeri uygulaması ile ortaya çıkabilir. Örneğin işçiler askının ardından ilk mevsim başlangıcı yerine zaman zaman sonraki mevsim başlangıcına çağrılmış ve askıda olan iş ilişkisi bu şekilde bazı mevsim ya da kampanya dönemleri atlanarak aralıklı olarak tam borç doğurur hale dönüşmesi durumunda taraflar arasında örtülü bir anlaşmadan söz edilebilir. Bu yönde gelişen işyeri uygulamasının bir sonucu olarak iş mevsim ve kampanya döneminde çağrılmayan işçi yönünden de iş ilişkisi devam edeceği sonucuna varılacaktır. Askı süresince hizmet akdinin devam ettiği, hizmet akitleri askıda bulunan işçilerin yetki başvurusu veya iş güvencesi hükümleri gereği aranan 30 işçi ölçütünün tespitinde yetki başvuru veya fesih tarihindeki işyerinde çalışan işçilerin sayısının tespitinde nazara alınması gerektiği Yargıtay içtihatlarında ve öğretide benimsenmiştir. İş sözleşmesi askı süresinde devam ettiğine göre sendika üyeliğinde aranan kriter de varlığını sürdürmektedir. Önemle belirlenmesi gerekli olan askı süresinin sona erdiği anın saptanmasıdır. Askı süresi sonunda işçi işe başlamış ise askı süresi sona ermiş olacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere tarafların askı süresinin devamı yönünde açık ya da örtülü şekilde askı süresinin sonunda da askı halinin devam edeceği yolun-

da iradeleri ortaya çıkmadığı hallerde ifa engelinin ortadan kalkması ile sona erecektir. Taraflar hizmet sözleşmesinin sona erdirileceği hususunda irade açıklamışlar ise hizmet sözleşmesinin sona ereceği tartışmasıdır. Doktrinde ve yargı kararlarında çözüm üretilemeyen ve dava konumuzda, önce açık olarak sonra da örtülü iradeler ile ortaya çıkan askı hallerinin ne zaman sona ereceği ihtilafın çözümünde önemli hususu teşkil etmektedir.

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

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

askı halinin örtülü olarak uzatılması halinde akdin hangi tarihte sona ereceği, başka bir anlatımla örtülü askı tarihinin ne kadar süre devam edeceğinin çözümlenmesi mümkün değildir.

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

ğer fesih halleri sonucu başvuru tarihi olan 3.9.2004 tarihinden önce hizmet akdi sona eren işçilerin işçi ve üye sayısının tespitinde nazara alınması mümkün değildir.

Dava konusunda 50.000'e yakın işçinin durumu söz konusudur. Yukarıda açıklandığı gibi sayısı belirlenemeyen işyeri vardır. Birlikleşilerin tespit ettiği gibi bazı işyerlerinde beş yıl ara verdikten sonra işbaşı yaptırılan mevsimlik işçiler mevcut olduğu gibi 20 yıl önce hizmet akdi askıya alındığı halde işbaşı yaptırılmayan ve sendika üyeliği devam eden işçiler mevcuttur. Tüm bu verilen ve bundan sonra gelecek bu tür davalarda uygulanmak üzere bir ölçüt konulması zorunluluğu vardır. Bu ölçütün konulmasında açık ve örtülü askı süresinin uzatılması, objektif iyi niyet kuralları, daha önce Dairemizde hizmet akdi ile ilgili kıstaslar ve Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamaları göz önünde bulundurularak, tarafların açık rızaları ile uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve hizmet akdinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Daire çoğunluğumuzun vardığı bu sonuç bu tür benzer davalarda uygulanması yönünden doğru bulunmuştur. Mahkemenin ve Daire çoğunluğunun dosyadaki Toplu İş Sözleşmesine göre kural oluşturması benzer davalarda ve daha önce Toplu İş Sözleşmesi düzenlemesi bulunmayan işyerlerinde uygulanma olanağı bulunmadığından benimsenmemiştir. Yukarıdaki Daire çoğunluğunun belirlediği esaslara göre başvuru tarihi olan 3.9.2004 tarihinde hizmet sözleşmesi ve üyelikleri devam eden işçi sayısı, sendika üyesi olan işçilerin hangi sendikaya üye oldukları belirlenmeli ve sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklandığı şekilde inceleme yapılarak sonuca gidilmesi için mahalli mahkeme kararının BOZULMASINA 15.9.2006 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

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

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.1986 tarih ve Esas No 1984/9-611, Karar No: 1986/225 sayılı kararında "Mevsimlik işlerde mevsim sonunda işveren işçiye yeni mevsimde işe alınmayacağını ihbar ettiği taktirde, hizmet sözleşmesi mevsimin bitimiyle bu tarihte bozulmuş sayılır; işveren böyle bir ihbarda bulunmazsa yeni mevsime kadar hizmet akdi askıya alınmış olur ve işveren, yeni mevsim başladığında işçiyi işe almazsa hizmet sözleşmesi önceki mevsim sonunda değil işçinin yeni mevsim başında işe alınmaması ile bu tarihte bozulmuş olur." denilmektedir. İtiraz eden sendikanın tarafı olduğu 1.1.2003-31.12.2004 arasında yürürlükte bulunan 14. dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 26/d maddesinde "Bir önceki mevsimde işyerinde çalışan mevsimlik orman işçileri, yeni iş mevsimi açıldığında işe başlama tarihinden 15 gün önceden işe başlama tarihleri, işe başlayacak işyerleri, başvurma yerleri belirtilmek suretiyle işyeri ilan tahtalarında ilan duyurulur. Aynı ilan ilgili Köy Muhtarlıklarında yapılır. Zamanında davete icabet etmeyen işçinin iş akdi münfesihi sayılır. Bu ilanların birer sureti altları işveren vekillerince imzalanarak işçinin şahsi dosyasında saklanır. Bu tutanakta çağrılan işçinin işe başlayıp başlamadığı yazılır." hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan anılan toplu iş sözleşmesinin "İşin Son Bulması, İş Akitlerinin Askıya Alınması ve İşçilerin İşten Çıkarılması" başlıklı 39/b maddesinde "Mevsimlik işlerde, işin azalması veya bitmesi, iş mevsiminin kapanması gibi nedenlerle mevsimlik işçilerin işten ayrılmaları gerektiğinde, bunlardan iş akitleri feshedilmeyenlerin hizmet akitleri yeni iş mevsimine kadar askıya alınmış sayılır..." kuralı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Daire-

mizin yerleşik içtihatlarına paralel düzenleme yapılmıştır.

Mahkemece yetki tespitine itiraz davalarında işin aceleliği nedeni ile otuz beş bine yakın işçi çalıştıran işletme için, çoğunluk tespitinde iş sözleşmesi askıya alınan işçilerin sayısının belirlenmesi için üç ayrı bilirkişi kurulu raporu alındığı görülmektedir. Son üç kişilik bilirkişi kurulunun oy çokluğuyla tanzim ettiği raporda toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıç tarihi olan 1.1.2003 tarihi ile başvuru günü olan 3.9.2004 arasında bir gün olsa da çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin askıda olduğu kabul edilmiştir. Öğretide uzun askı süreleri benimsenmemektedir. Örneğin profesyonel sendika yöneticiliğine seçilen işçilerin Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesindeki güvenceden yararlanmaları konusunda, üç-dört yıllık bir süre uzun olduğu için öğretide ve Dairemizin kararlarında iş sözleşmesinin askıya alınmış sayılmayacağı görüşü kabul edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici iş ilişkisinin en çok 18 ayla sınırlandırılması karşısında mahkemece 1.1.2003-3.9.2004 arasında 21 ay 2 günlük dönem içinde en az iki mevsim sonrası işbaşı yapan mevsimlik işçiler çoğunluk tespitinde hesaba dahil edilmiştir. Bu durum örtülü askının makul bir süre olarak mahkemece uygulandığını göstermektedir. Olumlu ve olumsuz yetki tespitine itiraz davalarının özelliği gereği, işçilerin yeni toplu iş sözleşmesi ile haklarının belirlenebilmesi için, başvuru tarihi esas alınıp çoğunluk tespiti yapılması, varsa itirazın kısa sürede mahkemelerce sonuçlandırılarak yetkili sendika belirlenmelidir.

İşkolu istatistiği yönünden 01 No'lu işkolunda %10'luk barajın aranmaması ve mevsimlik işçilerin bu işkolunda yoğun olması, 36 yıl gibi uzun bir süre iş sözleşmesinin askıda devam ettiği istatistik kayıtlarında yer almasına neden olduğu düşünülmektedir.

Dairemizin 25.9.1996 tarih, Esas No: 1996/6554, Karar No:1996/17967 sayılı kararında "Davacının aralıklarla fakat düzensiz bir şekilde çalıştığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Her ne kadar 1993 mevsiminde

işe çağrılmamış ise de, çalışmasını daha sonraki mevsimde sürdürmüştür. 1993 mevsiminde çağrılmamış olması iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini göstermez” denildiğinden iş sözleşmesinin örtülü askı halinin bulunacağı konusunda sayın çoğunlukla aramızda görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

Üçüncü bilirkişi raporunda yurt çapına yayılmış yüzlerce işyerinden oluşan işletmede çalışan işçilerin ücret bordroları temin edilemediği, aleyhine itiraz olunan vekilince dosyaya ibraz edilen ve SSK'dan alındığı belirtilen CD içeriği itibarıyla ikinci bilirkişi raporu ile iş sözleşmesi askıda kabul edilen 24.641 işçi baz alınmıştır. Bunlardan en son prim ödediği dönemlere ilişkin olarak

31.12.2002 tarihine kadar çalışıp iş akdinin feshi ihbar edilmeksizin işten ayrılıp ve 1.1.2003 tarihinden başvuru tarihi olan 3.9.2004 tarihine kadar çalışması olmayan işçilerin iş sözleşmesi feshedilmiş sayılarak, yaşlılık aylığı almak suretiyle işten ayrılanlar, malulen emekli olanlar, iş kazası sonucu malul kalan ve iş kazası sonucu ölenler de olmak üzere, 15.062 kişi tenzil edilmek suretiyle 9.579 işçinin iş sözleşmesinin askıda bulunduğu kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Böylece aleyhine itiraz edilen sendikanın itiraz eden sendikadan dört binden fazla üyesi bulunduğu görüldüğünden, mahkeme kararının onanması düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyoruz.

1. Kararın İncelenmesi ve Genel Değerlendirme

İncelemeye konu karara genel hatları ile dahi göz atıldığında, pozitif düzenlemeler anlamında İş Hukuku'nun en atıl ve kıyıda kalmış bir bölüm veya alanında, eksikliği hissedilen normatif düzenlemelerin bulunmamasının yarattığı boşluk, sıkıntı ve yargının üzerindeki yükün ağırlığı hemen göze çarpmaktadır.

Gerçekten de incelemeye konu kararda ele alınan husus, daha doğrusu uyumsuzluk, özde mevsimlik iş sözleşmeleri, hukuki nitelikleri, mevsimlik işlerde askı hali ve bunun da ötesinde mevsimlik işler ile mevsimlik iş sözleşmelerinin pozitif normlarla düzenlenmemiş bu niteliklerinin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespitinde yarattığı güçlüklerle, bu sürece etkisidir. Karar incelendiğinde mevsimlik iş sözleşmelerinin doğasına özgü askı hali, anılan askı halinin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin belirlenmesinde esas alınan işçi ve üye sayılarının belirlenmesine etkisi nedeniyle, askı süresinin azami sınırının ne olması gerektiği konusunda Daire üyeleri arasında ve hatta yerel mahkeme yargısı aşamasında alınan üç adet bilirkişi kurulu raporunu tanzim eden bilirkişiler arasında mutlak bir görüş birliği sağlanamamış görünmektedir. Bu nedenle incelememize konu yaptığımız karar, gerek detaylı gerekçe anlatımı ve gerekse de bir o kadar detaylı karşı oy gerekçesi anlatımıyla

alışılmışın ötesinde uzun ve biraz da karmaşık bir karar metni olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Normatif düzenlemelerden mahrum kalmış bu alan ve konunun, özellikle de karardan sonra ortaya çıkacak uyumsuzlukların çözümünde yeknesak bir uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi çoğunluk oyları ve görüşü doğrultusunda nihai bir çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı ve bunun gerekçelendirmesinin de elden geldiğince detaylı yapılmasına gayret edildiği açık biçimde görülmektedir.

Kararda; temel tartışma ve görüş ayrılığının, toplu sözleşme yapma yetkisinin tespiti açısından ve doğabilecek benzer uyumsuzlukların yeknesak biçimde çözümü maksadıyla, mevsimlik iş sözleşmelerinde (ilişkilerinde) askı halinin azami sınırının ne olması gerektiğinin net biçimde belirlenmesi noktasında ortaya çıktığı dikkat çekmektedir.

Öte yandan Daire azınlık görüşü olarak ortaya çıkan “karşı oy” gerekçesi ise, temelde askı halinin varlığının sabit olduğunu kabulde, daha ziyade benimsenen azami askı süresinin uzunluğu sebebiyle yargılama ve toplu iş sözleşmesi bağitleme sürecini uzatması gibi olumsuz etkilerin doğması ihtimalinden hareketle, daha kısa bir sürenin baz alınması ve somut olaya münhasır olarak itirazın aleyhine itiraz edilen sendikanın yetkisine etki etmeyeceğinden yerel mahkeme kararının onanması görüşünü temel almaktadır.

Diğer bir anlatımla, somut uyumsuzlukta mev-

simlik iş ilişkilerindeki askı halinin varlığı genel kabul görmeye birlikte, azınlık ve çoğunluk görüşleri arasındaki farklılık askı hali süresinin azami sınırı üzerinde odaklanmaktadır.

Biz de bu çalışmamızda elden geldiğince somut uyumsuzlukta yer bulan mevsimlik iş ve mevsimlik iş sözleşmelerinde askı hali ve bunun etki ettiği toplu sözleşme yapma yetkisi hususlarında ana hukuki düzenleme ve kriterleri ortaya koymaya gayret ederek mezkur kararı irdelemeye ve sonucunda da karara ilişkin sübjektif değerlendirmemizi elden geldiğince sağlam temellerde ortaya koymaya çalışacağız. Bu amaçla aşağıda ilk bölümde öncelikle mevsimlik iş, mevsimlik iş sözleşmeleri, mevsimlik iş sözleşmelerinde askı hali konularına değineceğiz. Bundan sonra toplu sözleşme yapma yetkisine ilişkin esaslar ile anılan akitlerdeki askı halinin bu sürece etkisine yönelik normatif esaslar ve düzenlemeler ele alınacak ve sonrasında konunun bütünü ile ilgili doktrin görüşlerini ve bugüne kadar oluşmuş yargı içtihatlarını ele alarak konunun ana hukuki çerçevesini ortaya koymaya çalışacağız.

II- Mevsimlik İş, Mevsimlik İş Sözleşmeleri ve Mevsimlik İş Sözleşmelerinde (İlişkilerinde) Askı Hali

Klasik bir anlatım olmakla birlikte gerçekten ifade edilmesi gerektiği üzere “mevsimlik iş” kavramı yürürlükteki ve ondan önceki iş kanunlarında özel ve münferit olarak tanımlanarak düzenleme altına alınmış ve mevsimlik işlerin neler olduğu net biçimde belirlenmiş ve belirtilmiş değildir. Bununla beraber iş kanunlarımız ve ilintili mevzuatımızda mevsimlik iş kavramına ilişkin olarak dolaylı anlatım, tanımlama ve düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Bakıldığında yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun “Toplu İşçi Çıkarma” başlıklı 29/7 maddesi, “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve İzin Süreleri” başlıklı 53/3 maddesi, 4857 sayılı Kanununun 60. maddesine dayanılarak çıkartılan yıllık ücretli izinlerin uygulanmasına ilişkin Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesi, 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'un 4/f maddesi ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 17/2. maddesinde olduğu gibi dağınık

mevzuat düzenlemelerinde mevsimlik iş ve tanımı ile ilgili dolaylı düzenleme ve anlatımlara yer verilmiş bulunmaktadır.

Gerek yukarıda değindiğimiz değişik normatif düzenlemeler içinde, gerekse de bizzat incelemeye konu kararın gerekçe metninde yer verilen ve doktrinin de hemen ittifakla benimsediği tanım ve anlatımla mevsimlik iş sözleşmelerinin genel kabul görmüş bir tanımında uzlaşmış olduğu görülmektedir. Üzerinde hemen hemen fikir birliğine varılan tanımla mevsimlik iş(ler); “işyerindeki faaliyetin yılın belli bir döneminde yoğunlaştığı, diğer zamanlarda ise azaldığı veya tamamen durduğu fakat bu durumun düzenli olarak tekrarlandığı iş(ler)” olarak ifade edilmektedir¹.

Öğretinin, mevsimlik işlerin temel nitelikleri konusunda, üzerinde mutabık olduğu diğer bir ana unsur veya özellik de yılın belirli dönemlerinde yoğunlaşan ve belirli dönemlerinde azalan veya tamamen son bulan bu kabil işlerin “yılın belirli dönemlerinde periyodik ve düzenli olarak tekrarlanan” nitelikte olmasıdır².

Başka bir anlatımla; mevsimlik işler, herhangi bir düzene tabi olmaksızın yıl içinde arızî bir görünüm arz eden ve yılın farklı dönemlerinde ortaya çıkabilecek geçici (muvakkat) işlerden farklı biçimde, mevsimin özelliklerine göre yıllar içinde periyodik ve düzenli olarak tekrarlanan ve yine mevsim özelliklerine göre yoğunlaşan veya azalan, hatta son bulabilen işlerdir.

Yukarıda ana hatlarını kısaca vermeye çalıştığımız mevsimlik işlere ilişkin yapılacak “mevsimlik iş sözleşmeleri” ile ilgili olarak da, bu sözleşmelerin doktrin ve yargı içtihatlarında benimsendiği üzere, esas olarak belirsiz süreli sözleşmeler şeklinde yapılabileceği gibi, bir mevsime münhasır olarak belirli süreli sözleşme şeklinde yapılabileceği de söylenebilir. Öte yandan sözleşme yapma serbestisini kötüye kullanmak suretiyle, zincirleme biçimde her mevsim için belirli süreli sözleşme yapılması halinde, bu sözleşmelerin ilk sözleşme başlangıcından itibaren belirsiz süreli olarak değerlendirildiğini ve bu yaklaşımın yerleşmiş Yargıtay içtihatlarıyla benimsenmiş bulunduğunu belirtmek gerekir³. Bununla beraber öğretilde bazı yazarlar mevsimlik işlerin belirli süreli sözleşmelere objektif biçimde konu olabilecek türden tipik işler olduğunu ve bunlara ilişkin sözleşmelerin üst üste

belirli süreli akitler şeklinde yapılması halinde dahi belirli süreli olma özelliklerini yitirmeyeceklerini ifade etmektedirler⁴. Öte yandan belirli veya belirsiz süreli olarak yapılabilecek mevsimlik iş sözleşmelerinin, objektif koşulların varlığı halinde, kısmi veya tam süreli olarak da düzenlenebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mevsimlik işler ve bu işlere özgü mevsimlik iş sözleşmeleri konusunda yukarıdaki kısa anlatımlarla yetinerek incelenen kararda ele alınan somut uyumsuzluk ve emsal uyumsuzluklar bakımından daha kritik öneme haiz olan mevsimlik iş sözleşmeleri veya iş ilişkilerinde askı hali konusuna daha ağırlıkla değinmek yararlı olacaktır. Zira yukarıda kısa anlatımıyla yetindiğimiz hususlar konusunda, gerek öğreti gerekse yargı içtihatlarında, üzerinde yukarıdaki haliyle mutabık kalınmış pek çok anlatım ve karar zaten mevcuttur.

Mevsimlik iş sözleşmeleri veya iş ilişkileri açısından en dikkat çekici ve kendine has özelliklerden birisi doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla benimsenmiş “askı hali” olgusudur. İş sözleşmelerinde askı hali genel olarak, ifa imkânsızlığından kaynaklanan nedenlerle işverenin ücret ödeme ve işçinin iş görme borcunu yerine getirme yükümlüğünün ortadan kalkmasına rağmen taraflar arasındaki iş sözleşmesinin ve dolayısıyla da iş ilişkisinin mevcudiyetinin sürmesi olarak tanımlanabilir. Askı halinin sonunda, yani ifa engelinin ortadan kalkmasıyla, tarafların ücret ödeme ve iş görme yükümlülükleri tekrar aktif hale gelir⁵. Mevsimlik işlerdeki askı haline benzer iş hukuku uygulaması ve mevzuattan kaynaklanan askı hallerine örnek olarak, yargı kararlarıyla oluşmuş ücretsiz izin uygulamalarındaki askı hali, 4857 sayılı İş Kanunu’nun askerlik görevi ve kanuni yükümlülüklerle ilgili 31. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanan askı hali, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24. ve 25. maddelerinde öngörülen zorlayıcı sebepler nedeniyle bir haftayı aşan ifa engelleri nedeniyle iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmemiş olması halinde ortaya çıkan askı hali ve yine 4857 sayılı İş Kanunu’nun 74. maddesinde düzenlenen doğuma bağlı izinlerle ortaya çıkan askı halleri verilebilir. Mevsimlik işlere ve bunlara ilişkin olarak ortaya çıkan iş sözleşmeleri ve ilişkilerindeki askı hali işçi veya işverenden kaynaklanan nedenlerden değil, tamamen mevsimsel oluşumların

Mevsimlik iş sözleşmeleri veya iş ilişkileri açısından en dikkat çekici ve kendine has özelliklerden birisi doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla benimsenmiş “askı hali” olgusudur.

yol açtığı koşullarla ortaya çıkan askı hali nedenleri ve ifa engelleridir. Bu itibarla genel kural olarak öğreti ve yargı mevsime bağlı ifa engelinin ortaya çıkmasıyla iş sözleşmesinin ve dolayısıyla iş ilişkisinin doğrudan son bulmayacağı ve bir sonraki mevsim başına kadar askıda kalacağı konusunda hemfikirdir⁶. Elbette bir mevsime münhasır biçimde akdedilmiş belirli süreli mevsimlik iş sözleşmesinin mevsim sonunda kendiliğinden sona ereceği açıktır. Anılan ana kural baştan itibaren veya zincirleme belirli süreli akitlerle ortaya çıkmış belirsiz süreli iş ilişkileri ile ilintilidir.

Askı hali süresince iş sözleşmesi ve iş ilişkisi ortadan kalkmadığından, aşağıda detaylı biçimde inceleyeceğimiz üzere, gerek Sendikalar Kanunu açısından işçinin üyelik sıfatının devam etmesi ve gerekse de Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca toplu sözleşme yapma yetkisinin belirlenmesinde anılan işçilerin çoğunluk tespitinde nazara alınması karşısında askı halinin sona ermesi ve iş sözleşmesinin hangi hal ve koşullarla münfesihi olacağı ve iş ilişkisinin son bulacağı konusunda farklı alternatifleri ele almak zorunludur.

Belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmesinin askıya alınmasından sonra, taraflar arasında daha uzun süreli bir askı haline ilişkin açık mutabakat söz konusu değil ise, takip eden mevsim başlangıcında işveren tarafından işe davet edilmeyen işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Öte yandan takip eden mevsim başında işe davet edilen işçinin davete icabet etmeyerek işbaşı yapmaması halinde ise iş sözleşmesi ya devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle veya işçi tarafından feshedilmiş sayılacaktır⁷. Yargıtay; 4857 sayılı İş Kanunu’nun işverenin eşit işlem borcunu düzenleyen 5. maddesini de dikkate alarak verdiği yakın tarihli bir kararında, işverenin bir kısım işçinin iş sözleşmelerini önceki bir tarihte,

Öğreti ve yargı salt fiili çalışmasını sürdüren işçilerin değil, iş sözleşmeleri askıda olan işçilerin de çoğunluğa esas işçi sayısının tespitinde dikkate alınacağı konusunda görüş birliği içerisindedir.

bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini ise daha sonraki bir tarihte askıya alması karşısında, iş sözleşmeleri önceden askıya alınan işçilerin bu sözleşmelerinin işveren tarafından feshedildiğine hükmetmiştir⁸. Diğer taraftan mevsim sonunda işverenin işçisine fesih bildiriyle kendisini takip eden mevsimde çalıştırmayacağını bildirerek iş sözleşmesini feshetmesi de elbette mümkündür.

Buraya kadar ki açıklamalarımızda, inceleme konusu karara konu somut uyuşmazlığın çözümü açısından mevsimlik iş, mevsimlik iş sözleşmesi ve bunlara özgü askı hali ile temel özelliklerine kısaca değinilmeye çalışılmıştır.

III- Genel Olarak İşçi Sendikasının Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisine İlişkin Düzenlemeler ve Somut Olayla İlişkili Değerlendirmeler

Bu bölümde işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi bağlama yetkisine ilişkin genel gereklilikler ve özelde biraz daha detaylı biçimiyle askı halindeki mevsimlik iş sözleşmelerinin sendika üye sayısının ve çoğunluğa esas işçi sayısının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağını hüküm altına alan normatif düzenlemeler ve yargı kararları ele alınarak, şu ana kadar vermeye çalıştığımız hukuki çerçevenin inceleme konusu somut karar ve uyuşmazlıkla bağlantıları detaylandırılmaya gayret edilecektir.

Bilindiği üzere yasal esaslara uygun biçimde kurulmuş bir işçi sendikasının, bağlı bulunduğu işkolunda, toplu iş sözleşmesi bağlama yetkisini elde edebilmesi için iki temel yasal zorunluluğun gerçekleşmiş olması şarttır.

Bunlardan ilki sendikanın, örgütlü bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun üyesi

bulunması (TİSGLK md. 12/1) ve bundan başka toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının kendi üyesi bulunması zorunludur (TİSGLK md. 12/1). Birden fazla işyerinin söz konusu olduğu durumlarda işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi kavramlarına ve buralarda elde edilecek yetkinin esaslarına kısaca değinmekte yarar vardır. Gerçekten de birden fazla işyerinin söz konusu olduğu hallerde işletme ve bunu kapsayacak toplu iş sözleşmesi içinde işletme toplu iş sözleşmesinden bahsedilecektir. Grup toplu iş sözleşmesinde ise yine birden çok işyeri veya işletmeyi kapsayan bir toplu iş sözleşmesi söz konusudur. Ne var ki grup toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini elde edebilmesi için işçi sendikasının gruba dahil her bir işyerinde ayrı ayrı yarıdan fazla işçiyi üye yapmış olması zorunludur. Bununla beraber işletme toplu iş sözleşmesinde çoğunluk şartı her işyeri bazında ayrı biçimde aranmayıp işletmenin bütününe dahil işçi sayısı üzerinden değerlendirme yapılır⁹. Elbette bu usul grup içinde birden fazla işyerinin oluşturduğu işletmeler için de söz konusudur. Yani grup içindeki her bir işyeri için ayrı ayrı, buna karşılık grup içindeki işletmeler için işletmeye dahil tüm işyerlerindeki toplam işçi sayısına göre yetkiye esas çoğunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği gözetilecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, değerlendirmeye konu karar içeriği somut uyuşmazlık İşkolları Tüzüğü'nün (01) numaralı "Tarım ve Ormancılık, Avcılık ve Balıkçılık İşkolu"nda ortaya çıkmış olup, anılan işkolunda yüzde onluk işkolu barajının gerçekleşmiş olması şartı aranmamaktadır (TİSGLK md. 12/1). Durum Yargıtay'ın incelemeye konu kararında da zikredilmiş olup, birden çok işyerinin söz konusu olduğu işletmedeki toplam işçi sayısının yarıdan fazlasını üye yapan sendikanın bu işletme açısından TİS bağlama yetkisine yüzde onluk işkolu ülke barajı gözetilmeksizin sahip olacağı açıktır.

Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunun tespitinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistikler esas alınır. Yayımdan itibaren 15 gün içinde itiraz edilmeyen bu istatistikler kesinleşir (TİSGLK md. 12/3 ve 4)¹⁰.

Görüldüğü üzere TİSGLK'nın yetkiye ilişkin 12. maddesi gerek yüzde onluk işkolu barajı açısından

gerekse de işyeri çoğunluğu açısından dikkate alınacak işçiler bakımından “çalışan işçi” ibaresini kullanmaktadır. Buna karşılık öğreti ve yargı da Kanunun bu ifadesine rağmen salt fiili çalışmasını sürdüren işçilerin değil, iş sözleşmeleri askıda olan işçilerin de çoğunluğa esas işçi sayısının tespitinde dikkate alınacağı konusunda görüş birliği içerisindedir¹¹. İnceleme konusu kararda da Yargıtay istikrarlı olarak önceki yıllarda benimsediği bu doğrultudaki görüşünü sürdürmüştür.

Yukarıda belirttiğimiz üzere yetki tespiti ve çoğunluğa esas çalışan işçi sayısının (gerek işkolu, gerekse işyeri düzeyinde) belirlenmesinde iş sözleşmeleri askıda olan mevsimlik işçilerin de dikkate alınacağı konusunda bir duraksama olmadığına göre, sendikaların üye sayıları ve yetkilerinin tespitinde önemli olması açısından, mevsimlik iş sözleşmelerinin askıda olması halinin, işçilerin sendika üyeliklerine etkisi konusunu da değerlendirmek gerekecektir.

Gerçekten bir işkolunda veya işyerinde (işletmede), iş sözleşmeleri askıda olanlar da dahil olmak üzere, “çalışan” toplam işçi sayısının tespiti kadar hangi sendikanın ne kadar üyesi bulunduğu tespit de çoğunluğun ve yetkinin belirlenmesinde hayati önem taşımaktadır. Sendikalar Kanunu işçi sendikası üyeliği ile ilgili düzenlemelerinde açık biçimde mevsimlik işçilerin veya sözleşmelerin askı halini hüküm altına almamakla birlikte, 24. maddesinde ilk bakışta benzer gibi görünen bir durumu hüküm altına almış bulunmaktadır. 2822 sayılı Sendikalar Kanunu’nun anılan 24/4. maddesi uyarınca; “işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak işsiz kalması...” sendika üyeliğini etkilemez. Geçici işsizliğin sınırının ne olacağı konusunda da açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta öğreti, geçici işsizlik konusunda azami bir süre bulunmadığı düşüncesindeyken¹², Yüksek Mahkeme ilk kararlarında geçici işsizliğin sınırını 5-6 ay gibi sürelerle sınırlamakta iken son ve daha yakın tarihli kararlarında¹³ geçici işsizliğin azami sınırını 1 yıl olarak belirlemiş bulunmaktadır.

Yargıtay; ilk bakışta askı hali ile benzer nitelikte gördüğü anılan “geçici işsizlik” halini mevsimlik işçilerin sendika üyeliklerinin devamı ve üyelikleri bu nedenle devam eden bu kabil mevsimlik işçilerin yetki tespitinde nazara alınacağı yönündeki bazı kararlarına dayanak yapmıştır. Ne var ki; Yargı-

tay’ın bu yaklaşımı öğreti tarafından eleştirilmiştir¹⁴. Yargıtay’ın yaklaşımında öğreti tarafından eleştiri konusu yapılan husus, Yüksek Mahkeme’nin bir yandan askı haline dayanması öte taraftan bu hususu Sendikalar Kanunu 24/son maddesindeki geçici işsizlik olgusu ile açıklamaya ve gerekçelendirmeye çalışmasıdır. Öğretinin ortaya koyduğu üzere, geçici işsizlikte iş ilişkisi sona ermekte oysa mevsim sonunda ise askıda kalmakta ve iş ilişkisi son bulmamaktadır. Dolayısıyla ilk bakışta Yüksek Mahkeme tarafından benzer olarak algılanan iki durum ve hukuki sonuçları arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.

IV-Açıklamalar Işığında Daire Çoğunluk Kararı ve Azınlık Karşı Oy Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

Yukarıda kısaca ortaya koymaya çalıştığımız genel hukuki çerçeve içerisinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin incelemeye konu kararına ilişkin çoğunluk ve azınlık karşı oy gerekçelerini kısaca değerlendirmekte yarar görüyoruz.

Yukarıda, mevsimlik iş, mevsimlik iş ve iş sözleşmelerinde askı hali ve askı halinin yetkiye ilişkin çoğunluk tespitine etkileri konusunda Daire çoğunluk ve azınlık görüşleri esas itibarıyla örtüşmektedir. Gerçekten bakıldığında mevsimlik işlerin niteliği ve özellikle de uyuşmazlık konusu olayın gerçekleştiği orman işkolunda bu tip çalışmaların yaygınlığı konusunda her iki kesimde de mutabakat söz konusudur. Öte yandan bu tip çalışmaların doğasından kaynaklandığı öğreti tarafından da kabul görmüş askı halinin varlığı konusunda da azınlık ve çoğunluk görüşleri arasında bir ayrılık mevcut değildir.

Daire çoğunluk görüşü, askı halinin ilk mevsim sonunda doğal biçimiyle ortaya çıktığı, fakat takip eden mevsimde işe davet ve çalışmanın söz konusu olmadığı halde artık taraf iradeleriyle mutabık kalınmış değil ama ifa engeli olarak ortaya çıkan bir halin söz konusu olduğu yönündedir. Daire çoğunluk görüşüne göre, olağan biçimde ortaya çıkan ilk askı halinden sonra meydana gelen ve ifa engeli olarak tezahür eden askı halinin, en çok iki mevsim daha sürebileceğinin kabulüne karar vermek zorunluluğu vardır. Daire çoğunluğu, bu zo-

Mevsimlik işler ve işçilerin durumu mevzuatımızda gerekli açıklık ve somutlukta bir hukuki çatıya sahip değildir.

runluluğun inceleme konusu karardaki somut olaydan sonra ortaya çıkabilecek benzer uyuşmazlıklarda içtihat birliğinin sağlanması ve genel geçer bir kriterin bundan sonrası için belirlenmesi ihtiyacından kaynaklandığına işaret etmektedir.

Azınlık karşı görüş ise, özde çoğunluk görüş ve gerekçeleriyle ters düşmemekle birlikte, daha çok somut uyuşmazlığın ve genelde de benzer yetki uyuşmazlıklarının daha hızlı biçimde çözümlenebilmesi için daha kısa bir azami askı süresinin esas alınması gerektiği görüşünden hareket etmektedir.

Sonuç olarak bakıldığında, Yargıtay, çoğunluk görüşü olarak ortaya çıkan bu görüşünde istikrar sağladığı takdirde, gerek inceleme konusu kararda olduğu üzere toplu iş ilişkilerinde gerekse de bireysel iş ilişkilerinde mevsimlik çalışmalarda askı halinin azami sınırı, olağan ilk askının cereyan ettiği ilk mevsim ve takip eden iki mevsim olarak toplamda üç mevsim için sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla mevsimlik iş sözleşmesinin tarafların açık rızasıyla uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra askıya toplamda üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan işçilerin mevsimlik iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Elbette, yukarıda da değindiğimiz üzere, tarafların açık rızalarıyla askı süresini daha uzunca bir süre için uzatmalarına bir engel bulunmamaktadır.

Daire çoğunluğu, kararına ve çizdiği azami askı süresi sınırına dayanak olarak, objektif iyiniyet kuralları, önceki Daire uygulamaları ve açıkça gerekçe de belirlemek suretiyle de Alman Federal Mahkemesi kararlarını göstermiş bulunmaktadır.

V- Sonuç

İnceleme konusu yaptığımız karar içeriğindeki somut uyuşmazlığın da ortaya koyduğu üzere, tarım ve orman işleriyle istigal eden yoğun bir nüfus ve işgücünün gözlemlendiği ülkemizde yaygın bir uygulama alanı bulan mevsimlik çalışmalar, yay-

gınlığına rağmen kanuni düzenlemeler ile bir disiplin altına alınmış değildir.

Gerçekten mevsimlik işler ve işçilerin durumu mevzuatımızda gerekli açıklık ve somutlukta bir hukuki çatıya sahip değildir. Bu husus gerek doktrin¹⁵, gerekse de bu kararda da açık biçimde ifade edildiği üzere yargı tarafından uzun yıllardır eleştirilmektedir.

Sahip olduğu kendine has çetrefilli yapısı ve yaygınlığına rağmen, açık ve yeterli normatif düzenlemelere sahip olmayan bu alandaki hukuki boşluk "hakimin hukuk yaratması" yoluyla içtihatlarla ve öğreti görüşleriyle doldurulmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de mevsimlik iş sözleşmelerinin askı hali konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu hukuki müessese yargı içtihatları ve öğreti görüşleri ile istikrar kazanmış bir uygulama olarak yerleşmiş bulunmaktadır. Benzer şekilde somut karar ve olaya özgü olarak askı halindeki mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışan mevsimlik işçilerin çoğunluk tespiti nazara alınacakları da yargı ve öğretinin üzerinde mutabık kaldıkları bir diğer husustur.

Somut karar ile ortaya ilk kez konulan ve gerekçelendirilmeye çalışılan husus mevsimlik iş sözleşmelerindeki bu askı halinin azami süre sınırının ne olması gerektiği hususudur. Gerçekten de inceleme konusu karar ve içeriği somut uyuşmazlık nazara alındığında böyle bir sınırın çizilmesi zorunluluğu kendini açık biçimde hissettirmektedir. Zira askı hali ile mevsimlik iş ilişkileri devam eden işçilerin mevcudiyeti gerek kendileri açısından bireysel iş hukuku ve gerekse de toplu iş hukuku açısından ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Bu itibarla özellikle olaydaki gibi, tarım ve orman işkolundaki çalışmanın dağınık yapısı, bu işkolunun yüzde on barajına tabi olmaması karşısında bu kabil askı sürelerinin doğurabileceği hukuki belirsizliklerin bir noktada sonlandırılması gerekliliği tartışma götürmez bir gerçektir. Aksi halde kararda da belirtildiği üzere, özellikle benzer işkollarında bundan sonra da çok uzun yıllar ve askı süreleriyle devam eden iş ilişkileri, sendika üyelikleri söz konusu olabilecek ve özellikle toplu iş hukuku alanında ele aldığımız kabilen benzer sıkıntılar yaşanmaya devam edecektir. Bu da elbette toplu iş hukukuna bağlı kazanımların elde edilmesi anlamında ciddi gecikmeleri beraberinde getirmeye devam edecektir.

Askı süresinin azami süre sınırını üç askı süresi olarak belirleyen yargı bu hususta sorumluluğu üstlenmiş bulunmaktadır.

Bu boyutuyla bakıldığında mevcut karardaki Daire çoğunluğunun, askı halinin azami ve objektif süre sınırını ortaya koyma düşüncesi yerinde görünmektedir. Zira böyle bir azami süre sınırının kesin biçimde ortaya konulması sonraki uyuşmazlıkların daha hızlı biçimde çözümü yanında içtihat birliğini sağlamak gibi önemli bir fonksiyonun da yerine getirilmesine ön ayak olacaktır.

Kanun koyucunun göz ardı ettiği böyle bir alanda hukukun yeknesaklığını ve içtihat birliğini sağlamak yönünde, askı süresinin azami süre sınırını üç askı süresi olarak belirleyen yargı bu hususta sorumluluğu üstlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten bundan sonrasında, Daire'nin kendi üyeleri arasında da söz konusu olduğu üzere, belirlenen azami süre sınırı konusunda öğretiden de bu sürenin amaca uygunluğu ve hukuki dayanakları konusunda farklı görüşler ve çoğunluk görüşüne muhalif görüşler ortaya çıkabilecektir. Bu, hukuk gibi dinamik bir sosyal alanın doğasının bir gereği olarak da tezahür edebilecektir.

Bununla beraber, açık hukuki düzenlemelerden yoksun bulunan böyle bir konuda Daire çoğunluğunun, sonraki uyuşmazlıkların daha hızla halli ile anılan uyuşmazlıkların daha hızla çözümü yanında içtihat birliğini tesis edecek biçimde yeknesak hukuki sonuçlara ulaşmak amacıyla böyle bir azami askı süresi ölçütünün benimsenmesi yönündeki eğilim ve kararının yerinde olduğu inancını taşı-maktayız. Sonuç olarak belirlenen azami süre üzerinde hukuksal değerlendirme, tartışma ve eleştiriler yapılabilecekse de böyle bir sürenin belirlenmiş olmasının ilk tahlilde doğru ve yararlı bir yaklaşım olduğunu söylemek isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 Bknz. SOYER Polat, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, sf. 47, MESS-İstanbul 1999; SÜZEK Sarper, İş Hukuku sf. 231 BETA-İstanbul 2002; KAR Bektaş, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, sayı 4, sf. 70, MESS-İstanbul 2006; TAŞKENT Savaş, Mevsim ve Kampanya İşleri İBD. C. 50, sayı 11-12, sf. 37 vd. İstanbul; DUMAN Barış, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi sf. 112, Ankara 2005; MOLLAMAHMUTOĞLU

- Hamdi, İş Hukuku 2. bası sf. 279 Ankara; AKI Erol, Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Nisan 2000, sayı 3, sf. 251, Kamu-İş Ankara 2000.
- 2 Bknz. SOYER Polat, agm. sf. 47; SÜZEK Sarper, age. sf. 231; KAR Bektaş, agm. sf. 70; DUMAN Barış, age. sf. 112; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, age. sf. 279; AKI Erol, agm. sf. 251.
- 3 Yargıtay 9. HD. 20.6.1989 tarih, 4514/5792 sayı, Yargıtay 9. HD. 29.5.1985 tarih, 3043/5894 sayı (Bknz. EGEMEN Erdal-TEMİZ Semih, İş Hukuku Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, sf.223, İstanbul 1991).
- 4 EKONOMİ 2002 Kararları, sf. 82 vd.
- 5 KAR Bektaş, agm. sf. 73.
- 6 AKI Erol, agm. sf. 254; KAR Bektaş agm. sf. 72; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, age. sf. 280.
- 7 AKI Erol, age. Sf. 254; Yargıtay 9. HD. 2.10.1986 tarih 7463/8794 sayılı karar, Gıda İşveren Dergisi Aralık 1986.
- 8 Yargıtay 9. HD. 22.3.2004 tarih, 2003/17019 E., 2004/16194 K. sayılı kararı (Bknz. KAR Bektaş, agm. sf. 73).
- 9 TUNCAY A. Can, Toplu İş Hukuku, sf. 147.
- 10 İtiraz usulü ve detayları için Bknz. TUNCAY A. Can, age. sf. 145-146.
- 11 AKI Erol, agm. Sf. 265; KAR Bektaş, agm. Sf. 86; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri sf. 181, İzmir 2001; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 13. Bası, sf. 378 ve aynı yazar Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, sf. 109 MESS-İstanbul 1994; SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler sf. 236, Ankara 2006; DUMAN Barış age. sf. 113; Yargıtay 9. HD. 1.7.1987 tarih, 6404/6648 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD. 24.4.1992 tarih, 4433/4631 sayılı kararı.
- 12 ŞAHLANAN Fevzi, Sendikalar Hukuku, sf. 185 vd.; KUTAL Metin, NARMANLIOĞLU Ünal alıntısı yukarıda age. sf. 180-181 dipnot 431.
- 13 Yargıtay 9. HD. 11.5.1998 tarih 97/7300 Esas, 98/8735 Karar sayılı kararı-Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1998, sayı 227, sf. 18; Yargıtay 9. HD. 16.9.1999 tarih, 14446/13694 sayılı karar-Yargıtay Kararları Dergisi, C.27, Sayı 2, Şubat 2001, sf. 201.
- 14 NARMANLIOĞLU Ünal, age. sf. 180-181; ÇELİK Nuri, 1992 Kararları, sf. 109; AKI Erol, agm. sf. 265.
- 15 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, age. sf. 278; AKI Erol, agm. sf. 249; KAR Bektaş, agm. sf. 69.

Coşkun ERBAŞ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Rücu Davaları, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Karşısında Öngörülen Hukuki Sonuçlar ve Uygulamadan Örnekler

I- GENEL OLARAK

A- Giriş

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, 23.11.2006 gün, 2003/10 Esas ve 2006/106 Karar sayısı ile hükmüne bağladığı 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin itiraz konusu bölümüne ilişkin bu iptal kararından önce, yapılan başvurular nedeniyle, 26. maddenin Anayasa'ya aykırılık iddialarını 23.05.1972/2-28 tarih ve sayılı, 18.03.1976 tarih, 1975/198, 1976/18 sayılı ve 20.12.1983 tarih, 1982/4 esas ve 1983/17 sayılı, yine 02.05.1991 tarih, 1990/28 esas ve 1991/11 sayılı kararlarıyla reddetmiş ise de, anılan ret kararlarının gerekçelerinde, "gelirlerdeki artışların istenebileceğine ilişkin Yargıtay uygulamaların aksine," maddenin içeriği itibarıyla, "kurumca bağlanan gelirlerdeki" artışların istenebileceği gibi bir anlam taşımadığı, yani bu yönde bir ifadenin ayrıca, madde metninde mündemice bulunmadığı halde, "artışların da istenebileceği"ne ilişkin olarak, esasen mevcut olmayan, bir anlamın, varsayımlarla yasaya yüklenemeyeceğine işa-

ret ederek, "yasa maddesinin lafzı ve ruhiyle, gelirlerdeki artışların istenebileceği anlamı taşımadığından" dolayı, bu kararlarda Anayasa'ya aykırılık iddiasını, dayanaktan yoksun bularak, buna ilişkin iptal istemlerinin reddine karar vermiş idi.

Ancak, Anayasa Mahkemesi 1972'den bu tarafa, o tarihlerde yukarıda değinilen bu dört kararında, her ne kadar sözü edilen iptal başvurularını reddetmiş ise de; buralarda özellikle "artışların istenemeyeceği"ne ilişkin görüşlerini, karar gerekçelerinde ayrıntılı olarak ortaya koymuştur. Ne var ki Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeleriyle de, (yol gösterici ve konuyu açıklayıcı özelliği itibarıyla, uygulayıcıları ve her kesimi) "bağlayıcı olduğu" hususu Yargıtay'ca dikkate alınmamış, Yargıtay uygulamalarında ve özellikle de 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu yön göz ardı edilmiştir. Bu arada gelirlerdeki artışların istenebileceği yolunda oluşan, bu İçtihadı Birleştirme Kararı ile uygulama bir bakıma istikrar kazanmış ise de, yakınmaların hala devam etmekte olduğu da bir gerçek olarak her zaman karşımızda durmaktadır.

B- Artışların istenebilirliğine ilişkin kamuoyunda ciddi yakınmalar vardır

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 26/1 maddede ki itiraz konusu hükmün iptali için başvuru kararında değinildiği üzere, gelirlerde sonradan meydana gelen artışların istenmesi olgusunun ise bu şekilde oluşan içtihatlarla ve yorum yoluyla sürdürülmesinin kamu vicdanını rahatsız etmeye devam etmesi, adalete ve devlete olan güven duygusunu zedelediği de ortadadır. Bu çevredeki yakınmaların en yakın ve somut örneği olarak "...İşverene Rücu Hakkı" konusuna ilişkin olarak¹ yayımlanan TİSK görüşüne bakmak meselenin güncelliğini ortaya koymaya yeter sanırım.

II- TİSK'İN GÖRÜŞLERİ

a- Artışların istenmesi adil değildir. Mükerrer ödeme oluşturur.

Bu yakınmaların başında:

1- İşverenlerin prim ödeyerek finanse ettikleri iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan, kendi ödedikleri paralarla sigortalılara yapılan yardımların, daha sonra Kurumca yine kendilerine (yani işverenlere) rücu edilebilmesindeki yaklaşım gelmektedir ki; Bu uygulama bir yönüyle, haklı olarak işverenlerde, aynı zararı hem prim ödeyerek ve hem de rücu davaları sonucunda yaptıkları ödemelerle mükerrer olarak, yani iki kez tazmin ettikleri duygusu yaratmaktadır. Bu durum adil olmaktan uzaktır.

2- Öte yandan Kurumun irat olarak sigortalılara ya da hak sahiplerine, aydan aya ödediği gelirlerin sermaye değerini işverenden bir defada peşin olarak aldıktan sonra; söz konusu ödenek ya da gelirlerde enflasyona bağlı olarak yasa ya da kararnamelerle ortaya çıkan artış farklarının sermaye değerini de her seferinde işverenlerden isteyebilmesi, başka bir deyişle, olay zamanına göre oluşan zarara ilişkin hesaplamaya göre, bağlanan gelirin sermaye değerini ödeyerek, zararlandırıcı sigorta olayları ile bağı kesilmesine rağmen, artık bu olayla ilgisi bulunmayan, gelir artışlarının da rücu edilmesi sebebiyle, birden fazla dava tehdidinde maruz bırakılmaları da ayrı bir rahatsızlık konusu oluşturmaktadır.

3- Ayrıca işverenlerin işyerlerinin tehlikelilik derecesine göre artan oranda yüksek primler öde-

melerine karşın; iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle, Kurumca sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan yardımlar ile bağlanan gelirlerin gerçek zararı karşılayamaması nedeniyle, bir bakıma Kurumca karşılanmayan zararlar için işverenlerin, zarar görenlere karşı ayrıca sorumlu olması da bir başka huzursuzluk kaynağı olarak gösterilmektedir.

b- İşçi işveren ilişkilerinde denge kurulmalıdır.

1- Sosyal Hukuk Devleti'nde işçinin korunması, kayıplarının karşılanması düşünceleri, çağdaş uygarlığın bir simgesi olarak benimsenen, evrensellik kazanmış "sosyal güvenlik" kavramı içinde, özde bireyin karşılaştığı ve yaşamı için tehlikeli olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Mesele bu boyutu ile ele alındığında her ne kadar iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve sigortalılar ile hak sahiplerinin, iş kazaları ya da meslek hastalıkları nedeniyle uğradıkları, kayıpların giderilmesinin toplumsal bir ödev olduğu kuşkusuz ise de; diğer taraftan Devlet'in bu amaçla kurduğu sosyal sigorta sistemi ile sigortalıları korurken, söz konusu sistemi finanse eden işverenleri de bu şekilde ağır tazminat yükümlülükleri altına sokmasının faturası büyük olmaktadır.

2- İşçi korunurken ona hayat veren işletme öldürülmemelidir. Sosyal Devlet İlkesi açısından işçinin kayıpları güvenceye alınırken, Sosyal Sigorta İlkeleri gereği, olası risklerin bir kısmının Kurumca karşılanması da asıldır. Zira, bu sistemde doğabilecek tehlikelerin sorumluluğu esasen işverence prim ödemek suretiyle paylaşılmaktadır. Böylece dağıtılmış bir riski, tekrar bir şahsa yüklemenin anlamı yoktur. Şu halde, işçi işveren ilişkilerindeki hassas denge korunmak zorundadır. Bu bağlamda Devlet'in karşılaması gereken bir takım giderlerin de işverene yükletilmesi; özellikle de küçük ölçekli, kurumsallaşamamış, tabir yerinde ise henüz palazlanma aşamasında olup gelişmesini tamamlamayan ve zorlukla ayakta durmaya çalışan birtakım işyerlerinin yok olmasına varan boyutlara ulaşmasının görülmesi, yeni iş kuracak olan işverenlerin teşebbüs arzusunu kıracağı gibi; adil sayılamayacağı savı da ileri sürülmektedir. Kaldı ki, işveren ve işletme yok olursa işçinin de yok olacağı düşünüldüğünde, işveren ve işçi arasındaki hassas yaşam dengesinin kurulmasına özen gösterilmesine dikkat çekilmiş ve bu fikirler 5510 sayılı Yasa'nın

konuyla ilgili 21. maddesinin şekillenmesine etken olmuştur denilebilir.

III- İPTAL KARARININ KONUSU

a- 1994 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı'na da konu edilen halefiyet ilkesini ve gelirlerdeki artışların istenmesini olanaklı kılan, 26. maddedeki "...sigortalı veya baksabibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere ..." bölümüyle ilgili olarak, konunun 10. Hukuk Dairesi'nce yeniden Anayasa yargısı önüne getirilmesiyle itiraza ilişkin bu bölüm iptal edilmiştir.

Bu konudaki tartışmaların odağında yer alan, o sebeple de yakınmaların, kamu vicdanını rahatsız ettiğini, adalet duygusuna olan inancı sarsıcı boyutlara varan biçimde yaygınlaştığını, o nispette Devlet'e olan güven duygusunun da yitirmekte olduğunu gören, esasen özünde, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen önceki kararlarının gerekçelerinde yer alan görüş açısını benimsemekle birlikte, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılık ilkesini de aşamayan, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin yeni oluşumu ile meseleye çözüm arayışları cümlesinden olarak, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından işveren aleyhine açılan bir davada; davalı tarafça savunma sadedinde, Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin değerinin tahsiline ilişkin olarak, daha önce açılmış bulunan ilk rücu davasında hükmedilen tazminatın ödendiğinden söz edilerek, artışlara ilişkin olarak açılan bu davada, artışların istenemeyeceğinin ileri sürülmesi yanında yer alan Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunmaması üzerine; temyiz aşamasında 10. Hukuk Dairesi konuyu 26. maddede yapılan değişiklik hükümleri ile birlikte değerlendirerek, bu maddeye ilişkin olarak verilen 1994 tarihli, Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararına dayanak yapılan "kendine özgü halefiyet" kuralının ışığında, artışların istenebileceğini olanaklı kılan 506 sayılı Kanununun 26.maddesinin 3395 sayılı yasa ile değişik birinci fıkrasında yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'nın 10., 60. ve 65.maddelerine aykırı bulunduğu savıyla ve aşağıda sıralanan gerekçelerle, anılan kuralın iptal edilmesi için 28.03.2003 tarih, 2002/9391 esas ve 2003/434 sayı-

lı karar ile konuyu Anayasa Mahkemesi önüne taşımıştır.

b- 10. Hukuk Dairesi'nin 26/1. maddede yer alan itiraz konusu bölümün iptali istemine ilişkin başvurusundaki Anayasa'ya aykırılık iddiaları:

1- İtiraz konusu kural, kanun, kararname ve katsayı değişiklikleriyle "gelirlerde meydana gelen artışların" işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır.

2- Oysa, ilk peşin değerli gelirin kuruma ödemesi, yani Kurum'un kaza veya meslek hastalığının meydana geldiği tarih itibarıyla oluşan alacağını tahsil etmesi ve o tarihteki duruma göre hesaplaşmanın tamamlanmış olması nedeniyle, tazmin sorumlusunun zararlandırıcı sigorta olayı ile illiyet bağı (neden-sonuç ilişkisi) kesilmiştir.

3- Zira Yasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... ve ileride yapılması gerekli bulunan..." deyiminden genelde; neden-sonuç ilişkisi süregelen, diğer bir anlatımla, zararlandırıcı sigorta olayına sebep olan tazmin sorumlusu ile henüz hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılacak gerekir.

Örneğin;

İş kazası geçiren sigortalı,

a) Henüz iyileşmemiş ve devam eden tedaviye ilişkin olarak zamana yayılan tedavi giderlerinde peyderpey yapılan harcama ve oluşan artışlar varsa.

b) Ya da sigortalının sürekli iş göremezlik (maluliyet) derecesinde, zamanla oluşan henüz kesinleşmemiş ve kontrol muayenesine tabi tutulma sonucu bir yükselmenin saptanmasına bağlı olarak, gelir artışları oluşmuşsa.

Yukarıda açıklanan kural gereği olarak, bu tür artışlar istenebilir.

Ancak;

Kuşkusuz, tedavinin sonuçlanmasından sonra veya işgöremezlik derecesinde hiçbir değişiklik söz konusu değil ise, (bir bakıma zararlandırıcı sigorta olayı ile neden-sonuç ilişkisi kurulmayan durumlarda) artışların istenmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır.

4- Bu durumda Kanun, kararname ve katsayı değişikliklerinden kaynaklanan, "gelir artışlarının istenmesi"nin Anayasa'daki sosyal güvenlik ilkeleleriyle bağdaştırılması olanaklı değildir.

5- Özellikle zararlandırıcı sigorta olayı ile hiçbir ilgisi bulunmayan, o nedenle de devlet tarafından, bizatihi enflasyondan doğan farkın kapatılması veya refah payı ilâve edilmesi gibi amaçlarla tek yanlı inisiyatif ile kanun, kararname ve katsayılar da yapılan değişiklikler sonucu oluşan “gelir artışları”nın işverene yükletilmesi Hukuk Devleti kavramı ile de bağdaştırılamaz.

6- Öyle ki, zararlandırıcı sigorta olayı ile ilgisi kurulamayan ve bir yerde (suni olarak oluşturulan), gelirlerdeki bu artışların rücu istenmesi ise, tazmin sorumlularını hukuka aykırı olarak birden çok dava tehdidi ile karşı karşıya bırakacaktır.

7- İşte sıralanan nedenlere rağmen, 26. maddeden doğan rücu davalarında “Kurumun geri alma hakkının halefiyete dayandırılması” sonucu olarak, zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle gelir artışları, “sigortalının tazmin sorumlularından isteyebileceği, miktarla sınırlı olarak bakiye miktar, yani tavan miktarı tükeninceye kadar istenmektedir ki, bu yaklaşımın dayanağı özde, 3395 sayılı Yasa ile 26. maddeye eklenen “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” şeklindeki bölümüdür.

Öyle ise, itiraz konusu bu hükme ilişkin tümce nin, iptal edilmesi halinde, içtihadı birleştirme kararlarının da dayanağı olan ve 26/1 maddedeki Kurumun geri alma hakkının hukuki temelini oluşturan, “Halefiyet” ilkesinin de ortadan kalkmasını olanaklı kılacağı nedeniyle, Kurumun rücu hakkı, artık halefiyet esasına değil, (doktrinde de geniş yer bulan baskın görüşte olduğu gibi) “Kanundan doğan (sigortalının alacağından) bağımsız basit rücu, hakkından kaynaklanmış olacaktır.

8- 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesinde yer alan İtiraz konusu kuralın iptali ile bundan böyle “gelirlerdeki artışlar” istenemeyeceği için, konuyla ilgili bulunan, 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın 63. ve 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Yasası'nın 47. maddesindeki düzenlemeler ve uygulama ile paralellik ve giderek, Sosyal Sigortalar Kurumu ile anılan diğer sosyal güvenlik kurumları arasında da uygulama birliği sağlanacaktır. Böylece, sosyal devlet ilkesinin gereği ve Anayasal anlamda kurumlar arası eşitlik de gerçekleşmiş olacaktır. Görüşlerine yer vererek itiraza konu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savında bulunmuştur.

IV-ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI

a- 506 sayılı Yasa'nın 26/1 maddesinde yer almakta olan, itiraza konu kural Anayasa Mahkemesi'nce, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin iptal başvurusunda yer alan gerekçe ve değinilen Anayasa maddelerinden ayrık olarak, Anayasa'nın “Sosyal Hukuk Devleti...” ilkesine aykırı bulunmuştur.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin iptal başvurusu Anayasa Mahkemesi'nce, (esas itibariyle) benimsenerek; 17.07.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/1 maddesine 3395 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikle ilâve edilen “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünü oluşturan bu kural; 23.11.2006 tarih, 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararla Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak, “...Anayasaya aykırı olduğuna ve İPTALİNE...” karar verilmiştir. Bu karar 21.03.2007 tarih ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Ancak akademik çevreler ve uygulamacıların eleştirilerine bakılırsa, görünen o ki, Anayasa Mahkemesi'nin, itiraza konu kuralı iptal ederken, karar gerekçesinde, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin iptal istemine dayanak yaptığı, yukarıda açıklanan 10., 60. ve 65. maddelere yer vermeyerek, konuya sadece Anayasa'nın 2. maddesiyle sınırlı biçimde “...Sosyal Hukuk Devleti...” ilkesi açısından yaklaşması sonucu, kararın doyurucu (tatmin edici) olmaktan uzak kaldığı konusunda fikirlerin ortaya atılmasına yol açmıştır².

b- Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri:

506 sayılı Yasa'nın 26/1 maddesinde yer alan “itiraz konusu kuralı” Anayasa'nın Birinci Kısımındaki Genel Esaslar cümlesinde bulunan Cumhuriyet'in Nitelikleri'ni belirleyen 2. maddesindeki “...Sosyal Hukuk Devleti...” ilkelerine aykırı olarak iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının gerekçelerine baktığımızda;

1- Hukuk Devleti'nin bütün faaliyetlerinde, hukukun egemen kılınması (hukukun üstünlüğünün sağlanması) gereği vardır.

2- Hukuk Devleti'nde, Devlet'e güvenin temin edilmesi, vazgeçilmez asli unsur olup, Devlet'in yaptığı hukuksal ve idari düzenlemelerde, haksız

iktisaba olanak tanınması ve bireyleri haksız yaptırma maruz bırakması düşünülemez.

3- Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devlet'in bunu sağlayacak gerekli önlemleri alacağı ve bu iş için gerekli organizasyonu tesis edeceğine ilişkin, Anayasa'nın 60. maddesinde, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunun gerçekleştirilmesi ise devlet için bir görevdir.

4- Sosyal sigortaların kapsamı, sigorta koşulları ve içerdiği riskler ile bu riskleri karşılamak üzere alınacak primler, yasalarda açıkça belirtilmiştir. Bu açıdan sosyal sigortaların sebebi hikmeti (varlık nedeni), sosyal hizmetlerin karşılanmasını da öngörmektedir.

5- Yasal düzenlemelere aykırı eylemi sonucu, hukuksal yaptırma tabi kılınan, bu açıdan da "bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen", böylece zararlandırıcı sigorta olayı ile irtibatı (bağlantısı) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde

c- İtiraz konusu kuralın iptaliyle 26. maddedeki düzenleme, 1479 sayılı Yasa'nın 63 ve 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddeleri ile 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesine benzer konuma gelmiş midir?

Açıkça söylemek gerekirse, 10. Hukuk Dairesi'nin başvuru gerekçesinde de değinildiği üzere, itiraz konusu kuralın iptalinden sonra artık 26. maddenin uygulanmasında da, 1479 sayılı Yasa'nın 63 ve 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddelerine uygun bir durumun ortaya çıkmış olduğunu kabul etmek doğru olur. Öyle ise, bu bağlamda diğer sosyal güvenlik kuruluşları ile uygulama birliğinin de sağlanmış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öte yandan iptali istenen, bu kuralın iptalinden sonra artık, 26. maddeye ilişkin uygulamanın, yürürlüğü ileri bir tarihe ertelenmiş bulunan, 5510 sayılı Yasa'nın 21 ve 39. maddeleriyle de kısmi bir benzerlik oluşturduğu söylenebilir.

İptal kararından sonra; 26/1. madde uyarınca açılan, Kurumun rücu alacaklarında, artık, ilk peşin değer istenebilirse de, gelirlerdeki artışlar istenemeyecektir.

kararname ve idari kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde, sonradan yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak, "sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kurumlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir." ki bu tarz bir yaklaşım Sosyal Hukuk Devleti'nde tecviz edilemez.

6- Sosyal güvenlik kuruluşlarının karşılaması gereken bu risklerin ise işverene yükletilmesi Anayasa'da yerini bulan hukukun genel prensipleri bakımından hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi Sosyal Hukuk Devleti prensiplerine de aykırılık oluşturur.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sıralanan iptal gerekçeleri itibarıyla, bu yolda verilen iptal kararından sonra; 26/1 madde uyarınca açılan, Kurumun rücu alacaklarında, artık, ilk peşin değer istenebilirse de, gelirlerdeki artışlar istenemeyecektir. Acaba, varılan bu sonuç ile bir bakıma aynı konuda, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarıyla paralellik sağlanması da amaçlanmış mıdır? Bu yön iptal gerekçesinde işlenmiş değildir.

Zira, 31.05.2006 tarihli 5510 sayılı Yasa'nın (506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine uygun düşen) 21. maddesinin "... kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ilerde yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirlerin, başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla (tavanla) sınırlı olarak kurumca işverene ödettirilir...", 39/1 maddesinin ise "üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malul kalan sigortalıya veya ölümü halinde haksahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir." şeklinde düzenlenmiş olduğunu anımsarsak; gerçekte kim ne derse desin, sonuç olarak itiraza konu edilen ve gelirlerdeki artışların istenebilmesini olanaklı kıldığı ileri sürülen 26. maddedeki itiraz konusu kuralı oluşturulan bölümün, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortadan kalkmasıyla, kısmen de olsa bir bakıma şimdiden, 5510 sayılı Yasa'nın 21. ve 39. maddelerine uygun bir düzenlemeye yaklaşılmış olduğunu belirtmek yerinde olacaktır.

V- UYGULAMA BAKIMINDAN 26. MADDENİN İPTAL KARARINDAN ÖNCE VE SONRAKİ HUKUKİ DAYANAKLARI

A- 26. Maddenin İptalinden Önceki Uygulama Evrelerinin Hukuki Temelindeki Yasal Düzenleme ve İçtihatlar

a- 4772 sayılı Yasa ve 1954 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın 26. madde açısından yeri nerededir?

İptal ile ortaya çıkan bu yeni durum muvacehesinde, 26. maddenin uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunların ele alınması ve bir değerlendirme yapılmasına geçmeden evvel; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesindeki mevcut yaklaşımda, Kurumun, sigortalı veya hak sahibi kimselere ardıl (halef) olması ile iptal kararı sonrasındaki rücu hakkının mahiyetinin irdelenmesi yerinde olacaktır.

Gelirlerin peşin sermaye değerinin işverenden rücu tahsili ilkesi ilk olarak 18.02.1957 tarih ve 6917 sayılı Kanun ile 4772 sayılı Kanun'un 37. maddesine eklenmiştir. Oradan da 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine aktarılmıştır. Bu bakımdan 6917 sayılı Kanun'dan sonraki dönemde, madde metninde açıklık bulunmadığı için işverenin sorumluluğu bu aşamada, (başlangıçta) işçinin hakından bağımsız "Tehlike Sorumluluğu" şeklinde kabul edilmekteyken 31.03.1954 tarih ve 18/11 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde belirtilen şekliyle, rücu hakkının "halefiyet" kuralına dayandığı düşüncesi hakim olmuştur.

Bilindiği gibi İçtihadı Birleştirme Kararları konusuyla sınırlı gerekçesiyle açıklayıcı ve sonucuyla bağlayıcıdır.

Bu bağlamda 1954 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, 506 sayılı Yasa'nın 141. maddesiyle yürürlükten kalkan 4772 sayılı Yasa'nın 37. maddesiyle ilgili olarak çıktığı ve ayrıca halefiyet konusunun ise bu kararın bağlayıcı olan sonuç bölümünde değil de, açıklayıcı olan gerekçe bölümünde yer aldığı gözetildiğinde; 1954 tarihli bu İçtihadı Birleştirme'nin 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi açı-

sından bağlayıcılığından sözedilemez. Ne var ki, 37. madde bu şekilde 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine aktarıldığından bahisle, 506 sayılı Yasa döneminde de, 26. maddeye dayalı rücu davalarının dayanağı olarak "halefiyet ilkesi" yorum yoluyla devam ettirilmek eğilimi öne geçmiştir.

Bu yorum tarzı kanaatimize göre, hatalı bulunmaktadır. Öyle ki, anılan yaklaşım Kurumca bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinde sonradan kanun ve kararnamelerle getirilen katsayı değişiklikleri sebebiyle oluşan gelir artışlarının da sonsuz olarak rücu istenebileceği gibi bir uygulamanın ortaya çıkmasına neden olmuştur, denebilir.

b- Sonsuz rücuca Yargıtay içtihatlarıyla getirilen tavan sınırlaması, 26. maddede değişiklik yapılmak suretiyle yasa koyucu tarafından da benimsenmiştir.

Nitekim haleflik temeline dayandırılan yorumlarla, uygulamada artışlar için sonsuz rücu olanağı tanınması, pek çok serzenişlere sebep olduğu ve bu bağlamda kamu vicdanını rahatsız ettiği, özellikle de hakkaniyete uygun düşmediği görüşünün ağır basması üzerine; Yargıtay bu uygulamadan bir süre sonra vazgeçerek; bu aşamada içtihatlarla oluşturulan yeni bir uygulama ile rücu davalarına tavan sınırlaması getirmiştir. Yargıtay'ca, olayın boyutlarının hak ve nesafet ölçülerine çekilmesi amacıyla, gelirlerdeki artışlara "hak sahiplerinin işverenlerden isteyebileceği gerçek maddi zarar miktarı olan", tavan hesaplaması ile sınırlama getirilmesi sonucunda, tavan zarar hesabı dışında oluşan artışların (sonsuz şekilde) istenemeyeceği esası da yerleşmiş oldu. Bu aşamadan sonra, yasa koyucu da giderek, içtihatlarla getirilen tavan sınırlamasını benimsemek zorunda kalmış ve konunun yasal zemine oturtulması açısından 20.06.1987 tarihinde 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile yapılan değişiklikle, iptale konu edilen: "sigortalının veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere ...Kurumca ödettirilir" ibaresi, bu anlamda 26/1 maddeye eklenmiştir. Böylece, rücu davalarında tavan sınırı uygulaması da yasallaşmıştır.

c- Kanımızca, iptal kararından sonra, artık 26. madde açısından, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bağlayıcılığı kalmamıştır!

Artışların istenmesine olanak bulunup bulunmadığına ve zamanaşımı konusuna ilişkin olarak

Bundan böyle, gelir artışlarının rücu isteneceğine ilişkin 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, anılan çevrede geçerliliği ve bağlayıcılığı kalmamıştır.

özel daire ile Hukuk Genel Kurulu arasında çıkan uyuşmazlık sebebiyle İçtihadı Birleştirme yoluna gidilmiştir.

İşte, bir kısım eleştirilerde yer alan ve iptalden sonra da yürürlükte olduğu ileri sürülen³, 01.07.1994 tarih ve 1992/3 Esas 1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nın konusu özetle: “.. iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara, ya da hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan gelirlerde sonradan, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca 506 Sayılı Kanunun 26/1. maddesi çerçevesinde, 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... vs.” şeklindedir. İçtihadı Birleştirme müzakerelerinde tartışmalar bu sınırlar içinde sürdürülmüş ve temelde 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 26. maddeye eklenen, itiraz ve iptale konu olan, bu bölüm de özellikle gerekçe yapıldığı, İçtihadı Birleştirme'de sonuç olarak: “iş kazası ile meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan sosyal sigortalar kurumunca 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 içeriğinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikteki halefilik hukuki temelinde dayandığı ...” görüşü benimsenmiş ve içtihatların bu yolda birleştirilmesine karar verilmiştir.

1994 tarihli bu İçtihadı Birleştirme Kararı bir açıdan, 1954 tarihli İçtihadı Birleştirme'nin gerekçesinde de yer alan, halefiyet konusunda, daha da

ileri giderek 26. maddedeki rücu hakkının Kanun'dan doğan kendine özgü-suigeneris bir halefiyete dayandığı tezine yer vererek, artışların istenebileceği sonucuna varırken, iş kazası ve meslek hastalığının 1- işverenin kusuruna dayanması halinde, iş kazası ile gelirdeki artışlar arasında, neden sonuç ilişkisinin mevcut olduğu, 2- kusurlu davranışı ile olaya neden olan, işverenin artışlardan da sorumlu olacağı, gerekçelerine yer vermiş olmakla birlikte; aslında bu sonuca varırken özellikle 3-Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 26. maddeye 3395 sayılı yasa ile getirilen itiraz konusu bölüme dayanmıştır.

Öyle ise itiraz konusu bölümün Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiş olması ile de artık, İçtihadı Birleştirme'nin dayanağının ortadan kalkması nedeniyle, Dairemizin üzerinde oybirliğine vardığı görüşü açısına nazaran: Bundan böyle, gelir artışlarının rücu isteneceğine ilişkin 1994 tarihli bu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, anılan çevrede geçerliliği ve bağlayıcılığı kalmamıştır. Kaldı ki, normlar hiyerarşisinde Anayasa Mahkemesi en tepededir. Anayasa Mahkemesi Kararları her kesimi, yargıyı bu arada Yargıtay'ı da bağlayıcıdır. Öyle ki kanunu iptal yetkisi bulunan Anayasa Mahkemesi kararlarıyla İçtihadı Birleştirme'nin çatışması halinde, Anayasa Mahkemesi kararıyla amel edilmesi gereği de normlar hiyerarşisinin doğal bir sonucudur. Bu açıdan da, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme bağlayıcı olmaktan çıkmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin itiraz konusu bölümü iptal etmesinden sonra, Dairemizde oluşan görüşe uygun olarak, artışların istenemeyeceği yolunda kararlar verilmeye başlanmış bulunmaktadır. Daire uygulamalarında iptalden önceki halefiyet konusu ile iptal sonrası “Basit rücu hakkı”, farkı tartışılmış, somut olay ve oluşumlar buna göre değerlendirilmiştir.

B- Uygulamada Halefiyet Konusunun Değerlendirilmesi

a- Halefiyetin hukuki yapısı

Halefiyeti, (ardıl olma durumunu) genelde başkasına ait borcu ifa eden (alacaklıya ödeyen) kimşenin, kanuna dayalı olarak alacaklının yerine geçerek, onun borçlu üzerindeki haklarını kullanması olarak özetleyebiliriz. Zira, Borçlar Kanunu'nun 109. maddesi gereği, halefiyetin sözleşmeden değil

sadece kanundan doğduğunu, diğer bir anlatımla, ancak yasada yer alması halinde gözetilebileceğini ifade etmek yanlış olmaz. Öyle ki anılan yasa maddesinde açıkça “alacaklıya tediyede bulunan üçüncü şahıs (Kanunda öngörülen) ...hallerde tediyeye eylediği miktar nisbetinde alacaklının haklarına kanunen halef olur.” ifadesine yer verilmiştir.

Bu konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.02.2000 tarihli, 2000/4-103 E., 2000/124 K. sayılı kararında da yer aldığı üzere, “Ardılığın (halefiyetin) başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını yasada belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesi, “dönme (rücu) hakkı”nın ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkı” olduğu vurgulanmaktadır.

Öte yandan halefiyete dayanan, alacak hakkının, ona bağlı bulunan haklarla birlikte, kendiliğinden intikal etmesi sonucunu doğuracağı; rücu hakkında ise alacağa bağlı bulunan hakların intikal etmesi söz konusu olmadığı söylenebilir⁴. “... Bu bakımdan Halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçer, aynen alacaklının konumuna sahip olur... Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Bu bakımdan özellikle vurgulamak gerekir ki, Halefiyet Kanunu'nda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla, halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir...” yönlü açıklamalar da, halefiyet ilkesinin uygulanabilirliğine ilişkin yasal koşulları ortaya koymaktadır.

b- Rücu davalarının “halefiyet” hukuki temelinde dayandırılmasının getirdiği sonuçlar!

Gerçekten de, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, bu durum irdelenmek suretiyle, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun rücu hakkının “506 sayılı Kanun'un 26/1. maddesinden doğan ve içeriğinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikteki haleflik” hukuki temelinde dayandığına karar verilmiştir. Aslında bu yorum tarzı kanımıza göre hatalı olup, Oğuzman bu yorum tarzına karşı çıkanların başında yer almaktadır. Bize göre de, rücu hak-

kının kendine özgü halefiyete dayandığına ilişkin olarak kanunda bir açıklık bulunmadığı gibi, hiçbir bilimsel görüş ve doyurucu bir açıklamayla da desteklenmediği düşünülürse; öte yandan sigortalının sahip olduğu haklardan daha fazlasının Kuruma sağlanması gibi uygulamalar, örneğin; zamanaşımının, haksahibinin şahsen açtığı tazminat davalarındaki gibi olay tarihinden başlatılması yerine, (yasal rücu çağrıştırır şekilde) onay tarihinden başlatılması, halefiyetle izah edilemez.

Ne var ki, şu haliyle, iptal öncesi uygulamada, Kurumun bağladığı gelirler için, açtığı rücu davalarında, sigortalının halefi olarak, olaya sebep olan işverenlerden sigortalı veya hak sahipleri (bizzat kendileri talepte bulunsalardı) ne oranda tatmin edilecek idi iseler, ancak o oranda geri alma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda bir bakıma, halefiyet ilkesi gereği olarak; tazmin borçlusunu, asıl alacaklı yerine ardılının geçmesi halinde de borçtan kurtulamamaktadır. Zira asıl alacaklı ile birlikte, ona halef olan, yeni alacaklı karşısında da, sorumlu olmaya devam etmektedir. O nedenle mükerrer ödemeye meydan verilmemesi açısından, tazmin borçlusunun daha önceden asıl alacaklıya yaptığı her türlü ödemeler, halef olan Kurumun rücu alacağı için yapılacak ödemelerden düşülmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin, Kurumun rücu hakkını halefiyete dayandıran itiraz konusu kuralı iptal etmesinden sonra, bu durumun yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, ortaya çıkan yeni olgu karşısında; artık, Kurumun rücu hakkının halefiyete dayandığı söylenebilir. Öyle ise artık, bu konuda asıl alacaklı olan sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemelerin Kurumun rücu alacağından düşülmesi de sözkonusu olmayacaktır.

C- İptal Kararından Sonraki Hukuki Dayanak

a- İptal kararından sonra 26/1. maddenin oluşan yeni düzenlemesi ve Kurumun rücu hakkının buhukusal dayanağı:

aa- Kurumun hakkı, sigortalının veya hak sahiplerinin isteyebilecekleri haklardan bağımsızdır.

26/1. maddenin bu son şekli itibarıyla, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle yaptığı harcamalar ve gelir bağladı ise bu ge-

lirlerin sermaye değerini “geri alma” hakkı, artık hukuki dayanak olarak halefiyetle ilişkilendirilme olanağı kalmadığı için sigortalının veya hak sahiplerinin haklarından bağımsız olup, başlı başına (bizatihi) kanundan doğan, “Basit Rücu” şekline dönüşmüştür. Çünkü bu son durum itibariyle, Kurumun rücu hakkı, (tazmin sorumlusu olan işverenin haksız eyleminden kaynaklanan zararın, işverenden geri alınmasının dayanağı), itiraz konusu kuralın iptal edilmesiyle, artık halefiyet hukuki ekseninden ayrılmıştır. Bir bakıma, sigortalıya ardıl olmanın temelini oluşturan, bu kuralın ortadan kalkmasıyla, mevcut düzenlemeye göre, Kurumun rücu hakkının yasadan doğduğunu kabulünde zorunluluk vardır.

bb- Kurum ile sigortalı arasındaki ilişki Kanundan doğmaktadır.

Bu bağlamda bakıldığında, sosyal sigorta mantığı açısından asıl amaç, oluşacak risklere karşı sigortalıya sahip çıkılmasıdır. Gerçekten de, sigortalının zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle uğradığı kayıpların öncelikli olarak karşılanması için, yasanın kendisine yüklediği bir görevi yerine getirmek durumunda olan ve bu istikamette sigortalıyı yasa gereği tatmin eden, (uğradıkları zararları karşılayan) Kurum ile sigortalı arasında, bu çerçevede gerçekleşen ilişki kanundan doğmaktadır. Kanundan doğan edim sebebiyle mamelekinde azalma olan Kurumun bu azalma oranında, sigortalınıninkinden bağımsız rücu hakkı vardır.

b- Kurumun rücu alacağı yasal koşullar gerçekleştiğinde doğan, sigortalı ve hak sahiplerinininkinden ayrık, Kanundan doğan “basit rücu” hakkına dayanır.

Gerçek şu ki, sigortalı olay tarihinden hemen sonra işverenden tazminat isteyebilir ise de; Kurum sigortalıya gelir bağlamadan ve bu masrafları yapmadan rücu edemez. Bu nedenle, kurum sigortalı işçinin hakkından bağımsız biçimde, ancak kendine düşen görevi yaptığında (geliri bağladığında) işverene rücu edebilir. Zira, Kurumun (sigortalınıninkinden) bağımsız olan rücu hakkı ancak o zaman doğacaktır. O nedenle Kurumun rücu hakkı, kanımızca yasal koşullar gerçekleştiğinde doğan, kanunun saptadığı hallerde gerçekleşebilen, “Basit Rücu” hakkı olduğunda duraksama olmamalıdır. Olası sorunlar ve öngörüler cümlesinden olarak, Kurumun geri alma (rücu) hakkının

Kurum başlangıçta bağladığı gelirlerin ilk peşin değerinin kusur karşılığını isteyebilir.

hukuksal temelinin, (halefiyete değil de) Kanundan doğan basit rücu hakkından kaynaklandığının kabul edilmesiyle, 26. maddeye dayanılarak açılan davaların sonuçları itibariyle, köklü değişimler doğurması kaçınılmaz görünmektedir. O itibarla, bu öngörüler ve olası sorunlar aşağıdaki bölümde incelemeye değer görülmüştür.

VI-İPTAL KARARINDAN SONRA UYGULAMADA KARŞILAŞILACAK SORUNLAR

A- Giriş

İptalden sonra ortaya çıkan bu yeni durum itibariyle, 26. madde uygulamasında dayanak olarak, artık halefiyetle desteklenmeyen (halefiyete dayanmayan) basit rücu egemen olacağı için, burada başkasına ait borcu yerine getiren tarafın mal varlığında meydana gelen azalmanın tazmini söz konusudur. Bu anlamda basit rücu hakkı asıl hak sahibinininkinden ayrı, yepyeni bir hak niteliğindedir. Buradan hareket edildiğinde ise; doğal olarak, uygulamada karşılaşılabilecek sorunların çözümünde, bir kısım konularda meseleye basit rücu temelinde bakılarak problemlerin olası sonuçlarını ilk nazarda aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür. Ancak geride çözüm bekleyen pek çok sorun olduğunu da itiraf etmek gerekir.

B- Anayasa Mahkemesi'nin İtiraza Konu Kuralı İptal Etmesinden Sonra, 26. Maddeye Dayanılarak Açılan Davalarda, Varılması Olası Hukuksal Öngörüler

a- Sigortalının veya hak sahibi kimselerinin açtığı maddi tazminat davalarında hükmedilenler ile barici ödemeler Kurumun rücu alacağından düşülemez.

aa- Kurumun, sigortalı veya hak sahiplerine halef olmadığı ve bağımsız rücu hakkına sahip olmasının kabul edilmesi karşısında; zararlandırıcı si-

gorta olayı nedeniyle işverenin (tazmin borçlusunun) sigortalıya veya onun hak sahibi olan kimselerine, maddi zarar karşılığı olarak yaptığı her türlü (harici) ödemeler ve ibralar ile sigortalı veya hak sahiplerinin (Sosyal Sigortalar Kurumu'nun dışında) doğrudan doğruya, işveren aleyhine açtığı maddi tazminat davalarında hüküm altına alınan miktarın, artık, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun rücu alacağından düşülmesi olanağı yoktur. Bu bağlamda, sigortalının veya hak sahiplerinin tazmin sorumluları (işverenler) aleyhine açtığı ve kurumun taraf olarak katılmadığı tazminat davaları sonucunda hüküm altına alınan kararlar, bir bakıma Kurumun açtığı rücu davalarında, bağlayıcı olmaktan çıkacağı cihetle, bu davalarda alınan kusur ve hesap raporları da bundan böyle rücu davalarında bağlayıcı değil ancak, güçlü delil olarak değerlendirilmesi yerinde olur düşüncesindeyim. Esasen daire görüşü de bu yoldadır.

bb- Bu bağlamda değinmek gerekirse, sigortalı veya hak sahiplerinin asıl alacaklı sıfatıyla, işverenlere karşı açtıkları, iş kazası veya maluliyet nedeniyle, uğranılan zararın giderimine ilişkin tazminat davaları, Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alındığı cihetle, 26/1 maddedeki itiraz konusu bölümün iptalinin, bu tür davalarda sonucu etkilemeyeceği cihetle, bu davaları, temyiz mercii olarak incelemekte olan, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin mevcut uygulamaları ve içtihatları itibarıyla değişikliğe gidilmediği görülmektedir.

b- Rücu davaları Kurumun başlangıçta bağladığı gelirlerin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlı olarak istenebilirse de artışlar istenemez.

Kurumun (506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinden kaynaklanan) rücu hakkının mahiyeti itibarıyla, yasadan doğan, (sigortalı ya da hak sahiplerinin haklarından) bağımsız, basit rücu hakkına dönüşmüş olmasının bir diğer yansıması olarak da; Kurumca açılacak olan rücu davalarında bağlanan, gelirdeki artışların istenemeyeceği olgusudur. Burada, belirtmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinde de açıkça vurguladığı üzere, Kurumun, rücu hakkı, başlangıçta bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlı olup; Kurum, bağladığı ilk peşin sermaye değerinin tazmin

sorumlularının kusuruna isabet eden miktarı oranında istemde bulunabilecektir. Bir başka deyişle, Kurum başlangıçta bağladığı gelirlerin ilk peşin değerinin kusur karşılığını isteyebilir. Ancak ilk peşin değer hesabı ise gelirin bağlandığı onay tarihi itibarıyla ve her bir hak sahibi yönünden ayrı ayrı ele alınarak incelenmelidir. Öte yandan fiili ödemenin mahsubu konusunda da aynı yaklaşımın korunması uygun olur. Nitekim, fiili ödeme halinde de, Kurumun talep edebileceği miktar yine ilk peşin değerle sınırlı bulunmaktadır. Örneğin; ilk peşin değer kusur karşılığı fiili ödeme miktarından düşük ise, ilk peşin değere göre karar verilmesi gereği vardır. Aksine, ilk peşin değer kusur karşılık gelen toplamı fiili ödemediği fazla olup, fiili ödeme miktarı ilk peşin değerden düşük ise, o takdirde de fiili ödeme miktarı dikkate alınmalıdır.

Şu hale göre, gelirlerde sonradan husule gelen katsayı yükselmelerinden dolayı oluşan artışların istenmesine imkân bulunmadığı gözetilerek, kesinleşen önceki davalarda hükmedilen miktarın, görülmekte olan davadaki mahsubu sırasında da yine aynı yöntemle ilk peşin değer esas alınacağı doğaldır. Fakat kesinleşen davalarda ilk peşin değer ile birlikte artışlara da hükmedilmişse, bu durumda, artışlara hükmedilemeyeceğini izaha gerek yoktur.

c- Gelirlerdeki artışlara ilişkin olarak artık, tavan hesabına gerek kalmamıştır.

Öte yandan, belirtelim ki, Kurumun rücu alacağı ilk peşin değer ile sınırlanınca; bundan böyle uygulamada, eskiden (Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki şekliyle) olduğu gibi, sigortalı açısından maddi zarar (tavan) hesabı yapılmasına olanak yoktur. Herhalde artık, birtakım varsayım hesaplarına dayalı olarak belirlenen ve tarafların yakınmasına, ayrıca davaların uzamasına etken olan bilirkişi düşüncesine başvurmayı gerekli kılan (tavan) zarar hesaplarına ihtiyaç kalmayınca, bir bakıma yargılamanın daha kısa sürede ve varsayımdan uzak, gerçek veriler kullanılarak sonuçlandırılması; bir yerde tarafların ve kamu oyunun adalet duygusuna olan inancını arttıracığı da kuşkusuzdur.

d- Zamanaşımı meselesi nasıl çözülecektir?

aa) Zamanaşımının tabii olduğu yasal dayanak

İptal kararı ile 26. madde uygulamasında ortaya çıkan yeni duruma göre üzerinde durulması gereken bir başka sorun ise, zamanaşımı meselesidir.

Temelde işçi işveren arasındaki hizmet akdi ilişkisinden doğan 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesine dayalı olarak işveren aleyhine açılan rücu davalarında, işverenler açısından zamanaşımının Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gereği vardır.

Zamanaşımı konusu 506 sayılı Yasa'da özel olarak düzenlenmiş değildir. Şu halde, bu sorun genel hükümlere göre, özellikle Borçlar Kanunu'na göre çözümlenmek gerekir. Belirtelim ki, rücu alacaklısı olan Kurumun yasa gereği sosyal sigorta hizmetleri cümlesinden olarak, gelir bağladığı ve yardım yaptığı, sigortalı işçi ile işveren arasında, hizmet akdi ilişkisi vardır. Kanımızca sigortalıyı zarara uğratan olayın başlangıcı işverenle işçi arasındaki bu akdi ilişkiye dayalı olarak karşılıklı edimlerin ifası sırasında 26/I maddeye göre, işverenin kasdi veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi ve yahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu meydana gelmiş bulunması, haksız fiilden doğmakla birlikte; burada işçi ile zararlandırıcı sigorta olayına neden olan işveren arasındaki temel ilişki, haksız fiil değil, bilakis işçi-işveren arasındaki hizmet akdinden kaynaklanmaktadır ki, 26/I maddede sıralanan işverenin sorumluluğunu gerektiren fiillere ilişkin davranışlar Borçlar Kanunu'nun 332/I maddesinde belirtilen akde aykırı davranışlar cümlesindedir. Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin 2. fıkrası gereğince de, işverenin maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlardaki bu davranışları nedeniyle açılacak tazminat davaları ise, bir bakıma akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabidir. Şu halde, bu davalarda zaman aşımı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesince 10 senedir. Temelde işçi işveren arasındaki hizmet akdi ilişkisinden doğan 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesine dayalı olarak işveren aleyhine açılan bu tür rücu davalarında, işverenler açısından zamana-

şımının Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gereği vardır⁵.

bb) Zamanaşımı başlangıcı ne olacaktır?

Zamanaşımının başlangıcı konusuna gelince; Bilindiği gibi Borçlar Kanunu'nun 128. maddesine göre zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlatılır. Ne var ki, Kurumun alacağı, gelir bağlandığı ve bu işlemde yetkili makamca onaylandığı tarihte ödenebilir hale geleceğinden onay tarihinde muaccel olur. Bir başka anlatımla, zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle Kurumun mamelekindeki azalma, bir anlamda, muacceliyet olgusu ilk peşin değerli gelirin bağlanması için, Kurum yetkili organının tahsise onay vermesi ile gerçekleştiği dikkate alındığında, eskiden olduğu gibi zamanaşımının bu onay tarihinden başlatılması zorunludur. Bu anlamda mevcut uygulamaya aynen sürdürülmelidir. O bakımdan konu 506 sayılı Yasa'da özel olarak düzenlenmediği için Kurumun açtığı rücu davalarında zamanaşımı başlangıcı genel hükümler uyarınca, alacağın muaccel olduğu, sigortalı veya hak sahiplerine başlangıçta bağlanmış olan ilk peşin değerli gelirin onay tarihi ve masraflar için ise sarf tarihi olması gerekir. Nitekim, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu yönlerin de tartışılmış olduğunu ve Kurumun açtığı 26/1. maddeye dayalı davalarda zamanaşımının başlangıcı, masraflarda sarf (harcamanın yapıldığı) ve gelirlerde onay tarihi olarak belirlenmiş bulunduğunu görüyoruz.

e- Faiz başlangıcının tespiti meselesi:

Yukarıdan beri açıklananlar doğrultusunda ve tekrardan kaçınmak bakımından, Kurumun rücu hakkının Kanundan doğan basit rücu temelinde, faiz başlangıcı meselesine de temas etmek gerekirse: Uygulamada bu konuda değişen bir yön bulunmadığından; faiz başlangıcının tespitinde de zamanaşımında olduğu gibi başlangıçta bağlanan ilk peşin değerli gelirlerin bağlanmasına (tahsise) Kurum yetkili oranınca karar verildiğine ilişkin onay ve yapılan masraflar için de sarf tarihinin esas alınması uygun olur. Sigorta şirketleri açısından ise, hak sahiplerine Kurumca yapılan masraflar ve gelir bağlama kararından haberdar bulunmadıkları cihetle ve sigorta kapsamı itibarıyla mükerrer ödemenin önüne geçilmesi düşünüldüğünde, faiz başlangıcının temerrüt tarihinden, aksi halde dava tarihi esas alınarak hesaplanması asıl olup, bu durumda, iptalden sonra da önceki gibi, süregelen mevcut uygulamanın devam ettirilmesi doğaldır.

VII- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI'NIN UYGULAMA YERİ

A- İptal Hükmü Usuli Kazanılmış Hakkın İstisnası Olarak, Derdest (Görülmekte) Olan Dava ve İşlerde Uygulanacak Mıdır?

Bu aşamada üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, iptal kararının zaman bakımından uygulanması meselesidir. Bilindiği gibi, Anayasanın 153. maddesine göre, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile hüküm ifade edeceği ve geriye yürümeyeceği açık ise de; 152. maddeye göre iptal kararlarının, giderek derdest olarak (elde) bulunan, diğer bir anlatımla henüz kesinleşmemiş davalarda, uygulanması gereği vardır. Bu yön doktrinde ve uygulamada yerleşmiş görüşlerdendir. Nitekim usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü sonradan (yani görülmekte olan davada karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse artık usuli kazanılmış hakka göre değil, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilmesi gerekir (Kuru, S.4784).

Şu halde, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra; elde mevcut (kesinleşmemiş) bulunan davalar açısından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca "yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan" yerel mahkemeler ve Yargıtay'ın bu yeni olguyu gözetmeleri icabeder. Esasen derdest davalara ilişkin olmak koşuluyla daha önce gerçekleşmiş olaylar açısından dahi iptal ile yürürlükten kalkan bir yasa hükmü çerçevesinde inceleme yapılması ve artık mevcut olmayan bir kanuni düzenlemeye dayalı olarak karar tesisi düşünülemez. Bu konudaki içtihatlar istikrar kazanmıştır⁶.

B- İptal Kararı, Usuli Kazanılmış Hakkın İstisnası ise, Kararı Temyiz Etmeyenler Yönünden de Temyiz Edenin Aleyhine Olarak Uygulanma Olasılığı Var Mıdır?

Bu konu doktrinde ihtilaflı olduğu gibi, özel da-

ireden de henüz olumlu olumsuz bir karar çıkmış değildir. Benim kişisel düşünceme göre, yukarıda değinilen Genel Kurul Kararları'nda 3201 sayılı Yasa'nın 2 yıllık borçlanma süresi ile ilgili 3. maddesinin iptalinden sonra sosyal güvenlik hakkının kamu düzeninden olduğundan söz edilmek suretiyle, temyiz eden tarafın aleyhine, iptal kararı hükmünün kararı temyiz etmeyene de sirayetle, lehine olası haklardan yararlandırılması kararlaştırılmış ise de, 26. maddeye dayalı haksız fiile dayalı zararın tazminine ilişkin alacakla ilgili rücu davalarında kamu düzeni gerekçesine dayanılmasına olanak bulunmadığı kanısında olduğumu belirtmeliyim.

Ancak; doktrinde ve uygulayıcılar arasında, usuli kazanılmış hak konusu, usul hukukuyla ilişkilendirilmek suretiyle, bu hususta yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, usul hukuku konularının da kamu düzeninden olduğunu, burada usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak Anayasa Mahkemesi iptal kararının sonuçları itibarıyla yerel mahkeme kararını temyiz eden taraf aleyhine ve temyiz etmeyen tarafın lehine uygulanabilir olduğundan söz edildiği de görülmektedir.

VIII-İPTALDEN SONRA UYGULAMADAN ÖRNEKLER

1- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 27.03.2007 gün 2007/2188 Esas, 2007/4582 Karar sayılı kararı

"..Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 26.maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26.maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi ve giderek elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması; iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 21.03.2007 gününden sonra Hukuk Usulü

Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtay'ın yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunması; 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 miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereklidir.

Bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki; 506 sayılı Yasa uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu gibi, maddi zarar (Tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu alacağından düşülmesine imkân bulunmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Zira, bu tür rücu davaları Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce halefiyet esasına göre açılmakta iken, iptal kararından sonra kanundan doğan bağımsız rücu alacağına dönüşmüş olup, yasa maddesi bu haliyle yorumlandığında peşin sermaye değerli gelirlerde oluşan artışların istenilemeyeceği sonucuna ulaşılabildiğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinden, tazmini mümkün kısmının tespitiyle sonuca varılması gereği gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..."

2- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

17.04.2007 gün ve 2006/12652

Esas, 2007/6194 Karar sayılı karar

"...Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, davacı Kurum'un rücu alacağı, sosyal yardım zammı ile birlikte ilk peşin değerli geliri oluşturan 3101,84 YTL'nin, anılan Yasa'nın 10. maddesine göre, davalı işverenin %85 kusura isabet eden 2636,56 YTL ile sınırlı olup, iş bu da-

vada peşin sermaye değerli gelirlerden talep edilen %10 kusur karşılığı 482,01 YTL'ye hükmedilmiş olması sonuca etkili olmayıp, bu hususun ileride açılacak, ek davada gözetilmesinin mümkün bulunmasına göre..."

3- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

17.04.2007 gün ve 2006/16221

Esas, 2007/7002 Karar sayılı karar

"...26/1. maddede yer alan "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün iptaline karar verilmiş olmasına ve bu nedenle artışlara ilişkin bu davanın iptal kararı çerçevesinde reddedilmesi gerektiğine, ne var ki ilk peşin değerli gelir için tahsis tarihi itibarıyla zamanaşımı gerçekleşmiş bulunmasına göre hükmün bu gerekçe ile ONANMASINA, 07/05/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi..."

4- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

17.04.2007 gün ve 2006/19589

Esas, 2007/6200 Karar sayılı karar

"...rücu davasının yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 26.maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa Mahkemesinin; 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiş bulunması, Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, davacı Kurum'un rücu alacağı, ilk peşin değerli gelir ve sosyal yardım zammının toplamını oluşturan 7513,08 YTL'nin, davalıların %90 kusuruna isabet eden 6761,75 YTL ile sınırlı olup, iş bu davada peşin sermaye değerli gelirlerden talep edilen %10 kusur karşılığı 1036,55 YTL'ye hükmedilmiş olması sonuca etkili olmayıp, bu hususun ileride açılacak, ek davada gözetilmesinin mümkün bulunmasına göre..."

5- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

19.04.2007 gün ve 2006/16443

Esas, 2007/6228 Karar sayılı karar

"...Kurumun bu maddeden doğan rücu hakkı-

nın, "halefiyete" değil, "kanundan doğan basit rücu hakkına" dayandığının kabul edilmesi ve bu kabul çerçevesinde, Kurumun rücu alacağıının, ilk peşin değerın kusura tekabül eden miktarıyla sınırlı bulunmasına ve tazminat hesabının bu şekilde yapılması gerektiği halde; iş bu davada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dikkate alınarak hüküm kurulmamış olması isabetsiz ise de, hükmedilen miktarın ilk peşin değerın altında kalmış olmasına, bu nedenle hükmedilen miktar itibarıyla kararda isabetsizlik bulunmamasına, bu hususun ilerde açılacak davada gözetilmesinin ve gelirler yönünden toplam 10.887,19 YTL bakiye Kurum alacağıının istenmesinin mümkün bulunmasına göre..."

6- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 19.04.2007 gün ve 2006/13558 Esas, 2007/6235 Karar sayılı karar

"...rücu davaları Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce halefiyet esasına göre açılmakta iken, iptal kararından sonra kanundan doğan bağımsız rücu alacağıına dönüşmüş olup, yasa maddesi bu haliyle yorumlandığında artışların istenilemeyeceği sonucuna ulaşılabildiğinde kuşku ve dursamaya yer yoktur.

Somut olaya bu açıdan bakıldığında, aynı olaya dayalı ve davalı tarafı aynı olan kesinleşen hak sahipliği davasında davalıların toplam %95, kazalanan sigortalının % 5 kusurlu olduklarının belirlendiği, belirlenen bu kusur dağılımının oluşa uygun olduğu, 3.918,80 YTL ilk peşin sermaye değerli gelire davalıların kusurunun uygulanması sonucu, bağlanan gelir sebebiyle hükmedilebilecek Kurum zararının 3.722,86 YTL olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."

7- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 01.05.2007 gün ve 2006/18490 Esas, 2007/6691 Karar sayılı karar

"...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanunî gerektirici sebeplere ve özellikle; davalı işveren yönünden, 506 Sayılı Kanunun 26/1.nci maddesindeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, Anayasa

Mahkemesi'nce 23.11.2006 tarih ve 2003/10 Esas 2006/106 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olması karşısında, Kurumun bu maddeden doğan rücu hakkının, "halefiyete" değil, "kanundan doğan basit rücu hakkına" dayandığının kabul edilmesi ve bu kabul çerçevesinde, Kurumun rücu alacağıının, ilk peşin değerın kusura tekabül eden miktarıyla sınırlı bulunmasına ve tazminat hesabının bu şekilde yapılması gerektiği halde; iş bu davada Anayasa Mahkemesinin iptal kararı dikkate alınarak hüküm kurulmamış olması isabetsiz ise de, hükmedilen miktarın ilk peşin değerın altında kalmış olmasına ve bu nedenle hükmedilen miktar itibarıyla kararda isabetsizlik bulunmamasına, bu hususun ilerde açılacak davada gözetilmesinin mümkün bulunmasına göre yerinde görülmeıyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 01/05/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi."

8- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 01.05.2007 gün ve 2006/17094 Esas, 2007/6661 Karar sayılı karar

"...Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular karşısında; ilk davada ilk peşin değerli gelirin davalıların %80 olarak belirlenen kusurunun %50'sine karşılık gelen tutarı olan 8,76 YTL. alacağına hükmedilmiş olunmakla işbu inceleme konusu ikinci davada %30 kusur farkını oluşturan 5,25 YTL.'nin hüküm altına alınması zorunlu bulunduğundan, anılan saptamaya aykırı olarak mahkemece gelir yönünden fazla rücu alacağına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."

9- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 03.05.2007 gün ve 2006/18505 Esas, 2007/6754 Karar sayılı karar

"...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanunî gerektirici sebeplere ve özellikle; davalı işveren yönünden 506 Sayılı Kanunun 26/1.nci maddesindeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, Anayasa Mahkemesi'nce 23.11.2006 tarih ve 2003/10 Esas 2006/106 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olması karşısında, Kurumun bu maddeden doğan rücu hakkının, "halefiye-

te" değil, "kanundan doğan basit rücu hakkına" dayandığının kabul edilmesi ve bu kabul çerçevesinde, Kurumun rücu alacağıının, ilk peşin değer kusura tekabül eden miktarıyla sınırlı bulunmasına ve tazminat hesabının bu şekilde yapılması gerektiğine göre; iş bu davada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dikkate alınarak hüküm kurulmamış olması isabetsiz ise de, hükmedilen miktarın ilk peşin değer altında kalmış olmasına ve bu nedenle hükmedilen miktar itibarıyla isabetsizlik bulunmamasına, bu hususun ileride açılacak davada gözetilmesinin mümkün bulunmasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalılardan Sarsılmaz Av ve Spor Silah San. A.Ş., Mahmut Naci İnci ve Kemal Görüş'ten alınmasına, 03/05/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi."

10-Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

10.05.2007 gün 2006/15851

Esas, 2007/7240 Karar sayılı karar

".. Dava; iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanununun 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken,

Anayasa Mahkemesinin; 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." ibarelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmiş bulunması, Anayasanın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ve giderek elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 21.03.2007 gününden sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesi uyarınca yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtay'ın yürürlükten kalkan bir kanun maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunması, 26. maddedeki anılan ibare-

lerin iptali ile Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı veya hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirlerin, tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarı ile sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekmekte olup; kazalı sigortalının çalıştırılmaya başlandığı yasal süresi içinde Kuruma bildirilmediğinden davalı işveren yönünden 506 sayılı Kanununun 10 uncu madde koşullarının oluşmasına, zararlandırıcı sigorta olayının meydana gelmesinde davalıya %62,5, sigortalıya %37,5 oranında kusur yüklenmesinin oluşa uygun bulunmasına, anılan madde hükmüne dayanılarak ve Borçlar Kanununun 43. ve 44. madde hükümleri gözetilerek davalının ilk peşin değerli gelirden %81,25 oranında sorumlu olduğunun belirgin olmasına, 506 sayılı Kanun uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu gibi, maddi zarar (dış tavan) hesabı yapılması gereği ortadan kalktığından, mahkemece tazminine hükmedilen miktarın, sigortalıya bağlanan ilk peşin sermaye değerli gelirin davalının sorumluluğunun karşılığını oluşturan kısmını aşmamış bulunmasına göre; mahkemece 10 uncu madde yönünden yerleşik görüş ve uygulamaya aykırı olacak şekilde ve dayanağı açıklanmaksızın kusur oranlarının davalı yönünden %55, sigortalı yönünden %45 olarak esas alınması yönündeki yanlışlık; istem ve hüküm altına alınan miktara göre bu davada sonucu etkilememesi ve ileride açılacak ek rücu davalarında düzeltilmesinin mümkün olması göz önünde bulundurulurken bozma nedeni yapılmadığı gibi; karar başlığında davalının soyadının Özkır yerine Bozkır olarak belirtilmesine ve davalı vekilinin adına yer verilmemesine ilişkin eksikliğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 459 uncu maddesi gereğince mahallen düzeltilmesi mümkün olduğundan, bozma nedeni yapılmamıştır.

2- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı Kurum vekilinin tüm, davalı vekilinin ise, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan Kurum za-

rarının davalı işverenden tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanununun 10. ve 26. maddesidir. Bu tür rücu davalarında faiz başlangıcı, gelirler yönünden gelir bağlama kararının Kurumun yetkili organınca onaylandığı tarih, giderler yönünden ise, sarf ve ödeme tarihleridir. İnceleme konusu davada faiz başlangıçlarına ilişkin olarak; geçici iş göremezlik ödenekleri ve tedavi giderleri yönünden, farklı tarihlerde sarf ve sigortalıya ödeme yapılmasına karşın, ödenen tutarla sınırlı olarak her bir ödeme ve sarf tarihi yerine, tek bir tarihin esas alınması, gelir yönünden onay tarihi 15.11.2002 olmasına karşın, 15.11.2001 tarihinin benimsenmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki; bu aykırılıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Hükmün... düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 10/05/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

11-Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2007 gün ve 2006/18257 Esas, 2007/8863 Karar sayılı karar

“Dava; iş kazasından doğan rücu tazminat istemine ilişkin olup, yasal dayanağı 506 sayılı Kanununun 10. maddesidir. 506 Sayılı Kanununun 9. maddesi açıkça işe girmeden 1 gün önce sigortalının çalıştığının kuruma doğrudan doğruya bildirilmesi ve iadeli taahhütlü olarak kuruma gönderilmesi gerektiğini emrettiği halde işveren bu hükmeye uygun davranmadığından, 9. ve 10. maddeye göre sorumluluğu mevcut olup, zararlandırıcı sigorta olayında sigortalının %100 kusurlu olduğu, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kanununun 10. maddesinde, sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde meydana gelen iş kazası yada meslek hastalığı nedeniyle sigortalının uğradığı tüm zararlar Kurumca karşılanır, ancak “yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen süreye göre hesap

“Tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu hakkından düşülmesine imkân yoktur. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra Kurumun rücu hakkı kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dönüşmüştür.”

edilecek sermaye değerleri tutarı, 26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetilir (m.10/son)” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi, işverene rücu edilebilmesi için, 26. maddede olduğu gibi özel bir kusur koşulu öngörülmemiş, işverenin kusursuz olması halinde dahi sorumlu tutulmuş, yine işverenin sorumlu olacağı tazminatın üst sınırı bakımından 26. maddede öngörülen “sigortalının işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı” olduğuna ilişkin ibare de 10. maddeye alınmamıştır. Anayasa Mahkemesinin 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı Kararı ile 26. maddedeki “sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir. 26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile Kurumun rücu hakkının yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı yada hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu hakkından düşülmesine imkân yoktur. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra kurumun rücu hakkı kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dönüşmüştür.

Dairemiz, Anayasa Mahkemesinin iptali kararından önceki görüşüne göre, 10. maddeye dayanan rücu davalarında da tıpkı 26. maddede olduğu gibi bağlanan gelirlerdeki artışın tavan zararla sınırlı

biçimde işverenden istenebileceği, bir bakıma 26. maddede öngörülen halefiyet ilkesinin 10. maddeye kıyasen uygulanabileceği kabul edilmekteydi.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde açıkça gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceği belirtilmiştir.

506 sayılı Kanununun 10. maddesinde 26. maddede öngörülen “sigortalının veya hak sahibi kimse-lerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere” ibaresi de yer almamıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra 26. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında artışlar istenemeyeceğine göre, böyle bir ibare bulunmayan 10. maddeye dayanan rücu davalarında da gelirlerdeki artışların istenemeyeceği açıktır.

Mahkemece yapılacak iş; işverenin %100 kusurlu olduğu kabul edilerek ilk peşin değerli gelirden Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uyarınca hakkaniyet indirimi yapılarak Kurumun rücu alacağına hükmetmek gerekir.

Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerine göre hakkaniyet indirimindeki yöntem ise, sigortalının müterafik kusurunun bir miktarını işverenin kusuruna eklemek, işveren kusursuz ise ilk bağlanan gelirin peşin değerinden %50’den az olmamak üzere indirim yapılarak Kurumun rücu alacağına hükmedileceği göz önünde tutulmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...BOZULMASINA, 28.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

12-Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2007 gün ve 2006/16287 Esas, 2007/9365 Karar sayılı karar

“...2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98, 99 ve 108. maddeleri ile Karayolları Trafik Garantisi Fonu Yönetmeliği'nin 12, 13 ve 14. maddelerinde yazılı şekilde bir başvurunun varlığına karşın gerekli ödemenin yapılmaması halinde, davalı şirketin anılan düzenlemede öngörülen 8 işgünlük yasal sürenin sonunda temerrüde düşeceği, gerekli belgeler ibraz edilmeksizin başvurulması yada hiç müracaatın bulunmaması halinde ise sigorta şirketinin temerrüdü söz konusu olmadığından, faiz başlangıcının icra takibine girilmişse takip tari-

hi, dava açılmışsa dava tarihi olarak kabul edilmesi yasal gereği gözetilmeksizin, dava öncesinde ödeme ihtarnamesi tebliğ edilmemiş olan Genel Sigorta Anonim Şirketi'nin de gelir bağlama kararının onay tarihinden itibaren faizle sorumluluğu yönünde hüküm kurulmuş olması,

...Dava, iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, yasal dayanağı oluşturan, 506 sayılı Kanununun 26. maddesindeki “Halefiyet” ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından, isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararı ile anılan yasa maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...sigortalı veya hak sahibi kimse-lerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasanın 152 ve 153. maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre; “Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının” Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması karşısında, “iptal kararının” Resmi Gazetede yayımlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile keenlemyekun (yok hükmünde) olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulü doğal olup, bu yönde bir uygulama yapılmasına cevaz yoktur (İBBGK'nın 1960/21 E. ve 9 K. sayılı kararı; HGK'nın 21.01.2004/10-44 E. ve 19 K. sayılı; ayrıca 07.04.2004 gün, 214 E. ve 19 K. sayılı ve 2004/448 E. ve 461 K. sayılı kararları).

Gerçekten de, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü, sonradan (karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse; artık usuli kazanılmış hakka göre değil; aksine, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak; iptal kararından sonra oluşan yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gereği vardır (Kuru, S.4784).

Şu hale göre; 26. maddede sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardılı (halefi) olarak kabul

“10. madde uygulamasında artık, tavan zarar hesabı yerine, Kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır.”

eden anılan yasa maddesinin 1. fıkrasındaki “itiraz konusu” kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık “halefiyet ilkesine” dayanılmayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelini (halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü “Basit Rücu” hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Nitekim bu yönler, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesine yansıdığı şekilde “...kanuna uymayan eylemi nedeniyle, hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde sonradan yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak; sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına ait olması gereken risklerin, işverene yükletilmesi; hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi “Sosyal Hukuk Devleti” prensiplerine de aykırılık oluşturur...” denilerek; gelirlerdeki artışların tazmin sorumlularından (işverenlerden) istenemeyeceği; kesin bir anlatımla ortaya konmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle (konuyu açıklayıcı özelliği itibariyle, her kesimi bu arada mahkemeleri) de bağlayıcı olduğu hususu gözetildiğinde; iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan, bu yeni hukuki durum itibariyle; konuya uygulama açısından açıklık getirmek gerekirse; öncelikle, ku-

rumun rücu hakkının hukuksal temeli halefiyete değil kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayanmasının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibariyle) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda, ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Hemen belirtmek gerekirse, bundan sonra, 506 sayılı yasa uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu üzere; maddi zarar (tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; 506 sayılı yasanın 10. maddesinin uygulanmasını gerektiren durumlarda da Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki, süregelen içtihadlarla oluşturulup uygulanan prensiplerde temel farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Ancak, 10. madde uygulamasında artık, tavan zarar hesabı yerine, kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Ayrıca yapılan tüm hesaplama uygulamalarında; tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da haksahiplerine yapmış olduğu, her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine imkân bulunmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Öte yandan, kurumun bundan böyle artık (halef sıfatı olmadığı) sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan rücu hakkına sahip olduğu gözetilerek; sigortalı veya haksahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporu, rücu davasında bağlayıcı olmayıp; güçlü delil niteliğinde sayılması gerekir. Ancak, bu aşamada, kesinleşen önceki rücu davalarında hükmolunan miktarın mahsubu yapılırken, sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin esas alınması gerektiğinin; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirle birlikte artışlara da hükmedilmişse, artışların hükmolunacak rücu tazminatından mahsup edilmesine olanak bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir. Bu çevrede meseleye fiili ödemeler açısından bakıldığında ise, fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, kurumun talep edebileceği miktarın hesabının da aynı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme

Konunun olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınıp yeni düşünceler üretilmesi aynı zamanda, uygulama açısından, (kararların şekillenmesi sırasında) yararlanılan kaynakları zenginleştirecek ve çeşitlendirecektir.

miktarından düşük ise o taktirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmeli; aksine fiili ödeme miktarı peşin değerden düşük ise o taktirde de fiili ödeme miktarı esas alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, 506 sayılı yasaya dayalı olarak işverenler aleyhine açılan rücuat tazminat davalarında; süregelen mevcut uygulama dışında, herhangi bir etkileşim ve değişim öngörülmediğinden, Borçlar Kanununun 332/I maddesinde belirtilen işçi-işveren arasındaki akde aykırılık eylemleri ve bu çevrede maddenin 2. fıkrası gereğince işverenin akde aykırı davranışları (işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alınmaması vs.) sonucu, 26/I maddeyle vaki ilişkilendirme, bir bakıma akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olmakla; zaman aşımının, süregelen eski uygulamalar gibi, işverenler açısından Borçlar Kanununun 125. maddesine göre belirlenmesi gerektiğinde; ayrıca, zararlandırıcı sigorta olayına neden olan 3. şahıslar yönünden ise, Borçlar Kanununun 60. maddesinde öngörülen haksız fiil zaman aşımına tabi olduğunda tereddüt yoktur. Bu arada zaman aşımının başlangıcı konusuna gelince; 506 sayılı yasada zaman aşımının (özel olarak) düzenlenmediği düşünüldüğünde; genel hükümler çerçevesinde çözüm arama gereği vardır. Gerçekten de Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde: "Zaman aşımı, alacağın muaccel olduğu zamanda başlar" denilmektedir. Kurum açısından alacak hakkı, bağladığı gelirin yetkili organ tarafından onaylandığı tarihte ödenebilir hale geleceğinden, muacceliyetin onay tarihi olacağı açıktır. O halde, 26. maddeye ilişkin davalarda zaman aşımı, masraflar

için sarf; gelirler için ise ilk peşin sermaye değerinin başlangıçtaki gelir bağlama onay tarihinden başlatılmalıdır.

Faiz başlangıcının da, aynı şekilde, ilk peşin değerli gelire ait tahsisin onay tarihi olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, iş kazası sonucu sigortalının haksahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin açıklanan ilkeler doğrultusunda tazminine olanak bulunan kısmının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk bulunduğundan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istem halinde temyiz eden davalıya iadesine , 05.6.2007 gününde oybirliğiyle..."

IX- İNANÇLARIN OLGUNLAŞMASI

A- İnançların (Yargıtay İçtihatlarının), İlgili Çevrelerin Eleştirileri ve Olası Tartışmalarla Olgunlaşması Doğaldır

Yukarıda açıklanan şekliyle, Anayasa Mahkemesi'nin 506 sayılı Yasa'nın 26/1 maddesindeki itiraz konusu hükmün iptal edilmesinden sonra, ortaya çıkan yeni hukuksal durum itibarıyla, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce oluşturulan bu inançların, yürürlükteki yasal düzenlemeler ve bu konuda mevcut İçtihadı Birleştirme Kararları'yla bağdaşması ve hukuka uygunluğu yönleriyle ele alınması; öte yandan yerel mahkemelerin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce oluşturulan bu içtihadları benimsemeyerek oluşturacakları direnme kararlarıyla, konunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmesi halinde, Genel Kurul'un tavrı ve alınacak kararların içeriği ile niteliklerinin tartışmaya açılması; bir bakıma olumlu-olumsuz eleştirilerle, konunun etraflıca incelenmesi, uygulamacılar, akademik çevreler ve ilgili tarafların bu mevzudaki düşünce-

lerinin ortaya konmasının uygulamaya yansıtacağı ve içtihatları olgunlaştıracağı düşüncesinde duraksama yoktur.

B- Eleştiriler Hukuku Zenginleştirir

Gerçekten de, bu tür eleştirel yaklaşımlar, hukukun zenginleşmesi ve adaletin gerçekleşmesi adına, konuya açıklık getireceği gibi, müphem (belirsiz) kalan yönler ışık tutacak, uygulamada değinilmemiş ve eksikliği hissedilen hususların açığa çıkarılmasına ve konunun aydınlatılmasına yardımcı olacağı açıktır. O bakımdan konunun olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınıp yeni düşünceler üretilmesi aynı zamanda, uygulama açısından, (kararların şekillenmesi sırasında) yararlı olan kaynakları zenginleştirecek ve çeşitlendirecektir. Öte yandan özgün fikirlerin ortaya çıkması sonucu oluşacak uzlaşma ile de yasaların adalete daha da uygun biçimde uygulanmasına katkı sağlanmış olduğundan şüphem yoktur.

C- İnançlar Kamuoyuna Mal Olmuştur

Adil olduğuna inandığımız düşüncelerle, aldığımız kararlar ortadadır. Somut olaylara ilişkin olarak varılan kararlar ve oluşan içtihatlar açıklanmakla, artık kamu vicdanına tevdi edilmiş olduğundan, her türlü eleştiriye açık hale gelmiştir.

Bu aşamadan sonra artık, deyim yerinde ise, uygulamacılar ve işin mutfağındakiler olarak, ortaya konan bu eserin, (bir bakıma pişirdiğimiz yemeğin tadına bakmak, pişmiş mi? Çiğ mi? Tuzlu mu? Tuzsuz mu?) değerlendirmesini yapmak, yani kararlarımızı olumlu-olumsuz yönleriyle gündeme getirmek sırası sizlerdedir. Öyle ki, yeni ve özgün fikirler ve katkılarla adaletin daha da mükemmeleneceği yadsınamaz.

“İster isen mülkü hüsn,
-Abad ola dad eyle kim.”

diyen şaire kulak vererek, bu güzel ülkemizin her alanda kalkınmasını, abad olmasını istiyorsak, Yüce Atatürk'ün dediği gibi, mülkün temelini oluşturan adaletin en iyi biçimde gerçekleşmesine hep birlikte çaba sarf etmek hepimizin vazifesidir.

- 2 Kadir Has Üniversitesi'nce 29 Haziran 2007 tarihinde düzenlenen, “Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararının Rücu Davalarına Etkisi” konulu panel.
- 3 Utkan Araslı, Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali, Yargıtay K. Der. Temmuz 2007.
- 4 A. M. Kılıçoğlu-Türk Borçlar Hukuku'nda Kanuni Halefiyet-Ankara 1979, s. 13, 71, 88.
- 5 Yrg. İBBGK 01.07.1994 tarih ve 1992/3 Esas ve 1994/3 Karar sayılı kararı.
- 6 Yrg. İBBGK'nın 1960/21-9 ve HGK'nın 21.01.2004/10-44-19; 2004/214-198; 2004/448-461 sayılı kararları.

DİPNOTLAR

1 İşveren, Eylül 2005, S. 44.

Fatih ARKAN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hakimi

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Zorunlu Tasarruf Uygulamasından Kaynaklanan Sorumluluğu

I-Giriş

29.4.2003 gün ve 25093 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanun ile tasfiye sürecine giren, kamuoyunda "zorunlu tasarruf" olarak da adlandırılan uygulamaya ilişkin kimi sorunlar 2007 yılında da tartışılmaya devam etmektedir¹.

Bilindiği üzere, 01.04.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun ile çalışanların tasarruflarının artırılması amacı güdülmüş; bu doğrultuda, çalışanların aylık veya ücretlerinden belirli oranda kesinti yapılması ve Devlet veya işverenlerin bu tasarruflara katkıda bulunması sonucu toplanacak paraların en iyi şekilde nemalandırılması hükme bağlanmıştır.

Ne var ki, 08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile işsizlik sigortası uygulaması yürürlüğe konulurken, işverene ilave bir yük getirilmemesi gerekçesiyle 3417 sayılı Kanun'un kapsam ve tasarruf oranlarını düzenleyen 2 ve 3. maddeleri 01.06.2000 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılarak, kesinti ve katkı paylarının tahsiline son verilmiştir².

Tasarrufu teşvik ana para ve nemalarından do-

layı Sosyal Güvenlik Kurumu (*devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun sorumluluğu ve kapsamının belirlenebilmesi bu tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır.

II- Re'sen Tahsil

Kurumun sorumluluğu yönündeki farklı değerlendirmeler, 3417 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer verilen, sonrasında, tasfiyeye ilişkin 4853 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilk fıkrasında tekrarlanan bir ifadenin ele alınmasından/yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Anılan fıkrada "3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapılması gereken tasarruf kesintileri ile katkı paylarının süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılır." ifadesi yer almaktadır.

Madde metninde, tasarruf kesintileri ile işveren katkılarının ilgililerin banka hesaplarına yatırılma-

ması halinde (devredilen) Sosyal Sigortalar Kurumu'nun tahsile yetkili kılındığı belirtilmektedir.

III- Yargıtay Uygulaması

Yargıtay Yüksek Daire kararları incelendiğinde; "Sosyal Sigortalar Kurumu ile işverenin; yasadan kaynaklanan (hesaba yatırma-takip ve tahsil) yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları halinde davacıya karşı, zorunlu tasarruf kesintileri, katkı payları ile nema alacağından müteselsilen sorumlu olacakları"³, "Kurumun kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması nedeniyle, davacıya karşı, zorunlu tasarruf kesintileri, katkı payları ve nema alacağının tümünden sorumlu olacağı"⁴, "Sosyal Sigortalar Kurumunun işverence Ziraat Bankasına yatırılmayan fonlar ile yoksun kalan nemalardan sorumluluğunun ancak, davacının dava açmadan önce kuruma müracaat edip kesinti ve katkı tutarlarının işverence Bankaya yatırılmadığını belirterek harekete geçmesini istemesi, buna rağmen Kurumun yasal görevini yapmaması halinde söz konusu olacağını"⁵ belirten değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.

Yukarıda ifade edilen görüşlere karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuyu belirleyen yönleriyle ele alan kararlarında⁶;

- Anılan Yasalarla-Çalışan (ve işvereni) ile Kurum arasında bir borç ilişkisinin kurulmadığı,
- Kurumun, (müteselsil) sorumluluk sebeplerinden hiçbirisine sahip olmadığı,
- Kurumun, 3417 ve 4853 sayılı Kanunlar uyarınca kendisine yüklenen tahsil görevinin müteselsil borçluluk ile örtüştürülmesinin, yasada belirtilen amaç ve Sosyal Güvenlik Kurumu'yla sağlanmaya çalışılan işlev ile bağdaşmadığı belirtilerek, sonuç olarak; Sosyal Sigortalar Kurumu'nun, "3417 ve 4853 sayılı Kanunlarca kendisine yüklenen tahsil görevinin ayrıca müteselsil sorumluluğu içermediği" sonucuna varıldığı görülmektedir.

IV- Çalışan (ve işvereni) ile Sosyal Sigortalar Kurumu Arasında Bir Borç İlişkisinin Bulunup-Bulunmadığı

Borç ve borç ilişkisi kavramları Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir.

Borç ilişkisi, iki taraf arasında bir hukuki bağıdır

ki, bu bağ gereğince, taraflardan biri (borçlu), bir şey vermek veya yapmak veya yapmamak, yani bir edimi yerine getirmek borcu altına girer; diğer taraf (alacaklı) ise, borçlunun borcunu ifa etmesini istemek hakkına sahip olur⁷.

Gerçekten de, bir hukuksal ilişkinin borç ilişkisi sayılabilmesi için taraflarına ve konusuna ait iki unsura ihtiyaç vardır⁸⁻⁹. Bunlar; hukuki ilişkinin alacaklı ve borçludan oluşması; alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği "edim" şeklinde ifade edilebilir¹⁰. Alacaklı, borç ilişkisinin aktif süjesi, borçlu ise, borç ilişkisinden doğan edimi ifayla yükümlü olan, kendisinden edimin ifası istenen kişidir.

Borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu'nda borcun kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak gösterilmiştir.

Sözleşme, iki tarafın hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen hukuksal ilişki, haksız fiilin borç doğurmasının sebebi, kişinin iradesi dışında, kendisine yönelik hukuka aykırı bir eylem, borcun üçüncü kaynağını oluşturan sebepsiz zenginleşme ise; alacaklının mal varlığında haklı bir sebep bulunmaksızın meydana gelen eksilmenin giderilmesini ifade etmekte, amaçlamaktadır.

Borçlar Kanunu'nda belirtilenler dışında; nafaka yükümlülüğü, vekaletsiz iş görme, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre paydaşların veya kat maliklerinin ortak giderlere katılma hallerinde olduğu gibi, kanundan doğan, bir kanun hükmü nedeniyle öngörülen borç ilişkilerinin de bulunduğu bilinmektedir.

Kurumun, anılan madde ile tanımlanan işlevi: İşveren ile on ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışmakta olan işçiler arasında 3417 sayılı Kanun uyarınca kurulan tasarruf ilişkisinde; tasarruf kesintileri ile sağlanacak olan işveren katkı paylarının belirtilen süreler içinde ilgililerin banka hesaplarına yatırılmaması halinde, yatırılması gereken miktarların re'sen ya da ilgililerin başvurusu üzerine tahsil ederek, ilgili banka hesabına yatırılmasının temini noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda tanımlanmaya çalışılan borç ve borç ilişkisi kavramları dikkate alındığında; çalışan ve işvereni ile Kurum arasında kurulan hukuksal ilişkinin bir borç ilişkisi olarak adlandırılması, çizilen normatif çerçevenin dışına çıkılması sonucunu doğuracaktır.

V- Müteselsil Sorumluluk Halleri

Kaldı ki, bir borç ilişkisinde birden çok borçlunun veya alacaklının varlığı da, kendiliğinden “müteselsil borç ilişkisini” doğuramayacaktır.

Gerçekten de, zararın başka bir şahsa aktarılması, sorumluluk sebeplerinden birinin mevcut olması halinde olasıdır.

Müteselsil borçluluğun kaynakları Borçlar Kanunu'nun 141. maddesinde, hukuki işlem ya da yasa olarak belirtilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında yer verilen “kanuni teselsül”, müteselsil borçluluğun doğrudan doğruya bir kanun hükmüne dayandığı, bizzat yasa koyucunun öngördüğü borçluluk hali olarak öngörülmüştür. Buna göre teselsül, ancak yasaların açıkça öngördüğü durumlarda söz konusu olabilecektir.

Sözleşme veya yasa uyarınca borçlular arasında “teselsül” söz konusu değilse, bir borç ilişkisinden doğan bölünebilir bir edimde, borçlulardan her biri ancak edimden kendi payına düşen kısmı ifa ile yükümlüdür¹¹.

Müteselsil sorumluluk, zarar görene, diğer borç ilişkilerine oranla zarar verenler karşısında güçlü ve ayrıcalıklı bir durum sağlar. Yasalarda kanuni teselsüle yer verilmesinin amacı, borçlular arasında bir menfaat birlikteliğinin mevcut olması ya da öyle kabul olunması, alacaklıya özel hallerde güvence sağlanmak istenmesi, birden çok kişinin kusurlu eylemi ile bir zararın doğması olarak gösterilebilir¹².

Buna göre, zarar gören tazminatın tamamını, dilediği takdirde zarar verenlerin tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir¹³. Borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan fiiliyle diğer borçluların bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları bir birlikte borçluluk halidir¹⁴.

Farklı değerlendirmelere kaynaklık yapan 4853 sayılı Kanun'un 8. maddesinin genel gerekçesine bakıldığında; 3417 sayılı Kanun gereğince süresinde ödenmeyen tasarruf kesintileri ve katkı paylarının hak sahipleri adına açılmış bulunan tasarrufu teşvik hesaplarına yatırılmasının düzenlendiği, bu şekilde hak sahiplerinin nam ve hesaplarına yatırılması gereken ancak süresinde yatırılmamış tasarruf kesintileri ve katkı paylarının yatırılmasını temin etmek suretiyle hak sahiplerinin mağduriyetinin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda müteselsil sorumluluğu öngören birçok hüküm bulunmaktadır:

79. maddesinde; işverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin bu fıkrafta belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait iş yerinden Kuruma verilmesinden işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu buldukları; 80. madde ile sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzelkişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları; 87. maddede; sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Görülüyor ki, müteselsil sorumluluk, anılan maddelerde şüpheye yer bırakmayacak şekilde öngörülmüş iken, 3417 ve 4853 sayılı Kanunlar'da; yasa koyucunun kesinti, katkı payı ve nema toplamı yönünden işveren ile Kurum arasında “kanuni teselsül” öngörmek istediği yönünde bir ifadeye, bir düşünceye yer verilmemiştir.

Bir hüküm, şayet başka başka anlamlara olanak verecek ve duraksama doğuracak nitelikteyse, bir başka anlatımla, sorunun çözümü için açık bir düzenleme getirmemişse, kural olarak, iş hukukunun geleneksel işçiyi koruyucu özelliğinin oluşturduğu özel yoruma başvurulmalıdır¹⁵.

Ne var ki, maddenin içeriğine bakıldığında, belirtilen nitelikte, yoruma gereksinim duyulan kapal bir düzenlemenin varlığından söz edilebilmesi oldukça güçtür.

Kaldı ki, anılan maddedeki ifadenin yoruma açık olduğu kabul olursa bile, tek bir çalışanın çıkarına, tüm sigortalıların çıkarını üstün tutma ilkesi ile sosyal güvenliğin temel amacının da yorumda gözetilmesi gerekecektir.

Nihayet şu yöne de değinmekte yarar bulunmaktadır: Bir “hükümün tatbikata uygun düşmeme-

si, onun başka şekilde manalandırılmasını" gerektirmez; tersi durumda, yasa koyucunun açık olan iradesi göz önünde tutulmamış yasal sınırlar aşılmış olur¹⁶.

VI- Teşkilat ve Mali Yönetim Mevzuatı-Müteselsil Sorumluluk İlişkisi

Sorumluluğa ilişkin değerlendirme yapılırken, Kurumun teşkilat ve mali yönetim mevzuatına da bakılmasında yarar bulunabilir:

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinde Kurumun temel amacı; sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı, etkin, adil, kolay erişilebilir, aktüeryal ve mali açıdan sürdürülebilir, çağdaş standartlarda sosyal güvenlik sistemini yürütmek olarak açıklanmaktadır. Anılan Kanunun 34. maddesinde Kurum giderleri sayılırken, bağımsız olarak, işverence karşılanmayan tasarruf kesinti, katkı ve nema tutarlarının ödenmesine de yer verilmediği görülmektedir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında sosyal güvenlik kurumlarına da yer verilmiş, ancak burada kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesi ve kullanılması, kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasına yönelik sorumluluk hükümleri öngörülmüştür.

Atıf yapılan mevzuat hükümleri de birlikte değerlendirildiğinde, Kuruma verilen tahsil görev ve yetkisinin yerine getirilmemiş olmasının aynı zamanda Kuruma izafe edilen (işveren ile birlikte) müteselsil borçluluğu kapsamayacağı sonucuna varılması yanlış olmayacaktır.

Hemen belirtmelidir ki, Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinde¹⁷ ticari işler için öngörülen teselsül karinesinin bir benzerine, (sosyal güvenlik ve iş hukukunun işçiyi/sigortalıyı korumaya yönelik ilkelere gözetilerek) sosyal güvenlik mevzuatında yer vermek istendiği de düşünülemez.

VII- Sosyal Güvenliğin Temel İşlevi

Soruna bir de sosyal güvenliğin temel işlevi açısından bakılmasında yarar bulunabilir.

Çağdaş ulusal hukuk sistemleri, sosyal risklerin bireyler üzerindeki etkisini ortadan kaldırmaya ça-

**Sosyal sigorta primi,
sigorta kollarının gerektirdiği
her türlü yardım ve ödemelerle
her çeşit yönetim giderlerini
karşılama üzere, yasa ile
belirlenen oranda alınan para
olarak tanımlanabilir.**

ba gösterirken, özde sosyal riskle karşılaşan toplumun her bir bireyine ekonomik bir güvence sağlamak amacı güdülmekte¹⁸ ise de, sosyal güvenliğin, sigortalı ve işvereni ile devletin ulusal bütçeden vergilerle sağladığı finansmanının kişisel tasarrufların güvencesi olarak kullanılmasında, sosyal güvenlik politikalarıyla uyarlılık bulunduğunu söyleyebilmek gerçekten çok zordur.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun 2007 yılı Şubat ayı verileri ile istihdam edilenlerin sosyal güvenlik kuruluşuna kayıtlılık durumuna bakıldığında; toplam istihdam 21.398.000 iken kayıt dışı istihdam 9.756.000 kişi olup, toplam istihdama oranı % 45,6'dır¹⁹. Bir sosyal güvenlik kurumunun, tüm kadro ve olanaklarıyla belirtilen sorunun çözümüne odaklanması gereği çok açıktır. Tüm bunlara karşın, davalı Kurumun, 3417 ve 4853 sayılı Kanunlarca kendisine yüklenen tahsil görevinin müteselsil borçluluk ile örtüştürülmesi, yasada belirtilen amaç ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile sağlanmaya çalışılan işlev ile bağdaşmayacaktır.

Aksi düşünce, asıl işlevi sosyal sigorta kolları bakımından sigortalılarına güvence sağlamak olan Kurumun işlevsizleştirilmesine yol açabilecektir.

Sosyal güvenlik haklarının sağlanması Devlet'e yüklenmiş bir ödev olmakla birlikte "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"²⁰. Ülkemizde, sosyal güvenlik amaçlı primsiz yardımlar bulunmakla birlikte, sosyal güvenlik sistemimiz temel olarak primli sisteme tabidir. Sosyal sigorta primi, sigorta kollarının gerektirdiği her türlü yardım ve ödemelerle her çeşit yönetim giderlerini karşılamak üzere, yasa ile belirlenen oranda alınan para olarak tanımlanabilir. Bu anlamda, prim gelirlerinin sigorta yardımları ve

yönetim giderlerini karşılamak üzere kullanılması yasa gereğidir²¹. Özel sigortalar açısından bakıldığında da, üstlenilen risk karşılığında sigorta primi alınması esastır.

3417 sayılı Kanun uyarınca işveren ve çalışanı arasında oluşturulmuş olan zorunlu tasarruf ilişkisinde, kanun uyarınca tanınan tahsil ödevinin Kuruma, bu amaçla kadro ve zaman kullanımı dışında, bir çeşit karşılıksız (primsiz) -ekonomik- güvence vermesi, gerek sosyal sigorta ve gerekse de sigorta hukuku kavramlarıyla açıklanamamaktadır.

VIII- Takip ve Tahsil

Çalışan ile işvereni arasında yasa gereğince kurulan tasarruf ilişkisine Kurumun neden dahil edildiği haklı olarak akla gelmektedir.

Buna yanıt, Anayasa'nın 60. maddesi ile güvence altına alınan, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu yönündeki evrensel ilkenin uygulamada etkinleştirilmesi olarak düşünülmesi uygun olacaktır.

Bu ilkenin bir yansıması olarak tasarrufu teşvik alacaklısına sağlanmaya çalışılan güvence, işveren karşısında güçsüz konumda bulunan çalışanın, belirtilen kesinti, katkı payı ve nema toplamı yönünden oluşan alacağını kamu alacağı seviyesine çıkararak, onun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca davalı Kuruma tanınan, daha hızlı ve güvenceli durumda bulunan olağanüstü takip ve tahsil yollarından yararlandırılmasını sağlamak şeklinde belirlemektedir²².

IX- Tahsil Görevinin Savsanması- İdarenin Sorumluluğu

Yatırılmayan fonlar ile yoksun kalınan nemalardan sorumluluğun ancak; çalışanın Kuruma müraعات edip kesinti ve katkı tutarlarının işverence bankaya yatırılmadığını belirterek harekete geçmesini istemesi, buna rağmen Kurumun yasal görevini yapmaması halinde söz konusu olacağını belirten düşünceye gelince; Kurumun, yasalarından kaynaklanan bir görevi yerine getirmemesi halinde zarara uğrandığı ileri sürüldüğünde, zararın gerçekleşmesi olgusunun hizmet kusuruna dayandırılması asıl olmalıdır.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış

olup, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılacak tam yargı davalarının görüm ve çözümünün 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca idari yargı yerlerinin görevine girdiği tartışmasızdır.

Tam yargı davasının konusu, ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesini talep etmektir: Amaç, idari faaliyetler yüzünden bozulmuş olan mali dengeyi düzeltilmesidir²³.

İdarenin, hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu genel olarak üç noktada ortaya çıkmaktadır. Bunlar; "hizmetin kötü işlemesi", "hizmetin geç ya da yavaş işlemesi", "hizmetin hiç işlememesi"dir²⁴.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Hizmet kusurundaki "hizmet" deyimi ise, sadece idari faaliyetlerin belli bir türü olan kamu hizmetlerini değil ve fakat genel olarak herhangi bir idari görevi ve faaliyeti belirtmektedir. Bu anlamda, ...bir idari faaliyetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenmesindeki aksaklık veya bozukluk da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir²⁵.

İdarenin kendisine yasalarla verilen görevleri, belirli eylemleri yapmak suretiyle yerine getirmesinin söz konusu olduğu hallerde, bu eylemleri yapmayarak "hareketsiz" kalması, "olumsuz eylem olup, bu tür eylemler de "idari eylem" kapsamı içinde yer alırlar²⁶.

İdarenin hukuki sorumluluğu için bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenilebilir nitelikte olması ve zararlar eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir. Sadece Kuruma tahsil başvurusunda bulunulmuş olunması, bu yönde bir sorumluluk için yeterli olmayacaktır.

Hizmet sırasında çalıştırılanın eylemi yada ihmal sonucunda tahsil işleminin yapılamaması da sorumluluk için yeterli olmayıp, eylem ile tahsil edilememesi halinde uğranılan zarar arasındaki uygun neden-sonuç bağının çalışanın ya da üçüncü kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması da aranıcağıdır. Kamu hizmetini yürütmekle görevli personelin görev sırasındaki kişisel kusurlarının idare yönünden hizmet kusuru oluşturabileceği de dikkate alındığında, belirtilen nitelikteki zararın, iş mahkemelerinden -adli yargıdan- talep edilebilmesi pek mümkün görülmemektedir.

X- SONUÇ

Tüm yönleriyle değerlendirildiğinde, Sosyal Güvenlik Kurumu (*devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun 4853 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca, re'sen veya ilgililerin başvurusu halinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak, T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili tasarruf teşvik hesaplarına yatırılacağına ilişkin hükmün, anılan Kuruma, işverence karşılanmayan tasarruf kesinti, katkı ve nema tutarlarının ödenmesinde, müteselsil borçlu sıfatını yüklemesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu kapsamda bir yükümlülüğün, oluşturulacak sağlıklı sosyo-ekonomik politikalar sonucunda, açık yasal düzenlemeler ile tanınması zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.05.2007 gün ve 2007/21-228-247, 04.07 2007 gün ve 2007/10-433-455 sayılı kararları.
- 2 4853 sayılı Kanun Genel Gerekeçe.
- 3 Yargıtay 10. HD'nin 3.7.2006 gün ve 2006/3124-10077 sayılı kararı.
- 4 Yargıtay 10. HD'nin 6.7.2006 gün ve 2006/1303-10447 sayılı kararı.
- 5 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2007 gün ve 2006/4298-2007/172 sayılı kararı.
- 6 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.05.2007 gün ve 2007/21-228-247, 04.07 2007 gün ve 2007/10-433-455 sayılı kararları.
- 7 Prof. Dr. Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 19. bası, s.29.
- 8 Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 4. Bası, s.1.
- 9 Prof. Dr. Safa Reisoğlu, age. "bir borç ilişkisinde üç temel unsur söz konusu olacaktır: a) Bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan "borçlu", b) Borçlunun borcunun konusu olan "edim", c) Borcun ifasını, edimin yerine getirilmesini istemek hakkına sahip bulunan "alacaklı".
- 10 Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Turhan K., s.1 vd.
- 11 HGK'nın 20.01.1965 gün ve 42/D-3 Esas, 34 Karar sayılı kararı; "Borçlar Yasası 141 nci maddesi hükmünce, borçlular arasında teselsül bulunduğu, akitte açıkça öngörülmüş olması veyahut borcun niteliği bakımından teselsülün yasanın özel bir hükmüne dayanması şarttır; demek ki, akit ile veya yasa hükmü ile teselsül kuralının benimsenmemiş bulunduğu bütün durumlarda, birden çok borçlunun, bölünebilir borcun ancak belli bir payından sorumlu tutulmaları gerekir".
- 12 Dr. Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, Sevinç Matbaası-Ankara-1971, s.120 vd.
- 13 Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 8. Bası, s.783.
- 14 Dr. Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, Sevinç Matbaası-Ankara-1971, s.35.
- 15 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s.69.
- 16 YİBK. 23.05.1960 gün ve 11 Esas, 10 Karar sayılı kararı.
- 17 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Teselsül karinesi" başlıklı 7. maddesi; "İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar.
Ticari borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir."
- 18 Prof. Dr. Ali Güzel-Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 9. Bası, s.5.
- 19 <http://www.tuik.gov.tr>
- 20 Anayasa m. 65.
- 21 506 sayılı Kanun'un 72. maddesi.
- 22 506 sayılı Kanun'un "Primlerin Ödenmesi" başlıklı 80. maddesinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun sadece bir kısım maddelerinden yararlanılarak İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca takip yapılmakta iken, anılan maddede 3917 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan düzenleme ile Kurumun prim alacağı kamu alacağı statüsüne çıkarılmış, 6183 sayılı Kanun'la Maliye Bakanlığı ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına verilen yetkileri kullanması sağlanmıştır.
- 23 Recep Başpınar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, s.482.
- 24 Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 1. Cilt, 6. Bası, s.256.
- 25 Prof. Dr. Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Bası, s.330-331.
- 26 Prof. Dr. Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Bası, s.705.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Aynı Yardımlar ve Özel Sağlık Sigortası'nın Prim Matrahına Dahil Edilmemesi (21. Hukuk Dairesi'nin Ders Veren Bir Kararı Üzerine)

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/4180

Karar No : 2007/1193

Tarihi : 05.02.2007

ÖZET

Burada aynı yardımlar özellikle gösterir. Aynı yardımdan amaç, sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması yolunda yapılan bir yardımdır. Yardımın aynı veya para olarak yapılmasının önemi bulunmamaktadır. Örneğin; işverenin sigortalılarına dağıttığı elbise, ayakkabı, sigortalı çocukları için, kitap, kırtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelik taşımalarına karşın bu yardımlar yemek bedeli, taşıt gideri, yakacak bedeli, dikiş ücreti mesken veya sağlık yardımı, öğ-

renim yardımı türünden nakitte olabilir. Bu tür somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımlar aynı yardım olarak kabul edilir ve prim hesabında dikkate alınmazlar.

DAVA

Davacı, kurum işleminin iptali ile prim borcu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlatıldıktan ve Tetkik Hakimi M. Altan Çeliker tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı

olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünülür ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davalı kurumun davacı işverence “diğer” adı altında çalışanlarına yaptığı ödemelerin sigorta primi esas kazançlarına dahil edilmemesine ilişkin hükme yönelik itirazların dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Dava, davacı işverence yol parası, diğer ve özel sağlık sigortası olarak çalışanlarına yaptığı ödemelerin sigorta primine esas kazançlara dahil edilip edilmeyeceğine ilişkindir.

506 sayılı Yasa'nın 77. madde 1. fıkrasında prim hesabı da göz önünde vurulacak kazançlar belirtilmiş, 2. fıkrasında ise bunun istisnaları gösterilmiştir. Fıkra ifade edildiği biçimde sosyal amaçlı olarak veya işverenin yasa ve sözleşme dışında sigortalısına yaptığı yardım ve ödemeler prim hesabında nazara alınmazlar ve prime tabi tutulmazlar. Bu ödeme veya yardımlar ücret ve benzeri ödemelerden tamamen farklı nedenlere dayanırlar. İşin karşılığı olmaktan ziyade insani değer yargılama sonucu verilirler. Yasa bunları sayarak belirtilmiştir. Bu yardımlar ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları aynı yardımlar, yemek, çocuk ve aile zamlarıdır.

Burada aynı yardımlar özellikle gösterir. Aynı yardımdan amaç, sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması yolunda yapılan bir yardım-

dır. Yardımın aynı veya para olarak yapılmasının önemi bulunmamaktadır. Örneğin; işverenin sigortalılarına dağıttığı elbise, ayakkabı, sigortalı çocukları için, kitap, kurtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelik taşınmasına karşın bu yardımlar yemek bedeli, taşıtlar gideri, yakacak bedeli, dikiş ücreti mesken veya sağlık yardımı, öğrenim yardımı türünden nakitte olabilir. Bu tür somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımlar aynı yardım olarak kabul edilir ve prim hesabında dikkate alınmazlar.

Yukarıda açıklamalara göre mahkemenin yol parası ve özel sağlık sigortası olarak yapılan ödemelerin sigorta primine esas kazançlara dahil edilmemesi gerektiği yolundaki kararı doğrudur. Ancak “diğer” adı altında yapılan ödemelerin ne türde ödemeler olduğu işverene açıklanmaksızın bu ödemelerin ne olduğu arattırılmaksızın 506 sayılı Yasa'nın 77/2 maddesi kapsamında değerlendirilmesi doğru görülmemiştir.

Mahkemece bu olgular göz ardı edilerek “diğer” şeklinde yapılan ödemeler hakkında da yazılı şekilde sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 05.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 5.2.2007 tarihli kararına konu olayda, davacı işveren işçilere yol parası ödemekte, “diğer” adı altında bir başka ödeme yapmakta ve ayrıca işçiler için özel sağlık sigortası primlerini ödemektedir. Ancak bu ödemeleri prim kesintisine tabi tutmamıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın bu ödemelerin prim kesintisine tabi olması gerektiği yolundaki işlemine karşı işveren SSK m.80 uyarınca Kurum işleminin iptali ve borçlu olmadığının tespiti için iş mahkemesinde dava açmıştır.

Yerel mahkeme işverenin talebi doğrultusunda karar vermiş, hükmün temyizi üzerine 21. Hukuk Dairesi, esasen 506 sayılı Kanun m.77'nin lafzını zorlayan ancak sonuç itibarıyla isabetli bir karar vermiştir.

Bilindiği gibi hangi kazançların prim matrahına dahil olduğu, hangilerinin olmadığı SSK md. 77'de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hükme göre;

Prim matrahına dahil edilecek ödemeler

- sigortalıların o ay içinde hak ettikleri ücretler,

- prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içerisinde ödenenler ve

- idare veya kaza mercilerince verilen bir karar gereğince ödenmesi gereken ve yukarıda belirtilen kazançların kapsamına giren ödemelerdir.

Genel olarak bu ödemelerin neler olabileceğine değinmek gerekirse¹; işçiye ödenen zamana göre ücret, akort ücret, yüzde ücret, götürü ücret, komisyon ücreti, kârdan pay alma gibi tüm ücret türleri, ayrıca fazla çalışma ücretleri, ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri ile hafta tatili için ödenen ücretler prim matrahına dahil olduğu gibi, yine bu kapsamda çeşitli adlar altında ödenen ancak ücret niteliğinde olan kıdem zammı, vardiya zammı, gece zammı gibi ödemeler de prim matrahına dahil ödemelerdendir.

rak, uygulamada tereddüt yaratan konular giderilmeye çalışılmıştır. SSK. md. 77/II. fıkrasının yeni şekline göre “...ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, aynı yardımlar ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca miktarları yıllar itibariyle belirlenecek çocuk ve aile zamları, sigorta primlerinin hesabına esas tutularak kazançların aylık tutarının tespitinde nazara alınmaz. Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur.”

Hemen belirtelim ki; ihbar ve kıdem tazminatları öteden beri ücret kavramına dahil edilmedikleri için uygulamada esasen prim matrahına dahil edilmemekteydi. Yeni düzenleme uygulamanın yasal ifadesinden ibarettir.

21. Hukuk Dairesi uygulamaya da yön verir şekilde prim kesintisinden muaf tutulacak aynı yardımlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda ayrıntılı ifadeler yer vermiştir.

Öte yandan; sigortalının hak kazanıp da kullanmadığı ve iş sözleşmesi sona erdiğinde son ücreti üzerinden hesaplanan yıllık izin ücretleri de prim matrahına dahil ödemelerdendir.

Maddede prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenen miktarlar da esasen teknik anlamda ücret ekleridir. Ancak bunların prim kesintisine tabi tutulması bunların o ay içinde ödenmiş olması koşuluna bağlanmıştır.

Yönetim ve yargı organlarınca verilen kararlar gereğince yapılan ödemelere gelince; bunlar, yönetim ve yargı organlarının vermiş olduğu kararlar uyarınca yapılan ücret, tatil ücreti, prim, ikramiye, fazla çalışma ücreti gibi ödemelerdir. Örneğin, işçinin ikramiye alacağına bir yargı kararına dayanması veya iş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işçinin hak kazanacağı dört aya kadar olan ücreti bu niteliktedir.

Prim matrahına dahil edilmeyecek ödemeler

Bilindiği gibi, 4958 sayılı Kanunla, prim matrahına dahil olmayan kazançları düzenleyen SSK md. 77/II. fıkra hükmünde önemli değişiklikler yapıla-

Maddenin önceki halindeki “aynı yardımlar” sözü de pek açık olmadığından, ne anlaşılması gerektiği hususunda uygulamada uzun süredir bir karmaşa yaşanmaktaydı². Esasen aynı yardımlar nakden ödeniyorsa prim matrahına dahil edilmek gerektiği de ileri sürülmüş³ ve 4958 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen ve prim kesintisine tabi olmayan ödemelere ilişkin sınırlı sayımdan sonra “Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur.” ibaresi bu görüşün bir ifadesi olmuştur.

Ancak 21. Hukuk Dairesi kanımca prim yükünün çok ağır olduğu bir sisteme de tepki olarak hükmün lafzını zorlamış ve sadece dava konusu olayda yer alan ödemeler için değil, bundan sonraki uygulamaya da yön verir şekilde prim kesintisinden muaf tutulacak aynı yardımlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda ayrıntılı ifadeler yer vermiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesine göre;
“ ... Sosyal amaçlı olarak veya işverenin yasa ve sözleşme dışında sigortalısına yaptığı yardım ve ödemeler prim hesabında nazara alınmazlar ve prime tabi tutulmazlar. Bu ödeme veya yardımlar ücret ve benzeri ödemelerden tamamen farklı neden-

lere dayanırlar. İşin karşılığı olmaktan ziyade insani değer yargıları sonucu verilirler”

“Burada aynı yardımlar özellik gösterir. Aynı yardımdan amaç, sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması yolunda yapılan bir yardımdır. Yardımın aynı veya parasal olarak yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin; işverenin sigortalılara dağıttığı elbise, ayakkabı, sigortalıların çocukları için kitap, kırtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelik taşımasına karşın, bu yardımlar yemek bedeli, taşıt gideri, yakacak bedeli, dikiş ücreti, mesken veya sağlık yardımı, öğrenim yardımı türünden nakitte olabilir. Bu tür somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımlar aynı yardım kabul edilir ve prim hesabında dikkate alınmazlar.”

Sonucu itibariyle isabetli bu ifadeleriyle 21. Daire çok açık olarak aynı yardım niteliğinde olmamasına rağmen somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımları da nakten ödenmiş olsun olmasın aynı yardım kapsamında değerlendirmiş ve prim kesintisine tabi olmayacağı sonucuna varmıştır. Karara göre; işçilerin veya ailelerinin sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması amacıyla yapılan iş elbisesi dışında işverenin sigortalılara dağıttığı elbise, ayakkabı, aileleri için verilen eğitim, öğretim ve benzer amaçlı yardımlar, yol paraları, yakacak bedeli, konut yardımı gibi ödemeler aynı veya nakdi olarak yapılmış bulunmalarına bakılmaksızın prim matrahına dahil edilmeyecektir. Kanımca 21. Hukuk Dairesi, aynı yardım kavramına ilişkin bu isabetli yorumuyla, salt kayıtlı işverenlerden prim gelirlerini artırma amacı güden bu gibi akla aykırı hükümlerin son tahlilde yargı süzgecine tabi olduğu yolunda çok çarpıcı bir örnek vermiştir.

Karara konu olayda 21. Hukuk Dairesi nakdi olarak ödenen yol paralarının yanında son derece isabetli olarak işverenin işçilerin özel sağlık sigortası için ödediği primlerin de SSK prim kesintisine tabi olmadığı sonucuna varmıştır.

Özel sağlık sigortalarına ödenen primlerin SSK kesintisine tabi olup olmadığı da uygulamada tereddüt yaratan konulardan biri olmuştur. Nitekim halen bazı işverenler özel sağlık sigortası primlerini SSK kesintisine tabi tutarken bazıları tutmamaktadır. Bu konuda geçmişte yaşananları anımsamak gerekirse; bilindiği gibi SS Kurumu Başkanlığı Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Dai-

21. Hukuk Dairesi, nakdi olarak ödenen yol paralarının yanında, son derece isabetli olarak; işverenin işçilerin özel sağlık sigortası için ödediği primlerin de SSK prim kesintisine tabi olmadığı sonucuna varmıştır.

re Başkanlığı'nın 01.04.2005 tarihli yazısında, işverenlerce özel sağlık şirketlerine ödenen özel sağlık sigortası primlerinden sigorta priminin kesilmesi gerektiği sonucuna varmıştı. SS Kurumu Başkanlığı'nın söz konusu yazısında aynen;

“... Halen Kurum uygulamalarına yön veren ve tamamen Kanun metni ile paralel hükümler ifade eden 20.7.1994 gün ve 21996 Resmi Gazete'de yayımlanan (7) seri nolu Tebliğ ile de yolluklar, çocuk ve aile zamları, ölüm, doğum ve evlenme yardımları ile aynı yardımlar dışında yapılan tüm nakit ödemelerin, sigorta primine esas kazancın tespitinde nazara alınacağı ilgilileri duyurulmuştur. Kaldı ki, daha sonra (8.8.2003) tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanununun 36 ncı maddesi ile 506 sayılı Kanununun 77 nci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş olup, anılan fıkrada, primden istisna olduğu öngörülen ödemeler yine tek tek sayılmış ve bu ödemelerin dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemelerin prime esas tutulacağı hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, işverenlerce özel sağlık şirketlerine ödenen “özel sağlık sigortası primleri”nin sigorta primlerine tabi tutulması gerektiği düşünülmekle beraber konunun Hukuk Müşavirliğimizce incelenmesinde yarar görüldüğünden, durum Müşavirliğimize intikal ettirilmiş olup, bu konuda alınan mütalaada, özel sağlık sigortası primlerinin sigorta primlerine tabi tutulmasının hukuka aykırı bir yönünün bulunmadığı hususunda görüş bildirildiğinden, söz konusu prim tutarlarından sigorta primlerinin kesilerek Kurumumuza ödenmesi icabetmektedir.” denilmiştir.

Varılan bu sonucun isabetli olmadığı yaklaşık iki yıl önce kaleme aldığımız bir makalede belirtilmişti⁴. Gerçekten herşeyden önce bu sonuca varılırken, Kurumun, 20.7.1994 gün ve 21996 sayılı

Resmi Gazete’de yayımlanmış bulunan (7) seri no’lu Tebliğinden, halen Kurum uygulamalarına yön veren bir tebliğ olarak bahsedilmesi ve esasen 01.04.2005 tarihli yazıda varılan sonucun söz konusu Tebliğ ile önceden de ifade edildiğinin belirtilmiş olması isabetli olmamıştır. Zira bu Tebliğin prime esas kazançlarla ilgili bölümünde; yolluklar, çocuk ve aile zamları, ölüm, doğum ve evlenme yardımları ile aynı yardımlar dışında yapılan tüm nakit ödemelerin, sigorta primine esas kazancın tespitinde nazara alınacağı belirtilmiş, ancak Kurum Yargıtayın kararları doğrultusunda bu tebliğde yer alan esasları zaman içerisinde zaten değiştirmiştir. Başka bir anlatımla, Kurumca prime esas kazanç kavramına dahil edilen bazı ödemelerin, Yüksek Mahkeme kararlarıyla prime esas kazanç

sigortaya ilişkin primler de işverence karşılanmaktadır.

Her şeyden önce belirtelim ki; işverenlerce yaptırılan bu grup sigortaları esas itibariyle işçiye yapılan bir ödeme niteliğinde değildir. İşveren sadece belirli bir bedel ödeyerek, işçilerinin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamaktadır.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; işverenin bir spor kompleksiyle anlaşarak işçilerinin sportif faaliyetlerden yararlanmasını sağladığını düşünelim. İşveren spor kompleksi işletmecisiyle yaptığı anlaşmaya göre, ya yararlanan işçi başına ya da yıllık toptan bir ödeme yapmaktadır. İşveren burada da, ödediği bir bedel karşılığında, işçilerinin bir hizmetten yararlanmasını sağlamaktadır.

İşverenlerce yaptırılan özel sağlık sigortası uy-

İşverenlerce yaptırılan grup sigortaları esas itibariyle işçiye yapılan bir ödeme niteliğinde değildir. İşveren sadece belirli bir bedel ödeyerek, işçilerinin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamaktadır.

matrahının dışında sayılması nedeniyle Kurum zaten bu uygulamasında değişiklik yapmak zorunda kalmıştır. Bu bakımdan; (7) no’lu Kurum Tebliğinden uygulamaya yön veren bir kaynak olarak söz edilmesi hatalıdır.

Zaten 1.4.2005 tarihli yazının devamında “...Kaldı ki...” denilerek, 506 sayılı Kanunun 77. maddesinde 4958 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin zikredilmesi de, SS Kurumu Başkanlığı’nın esas dayanağının 4958 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme olduğu gösterilmektedir.

4958 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, istisna olarak sayılan ödemelerin dışında, her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemelerin prime esas tutulacağı öngörülmüş olması, işverenlerce ödenen özel sağlık sigortası primlerinin SSK prim matrahına dahil edilmesi sonucunu doğurur mu? Kanımca hayır. Şöyle ki;

Bilindiği gibi, son dönemlerde, özellikle kurumsal kimliği bulunan pek çok işyerinde, çalışanların, yetersiz ve zaman kaybettiren SSK sağlık hizmetleri ile uğraşmamaları için, özel sağlık kuruluşlarından yararlanmak üzere özel sağlık sigortası yaptırılmakta ve bunun kapsamına çoğunlukla çalışanın yanında ailesi de dahil edilmektedir. Bu

gulaması da esasen bundan farklı değildir. Nitekim; işveren yaptırdığı grup sigortasıyla, işçilerinin birtakım sağlık kuruluşlarının ilaç, tedavi, ameliyat ve benzeri sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan, işverenin işçilerinin sportif faaliyetlerden yararlanmak için üçüncü kişilere ödediği bedel nasıl prime esas kazanç kavramına dahil değilse, aynı şekilde işçilerinin sağlık hizmetlerinden yararlanması için ödediği bedel de prime esas kazanç kavramına dahil değildir. Özel sağlık sigortasında sigorta poliçesinin her bir işçi için ayrı ayrı yapılması da bu sonucu değiştirir bir durum değildir.

Kurumun vardığı sonuç doğru kabul edilirse, örneğin iş kazası geçiren işçisini özel sağlık kuruluşunda tedavi ettiren işverenin sağlık kuruluşuna ödediği miktarın da prim kesintisine tabi olacağı kabul edilmesi gerekir ki, böyle bir sonucun kabul edilemeyeceği herhalde çok açıktır.

Bu görüşe karşılık, özel sağlık sigortası primlerinin ücret bordrosunda gösterildiği şeklinde bir gerekçe ileri sürülebilir ise de, böyle bir gerekçe kanımızca isabetli olmaz. Zira özel sağlık sigortası primlerinin ücret bordrosunda gösterilmesi yasal bir zorunluluk olmayıp, sadece bu primlerin belir-

li bir miktarının gelir vergisine tabi olmasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki işverenin bu primleri ücret bordrosu dışında kayıt altına almasına yasal bir engel de bulunmamaktadır.

Bundan başka, özel sağlık sigortası işçinin mutlaka yararlanacağı bir uygulama niteliğinde de değildir. Nitekim işçi, çalıştığı süre boyunca herhangi bir sağlık sorunu ortaya çıkmadığı için, özel sağlık sigortasından hiç yararlanmamış da olabilir. İşçinin yararlanıp yararlanmayacağı belli olmayan bir hizmetin bedelinin işçiye yapılan bir ödeme kabul edilerek prim kesintisine tabi tutulması 77. maddeye aykırıdır.

Kaldı ki özel sağlık sigortasında da, teminatın kapsamına göre, aynı yardım niteliğinde yapılan yardımlar söz konusudur. Nitekim işveren ödediği primlerle çalışanlarının tedavi hizmetlerinin yanı sıra, ilaç, sarf malzemeleri, ortopedik araç ve gereçler ve benzeri nitelikte yardımlardan yararlanmasını sağlamaktadır. Burada, işçiye yapılan bir ödemenin söz konusu olduğu kabul edilse dahi, ağırlıklı olarak eşya ve hizmet niteliğinde yapılan yardımların hükümdeki aynı yardım kapsamında değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür.

Bu noktada, işveren eğer işçilerin olası sağlık giderleri için her ay nakit ödeme yapsa bunun prim kesintisine tabi olacağı yolunda bir iddia ileri sürülebilir. Ancak böyle bir iddia da hukuka uygun olmayacaktır. Zira her aynı yardımın parasal bir değeri vardır, ancak SSK m.77 yardımının parasal bir değeri olup olmamasıyla değil, ne şekilde yapıldığıyla ilgilenmiş ve eğer bir yardım eşya olarak yapılıyorsa bunun prim kesintisine tabi olmadığını çok açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Kaldı ki; 21. Hukuk Dairesi, bu görüşten çok daha cesaretli olarak, sağlık yardımının ve özel sağlık sigortasının aynı veya nakdi nitelikte olup olmamasına bakmaksızın bu kapsamdaki tüm ödemeleri prim kesintisinden muaf tutmuştur.

Burada ayrıca; Kurumun, nakit ödeme yapılmaksızın, işçilere yemek kuponu olarak yapılan ödemelerin prim kesintisine tabi olmadığı yolundaki 16 - 310 Ek sayılı Genelgesi'ni hatırlatmak gerekir. Bir aynı yardım niteliğinde dahi olmayan ve doğrudan işçiye verilen yemek kuponu uygulamasını prim kesintisine tabi bir ödeme olarak görmeyen Kurumun, bundan çok daha farklı nitelikte

olan özel sağlık sigortası primlerini matraha dahil etmesini açık bir çelişki olarak değerlendirmek gerekir.

Zaten, her hükmün, amacı doğrultusunda da değerlendirilmesi gerekir. Özel sağlık sigortası uygulamasının çalışanın yararına olduğu ve belki bundan daha da önemlisi Kurumun yükünü hafiflettiği çok açıktır. Nitekim bu uygulama SS Kurumu Başkanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarındaki yoğunluğun azalmasını sağladığı gibi, 506 sayılı Kanuna göre Kurumca karşılanması gereken ilaç ve diğer iyileştirme araçları masrafının azalmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan yapılacak yorumun da bu uygulamayı destekler nitelikte olması gerekir. Ne var ki, ülkemizdeki başka pek çok uygulamada görüldüğü gibi, buradaki yorum da kişilerin aleyhine olmuştur.

Kurum yazısındaki yorumun hiçbir hukuki dayanağı bulunmadığı gibi, Devletin gerek özel sağlık sigortasının ve gerekse bireysel emeklilik sigortasının yaygınlaştırılması konusundaki politikasıyla da taban tabana zıt olduğu çok açıktır. Nitekim 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda 4697 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle (m.63/3), 7.10.2001 tarihinden itibaren, sigortalının veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kain 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 mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik risklere ilişkin olarak ödenen primlerin belirli bir miktarının gelir vergisine tabi tutulmayacağı düzenlenmiştir.

Keza aynı eğilim bireysel emeklilik primleri bakımından da söz konusudur. Bilindiği gibi 2001 tarih ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Hakkında Kanun ve Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'te işverenlerce çalışanlar yararına yaptırılacak grup emeklilik sigortasına ilişkin esaslar ve ayrıntılara yer verilmiştir. Bireysel emeklilik sisteminin henüz tam olarak oturmadığı şu günlerde sistemi besleyen esas itibarıyla işverenlerce yaptırılan grup emeklilik sigortalarıdır.

Bireysel emeklilik sistemine katılmayı özendirerek için de 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda vergi ko-

Daire isabetle somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımları da nakden ödenmiş olsun olmasın aynı yardım kapsamında değerlendirmiş ve prim kesintisine tabi olmayacağı sonucuna varmıştır.

laylıkları ve muafiyetleri sağlayan değişiklikler yapılmıştır⁵. Bu değişikliklerden biri de, işverenlere işçiler için ödediği katkı paylarının belli bir oranını vergi matrahından düşebilme olanağının tanınmasıdır.

Bu gibi uygulamaların yaygınlaştırılması için, yukarıda belirtilenler dışında da özendirici tedbirler alınması gerekirken, Kurum yazısındaki yorum çalışanları ve işverenleri cezalandırmaktan başka bir anlam taşımamaktadır.

Aynı hata, güya 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80. maddesinde de tekrarlanmaktadır. Gerçekten anılan hükümde, özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgarî ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları prime esas kazanca tabi tutulmamış ancak bunu aşan kısım için prim kesintisi öngörülmüştür. Bu hüküm olsa işverenlerin çalışanlar için özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik grup sigortası yaptırmaları veya hükümde öngörülen miktarla sınırlı olarak yaptırmaları sonucunu doğuracak ve bundan da en çok çalışanlar zarar görecektir. Bu bakımdan zaten köklü değişiklikler yapılması beklenen 5510 sayılı Kanunda prime esas kazanç türlerinin yeniden düzenlenmesi zorunludur.

Sonuç olarak; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 5.2.2007 tarihli kararında, yol paraları ve özel sağlık sigortası primlerinin nakdi veya aynı ödenip ödenmediği konusunda bir ayırım yapmaksızın SSK prim kesintisine tabi olmadığı yolunda vardığı sonuç son derece isabetlidir ve ihtiyaçlara uygun olmuştur. Daire ayrıca yine isabetle SSK. m.77'deki aynı yardım kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda da bundan sonraki uygulamaya yön

verir şekilde, somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımları da nakden ödenmiş olsun olmasın aynı yardım kapsamında değerlendirmiş ve prim kesintisine tabi olmayacağı sonucuna varmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bak. A. C. TUNCAY/Ö. EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005, 178 vd.
- 2 Bak. TUNCAY/EKMEKÇİ, 180 - 181.
- 3 Bak. TUNCAY, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10. Bası, 167.
- 4 EKMEKÇİ, "SSK Özel Sağlık Sigortasından Prim Kesiyor", İşveren Dergisi, Nisan - Mayıs 2005, 68 - 72.
- 5 Bak. A. C. TUNCAY/Ö. EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005, 410.

Utkan Araslı

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Kimler “İtibari Hizmetten” Yararlanacak?**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

Esas No	: 2002/157
Karar Sayısı	: 2006/97
Karar Tarihi	: 4.10.2006
İtiraz Yoluna	
Başvuran	: Adana 1. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV. bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...” ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

1- OLAY

Davacının, çalıştığı işyerinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin kapsamına girdiğinden bahisle itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçeye ilişkin bölümü şöyledir:

“... 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu Kanuna ek ve geçici maddeler eklenmesine dair kanunun 13. maddesinin çıkartılış amacı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün maddeye ilişkin gerekçesinde sosyal güvenlik sistemlerinde itibari hizmet süresi ve fiili hizmet zammı gibi uygulamalara, vücudu yıpratıcı, dolayısıyla çalışma gücünü ve hayat süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için yer verilmektedir. Buhar, is, duman, kurum, toz, koku, asit, zehirli gaz, gürültü, sarsıntı ve radyoaktif ışın gibi ağır ve yıpratıcı çalışma şartlarına rağmen, bu şartlara açık birçok kuruluşun kurulması, çalıştırılması ve faaliyetini sürdürmesi ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık yönlerinden topluma katkıları sebebiyle zorunlu bulunmaktadır. Söz konusu ağır ve yıpratıcı işlerde fiziki, ruhi ve fizyolojik bakımlardan insan sağlığını olumsuz yönde etkileyen şartlar altında çalışanların tümünün, 2098 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde unvan sayılmak suretiyle sınırlı olarak verilen itibari hizmet süresi hakkında yararlandırılmaları, “gerek Anayasamızın eşitlik ilkeleri ve gerekse sosyal güvenliğin temel prensiplerine uygun düşeceği için zorunlu görülmektedir” olarak

açıklanmasına rağmen madde metninde iş kolunda “Azotlu gübre ve şeker sanayinde” demek sureti ile sınırlamaya gidilerek anayasanın eşitlik ilkesine aykırılıkta bulunduğu düşünülmüştür. Zira Azotlu gübre ve şeker sanayinde çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verirken, devamında sözkonusu olduğu gibi Tekstil sektöründe sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilere ya da petrokimya sanayii, deri işleme sektörü, boya imalatı sanayii gibi benzeri, kimyasal maddelerin kullanıldığı ve bu nedenle işçi sağlığının olumsuz etkilendiği sanayii kollarında ve hatta dönemin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının Meclis Genel Kurulundaki madde metni üzerindeki görüşmeler sırasında belirttiği gibi kanunun hazırlanması sırasında akla gelmeyen iş kol-

larında çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılması açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırıdır. Esasen teknolojiye sürekli değişimler, yeni üretim alanlarının ve tekniklerinin gelişmesi, üretimlerde yeni kimyasal maddeler kullanılmaya başlanması sebebiyle belirli sanayii kollarının belirlenerek bu sanayii kollarında çalışanların itibari hizmet süresinden yararlandırılıp diğerlerinin yararlandırılmaması halinde yürürlükteki kanun maddesinin gelişen teknoloji ve üretim teknikleri karşısında ihtiyaca cevap veremeyecek hale geleceği ve bu nedenle çalışanların kanunlar önündeki eşitliğini zedeleyeceği açıktır. Bu nedenle maddelerin düzenlenmesinde bu maddeden yararlanacak sigortalılar belirlenirken herhangi bir sanayii kolu belirtilmeksizin yalnızca fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar

denildikten sonra hizmetin geçtiği yerin nitelikleri belirtilerek Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir uygulamaya yönelik madde oluşturulabileceği düşüncesi ile ilgili yasa

maddesinin Anayasa Mahkemesince incelenerek madde metnindeki “Azotlu gübre ve şeker sanayinde” ibaresinin iptal edilerek kanun metninden çıkartılması yönünde karar verilmesi tekdirlerinize arz olunur.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı yasa ile eklenen ve iptali istenilen ibareyi de içeren IV numaralı bendi şöyledir:

“506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir.

Sigortalılar	Hizmetin geçtiği yer	Eklenecek süre
I—
II—
III—
— (Ek: 20/6/1987 - 3395/13 md.) Azotlu gübre ve şeker sanayinde , fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar.	<ul style="list-style-type: none"> • Çelik, demir ve tunç döküm, • Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, • Patlayıcı maddeler yapılmasında, • Kaynak işlerinde çalışanlarda. 	90 gün

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasanın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 12.11.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Başvuru kararında, itiraz konusu Yasa kuralı uyarınca “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verilmesine karşın, diğer kimi sanayi kollarında sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılmamasının açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu, bu nedenle “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu Yasa kuralı, Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi sigortalılardan, azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışan; ağır, tehlikeli, sağlığa zararlı çalışma koşulları altında işlerini görmekte olan ve kanun metninde yaptıkları işler belirtilen bir kısım sigortalılara itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı getirmektedir. Kanunun uygulamasında itibari hizmet sü-

resinden yararlanılabilmesi için sigortalının iki koşulu birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna göre, sigortalının azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışma koşulunu yerine getirmesi birinci şarttır. İkinci şart ise, sigortalının, belirtilen bu işkollarında yer alan ve Kanunda sayma suretiyle belirtilmiş olan bir kısım ağır, riskli, sağlığa zararlı işleri ifa etmesidir.

İtiraz konusu Yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin görülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır. Bu nitelikteki işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıkları ileri sürülemez. Aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu Yasa kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanunu”nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV numaralı bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLU-ĞUYLA, 4.10.2006 gününde karar verildi.

AZLIK OYU

İtiraz konusu kural, yargı yerlerince farklı yorumlanmış ve bu nedenle iptal istemine konu olmuştur. Oysa kuralın, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun ilgili maddesi de gözetilerek yapılacak amaçsal yorumu, azotlu gübre ve şeker sanayii ile fabrika, atölye gibi yerleri ayrı ayrı iş alanları olarak değerlendirmeye olanaklıdır. Bu durumda Anayasal ilkelerle bir çelişme öne sürülmeyecek, kuralın yorumu yargısal gelişmelere bırakılacaktır.

Ancak, kararlar ulaşılan sonuç eşitlik ilkesinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, eylemli değil, hukuksal eşitliği amaçlar. Başka bir anlatımla, aynı durum ve konumda olan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek eşitlik ilkesinin gereğidir.

Kuralda ise, yasama organının değerlendirme alanı içinde, iş kolu ve bu iş kolunda yürütülen görev alanları belirlenerek hukuksal durumun çerçevesi çizilmiştir. Anayasal eşitlik ilkesi bu hukuksal durum içinde görülecek farklılıklarda söz konusu olabilir. Başka iş kolunun görev alanlarında çalışanlar ise ayrı hukuksal konumun süjeleridir.

Öte yandan, fiili hizmet süreleri, işyerlerinin tehlike dereceleri, o günkü veriler ve sosyo ekonomik koşullar gözetilerek belirlendiğinden; Anayasa Mahkemesi'nce sonuç olarak daha önce olumlu bulunan ve yıllardır uygulana gelen bir ilkenin, yeni yasal düzenlemenin 2007 yılından itibaren geçerli olacağı bir zaman diliminde eşitlik yönünden irdelenmesi, gündeme getireceği olguların özelliği ve denetimin sınırları bakımından anayasal uygunluk ilkesinin kapsamıyla tam bir örtüşme de sağlamayacaktır.

Bu nedenle karara karşıyım.

Üye

Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

1 - 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Kanunla eklenen

IV numaralı bendinde yer alan "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" ibaresi sayın çoğunlukça Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Aynı kuralın iptali için evvelce yine Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1989 gün ve E.1988/51, K.1989/18 sayılı kararı ile kural Anayasa'ya aykırı görülmeyle itirazın REDDİNE karar verilmiştir.

Anılan kararın gerekçesinde "...Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu maddede sözü edilen sigortalıların 'itibari hizmet süresi'nden yararlanmalarını engelleyen bir kurala yer vermemiştir. Aksine, Anayasa'nın öngördüğü 'sosyal devlet' ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan 'sosyal güvenlik' kavramını, itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır... Anılan bent hükümlerinde Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir. Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilmeyeceğine göre; bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir..." (AMKD, Sayı:25, Ankara 2001, s.227-228) denilmektedir.

Anılan karara konu olayda da, itiraz mahkemesi, itiraz konusu kuralın kapsamının dar tutulması ve maddenin kabul ettiği sistem sonucu Milli Savunma Bakanlığı ve diğer iş kollarının

madde içerisinde yer almamasının yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düştüğü savında bulunmuş; Anayasa Mahkemesi'nce, ortada eşitliğe aykırı bir durum görülmeyle, yukarıdaki gerekçe ile bu savlara katılmamış ve itirazın reddi yoluna gidilmiştir.

Söz konusu içtihadın değişmesini haklı kılabilecek, eşitlik ilkesinin uygulanmasını gerektirecek makul ve doyurucu hukuki nedenlerin dava konusu bakımından gerçekleşmediği kanısında olduğundan, öncelikle karara bu yönü itibarıyla katılmıyorum.

2 - Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." hükmünü taşımaktadır. Anılan fıkra ile ilişkin gerekçe şu şekildedir:

"...

a)... Öyle haller vardır ki; bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin: Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile hüküm verirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur..."

Söz konusu Anayasa hükmü, öğretilerde pek çok tartışmaya yol açmıştır. Burada örnek teşkil etmek üzere, bu görüşlerden bir kaçına yer verilecektir:

- "... Anayasa yapıcının bu kuralla 'ayrık kuralın' Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi durumunu, ulusal istence ters düşen bir olgu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır... Gerçekte, ana kuralı iptal edebilen bir mahkemenin, ayrık hükmü iptal edememesini anlamak güçtür. Ayrıca, ayrık hükmün iptalinin ulusal istence ters düştüğü yolundaki görüş, Anayasal denetimi kabul eden bir sistemle bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi kural koymaz. Kural koymak kuş-

kusuz yasamanın görevidir. Mahkeme ana kural, ayrık kural gibi bir ayırım yapmaz. Anayasal denetim sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunduğu kuralı iptal eder... Anayasa Mahkemesi'nin her iptal kararı, kuşkusuz, yeni bir hukuksal durum doğurur ve yeni bir uygulamaya yol açar. Bu durum kural koymaktan çok, Anayasa'ya aykırılığı gidermek anlamına gelir. Benzetme yerinde olursa, bahçeyi ekmek ve yeşilendirmek yasamanın, ısırgan otlarını ayırmak Anayasa Mahkemesi'nin işidir... Dolayısıyla, iptal kararı ulusal istence aykırılık oluşturmaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bu kuralı bu biçimde anlamıştır..." Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, s.235-237)

- "...Aslında böyle bir hüküm gerek Anayasa yargısı gerekçe idari yargı açısından Anayasa'da bulunması gereksizdir. Tıpkı bir savcıya 'sakın gereksiz yere soruşturma açma, gereksiz yere cezalandırma ya da beraat isteme' anlamına gelir... Anayasa'da mevcut olan bu düzenleme mutlak ve kesin yorumlanırsa, Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı düşen hükümleri dışındaki kuralları iptal etmemek gerekir. Bu nedenle, böyle bir düzenlemenin mevcut olması, Anayasa'ya uygunluk denetimi için gereksiz bir uyarı ve yersiz bir hatırlatmadan öteye bir 'engel' olamaz. Belki bir fren olarak fayda doğuracağı düşünülmüştür; ama iptal kararını önleyebilecek bir işlerliğe sahip değildir..." (Burhan KUZU, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s.199-205)

- "... Anayasa'nın 125. maddesine koşut olan bu kural, yeni bir uygulamaya yol açmak Mahkemenin görevi ya da emeli olmadığına göre, iptal kararı verilmesini engellemek düşünülmüş olamayacağından, açıkta, boşlukta durduğu, yinelenme, gereksiz söz (haşiv) olduğu da söyleneceğinden bir uyarı (bir sınır, bir kısıtlama amacı güdülse de) olduğunu kabul zorunluluğu açıktır. İptal kararı, dava, inceleme-denetleme konusu kuralın ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Böylece aykırılık giderilmekte, yürürlükteki durumun yerine, iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir biçim doğmaktadır. Kararın doğal sonucu kendiliğinden 'yeni bir

durum'dur. Ama asla 'yeni bir kural' değildir, 'uygun durum'dur. Bu yeni durum, Anayasa Mahkemesi'ni 'yasakoyucu' kılmaz. Mahkeme, kararına bağlanarak sıfat değiştiremez, kazanamaz... Mahkemenin yasakoyucu gibi davrandığını yasal yönden saptamak olanağı bulunmadığı gibi, iptal kararı yeni bir kural, yeni bir uygulama, yeni bir düzenleme değildir... Kısıtlamanın amacı, Yasakoyucunun istencinden büsbütün ayrı, ama tümüyle ters bir yeni kural ya da metin biçiminde bir kararın oluşmasını önlemektir... Anayasa Mahkemesiyle ilgili kuralların güçlük değil, kolaylık vermesi gerekir. Yürütmeyi tümüyle elinde bulunduran yönetimin daha çok güçlendirilmesi yargının zayıflatılmasıyla sağlanmamalıdır..." (Yekta Güngör ÖZDEN, Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Anayasa Yargısı 2, Ankara 1986, s.73-81)

Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin bazı kararlarında şu gerekçeyi ortaya koyduğu görülmektedir:

"...her iptal kararı yeni hukuksal bir sonuca neden olur. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini yasakoyucu yerine koyduğu anlamına gelmez. Yasama organı, iptal hükmüyle ortaya çıkan hukuksal yapıyı uygun bulunmazsa, kuşkusuz anayasal sınırlar içinde, yeni kural koyabilir ya da yürürlükteki kurallarda değişik yapabilir. Anayasa'nın 153. maddesi ile yasaklanan, yasakoyucu gibi davranarak kural konulmasıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi işlevini yerine getirirken yasakoyucu yerine geçerek kural koyamaz ve yeni tür uygulamaya yol açacak nitelikte karar veremez. İptal kararının kaçınılmaz ve doğal sonucu olan yeni durum, yeni görünüm, yürürlükte kalan bölüme göre ya da yürürlükten kalkan kurala göre uygulama gerekliliği, yerine getirilmesi zorunlu bir işlemdir. Afla salıverme arasındaki hukuksal çizgiyi belirlemek, buna göre gereğini kararlaştırmak yasakoyucunun yerine geçmek değil, kendi yetki ve görevinin gereğini yerine getirmektir... Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bulunduğu kuralı ya da bir aykırılık (istisna) hükmünü iptal etmesin-

de Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.1991 tarih ve E.1991/17, K.1991/23; 8.10.1991 tarih ve E.1991/34, K.1991/34 sayılı kararları; AMKD, Sayı:27, Cilt:2, s.483-484; s.580-582)

Gerek yukarıda bazılarında yer verilen öğretici görüşleri, gerek Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararlarında temas edilen düşünce ve değerlendirmelere büyük ölçüde katılmakla beraber, ortada çözümü gereken önemli bir "Anayasal Sorun"un varlığı yadsınamaz. Anayasa'nın hiçbir hükmünün, diğerlerine nazaran üstünlük ya da önem önceliği olmadığı hukuki gerçeği karşısında; halen yürürlüğünü sürdüren ve üstelik gerekçesi de gayet açık bir Anayasa hükmünün, (Md.153/2) hiç kimse ya da organ tarafından "lüzumsuz", "gereksiz", "uyarıcı/hatırlatıcı nitelikte", "ihmal edilebilir", "dikkate alınmaması gerekir", "kimseyi bağlamaz", "bir anlam ifade etmez", "etki ve yaptırım gücü yok" vb. nitelemelere tâbi tutularak; beğenilmeyerek ya da görmezlikten gelinerek uygulanmaması/değerlendirme dışı bırakılması düşünülemez. Anayasakoyucu hiçbir Anayasa kuralını nedensiz ve gereksiz olarak yürürlüğe koymayacağı gibi, kimse tarafından dikkate alınmayacak mahiyette bir kural da öngörmez. Önemli olan, yorum makamının o kuralın ratio legis'ini (ruhunu) ortaya çıkarabilmesidir. Şu halde, Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 153/2. maddesinin yorumunda, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre, bu maddeye anlam ve içerik kazandırmalı, hangi iptal kararının "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde" hükme sebebiyet vereceğinin analiz ve değerlendirmesini yapmalıdır.

Davanın somutunda, iptali istenen kuralın, bir başına Anayasa'ya aykırılığı sözkonusu değildir ve esasen böyle bir iddia da yoktur. İptal istemi, sadece "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" bazı işkolları için yasakoyucu tarafından tanınan hizmetin, ülkede SSK'ya tabi tüm işyerlerinde, aynı işkolları içinde tanınması, yani "uygulama alanının genişletilmesi" amacıyla yapılmış ve sayın çoğunlukça da bu istem "eşitlik" ilkesi yönünden haklı görülerek, kuralın iptaline karar verilmiştir.

Diğer bir deyişle, sırf uygulama alanının genişletilmesi amacıyla, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen ve bir sosyal güvenlik atfeti mahiyetinde, önemli görülen iki-sanayi alanında belli işkollarında çalışan SSK'lılara tanınan ve bu mahiyeti itibarıyla de yasakoyucunun takdir alanı içerisinde bulunan bir düzenleme iptal edilmiş; böylelikle salt iptal kararıyla, yasakoyucunun iradesi dışında, yeni bir uygulamaya yol açılması ve aynı hizmetin geçtiği tüm işyeri ve işkollarında çalışanlara da itibari hizmet verilmesi gerekliliği sonucu doğmuştur. Anayasa'nın 153/2. maddesinin gerekçesinde açık biçimde örneklenmesine karşın, iptal kararıyla, istisna hükmünün iptaliyle, istisna asıl "kural" haline dönüşmüştür. Anılan maddenin ruhunun ise böyle bir sonucu amaçlamadığı çok açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptal kararına bu yönü itibarıyla de katılmıyorum.

3 - Çoğunluk kararının dayalı olduğu "eşitlik" gerekçesinin incelenme konusu kural bakımından uygulama alanının olmadığını değerlendirmekteyim. Çünkü, yukarıda isnat edildiği üzere, sonuçta iptalin asıl nedeni, yasadaki "düzenleme eksikliği" (eksik düzenleme)dir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektiremeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, hazine avukatlarına verilen yol tazminatının öteki kamu kurumu avukatlarına verilmemesiyle ilgili davada, "Özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın, uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulmaz" yönündeki gerekçeyle, sözkonusu eksik düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

(Any.Mah.nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K:1987/32 sayılı kararı; AMKD, Sayı: 23, s.427. Bu konudaki diğer karar örnekleri için bkz. Aliefendioğlu, age., s.302-305)

Davanın somutunda, ortada eşitlik ilkesinin uygulaması bakımından, durumları özdeş olan iki kategori kişi/kişiler sözkonusu değildir. SSK'nun aktüeryal dengesi ve işkollarının özellikleri dikkate alınarak, yasakoyucu tarafından sadece iki alanda (azotlu gübre ve şeker sanayinde) belli çalışma sahalarda çalışan SSK'lılara itibari hizmet imkânı sağlanmıştır. Azotlu gübre ve şeker sanayinde kanunda sayılan çalışma sahalarda bilfiil istihdam edilenlerin hukuki konumu ile diğer sanayi kollarında benzer çalışma sahalarda istihdam edilenlerin hukuki konumu özdeş (aynı) sayılamaz Çünkü, bu hususun saptanması tamamen teknik ve ihtisası gerektiren bir değerlendirmeyi gerektirir. Yasakoyucu SSK'lılar yönünden bir sosyal güvenlik atfeti getirirken, önceliği sayılan sanayi kollarına vermiş olup, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmıştır. Bu bakımdan, henüz yasakoyucunun atfet imkânı tanımadığı diğer sanayi ve işkollarında benzer çalışma sahalarda çalışanların, azotlu gübre ve şeker sanayinde çalışanlarla kıyaslanarak, aralarında eşitsizlik olduğu yolunda ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir. Bu nedenle, kararın gerekçesine bu yönü itibarıyla de katılmıyorum.

4 - Yukarıda üç başlık altında gerekçesini açıkladığım nedenlere dayalı olarak, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; aksi düşünce ve gerekçelerle kuralın iptali yolundaki sayın çoğunluk kararına iştirak edemiyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

1. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'nin "itibari hizmetten" yararlanacaklar yönünden verdiği iptal kararı hukuk dünyamızda yeni tartışmalar ortaya çıkartmıştır.

Bunlardan ilki; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının dayandığı gerekçeler yönündendir.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesi; iptal edilen

bendin de içerisinde yer aldığı yasal düzenlemeyi ilk defa 1989 yılında anayasal sosyal güvenlik, eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından anayasal denetime tabi tutmuş ve "itibari hizmetten" yararlanan kimselerin gösterildiği bölümün tamamının Anayasa'ya uygun olduğunu, bir yasal düzenlemenin; salt, uygulama alanının genişletilmesi amacıyla

la iptalinin ileri sürülemeyeceğine karar vererek bu yöndeki istemi yerinde bulmamıştır.

Oysa; şimdi incelenen ikinci kararında, anayasal eşitlik ilkesini baz alarak, “itibari hizmetten” yararlananların kapsamını yeni bir sistem yaratacak şekilde genişletmiş, özde, Anayasa’ya aykırı olmayan bir düzenlemeyi Yasa kapsamının genişletilmesi amacıyla iptal etmiştir.

Böylece anayasal aykırılık denetimi yönünden önceki ilke ve kararlarından farklı bir durum ortaya çıkarmıştır. Tartışmaların odaklanacağı ilk nokta bu konuda olacaktır.

İkinci tartışma konusu, kimlerin “itibari hizmetten” yararlanacakları yönünden ortaya çıkan yeni ve soyut sisteme yönelik olacaktır. Yasa koyucu, “itibari hizmetten” yararlanacakları belirlerken “saymacı (=tadadi)” bir yöntem uygulamış, bu alanda çerçevesi belli, somut kurallar belirleyerek ortaya çıkacak uyumsuzlukları ve belirsizlikleri önemli ölçüde engellemiştir. İncelenen iptal kararı ise mevcut yasal sistemi ortadan kaldırmış, yeni ve çerçevesi yeterince belli olmayan bir durum ortaya çıkarmıştır.

Ortaya çıkan bu tablo karşısında, uygulama nasıl olacaktır? Hangi iş kollarında ve hangi sigortalılar bundan yararlanacaktır? Yasal düzenlemenin iptal kararından sonra aldığı yeni biçim üzerine, Kurum ve işveren nasıl bir uygulama yapacaktır, özellikle mahkemeler önlerine gelen uyumsuzlukları hangi esaslara göre çözecektir?

Bütün bu soruların cevabını bulabilmek ve bir çözüme ulaşabilmek açısından öncelikle “itibari hizmet” kavramını ortaya koymak, bu alanda yasal uygulama koşullarını belirlemek, giderek Anayasa Mahkemesi’nin ilk kararı ve dayandığı ilkelere yer vermek daha sonra Anayasa Mahkemesi’nin son kararı ile dayandığı gerekçeye gönderme yapmak suretiyle değerlendirme yapmak ve ortaya çıkan duruma göre bir çözüm göstermek yararlı olacaktır.

II. İTİBARI HİZMET KAVRAMI

Sosyal güvenlik sistemlerinde, “itibari hizmet süresi” veya “fiili hizmet zammı” gibi kavramlara yer verildiği görülmektedir. Bu tür bir uygulama ile bazı yıpratıcı işlerde çalışanların fiili hizmet sürelerine ek veya ilave bir artırım öngörülmekte, bunlara daha erken emekliliği hak kazanmaları veya ma-

lullük, ölüm sigortaları ile emsallerine göre avantajlı durum yaratılmak istenmektedir.

Yapılan artırım, varsayımlı (farazi) bir çalışma süresi olduğundan, kavram “itibari hizmet süresi” veya “fiili hizmet zammı” olarak adlandırılmaktadır. Burada, gerçekten varolmayan fakat varsayılan bir sigortalılık süresi söz konusudur ve sigortalının eylemli çalışması, artırımlı (zamlı, ilaveli) olarak işlem görmektedir. Bu nedenle, itibari hizmet süresi ilgili olduğu yasaya özgüdür, düzenlendiği alanla sınırlıdır. Bunun sonucu bu sürenin, örneğin, kıdem tazminatında göz önünde tutulması olanaksızdır¹.

506 sayılı Yasa sistemine, “itibari hizmet” kavramı 11.08.1977 günlü, 2098 sayılı Yasa ile girmiştir. Daha sonra 20.06.1987 günlü 3395 sayılı Yasa bu hizmetten yararlananların kapsamını genişletmiş ve yeni sigortalı gruplarının bu sisteme girmelerini sağlamıştır. Gerçekten kimi sigortalılar çalıştıkları işlerden fizyolojik ve ruhi yönden etkilenmekte ve emsallerine göre daha erken çökme veya yaşlanmaya maruz kalmaktadırlar.

506 sayılı Yasa sisteminde “itibari hizmet”; yer altı maden işçileri ve inceleme konusu Ek 5. maddede gösterilen sigortalılar açısından olmak üzere iki yerde düzenlenmiştir. Maden işçileri yönünden kabul edilen yöntemde, sigortalıların primi ödenmiş fiili hizmet sürelerine belli gün ilave yapılması hükme bağlanmış, inceleme konusu sistemde ise, salt, sigortalılık süresinin belli oranda artırılması kabul edilmiştir. Bu nedenle her iki yasal düzenlemenin kabul ettiği yararlanma yöntemi farklıdır.

Bu arada hatırlatalım ki, “itibari hizmet” süresine ilişkin ilk uygulamalardan birisi de 3575 sayılı Yasa’nın 19. maddesinde yer almıştır. Kısa adı 1939 tarihli Askeri Fabrikalar Emekli ve Yardım Sandığı Kanunu’nun 19. maddesinde gösterildiği üzere, çelik, demir, pirinç dökümhanelerinde döküm işi ve haddehanelerde zehirli ve boğucu gaz kısmında, asit fabrikalarındaki asit işlerinde, barut ve patlayıcı madde ve bomba fabrikalarındaki patlayıcı madde işlerinde ve uçak fabrikaları emayit işlerinde ve gemilerde kazan içlerinin temizliği gibi, ağır ve yıpratıcı hizmetlerde çalışanların bu hizmetlerde geçen sürelerinin bir buçuk misli hesap edilmesi esas kabul edilmiştir.

Öte yandan, Emekli Sandığı’na tabi çalışanlar yönünden “itibari hizmet” süresine ilişkin düzenleme

mevcuttur. Bu Yasa'da; "fiili hizmet zammı" ve "itibari hizmet müddeti" olarak gösterilen sistemde, aynı kavram iki ayrı terimle açıklanmıştır. Yasa'nın 32. maddesinde gösterildiği üzere, Cumhuriyet Ordu kadrolarında muvazzaf, yedek, gedikli subaylarla askeri memurların, emniyet ve polis mesleklerinde bu meslek mensuplarının, lokomotif üzerinde çalışan lokomotif makinist ve ateşçilerinin ve Yasa'da gösterilen diğer iştirakçilerin yıllık hizmetlerine belli süreler ilave edilmesi kabul edilmiştir. Eklenen bu süreler Yasa'nın 33. maddesinde gösterildiği üzere "fiili hizmet müddeti zamları" olarak anılmıştır.

Sözü edilen Yasa, "itibari hizmet müddeti" kavramına da yer vermiş ve Emekli Sandığı Yasası'nın 36. maddesinde belirlendiği üzere, bir kısım iştirakçilerin belli koşullarda "fiili hizmet sürelerine" yukarıda gösterilen zamlar dışında her yıl için itibari hizmet süreleri ekleneceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, "itibari hizmet" kavramı ile T.C. Emekli Sandığı Yasası'nda düzenlenen "fiili hizmet zammı" kavramı da birbirinden farklıdır. "Fiili hizmet zammı", primi ödenmiş süre olduktan başka, sigortalılık başlangıcını geriye götürmektedir². "İtibari hizmet" kurumundan yararlananlar, emsallerine göre daha ayrıcalıklı biçimde erken yaşta emekli olabildiğinden, bu kurumdan yararlanma yönünden hayli uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, bu hizmetten yararlanan kimselerin kapsamını genişletmek amacıyla konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne dahi getirilmiş ancak yukarıda gösterildiği biçimde Yüksek Mahkeme salt, bu sistemden yararlananların kapsamının genişletilmesi amacıyla iptal kararı verilemeyeceğini belirlemiş ve yapılan başvuruyu Anayasa'ya uygun bulmamıştır.

III. İTİBARI HİZMETTEN YARARLANANLAR

İncelenen yasal sistemden yararlananlar, 2098 sayılı Yasada, 212 sayılı Yasa ile değişik basın mesleğinde çalışanlar hakkında düzenleme yapan 5953 sayılı Yasa kapsamındaki sigortalılar, basın müşavirleri, basın kartına sahip sigortalılar ile basın ve gazetecilik işyerlerinde İş Kanunu'na göre çalışan operatör, mürettep gibi sigortalıları kapsamına almış iken daha sonra 1987 yılında kabul edilen 3395 sayılı Yasa ile kapsam genişletilmiştir. Bu genişleme sonucu basın ve gazetecilik işyerlerinde çalışan kişiler niteliklerine bakılmaksızın sistemden yararlandırılmışlar-

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlananları belirtirken, belli kriterleri esas almış ve somut bir şekilde bunların niteliklerini belirlemiştir.

dır. Ayrıca gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcü ve dalgıçları da sistem içerisine alınmış ve inceleme konusu azotlu gübre ve şeker sanayiinin, fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binalarında çalışanlar sistemden faydalandırılmışlardır.

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlananları belirtirken, belli kriterleri esas almış ve somut bir şekilde bunların niteliklerini belirlemiştir.

Nitekim 2098 sayılı Yasa gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir : "...1.Basın mesleğinde fikren veya bedenen çalışan işçilerin çoğu, çok ağır ve yıpratıcı şartlar altındadır. Ağır işçiliği oluşturan unsurların başında yer alan:

- a) Zehirli ve kesif gazlı ortamda çalışma,
 - b) Fazla gürültü ve ihtisas yapıcı makine ve aletlerle yapılan çalışma,
 - c) Doğrudan doğruya yüksek hararete maruz bırakan çalışma,
 - ç) Günlük mesainin yarısından fazlası gece saat 20:00'den sonra geçen çalışma,
 - d) Tabii ışığın mevcut bulunmadığı yerlerde münhasıran suni ışık altında çalışma,
 - e) Hayati tehlikelere maruz bırakan zararlı maddelerin bulunduğu yerlerdeki çalışma,
- Objektif ölçüler olarak basın mesleğinde de vardır ve kullanılmaktadır.

2. Beden işçileri ile aynı çalışma temposuna uyum durumunda olan fikir işçileri için günün yirmidört saatini yaşayan bir günlük gazete ile birlikte olmak vecibesi de vardır.

Kontak anahtarını kapatan şoför, kazmasını bırakan işçi için dinlenme veya istirahate çekilme imkânı vardır. Fakat gazetenin fikir işçisi toplumunda düşündüğü, gördüğü, duyduğu için; sinemada, tiyatrodada, bir toplantıda hatta gece uykusunda bile iş başında sayılır, misafirlik ve konferans bile fikir işçisinin çalıştığı ortama dahildir.

Mesleğin bu sürekliliğine, durmazlığına mukabil bir de gerilimli tarafı vardır ki, fiziki ve ruhi çöküntülere sebep olduğu tıbbi deneylerle sabittir.

Basın mesleğinde ölüm yaşının tespiti amacını güden bir araştırma ile sabit olmuştur ki, basın mesleğinde çalışanların yaş ortalaması 44 yıl 8 aydır...Şu halde basın hayatı yıpratıcı ve öldürücüdür. Bu nedenle ve bilhassa bir çok devlet hizmetlerinde yıpranma tazminatının tatbik görmekte oluşu; çilekeş basın mensuplarına her yıl için 90 günlük itibari bir hakkın tanınmasını reddedilmez bir netice haline sokmuştur.³

Görüldüğü üzere sözü edilen 2098 sayılı Yasa "itibari hizmet" süresinden yararlananların kapsamını çok dar tutmuştur. Ancak aynı işkolunda çalışan bir kısım sigortalıların ağır ve yıpratıcı işlerde, fiziki, ruhi ve fizyolojik yönlerden insan sağlığını olumsuz yönden etkileyen şartlar altında çalışan bir kısım sigortalılar daha sonra yukarıda sözü edilen 3395 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile itibari hizmet kapsamına alınmışlar ve inceleme konusu azotlu gübre ve şeker sanayiinin belli bölümlerinde çalışanlar sisteme girmişlerdir⁴.

IV. İTİBARI HİZMETTEN YARARLANMA KOŞULLARI

Uygulamada kabul edildiği üzere, itibari hizmetten bir sigortalının yararlanabilmesi için yasal üç koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur.

Koşullardan birisi, sistemden yararlanacak sigortalının Ek 5. maddenin sol tarafında gösterilen "sigortalılar"dan olması gerekmektedir. Buna göre saymacı bir yöntemle belirlenen ve belirli işkolunda gösterilen sigortalının ancak bu yasal sistemden yararlanması söz konusudur.

Yasa'dan yararlanabilme yönünden öngörülen ikinci koşul ise madde içeriğinde yer alan cetvelin sağ tarafında yer alan ve hizmetin geçtiği yer olarak gene tadadı bir şekilde gösterilen "işyeri" veya "çalışma koşullarına" ilişkindir. Uygulamada belirlendiği üzere her iki koşulun birlikte gerçekleşmesi yönünde halk sağlığı, fen bilimleri, kimya ve fizik alanlarında uzman kişilerin yer aldığı ve hukukçunun da görüşü alınmak suretiyle oluşturulacak heyetlerden yararlanılmakta ve çalışılan yer bizzat incelenmek suretiyle bir sonuca ulaşılmaktadır. Ancak tüm koşulları taşıyan sigortalı "itibari hizmetten" yararlanmaktadır.

Üçüncü koşul ise, "itibari hizmetten" ancak, belli süre sigortalılığa erişenlerin yararlanmasına ilişkindir.

V. YARARLANMA KAPSAMI

İtibari hizmetten yararlananların kazanacakları ek veya ilave sürelerin nasıl hesaplanacağı Yasa'ca ortaya konmuştur. Buna göre her tam yıl için 90 günlük bir ek süre tanınmaktadır. Kesirlerin hesaplanmasında tam yıl 360 gün olarak alınır. Fiilen çalışılmış güne eklenecek itibari hizmet gün sayısının bulunmasında; (çalışılan gün sayısı x 0.25) formülü uygulanmaktadır.

Bu formüle göre 20 tam yıl çalışan bir sigortalı beş yıllık bir ek süre kazanmaktadır. Öte yandan 4447 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 39. maddeye göre, sigortalılık süresine eklenen "itibari hizmet süresi" beş yıldan fazla olamayacaktır.

Bu arada ilave edelim ki; itibari hizmet süresinin ayrıca prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesi gerekeceği yolundaki görüş ve içtihat Y.İ.B.B.G.K. Kararında yerinde bulunmamış ve sözü edilen ek hizmetin salt, sigortalılık süresine ekleneceği görüşü kabul edilmiştir⁵.

VI. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN 02.05.1989 GÜNLÜ 1988/51 E., 1989/18 K. SAYILI İLK KARARI

İtibari hizmetten yararlananların genişletilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne ilk başvuru 1988 yılında Ankara 1. İş Mahkemesi'nce yapılmıştır.

Bu başvuru ile Ek 5. maddede yer alan cetvelin sol tarafında bulunan ve "itibari hizmetten" yararlanan sigortalıları belirleyen II., III. ve IV. bentlerinin Anayasa'nın sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu, maddede yer alan azotlu gübre sanayiinde çalışanlarla daha ağır ve elverişsiz koşullarda çalışanlar arasında ayırım yapıldığı, mahkemenin bakmakta olduğu davada, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı harb-iş kolunda çalışan bir kimsenin itibari hizmetten yoksun olduğu ve bu durumun anayasal ilkelere uygun düşmediği, sonuçta bu yasal sistemin iptal edilmesi gerekeceği ileri sürülmüş ve açıkça yasanın uygulama alanının genişletilmesi istenmiştir.

Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi aynen şu ilkelere yer vermiş ve istemi yerinde bulmamıştır:

"...Davacı vekili; Anayasaya aykırılık savının gerekçelerini şu noktalarda toplamaktadır: Müvekkilinin, Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerinde çalış-

tığını, bu işyerinin niteliği ve koşulları bakımından itiraz konusu kuralda öngörülen ve “itibari hizmet” süresinden yararlanma olanağı veren işyerlerinden farklı olmadığını, ancak, Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların itiraz konusu madde kapsamında yer almamaları nedeniyle bu madde ile tanınan olanaktan yararlanamadıklarını, itiraz konusu kural uyarınca; itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için iki ayrı koşulun birlikte gerçekleşmesinin gerektiğini, buna göre, madde kapsamında açıkça gösterilen ve sayılan sigortalılardan olmak yanında, görülen işin de madde metninde belirtilen işyerinde yapılması gerektiğini, başka bir anlamla hem işkolu hem de işyeri koşulunun birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olduğunu, bu durumun ise davacı gibi işyeri koşulu uymasına karşın, madde metninde belirtilmeyen işkollarında çalışan sigortalılar aleyhine bir durum yarattığını ve bunların itibari hizmet süresinden yararlanamadıklarını, böylece, aynı tür işi görenler arasında eşitsizlik yaratıldığını, oysa, itiraz konusu madde düzenlemesinde öngörülen ve itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için iki koşulu birlikte arayan sistem yerine, sadece işyeri koşulunu zorunlu kılan sistemin kabulü durumunda, bu eşitsizliğin ortadan kalkacağını, müvekkili davacı sigortalı gibi aynı durumda olanların belirtilen haktan yararlanma olanağının doğacağını, bunun için de Anayasa Mahkemesi’nin; itiraz konusu kuralda yer alan ve işkolunu veya “sigortalılar”ı gösteren ibareleri iptal etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacı vekili, açıkça, itiraz konusu kuralın kapsamının genişletilmesini ve bunun sonucu olarak, müvekkilinin “itibari hizmet süresi” hakkından yararlanmasını amaçlamaktadır. Davacı vekili ile aynı görüşü paylaşan mahkeme; itiraz konusu kuralın getirdiği düzenlemeden yararlananların, salt bu durumlarının, Anayasaya veya sosyal güvenlik sistemine aykırılık yarattığını ileri sürmemişler, sadece itiraz konusu madde kapsamının dar tutulması ve maddenin kabul ettiği sistem sonucu Milli Savunma Bakanlığı ve diğer işkollarının madde içinde yer almamasının yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu savında bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kararlarında açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün, Anayasa’ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu

maddede sözü edilen sigortalıların, “itibari hizmet” süresinden yararlanmalarını engelleyen bir kurala yer vermemiştir. Aksine, Anayasa’nın öngördüğü sosyal devlet ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan sosyal güvenlik kavramı itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır.

İtibari hizmet süresi kavramının yasalarda kabul edilmesini açıklayan yasa gerekçelerinde de gösterdiği üzere; beden yıpratıcı, çalışma gücünü ve yaşam süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için, itibari hizmet ve fiili hizmet zammı gibi uygulamalara sosyal güvenlik sistemlerinde yer verilmektedir.

...Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların anılan bend hükümlerinde yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasaya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi’nden, ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde, Anayasaya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre; bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasaya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hükmün Anayasaya aykırılığı görülmemiştir.”

VII. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN AYNI KONUYA İLİŞKİN İNCELEME KONUSU 2006/97 K. SAYILI İKİNCİ KARARI

Anayasa Mahkemesi ikinci kez önüne getirilen Anayasa’ya aykırılık istemini bu kerre yerinde bulmuş ve itibari hizmetten yararlananların gösterildiği ve çizelgenin sol tarafından dördüncü bentte yer alan “azotlu gübre ve şeker sanayiinde” sözcüklerini; anayasal eşitlik ilkesine dayanarak iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme iptal kararını verirken aynen şu görüşlere yer vermiştir:

“İtiraz konusu yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlı-

ğa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi-i dalında da bu nitelikli işlerin öngörülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi işkolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır. Bu nitelik-

tinmiş; “ağır, riskli ve sağlığa zararlı” işleri gören tüm sigortalıların itibari hizmet olanağından yararlanması gerektiğini kabul etmiştir.

Böylece “itibari hizmet” kavramı yasa koyucunun gerek amaç ve gerekse kapsam yönünden öngörmediği, koşulları değişik tamamen farklı bir boyuta ulaşmıştır.

Bu tür bir iptal kararı ise, Anayasa Mahkemesi'nin daha evvel bu alanda kabul ettiği ilke ve esaslardan tamamen farklı olmuştur. Anayasa Mahkemesi yukarıda birinci kararda ve daha sonra başka kararlarında açıkça öngördüğü üzere, bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine dayanarak iptal kararı verilebilmesi için iki temel unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekeceğini kabul etmiştir. Bu ilkeler şöylece belirlenebilir:

“İtibari hizmet” kavramı yasa koyucunun gerek amaç ve gerekse kapsam yönünden öngörmediği, koşulları değişik, tamamen farklı bir boyuta ulaşmıştır.

teki işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıkları sürülemez. Aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu yasa kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.”

VIII. İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Gerçekten, iptal kararı sonucu madde yeni bir boyut kazanmıştır. İtibari hizmetten yararlanma yönünden yasa koyucunun öngördüğü ve temelde iki ana koşula dayalı yöntem iptal edilmiş, yerine yeni bir sistem konulmak istenmiştir.

Yukarıda gösterildiği üzere; itibari hizmet kapsamı olabildiğince dar tutulmuş ve kimlerin hangi koşullarda bu imkândan yararlanmaları gerekeceği somut biçimde ortaya konmuştur. Buna göre, bir sigortalının bu imkândan yararlanabilmesi için belli bir işkolunda çalışması ve gene bu işkolunda görülen işin Yasa'nın açıkça ortaya koyduğu insan sağlığına aykırı olumsuz koşullarda gerçekleşmesi gerekmektedir.

Oysa iptal kararı işkolu koşulunu kaldırdıktan başka ikinci koşul için genel bir tanımlama ile ye-

1. İptali istenilen yasal düzenleme özde ve metin olarak doğrudan anayasal ilke ve esaslara aykırı olmalıdır.

2. Salt, bir yasal düzenlemenin; uygulama alanının genişletilmesi amacıyla Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz, Yasa'nın uygulama alanının genişletilmesi ve bu alanda yeni düzenleme yapılması yasa koyucunun takdir ve görev alanına girer.

Belirtilen bu iki temel ilke Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen ve incelenen Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.1989 günlü kararından başka kimi kararlarında da açıkça ortaya konulmuştur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, gecikme faizi kavram ve kapsamının eşitlik ilkesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelerken; itirazcı mahkemenin Devlet'e tanınan faiz imkanının, karşı tarafa da tanınması gerekeceği yolundaki aykırılık itirazını reddederken aynen şu ilkelere yer vermiştir:

“2. Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme:

İtirazın gerekçesi açıklanırken de belirtilmiş olduğu üzere, itiraz yoluna başvuran mahkeme, itiraz konusu kuralın, ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhlarda yükümlülerce faiz ödenmesini kabul ettiğini, buna karşılık, devleti hatalı biçimde veya yanlışlıkla tahsil ettiği vergileri iade ederken bu tür bir fa-

iz ödemekle yükümlü tutmadığını ve böylece devlet yararına ayrıcalık doğurduğunu iddia etmiştir.

Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, bu tür bir gerekçe ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmanın mümkün olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek amacıyla anayasaya aykırılık iddiası öne sürülemez...Yasa koyucu dilediği zaman bu eksikliği giderebilir.

Öte yandan böyle bir eksik düzenlemenin eşitlik ilkesini zedelediğini ileri sürmek de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararlarında tekrarlandığı üzere, Anayasada öngörülen eşitlik, "yasa önünde eşitlik" olup, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, "eşitlerin eşitliği" anlamındadır. Farklı durumda olanlara yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani "eşit olmayanların eşitsizliği", eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz⁷.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin ortaya konan bu ilkeleri hazine avukatlarına tanınan kimi hakların, öteki kamu avukatlarına tanınması amacıyla hazine avukatlarına tanınan hakların iptali istemine karşı yapılan incelemede Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır:

"Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıkladığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün metin olarak Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lazımdır...Hazine avukatlarına yol tazminatı ödenmesini öngören hükmün Anayasa ile uyum içerisinde bulunmayan bir yönü yoktur...Söz konusu hüküm, sorunun, öteki kamu avukatları yönünden de, sosyal, ekonomik ve hukuksal gereksinimleri bütünüyle karşılayacak biçimde yasal çözümlere kavuşturulmasını, bu amaca yönelik yasal düzenlemeler yapılmasını engelleyen bir ifade ve içerik taşımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanında kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal

isteminde bulunulamayacağına göre; sonucu bakımından aynı işi ve işlemi yapan, aynı görev sorumluluğunu paylaşan kamu avukatları arasında farklı uygulamaya neden olduğu ileri sürülen itiraz konusu hükmün kamu avukatlarının önemli bir kesimine tanınan hakkı iptal kararı ile değil, öteki kesimlerine de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasa işlemleri ile düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntem ile giderilmesi Anayasaya daha uygun ve daha tutarlı bir tasarruf olacaktır⁸."

Bu örneklere ilave olarak Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunda "süper emeklilik" olarak tanımlanan ve en üst göstergeden aylık alanlara, borçlanma yolu ile aylıklarının % 300 oranında artırılmasını öngören yasal düzenlemeyi iptal ederken; düzenlemenin özü itibarıyla anayasal sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar esasları ile eşitlik ilkesine aykırı düştüğü ve ayrımcılık yaptığını kabul etmiştir⁹.

Böylece denilebilir ki, Anayasa Mahkemesi'nin örnek olarak verilen ilke ve gerekçeleri ile son verdiği kararda dayanılan görüş birbirine uygun düşmemiştir.

IX. ORTAYA ÇIKAN DURUM VE SORUNUN ÇÖZÜMÜ

Yukarıda ortaya konulduğu üzere, itibari hizmetten yararlanacaklar yönünden ortaya soyut ve belirsiz denilebilecek bir yasal tablo çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı kimi sorunları birlikte getirmiştir. Uygulamanın nasıl olacağı, Kurum ve işverenlerin bu yasal düzenleme karşısında nasıl uygulama yapacakları, prim oranlarının ne düzeyde bulunacağı, giderek mahkemelerin itibari hizmetten yararlanma yönündeki uyuşmazlıkları hangi esaslara göre çözümleneceği sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hemen belirlemek gerekirse; kimi imtiyaz ve olanak sağlayan yasal düzenlemelerin olabildiğince açık ve somut kurallarla ortaya konması gerekir. Yasal çerçeve ve esasların açıklıkla gösterilmediği durumlar uygulamada büyük sorunlar ortaya çıkarır. İnceleme konusu sistemde olduğu gibi, Kurum aktüeryal dengesini ilgilendiren, gerçekte çok zor durumda bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun olabildiğince erken emeklilik ortamı hazırlayan bu tür bir uygulamadan olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır.

Bir tarafta, erken emekliliğin önlenmesi yolunda yasal arayışlar içinde olan ve "yaş", "sigortalılık

süresi”, “prim gün sayısı” gibi yaşlılığa etken unsurlarda yeni düzenlemeler yapılırken, diğer taraftan sosyal sigortalar sisteminde sınırları belirsiz ve erken emeklilik yönünden önemli olanaklar sağlayan bir sistemin uygulamaya sokulması ortaya bir çelişki çıkaracaktır.

Yukarıda gösterildiği üzere iptal kararında ortaya konulan kıstaslar son derece geniş ve soyut kapsamlıdır. Bu tür bir ölçü tüm işkolları için geçerli olduğunda ortaya bir sistem değil, sistemsizlik çıkartacaktır. Gerçekten, iş hayatında her işkolunun kendine özgü tehlikesi ve insan sağlığı yönünden olumsuz yönleri bulunmaktadır.

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlanmayı sadece belli işkollarına hasrederken uygulamayı göz önünde tutmuş ve yer altı maden işçileri ve yukarıda örnekleri gösterilen hizmetlere bu imkanı tanımıştır. Oysa gelinen bu son durumda uygulama tüm işkollarına hasredilecektir. Sendikalar Yasasının 60. maddesinde belirtilen 28 işkolu olduğu gözetilir ve bu işkolu içerisinde yer alan ve tüzükte belirlenen tüm işler gözetildiğinde uygulamanın hangi boyutlara ulaşacağı daha açık ortaya çıkar. Sistemden yararlananlar ile Anayasa Mahkemesi iptal kararı sonucu yararlanmaları gündeme gelebilecek işkollarının bünyesinde çalışanların karşılaştırılması durumunda çarpıcı sonuçlar ortaya çıkacaktır. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yayımladığı, 2004 Yılı Çalışma Hayatı İstatistikleri kitabında gösterildiği üzere; sistemden yararlanan Şeker işkolunda çalışan işçi sayısı toplam 26.567 kişi, Basın-Yayın işkolunda çalışan işçi sayısı 42.859 kişi, Gemi işkolunda çalışanların sayısı 11.753 kişi, Gazetecilik işkolunda çalışanların sayısı ise 12.557 kişidir. Bunların tamamının da; işyeri ve çalışma koşulları itibariyle, sistem içerisine giremeyeceği göz önünde tutulursa, sistemden yararlananların sayısı, kabaca bir tahmin ile 50.000'i geçmeyecektir. Buna karşın sistemi, global biçimde tüm işkollarına açtığımızda, muhtemel yararlanacaklar arasında, sadece metal işkolunda 611.531 kişi bulunmaktadır¹⁰. Bu denli genişleyecek bir sistemi ise, hiçbir sosyal güvenlik kuruluşu karşılayamaz. Oysa yasa koyucu bu alanda düzenleme yaparken uygulamayı göz önünde bulundurmuş ve sistemi dar bir çerçeve içerisinde tutmuştur. Kuşkusuz yeni koşulların oluşması durumunda yasa koyucunun sistemi genişletebilmesi mümkündür.

Ancak böyle bir genişletmeye gerekli yasal evreler geçirildikten sonra gidilmesi gerekir.

Ortaya çıkan bu durum karşısında bir sonuca ulaşmak gerekirse; bu alanda yapılması gereken ilk iş, sorunun en kısa zamanda yasa koyucu tarafından yeniden ele alınması ve itibari hizmetten yararlanacakların Anayasa Mahkemesi gerekçesi de göz önünde tutularak ve somut verilere dayalı yeniden belirlenmesidir.

Ne var ki, yasal sürecin gecikebileceği ve devlet yaşamında devamlılığın asıl olduğu, bu alanda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların da çözümlenmesi gerekeceğinden sorun ister istemez yargıya taşınacaktır.

Böyle bir sorun ise hukuksal olduğu kadar kişi sağlığı ve fen alanını ilgilendirmektedir.

Mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda; kapsama alınmak istenen iş için Yasa'nın temel amacı gözetilmeli ve insan sağlığı yönünden ne gibi olumsuz etkilerin çıkabileceği bilimsel yöntemlerle, konunun uzmanı kurullarca ve mutlak olarak işyerlerinde yapılacak uygulama, araştırma ve gözlemlerle ortaya koymaları gerekecektir. Özellikle 2098 sayılı Yasa gerekçesinde gösterilen türden uyuşmazlık konusu işin olağan iş türlerinden ayrılan yönleri saptanmalı ve Yasa'nın belirlediği kriterler açıkça vurgulanmalıdır.

Somut biçimde; insan ömrünü kısaltacak, insan sağlığına önemli ölçüde zarar verecek, fizyolojik ve ruhi çöküntüler belirlenmeden, sonuca gidilmemelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985 Basım, sh.745.
- 2 Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt II, sh.1386.
- 3 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, S.Sayısı:471, sh.1-2.
- 4 T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 121. Birleşim, 20.06.1987 günlü, S.Sayısı 586, sh.4.
- 5 08.02.2000 günlü E:1997/1, K:2000/1 sayılı Y.İ.B.B.G.K.K.
- 6 A.Y.M.K.D. sayı 25, sh.226-227.
- 7 A.Y.M.K. 27.09.1988 günlü, E:1988/7, K:1988/27, A.Y.M.K.D. sayı 24, sh.420 ve 421.
- 8 A.Y.M.K. 24.11.1987 günlü, E:1987/24, K:1987/32, A.Y.M.K.D. sayı 23, sh.426-427.
- 9 A.Y.M.K. 26.10.1988 günlü, E:1988/19, K:1988/33, A.Y.M.K.D. sayı 24, sh.444 ve devamı.
- 10 T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Hayatı İstatistikleri, 2004, sh:119.

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları

Bugün ülkemizde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2004 yılı Şubat ayından Eylül ayına kadar geçen süre içinde hazırlanarak, 2004 Eylül ayı içinde yasama tarihinde görülmemiş bir süratle kanunlaştırılarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun yapanlar tarafından çok beğenilmesine rağmen, uygulamacılar ve akademisyenler tarafından oldukça ağır bir şekilde eleştirilmiştir.

Söz konusu Kanunun, özellikle ceza hukuku bilimine, suç genel teorisine uygun olmadığı, niteliksiz bir yasama olarak ortaya çıktığı ve mutlaka değiştirilmesi gerektiği muhtelif vesilelerle ifade edilmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu, yürürlüğe girmeden iki kez değiştirilmek mecburiyetinde kalmış "Kanun" unvanına sahiptir.

Hatırlanacağı gibi, 2004 Eylül ayında yasalaşması büyük bir başarı olarak ileri sürülen bu Kanun, Avrupa Birliği'ne katılma heyecanının da konusu olmuştur. Bununla beraber Avrupa Birliği, reform

olarak takdim edilen bu Kanun'un, iki yıllık uygulanmasını gördükten sonra bazı maddelerinin değiştirilmesini ısrarla, Türk hükümetinden talep etmiştir.

5327 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar üç ayrı kanunla, 58 maddesi değiştirilmiştir. Önümüzdeki günlerde daha kaç maddesinin değiştirileceği ya da kaldırılacağını bugünden bilmek pek mümkün değildir. Söz konusu Kanun'un birçok hükmünün Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi de incelediği başvurular da Anayasa'ya aykırılık tespit ederek iptal kararı vermiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, yerleşik birçok müessese, çağın gerisinde kalmış bir anlayış ile değiştirilmiş, çağdaş olmayan kurumlar, yeni kurumlarmış gibi gösterilmiştir. Tabiidir ki, böylesine çağdaş olmayan, müktesebatı bulunmayan, değişik ceza kanunu, uygulayanlara büyük zorluklar çıkartmıştır.

Çıkabilecek zorluklardan biri de yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. maddelerinde yer alan "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi" suçlarının uygulanabilirliğinin tayininde ortaya çıkacaktır. Diğer yandan, Sendikalar Kanunu'nun 59/3. hükmünde de benzer bir hükmün bulunduğunu hatırlamak gerekir.

Bilindiği gibi sendika özgürlüğü, kişilerin sendika kurma, sendikalara üye olma haklarından oluşmaktadır. Kanun koyucu, yeni Türk Ceza Kanunu'nda eski Kanun'da bulunmayan 118. madde hükmünü getirmek ile sendika özgürlüğünü ayrıca korumak istemiştir. Bu hükmün yanında, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesiyle kişilerin

Ceza Kanunu'nu yapanlar, 117. maddede bireysel çalışma özgürlüğünü, 118. maddede de Devlet'in güvenliğini, Devlet'in varlığını korumak istemiştir.

Bununla beraber, sendika özgürlüğünü koruyan bir başka hüküm, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 ve 59. maddelerinde yer almaktadır. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrası, işçilerin işe alınmalarında belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendika üyeliğini muhafaza ya da üyelikten ayrılmalarını ya da sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağını öngörür. 31. maddenin 1. fıkrasında yer alan bu düzenlemenin ceza hükmü, 59. maddenin 3. fıkrasında bulunmaktadır. Bu fıkra göre, 31. maddenin 1. fıkrasına aykırı hareket

Sendika özgürlüğüne karşı yapılan bir eylemde, genel nitelikte olan çalışma hürriyetinin ihlalini düzenleyen 117. maddenin mi, yoksa 118. maddenin mi uygulanacağı ya da Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinin gündeme mi geleceği tartışma konusu olabilir.

çalışma özgürlüğünün de korunmasını öngörmüştür. Gerçekte bu iki özgürlük aynı içeriğe sahiptir, birbirleri ile yakından bağlantılıdır. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda ise bu yolda bir hüküm 201. maddede yer almakta idi.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinde "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali" başlığı altında, çalışanlar ve çalıştıranları içine alan, iş kurmayı ve işte çalışmayı korumak amacıyla geniş kapsamlı bir koruma gerçekleştirilmiştir.

Böylece, sendika özgürlüğü, çalışma özgürlüğünün bir uzantısı olarak görülmelidir.

Bu iki suçun konulmasıyla, korunan hukuki yararın, kişinin her türlü cebir, şiddet ve tehditten uzak olarak çalışabilmesi, iş ve sanatını icra edebilmesi yanında, toplumsal menfaatin ihlal edilmemesi, çalışma ve ekonomik düzenin korunması olduğu bilinmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesi, sendika özgürlüğünün bireysel yanını ele almış, bu özgürlüğe yapılacak saldırıları önlemek istemiştir. Diğer yandan sübjektif temel haklar dışında kalan toplanma, dernek kurma ve benzeri kamu özgürlüklerinin korunması ve bunlara yapılacak saldırıların Devlet düzenini ihlal ettiği de açıktır. Yeni

işverenin asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısından az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, Türk Hukuk Sistemi'nde sendika hürriyetinin ihlal edilmesi 3 ayrı madde ile düzenlenmektedir. İleride çıkacak olan ihtilaflarda hangi kanunun hangi hükmünün uygulanacağı karışıklık yaratacak niteliktedir. Sendika özgürlüğüne karşı yapılan bir eylemde, genel nitelikte olan çalışma hürriyetinin ihlalini düzenleyen 117. maddenin mi, yoksa 118. maddenin mi uygulanacağı ya da Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinin gündeme mi geleceği tartışma konusu olabilir. Gerçekten, sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi, 117. maddedeki iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan daha dar bir çerçeveye oturtulmuştur. Her iki maddeye de baktığımızda, müşterek bir unsur olarak, hürriyetin cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da 117. maddede olduğu gibi "hukuka aykırı başka bir davranışla" ihlal edilmesi görülmektedir.

Bunun yanında, bir kimsenin işe alınması ya da işten çıkartılmasının sendikalı olup olmamasına bağlanması halinde, yine ikilem yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin mi, yoksa Sendikalar

Kanunu'nun 31 ve 59/3. maddelerinin mi uygulanacağı konusunu gündeme getirecektir. Sendikalar Kanunu'nda yer alan suçta sendikal hakların kullanılması engellenmekte, madde metninde cebir ve tehdit geçmemesine rağmen, işe alınan bir işçinin sendikalı olması veya olmaması konusunda tehdit edildiği açıktır. Kaldı ki, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine aykırı hareket etmenin hukuka aykırı bir davranış meydana getireceği de açıktır. Bu nedendir ki, ileride çıkacak olan bu konudaki ihtilaflarda söz konusu üç düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda zorluklar çıkacaktır, bu zorluklar da mahkemeler tarafından çözümlenecektir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde, bir kimsenin sendikaya üye olması veya olmaması, sendikada faaliyet göstermesi, sendikadan ayrılmaya zorlanması, sendika yönetiminden çıkmasının istenmesi amacıyla cebir veya tehdit kullanılmasının 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, sendikanın faaliyetlerinin engellenmesinin 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı yer almaktadır. Burada dikkati çeken bir husus, sendika faaliyetlerinin engellenmesi, cebir ve şiddet vasıtası yanında "hukuka aykırı başka bir davranışla" yapılması da suçun bir unsuru olarak öngörülmesidir. Oysa, iş ve çalışma hürriyetinin ihlalinde, cebir veya tehdit yanında hukuka aykırı başka bir davranışın da yer aldığı tespit edilmektedir.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, maddede yer aldığı şekliyle bir tehlike suçudur. Yapılan cebir veya tehdit sonucunda kişinin sendikadan ayrılması, üye olması, sendika faaliyetlerine katılması veya katılmaması, sendikadan ayrılması veya ayrılmaması, sendika yönetiminde görevine devam etmesi veya etmemesi, suçun tamamlanması için gerekli değildir. Ancak, bu suçla ilgili olarak, maddenin gerekçesinde "bu suç bir teşebbüs suçu niteliği taşımaktadır" denmektedir. Bilindiği gibi, suç genel teorisinde teşebbüs suçu söz konusu değildir. Suça teşebbüsten ya da teşebbüs halinde kalan suçtan söz edilir. Bu nedendir ki bu suç, neticesi harekete bağlı olan bir suçtur. Cebir, tehdit yapıldığı anda, suç teşekkül etmiş olur. Yine belirtmek gerekir ki, bu suç özel kastla işlenen bir suç türüdür.

Bir işverenin işe almak istediği işçilerin sendikaya üye olmaktan çıkmasını veya bir sendikaya üye olmasını şart koşması hallerinde, özel bir kanun olan Sendikalar Kanunu'nun uygulanması zorunludur.

117. maddedeki suç ise, iş ve çalışma hürriyetinin kısıtlanmasıyla ilgilidir. Genel niteliktedir. Bu fiil için kanunda öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis ya da adli para cezasıdır. Bu suçun 118. maddede yer alan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan farkı, takibin şikayete bağlı olmasıdır. Bu nedenle, 117. maddeye giren bir halde mağdurun şikayeti bulunmazsa, 118. maddenin uygulanabilirliği tartışılabilecektir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eylemlerin yapılması halinde, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde maddi unsuru ve 59. maddesinde cezası gösterilen suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı da tartışma konusu olabilecektir. Belirtelim ki, Sendikalar Kanunu'ndaki düzenlenen suçun faili "işveren"dir. Buna karşılık, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. ve 117. maddelerinde yer alan suçların faileri "herkes"dir. Bu sebeptendir ki, bir işverenin işe almak istediği işçilerin sendikaya üye olmaktan çıkmasını veya bir sendikaya üye olmasını şart koşması hallerinde, özel bir kanun olan Sendikalar Kanunu'nun uygulanması zorunludur.

Önümüzdeki yıllarda ortaya çıkacak ihtilaflarda mahkemelerin ve Yargıtay'ın kararlarının ne doğrultuda olacağı da bizce merak konusudur.

YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay tarafından hazırlanan “Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti” adlı eser, 2007 yılında yayımlanmıştır. Bir tez kitabı olarak da görülen bu çalışma, aynı zamanda uygulamacılara da yararlı olabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş ve mevzuatımıza iş sürelerinin esnekleştirilmesi imkanını getirmiştir. Kitabın birinci bölümünde, kayan iş süreleri, yoğunlaştırılmış iş haftası, yıllık iş süresi, telafi edici çalışma ve dinlenme, esnek vardiya sistemi ile kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği olmak üzere çalışma sürelerindeki esneklik uygulamalarına yer verilmektedir. Kitabın ikinci bölümünde ise fazla saatlerle çalışma kavramı, fazla çalışmanın ortaya çıkması ve türleri, fazla süreli çalışma, fazla çalışma ve fazla süreli çalışmada onay alınması ve fazla çalışmanın sınırı ile yasakları üzerinde durulmaktadır. İş sürelerinin denkleştirilmesinde fazla çalışmayı anlatan kitabın üçüncü bölümünü fazla saatlerle çalışmanın karşılanması başlıklı dördüncü ve son bölüm takip etmektedir.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA ÜCRETİ



İş sözleşmesi kurulduktan sonra çalışma koşullarında sonradan meydana gelen değişim nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunu inceleyen ve Yard. Doç. Dr. Aydın Başbuğ tarafından hazırlanan “İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması” isimli eser, Ocak 2007’de yayımlanmıştır.

Üç bölümden oluşan eserin “Genel Hükümlere Göre Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması” başlıklı birinci bölümünde sözleşmeyle bağlılık ilkesi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını açıklayan teoriler ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için gerekli olan şartlar ele alınmıştır.

“İş Hukuku Açısından İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması” başlıklı ikinci bölümde ise, iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanma ihtiyacı, borçlar hukuku genel hükümlerinin iş hukukuna “rehabilitasyonu” ve uyarlaması, iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanmasında aranan şartlar ve uyarlama şartlarının gerçekleşmesinin sonuçları üzerinde durulmuştur.

Eserin “İş Sözleşmesini Değişen Şartlara Uyarlayan Hakimin Dikkate Alacağı İlkeler ve Uyarlama Kararının Sonuçları” başlıklı son bölümünde ise, iş sözleşmesinin ve ekleri üzerinde uyarlamanın nasıl yapılacağı sorunu inceleyerek hakimin takdir yetkisi ve sınırları, işverenin karar alma özgürlüğü ve denetimi, iş sözleşmesinin ve eklerinin uyarlanması yoluyla yeni hükümler getirilmesinde uygulanacak ilkeler ve iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanmasının sonuçları incelenmiştir.

Yard.Doç.Dr. Aydın BAŞBUĞ

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

Beta

Prof. Dr. Berin ERGİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı

ÖNSÖZ

Çağdaş olarak nitelenen ve gelişmiş hukuk düzenine sahip olduğu farz olunan ülkeler dahi cinsiyet ayrımcılığı konusunda sanki kadın ve erkek cinsin arasında ayrımcılık yapılması zorunlu imiş gibi bir çok sorunlar yaşamaktadırlar.

Bu çalışma ile amaçlanan, Avrupa Birliği üyesi olmayan ve fakat birçok konuda yazılı hukuki düzenlemelerini uygar toplum düzeyinde gerçekleştirmek azminde olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, yasa koyucunun, Türk hukuk sisteminde uluslararası belgeler ışığında ve T.C. Anayasası'nın 90. maddesi çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu ulusal kuralları derlemek ve aynı zamanda yasal yazılı kuralların varlığına rağmen kuralların kanun sayfalarında kaldığı ve uygulamaya geçilemediğini açıklamaktır.

1) GİRİŞ

Çağımızda tüm gelişmiş ülkelerde cinsel taciz kavramı ayrımcılık ile birlikte değerlendirilmekte ve üzerinde incelemeler araştırmalar yapılan, toplumda meydana gelmiş sorunların giderilmesi için çareler aranan çok gözde bir konu olmuştur.

Dişil cinse karşı taciz sorununa ilişkin konuyu incelemeden önce sivil toplum örgütleri tarafından

yapılmış dünyada tacizi etkileyen ve global ekonominin değiştirilmesi kadınların durumunun iyileştirilmesi için gerçekleştirdikleri önemli uluslararası organizasyonlarda¹ açıklananlara kulak vermek gerektiğini vurgulamalıyız. Bu toplantılarda yapılan çalışmalarda cinsler arasındaki yoksulluktaki eşitsizlik tartışılmış ve yoksulluğun, pazar ekonomisinin yeniden kadın cinsinin yararına olarak da düzenlenmesi önerilmiştir. Bir diğer üzerinde önemle durulmuş konu da, kadının, pazarın gelişmesine nasıl aktif katılımının sağlanabileceği için projeler üretilmesi ve esnek çalışma modelleri üzerinde durulmuş olmasıdır. Konunun çözümünün ekonomiden geçtiği gerçeği karşısında çalışmaların ekonomik düzeyde yapılması gerektiğine dikkat çekmek doğru olacaktır. Ancak cinsel suçlara ve tacize muhatap olanların çoğunlukla kadın ve çocuklar olması karşısında bunu sadece ekonomik nedene bağlamak ve yoksulluk ile açıklamak yeterli değildir. Hiç de ekonomik olmayan bir durumda yine kadının veya çocukların cinsel suça veya tacize muhatap olmaları pekâlâ mümkün olmaktadır. Bunun nedenlerinin sosyolojik açıdan değerlendirilmesi ve eğitim ile irtibatlandırılması ve uygarlık düzeyi ile noktalanması gerekmektedir.

Son otuz yılın sonuçsuzluğa doğru giden konusu kadın olmuştur. Kadın ezilmiş, ekonomik meta

olmuş, insan hakları bağlamında hakları bulunduğu kongre ve konferansların platformların konusu olmuş, akademisyenler, uluslararası örgüt görevlileri tebliğ üstüne tebliğ vermiş, projeler yapılmış, özellikle Afrika ülkeleri ve Güney Amerika ve Asya ülkeleri açısından bir çok araştırma ve proje yapılmış, ama sonuçta yine kadının ezilmişliğine son verilememiş ve toplumda ikinci sınıf vatandaş olma halinden kurtarılmayı bekleyen niteliğinde değişiklik gerçekleşmemiştir. Keza çocuk, genç işçi istihdamında dişil cinsin yüzdesinin daha fazla olduğu konuları hiçbir çözüme ulaşmadan öylece beklemektedir. Ayrıca dünyada çeşitli bölgelerdeki şiddete yönelik sıcak temasın hedef aldığı kitleler içinde en fazla zarara uğrayan yine kadın nesli olmaya devam etmektedir. Özellikle Mezopotamya'da sergilenen adına Savaş, Şiddet, Postmodernizm kurallarının uygulanma biçimi, ne dersek diyelim insan kıyımında en fazla zarar gören yine kadın cinsi değil midir? Uygur bir toplum hayal ettiğimizde kadın cinsinin toplumda esaslı bir rolü olduğu ve bu cinsin özellikle ekonomideki ve toplumun gelişmesindeki çabasının olmazsa olmaz olduğunu kabul gerekir. Ancak bir çok toplumda inanılmaz ve artan oranda ve boyutta taciz veya psikolojik taciz (mobbing) ve zorbalık (bullying) gerçekleşmektedir. Bir tarafta savaşlar sürerken diğer tarafta yıllardır neden cins ayırımından ve insan haklarından, ayrımcılığa son vermek uğruna çalışmalarından bahsettiğimizi anlamak çok güçtür. Diğer bir ilginç durum da, etrafta cinsel taciz ve psikolojik tacizden muzdarip birçok kadın veya insan varken, ne kadar uygar olduğunu farz etmek ve uygar toplumlar olarak sorunların halli için çaba gösterişinde yer almak ve gerçekten de uygar olduğunu zannetmektir.

Tüm yukarıdaki değerlendirmelere rağmen yine de üzerinde çalışılması ve toplumun bilinçlendirilmesi gereken bir konu olarak cinsel taciz hakkında uluslararası çalışmalar ve uygulamalar bağlamında Türk insanını değerlendirmek gerekirse, cinsel suç ve taciz açısından konuyu kamu önüne çıkarmak bakımından batılı toplum insanları kadar henüz cesaretli olmadıklarını görmekteyiz. Bunun nedeni Türk toplumunda bu tür konuların açıklanmasının yapılabilmesi alışkanlığının olmamasıdır. Bu nedenle bu tür fiiller gerçekleştiğinde konunun mahkemeye intikali veya çalışma ortamında vuku

bulmuşsa, ilgili birimlere veya işverene duyurulması gibi bir uygulama çok az gerçekleşebilmektedir. Ancak er geç kurbanlar bu kabil fiilleri açıklamada korkusuz olacaklardır. Bunun başlıca nedeni de ekonomik olacaktır. Çünkü değişen ve git-tikçe kötüleşen ve dramatik bir boyutta olan olumsuz yaşam koşulları ve işsizliğin çığ gibi büyümesi, bu kabil fiillerin açıklanmasını gerektirecektir. Böylece dişil cinse karşı yapılmış iş ilişkilerindeki bir çok haksız feshin gerçek nedeninin cinsel taciz veya psikolojik tacizle ilintili olduğu ortaya çıkacaktır. Bunun sonucu olarak da, gerek işveren ve gerekse cinsel taciz fiilini ika eden diğer işyerindeki failer bakımından suç cezasız kalma-yacak ve dolayısıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih nedeninin cinsel taciz olduğu konusu ortaya çıkacaktır. Failin tazminat ödemesi için başka neden ileri sürülerek feshin haksızlığı tartışılmayacaktır. Böylece cinsel suçlarda ve tacizde ve psikolojik tacizde azalma olabilecektir.

1990'lardan itibaren cinsel taciz kavramı güncel konu olmaya başlamıştır. Bu sebeple de yasa koyucu, aşağıda belirteceğimiz yasal metinlerin oluşmasını sağlamıştır. Ancak bunun arkasında sivil toplum kuruluşlarının olduğunu kabul etmek gerekmektedir².

T.C. Anayasası'na göre genel olarak herkesin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı 17. madde ile anayasal hak olarak düzenlenmiştir. Bu madde bağlamında açıklamak gerekir ki, tıbbi zorunluluklar ve Anayasa'da yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Keza Anayasa 17/3 fıkrasında kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı, hükümü yer almıştır³.

Haziran 2005 tarihinden itibaren Türk hukuk sisteminde uygulanmaya başlamış yeni Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" olarak 102. madde ve devamında düzenlenmiştir⁴. Cinsel taciz konusu da 105 maddede yer almıştır. Bu nedenle çalışma hayatında sıkça karşılaşılan cinsel taciz konusunu açıklayabilmek ve bağlanan hükümleri çalışma hayatı ile irtibatlandırmak için cinsel suçları incelemek gerekmektedir.

Eski Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler" bölümünde yer almaktaydı⁵. Yeni Ceza Yasası'nda yeni eğilimler hakim olmuş ve çağdaş hükümlerin yer almasına imkân verilmiş ve çok önemli bir gelişme olarak, ırza geçme suçunda evlenmenin ceza ertelemesi veya düşme nedeni olmasına ilişkin hükümler yer almamıştır.

Aynı zamanda Borçlar Kanunu'ndaki mevcut genel hükümler ve İş Kanunu'nda cinsel taciz ile ilgili hükümlerin 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırmacılık ILO Sözleşmesi'ne uygun hükümlere yer vermesi ile yeni bir yasal yapılanma sözkonusu olmuş⁶ ve Avrupa Birliği Direktifleri⁷, Avrupa Konseyi belgeleri ve İnsan Hakları ile ilgili anlaşmalar yasalara olduğunca yansıtılmıştır.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi Komitesi'nin 12 ve 19 sayılı Tavsiye Kararı ve 1985 tarihli Nairobi Deklarasyonu⁸, Kadınların Geliştirilmesi ve Gelecekteki Stratejiler Konferansı ve 1995 tarihli 4. Dünya Konferansı Pekin Deklarasyonu uluslararası belgeler olarak Türk hukuk sistemini etkilemiş ve kanun koyucunun düzenleme yapmasını sağlamıştır⁹.

ILO üyesi olan Türkiye aynı zamanda Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi üyesi olarak bir çok önemli anahtar sözleşme ve deklarasyon ve uluslararası diğer belgeleri esasen imzalamakta ve onaylamaktadır. İşte bu nedenle Türk hukuk düzeninde yer almış kurallar uygar ve uluslararası anlaşmalara uygun kurallardır. Cinsel suçlarda, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ve cinsel tacize muhatap olan çoğu mağdurların kadınlar ve çocuklar olduğundan, konunun cins ayırmacılığın hareketle çözümü yoluna gidilmektedir. Cinsel dokunulmazlığa ilişkin sorunların çözümünde, ayırmacılığa odaklanılmakta ve Türkiye'de birçok sivil toplum kuruluşu, tüm durumları gözeterek ayırmacılığın engellenmesi ve ortadan kaldırılması için çalışmakta ve uygulamadaki eşitsizliği bertaraf etmek için kadınlar ve kız çocukları açısından insan hakları hükümleri uygulanarak korunmaya alınmasını her düzeyde sağlamayı mümkün kılacak bir yapılanma hükümetten beklemektedirler. Türkiye'de de birçok toplumda olduğu gibi erkek egemenliğinin ayırmacılığın temel nedeni olması nedeniyle, erkek cinsin eğitilmesi ve toplumsal değerle-

Çok basit bir anlatımla cinsel taciz, yasalar veya başka bir usul ile korunmakta olan bireyin kişisel haklarının ihlal edilmesi, tecavüz edilmesidir.

rin geliştirilmesi için ayırmacılığın tüm şekillerinin bertaraf edilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türk hukuk sisteminde her ne kadar cinsel suçlar bakımından hükümler mevcut ve kanun koyucu toplumsal şuurun gelişmesi ile bu konuda önemli ilerleme kaydederek mevzuata hükümler koymuş ise de, cinsel suçların ika edilmesinin engellenmesine yönelik çalışmaların olduğunu zannetmek yanlış olacaktır. Toplumsal değerler açısından yeni bir yapılanma gerektiği açıktır.

II) CİNSEL TACİZ TANIMI¹⁰

Cinsel taciz kavramı geleneksel şahsi hakların ihlali olarak açıklanabileceği gibi, kişisel hakların veya kadın erkek cinsi bağlamında cinsiyet ayırmacılığı olarak da ifade edilebilir. Bu konuda çok çeşitli tanımlar yapılmıştır. Özellikle Türk doktrini açısından, cinsel taciz cinsiyet ayırmacılığı olarak belirtilmektedir. Her ne kadar bu konuda yasa da açık bir tanım bulunmamakta ise de cinsel tacizi, her türlü anlamı ile korunmakta olan kişisel hakkın ihlal edilmesi olarak, tanımlamak veya yorumlamak mümkündür.

Bu ihlal suç teşkil eden fiili ika eden kişinin davranışları ile bir kişiye karşı veya birçok kişiye karşı ika edilmiş olabilir. Taciz insanların birbirleri ile karşılaştıkları yerlerde olabileceği gibi, işyerlerinde, işe yakın yerlerde veya yaşam merkezlerinde mahallelerde veya kamu alanlarında, gerçekleştirilebilir. İhlal rahatsız edici ortam yaratmakla veya normal ortamı bozmakla veya uygunsuz ve ahlâki değerlere aykırı davranışlar ile veya seks ile ilgili veya seks tercihi ile ilgili konularla bağlantılı olarak gerçekleşebilir. Bu fiiller cinsel tacizin ne olduğu konusunu açıklamaya yaradığı gibi aynı zamanda mobbing kelimesi ile ifade edilmekte olan psikolojik tacizin de tanımını ortaya koymaktadır.

Çok basit bir anlatımla cinsel taciz, yasalar veya başka bir usul ile korunmakta olan bireyin kişisel haklarının ihlal edilmesi, tecavüz edilmesidir.

Birçok ülkede açıklanan bu olayların ihlal ve uygun görülmeyen fiiller olarak kabul edildiğini ve ceza yasaları bağlamında veya başka biçimde düzenlenmiş kurallar ile cezalandırılmış olduğunu görmekteyiz¹¹.

Türk hukuk sisteminde cinsel taciz yasaklanmış bir davranış olarak bireyler bu kabil fiillere karşı gerek Anayasa ve gerekse Ceza Kanunu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hükümleri çerçevesinde korunmaya alınmıştır. Çalışma hayatındaki taciz ve sonuçları hakkında yasal düzenlemenin ve uygulamanın nasıl olduğunu değerlendirebilmek için cinsel taciz konusu Ceza Yasası'nda düzenlendiği ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da cinsel tacize yer verilmiş olmasına rağmen kanunlaşmadığından Ceza Yasası hükümlerinden yararlanarak cinsel taciz konusundaki yapılanmayı incelemek gerekmektedir.

III) CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR VE CİNSEL TACİZ

A) TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİ

Kadın cinsin cinsiyet ayrımcılığı bağlamında durumunu açıkça belirtmek için yeni Ceza Yasası'ndaki hükümleri eski Ceza Yasası'ndaki hükümler ile mukayese etmek yerinde olacaktır. Eski Ceza Yasası'nda 434. maddede mevcut olan ırza geçmek veya ırza geçmeye teşebbüs etmek veya cinsel amaçla kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznunun evlenmesi durumunda amme davası veya hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin tecil olacağına dair hüküm yeni Ceza Yasası'nda¹² yer almamıştır. Bu hüküm yasa koyucunun görüş açısını belirlemektedir. Eski Ceza Yasası'nın dişil cinse bakış açısı ile yeni Ceza Yasası'nın bakış açısı farklı olmuştur. Eski hükmün amacının ilk bakışta mağduru korumaya yönelik olduğu farz edilebilir. Çünkü Türk toplumunda bekâret ve aile değerleri çok önemli telakki edilmekteydi. Bu zihniyet sivil toplum örgütleri tarafından oldukça eleştirilmiştir. Evlenme ile cezanın ertelenmesi ve davanın düşmesi konusu mağdur üzerinde son derece olumsuz etkileri olan bir davranıştır. Ayrıca bu sonucun mağdur açısından onursuz bir durum olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira evlenmeye bağ-

lanan sonuç mağdurun özgür iradesini ortadan kaldırmaktaydı. Yeni Ceza Yasası'nda cinsiyet ayrımcılığını her yönü ile önleyebileceği ümit edilen aşağıda açıklayacağımız önemli reformlar yer almıştır.

a) Yeni Bir Suç: Evlilik İçi Irza Geçme¹³

Uygar bir hukuk sistemi içinde olması gereken hüküm olarak evlilik içi ırza geçme suçu yeni Ceza Kanunu'nda 102/2 maddede yer almıştır. Ancak hemen belirtelim ki, geleneksel anlayış bağlamında çoğunluk halen kadının kocanın malı olduğu ve evlenme ile kadının kocasına her koşulda geri alınmaz zımni bir rıza verdiği ve cinsel ilişkiyi kabul ettiğini varsaymaktadır. Evli kadının vücut bütünlüğü olmadığı ve hiçbir itirazda bulunma ve karşı koyma hakkı olmadığı farz olunur. Bu zihniyet ne yazık ki toplumda çok yaygındır. Birçok çağdaş ülkede bu anlayışın olmadığı veya değişmiş bulunduğu gerçeği karşısında Türkiye'de özellikle erkek egemen toplum yapısının olması nedeniyle bu anlayışın değişmesi ancak evlilik içi ırza geçmenin suç olarak kabul edilmesi ile mümkün olabilirdi. Bu nedenle yasada evlilik içi ırza geçmenin suç olarak kabulü yerinde olmuştur, böylece toplumda istenmeyen fiiller bakımından caydırıcılık sağlanmış olacaktır ve bu kabil fiillerin oluşması azalacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki, hiç şüphesiz bu kabil fiiller aile içinde vuku bulduğundan, muhafazakâr yaşam, örf ve adet, inanış çerçevesinde çoğu kez gizli kalacaktır. Bu konuda şikâyet yapılmayacak veya evli kadın tarafından mahkemeye başvurulmayacaktır. Bu maddenin yeni Ceza Yasası'nda var olması topluma evlilik içinde ırza geçme fiili diye bir suç olduğu fikrini aşılması bakımından önemlidir. Böylece evlilik birliği içinde ırza geçmenin kabul edilemez olduğu ve suç olarak kabul olduğu bilinci yerleşecektir. Yasa hükmünün olumlu sonuçları olup, potansiyel suçluların oluşması engellenebilecektir. Yasadaki bu hükümlere rağmen halen Türk toplumunda evlilik içi ırza geçme fiilinin var olduğu inkâr edilemez. Toplumsal anlayış örf ve adet, kadınların bu konuları açıklamasına ve şikâyet etmesine olanak vermemektedir. Bu da geleneksel Türk toplumunda kadınların halen zihniyet olarak erkek egemenliğinde olma bilincinde olduklarının bir göstergesidir.

b) Cinsel Suçlar

Ceza Yasası'nda cinsel özgürlük ile ilgili dört temel suç öngörülmüştür. Bunlar cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel tacizdir.

Görüldüğü üzere, cinsel taciz Ceza Yasası'nda yer alan bir suç türüdür. İş ilişkileri bağlamında cinsel taciz olarak telakki edilecek bir fiilin gerçekleşmesi durumunda Ceza Yasası hükümleri de uygulanacaktır. Bu nedenle, iş ilişkilerinde cinsel taciz söz konusu olduğunda gerek Ceza Yasası ve gerekse İş Yasası hükümleri uygulanacağından Ceza Yasası hükümlerinin iş ilişkilerindeki fiillere ne zaman ve nasıl uygulanacağına iş ilişkileri taraflarınca bilinmesi gerekmektedir.

aa) Cinsel Saldırı Suçu

Cinsel saldırı suçu eski Ceza Yasası'ndaki irza geçme, irza geçmeye teşebbüs ve sarkıntılık suçla-

vunamayacak durumda olan bir kişiye karşı olması veya kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile veya üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi durumunda, veya silah kullanılması veya birden çok kişi tarafından fiilin vuku bulması hallerinde, suçun nitelikli veya basit olması durumuna bakılmaksızın cezaların yarı oranında ağırlaştırılarak¹⁶ verileceğini hükme bağlamıştır. Hile, tehdit veya mağdurun iradesine etki edecek hallerin vuku bulması suçun oluşmasında nazara alınmamış ancak bu konular yasanın gerekçesinde bahsedilmiştir. Uygulamada hakim maddeyi yorumlamada gerekçeden yararlanacaktır.

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama

İş ilişkilerinde cinsel taciz söz konusu olduğunda gerek Ceza Yasası ve gerekse İş Yasası hükümleri uygulanacağından Ceza Yasası hükümlerinin iş ilişkilerindeki fiillere ne zaman ve nasıl uygulanacağına iş ilişkileri taraflarınca bilinmesi gerekmektedir.

rını kapsamaktadır. Ceza Yasası'na cinsel saldırı suçunun iki şekilde ika edilebileceği hükme bağlanmıştır.

- Bir kimsenin vücut dokunulmazlığının vücuda organ veya sair bir cisim sokmadan ihlal edilmesi hali ki buna basit cinsel saldırı denmekte ve cezası da iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir¹⁴.

- Bir kimsenin vücut dokunulmazlığının vücuda organ veya bir cisim sokulması sureti ile suç işlenmesi durumunda ceza nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilerek yedi yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür¹⁵.

Basit cinsel saldırı suçu açısından Ceza Yasası failin cezalandırılması için mağdurun şikâyetini aramıştır. Nitelikli cinsel saldırı halinde ise suç şikâyete bağlı olmayıp, ağır cezalı bir suçtur. Ancak bu suçun eşe karşı işlenmesi durumunda şikâyet aranmaktadır. Nitelikli olmasına rağmen eşin şikâyeti üzerine ancak dava açılabilir.

Ceza Yasası 102/3 maddesi ile cinsel saldırının, mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini sa-

suçundan da cezalandırılmaktadır¹⁷. Suçun ika edilmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı yasa hükmüdür. İka edilen suç sonucu mağdur bitkisel hayata girer veya ölürse bu takdirde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilmektedir¹⁸.

bb) Çocukların Cinsel İstismarı¹⁹

18 yaşının altında olan bireyler yasa gereği reşit sayılmadıklarından çocuk olarak sınıflandırılmaktadır. Bu bağlamda çocuk olarak nitelenenlere karşı ika edilen her türlü fiil cinsel istismar olarak kabul edilmektedir. Bu suç iki şekilde ika edilebilmektedir.

- Çocuğun cinsel yönden basit nitelikte istismar edilmesi hali üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır²⁰,

- Çocuğun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle nitelikli cinsel istismar halinde ağırlaştırılmış sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür²¹.

On beş yaşın altındaki çocuğun cinsel istismara rıza göstermesi suçun oluşmasını engellemektedir. Fakat eğer çocuk onbeş yaşın üzerinde ise ve ika edilen eylemin anlamını ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmiş ise bu nitelikteki çocuklara karşı cinsel istismar suçunun oluşması için, fiilin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen düşünme gücünü ve müdafaa imkanını ortadan kaldıran başka bir nedenin varlığı gerekmektedir. Bu hallerin varlığı durumunda ancak nitelikli cinsel istismar suçu oluşmuş kabul edilmektedir²².

Çocuklara karşı cinsel istismar fiilinin üstsoy veya yakın akraba tarafından ika edilmesi veya çocuk üzerinde koruma veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi veya kişiler tarafından ika edilmesi halinde veya suçun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzla kötüye kullanma sureti ile veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi²³ veya cinsel istismar fiilinin on beş yaşın altında olan küçüğe karşı gerçekleşmesi veya eylemi algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa karşı cebir ve şiddet kullanmak sureti ile gerçekleşmesi halinde, veya ika edilen suç teşkil eden fiil nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, veya ika edilen fiil sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olunması hallerinde²⁴, Ceza Yasası cezanın yarı oranında veya daha fazla ağırlaştırılmasını hükme bağlamıştır²⁵. Ayrıca cinsel istismar suçunun ikası sebebiyle başvurulmuş cebir ve şiddet kasten yaralama suçunun ağır sonuçlarına neden olmuş ise bu takdirde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin de uygulanacağı Ceza Yasası 103/5 madde hükmünde belirtilmiştir.

Ceza Yasası'ndaki bu hükümler gereğince, işyerlerinde istihdam edilen çocuk işçiler açısından cinsel nitelikli fiil ve davranışların cezalandırılacağını, işverenin işyerinde gerek kendisi ve gerekse üçüncü kişiler ve gerekse diğer işçileri tarafından vaki bu tür fiillerden sorumlu olacağı ve cezalandırılacakları açıktır.

cc) Reşit Olmayan Kişi ile Cinsel İlişki Suçu

Ceza Yasası 104. madde burada reşit olamamayı on beş yaşını bitirmiş kişi ile cinsel ilişki olarak belirtmiş ve cebir, hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş kişi ile cinsel ilişkide bulunmayı da cezalandırmıştır. Ancak bu halde failin suç teşkil eden fiili sebebiyle cezalandırılması mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur. Başka deyişle mağdur şikâyet et-

mediği takdirde reşit olamayan ve 15 yaşından büyük çocuklar ile cinsel ilişki fiili cezalandırılmayı gerektirmemektedir.

On beş ve on sekiz yaş arasındaki çocuklar ile cinsel ilişkide bulunmanın cezalandırılması tartışma konusudur. Küçüğün rızası veya her ikisinin arzusu veya kimin mağdur kimin maznun olduğu belli olmayan bir durum sebebiyle kimin şikâyet hakkı olacağına şüpheli olduğu durumların varlığı bu madde hakkında tereddütleri doğurmaktadır. Zira her ikisinin de rızası ve arzusu olarak gerçekleşmiş fiil nedeniyle her iki cinsin veya fiilin taraflarının cezalandırılması mı gerekecektir? Reşit olmayan failin ve/veya her iki failin aileleri tarafından şikâyet hakkının kullanılabilmesi düşünüldüğünde fiilin taraflarının reşit olmadığı durumlarda kimin mağdur ve kimin şüpheli olduğu konusu üzerinde durulması gereken bir konudur. Birçok olayda Ceza Yasası'ndaki bu hüküm adil olmayan sonuçların doğmasına neden olabilir. Medeni Kanun'un 12. maddesi gereğince, on beş yaşını ikmal etmiş çocuğun mahkeme kararı ile ve ailesinin ve kendi rızası ile ergin kabul edilmesinin mümkün olduğu bir sistemde, on beş yaşını ikmal etmiş bir küçüğün, gerekli durumlarda ve hallerde mahkeme kararı ile erginliği söz konusu olmakta ise, Ceza Yasası'ndaki ceza hükmünün adalet ve yasal istikrar adına gözden geçirilmesi kaçınılmazdır.

dd) Cinsel Taciz

Cinsel taciz yeni Ceza Yasası'nda düzenlenmiş olup buna göre bir kimsenin cinsel niyet ile taciz edilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Bu suçun cezası da, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak belirtilmiştir. Ancak açıklamak gerekir ki, bu cezanın uygulanabilmesi için suçlu hakkında mağdurun şikâyetinde bulunması gerekmektedir²⁶. Başka deyişle takibi şikâyete bağlı suç olarak yasada düzenlenmiştir. Ceza Yasası'nda yeni düzenlenen cinsel taciz suçu eski Ceza Yasası'nda söz atma ve sarkıntılık suçları olarak belirtilmiş fiilleri de kapsamaktadır.

Cinsel taciz, fiile muhatap olan mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlalidir. Fakat cinsel taciz cinsel saldırı kadar ağır nitelikli değildir. Cinsel taciz sözlü veya yazılı saldırı fiili olarak gerçekleşebileceği gibi, birtakım davranışların sergilendiği ve cinsel isteğin sözlü ve yazılı olarak çeşitli biçimlerde açıklandığı davranışlar olarak da betimlenebilir²⁷.

Cinsel taciz suçu Ceza Kanunu'nda tanımlanmamış olmakla beraber Kanun'un gerekçesinde bazı açıklamalar yer almıştır. Şöyle ki, cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebildiği, cinsel tacizin, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibaret bulunduğu şeklinde bir açıklama yer almıştır. Bu durumda maddenin uygulanmasında mağdura karşı vücut tamlığına karşı olmayan ve fakat cinsel bazda her türlü saldırıda bulunmak ve onun ahlaki değerlerine her şekilde saldırıda bulunarak sözlü veya yazılı olarak rahatsız etmek cinsel taciz olarak ortaya çıkmaktadır ve suç teşkil etmektedir.

Ceza Yasası'nın 105/2 maddesi anlamında gerçekleşen olaylar cezanın arttırılmasını gerektirmektedir. Şöyle ki,

- Hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile ika edilirse ceza 1/2 nisbetinde arttırılarak verilir.

- Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi halinde, ceza 1/2 nispetinde arttırılarak verilir.

- Bu fiil nedeniyle mağdur, işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek cezanın bir yıldan az olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Ceza Yasası'ndaki bu hükümlerin yeterli olduğunu ve tüm sosyal sorunları etkili bir biçimde çözebildiğini söylemek zordur. Bununla beraber, bu konuda yapılan ve yapılmakta olan bilimsel çalışmalar kanun koyucunun konu hakkında daha etkin çalışmalar yaparak hükümler getirmesini mümkün kılacaktır. Sivil toplum örgütleri bu konularda çok etkin olarak faaliyet göstermekte ve yaptıkları bilgilendirme toplantıları, seminerler ve çalışmalar ile özellikle kırsal kesimde kadınları ve aileleri eğitmekte önemli görevler üstlenmişlerdir.

Cinsel tacizin ayrımcılığa bağlanması eğilimi nedeniyle Ceza Yasası'nda dişil cinse karşı ayrımcılığın önlenmesini mümkün kılacak diğer önemli bir hükümden bahsetmekte yarar vardır. Şöyle ki, Ceza Yasası 122. madde ile "Ayrımcılık" başlığı altında getirilmiş hüküm gereği, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ile ayrımcılık yaparak veya zorluk çıkararak bir kimse-

nin iş ilişkilerinde işe alınması veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, veya bir hizmetten yararlanmasını engelleyen kişilerin, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile veya adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Bu madde ile açıklanmak istenenin, hiç kimse- nin ayrımcılık yapamayacağı ve yasalar karşısında eşitliğin asıl olduğu dişil ve erkek cinsin eşit haklara sahip bulunduğu, cinsler arasında hiçbir ayrıcalığın söz konusu olamayacağı, herhangi bir kişiye, aileye, gruba veya sınıfa farklı işlem yapılmasının mümkün olmadığı, yasal olarak kabul edilmiş olduğu durumdur.

Ancak bu hükümlerin yasalarda yer almış bulunması Türk toplumu açısından yasal hükümlerin uygulamaya geçirildiği anlamını taşımamalıdır. Üstelik giderek cinsler arasındaki ayrımcılık artmış bulunmaktadır. Hatta cinsler arasındaki ayrımcılıktan öte birtakım sınıfsal ırksal, dinsel, felsefi inanç, anadil gibi Anayasa'nın 10. maddesinde genel esaslar bölümündeki kanun önünde eşitliğe ilişkin temel haklar ilkesinin ihlal edildiği ve bu maddede belirtilmiş eşitliğe aykırılıkların toplumda yerleşmeye başlamış olduğunu görmekteyiz. Toplumun sosyal yapısında meydana gelmiş bu aşınma ve değişim yasalar ile uygulama farklılıkları kendisini iş ilişkilerinin kurulmasında da açık seçik göstermektedir. Bu düzendeki yeni yapılanmanın Anayasa ve yasalar bağlamında uygar nitelikte uygulanmasını sağlamak için ne uluslararası anlaşmalar, deklarasyonlar²⁸ ve ne ILO normları ve ne Sosyal Şart hükümlerinin ve diğer Avrupa Konseyi belgelerinin ve ne de AB Yönergelerinde²⁹ belirtilen kuralların varlığı ve bunların birçoğunun Türk Cumhuriyeti Devleti tarafından kabul edilmiş ve iç hukuk kuralı olarak yasalarda ve diğer mevzuatta yer almış bulunması yeterli değildir. Arzu edilen düzeyde ve nitelikte uygar bakış açısından değerlendirildiğinde bunların yasal kurallar çerçevesinde emredici nitelikte uygulanmasını mümkün kılmak için devlet açısından alışılmış denetim mekanizmaları ile sonuç almak mümkün olmayacaktır. Uygar yasaların, uygar anlayış ve gerçekten şuurlu bir benimseme ile uygulanması ve yürürlük kazanması ile ancak toplumda beklenen değişikliklerin elde edilmesi mümkün olabilir. Bunun için hukuk devleti ilkesinden kaymamak, yazılı kuralları gereği gibi uygulamak gereklidir.

B) CİNSEL TACİZ VE İŞ İLİŞKİLERİ³⁰

4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce cinsel taciz konusunu doğrudan doğruya çalışma hayatında ortaya çıkan ihtilaflarda, sorunun nedeni olarak ileri sürmek kolayca başvurulabilen bir yol değildi. Birçok davada iş sözleşmesinin gerek işçi ve gerekse işveren tarafından sona erdirilmesinin gerçek nedeni cinsel tacize bağlı olduğu halde işçilerin açtıkları davalarda ileri sürdükleri tazminat talepleri, iş sözleşmesinin haksız fesih edildiği, kanuna veya iş sözleşmesine ve yasada belirtilmiş kurallara aykırı olarak feshin gerçekleştiği neden olarak ileri sürülmekte idi. Sözleşmenin cinsel taciz nedeni ile feshedilmiş bulunduğunu ve buna bağlı olarak tazminat taleplerini ileri sürmek yerine diğer genel haklı nedenler ileri sürülerek taleplerin karşılanması yoluna gidilmekte idi. Bu durumun genel olarak halen bu şekilde sürüp gittiğini iddia etmek yanlış olmayacaktır. Ancak gerek Ceza Yasası'nda ve gerekse İş Kanunu'nda uygar toplumlara has nitelikte yeni hükümlerin kabul edilmesi ile bireyler şuurlandıkça ve haklarını aramanın saklanacak ve utanılacak bir durum olmadığını idrak ettikçe, sözleşmenin gerçek fesih nedeninin, sona erdirmeye sebebi olan işveren veya vekili tarafından veya işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından cinsel taciz fiiline maruz kalındığı, veya yasada henüz açıkça yer almamış bulunsada dahi psikolojik taciz nedeniyle sözleşme sona erdirilmişse ve gerçek fesih sebebi bu fiillere dayanmakta ise artık bu nedenin ileri sürülmesi yönünde kişilerin cesaretlendiğini görmekteyiz. Bu tür fiillere maruz kalan işçilerin gerçek nedeni açıklama konusunda şuurlanmaları iyi bir işarettir. Nitekim yargıya intikal eden bir kısım ihtilaflardan da cinsel taciz nedeni sözleşmenin feshi nedeni olarak gündeme gelmeye başlamıştır. İş sözleşmesinin haksız feshinin gerçek nedeninin kendisine karşı yapılan cinsel taciz ve/veya psikolojik taciz olduğunu ifade ederek işveren tarafından yapılan feshin haksızlığını bu zemine oturttukça, bu tür taleplerin ortaya çıkması cinsel taciz fiilinin azalmasında ve özellikle işyerlerinde cinsel tacize muhatap olma fiillerinde önemli ölçüde azalmayı ve hatta yok olmayı birlikte getireceğini bekleyebiliriz.

2003'te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu cinsel taciz konusunda yeni hükümleri içermekle uygar bir toplum yasası görüntüsünü vermiştir.

2003'te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu cinsel taciz konusunda yeni hükümleri içermekle uygar bir toplum yasası görüntüsünü vermiştir.

Cinsel tacizin her yerde her kesimde ve herkes arasında gerçekleşmesi pekâlâ mümkündür. Örneğin cinsel taciz fiili işyerlerinde, özellikle hastahane gibi yerlerde veya mağazalarda, alışveriş merkezlerinde, hapishanelerde, aile bireyleri arasında, akrabalar arasında, arkadaşlar arasında, işyerindeki çalışma arkadaşları arasında gerçekleşebilir³¹.

İşyerinde meydana gelen cinsel taciz ile işyeri dışında meydana gelen cinsel taciz fiillerinin farklı platformda değerlendirilmesi gerekmektedir. İşveren veya vekili tarafından işçiye karşı gerçekleştirilen taciz hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ve ihlalini oluşturmaktadır. İşveren bu fiil ve davranışları ile işçinin güvenini kötüye kullanmaktadır³². İşverenin işçiye karşı sorumlulukları vardır. Özellikle işçiye iyi davranmak, saygılı olmak, cinsel tacizde bulunmamak gibi ahlâk kurallarına riayeti gerektiren nitelikte davranmak gerektiği yasal olarak belirlenmiştir. İş Kanunu'na getirilmiş bu yeni hükümler ile uygar bir toplumda olması gereken nitelikte davranışlar sağlanmaya çalışılmaktadır.

Cinsel taciz fiilinin gerçekleşmesi halinde mağdurun şikâyeti üzerine bilindiği gibi Ceza Yasası'nda belirtilmiş genel kurallar uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, şayet cinsel taciz işçi işveren ilişkisi içinde meydana gelmişse, işçi işverenin emrinde çalışması sırasında cinsel tacize muhatap olmuşsa, bu takdirde, İş Kanunu'nda düzenlenmiş hükümler de uygulanacaktır. İş Kanunu işçiyi cinsel taciz fiiline karşı koruyucu hükümlere yer vermiştir. Bu koruma sadece işçi açısından değil aynı zamanda işverenin de korunmasına yöneliktir. Çünkü cinsel tacizin herkes arasında gerçekleşebileceğini yukarıda belirttik. Bu nedenle işverenin de işçi tarafından cinsel tacize muhatap olması pekâlâ mümkündür. İş Kanunu'nda korumaya yönelik hükümler bağlamında iş ilişkisinin taraflarının hizmet sözleşmesinden ve Borçlar Kanunu'ndaki hükümler bağlamında birbirlerine karşı gö-

İş Kanunu 5. maddesi sadece 1. fıkrasında belirtilmiş konularda iş ilişkisinde ayrımcılığın yapılması halinde uygulanmalıdır.

revleri ve borçları bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırılık halinde yasada belirtilmiş akdi sorumluluklar ve ceza uygulaması söz konusu olacaktır.

a) İşçinin Cinsel Tacize Uğraması

İş Kanunu işçi ve işveren açısından çeşitli nedenler ile iş sözleşmesinin sona ermesi hallerini ve buna bağlanan hukuki sonuçları düzenlemiştir. Fesih nedenlerinden biri de haklı nedenle iş sözleşmesinin taraflarının biri tarafından feshidir. Fesih için herhangi bir önele gerek olmayan biçimde feshin gerçekleştiği bu fesih türünde yasada belirlenmiş hallerin vukuu ileri sürülerek sözleşme fesholunmaktadır. İşte İş Kanunu'nda işçiye tanınmış haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshi halleri, İş K. 24.II-(b) bendinde belirtilmiş olan, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması ve (d) bendinde belirtilmiş, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmamasıdır. İşçi bu durumda iş sözleşmesini derhal feshe hak kazanmaktadır.

Bu haklı fesih halinde işçi cinsel taciz fiilini iddia ve ispat ettiği³³, takdirde ve (d) bendinde belirtilmiş olan olayın gerçekleşmesi durumunda, başka deyişle işçinin, işverenin duruma müdahalesini talep ettiği halde işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmamış olmasından dolayı sözleşmeyi derhal feshettiği hususlarının ispatı halinde, işçinin şartları gerçekleşmiş ise kıdem tazminatı talep hakkı ve bunun yanında işbu cinsel taciz nedeni ile uğradığı zarar ve ziyarı için maddi ve manevi tazminat talep edebilme hakları bulunmaktadır.

İşçinin bu bağlamda talep edebileceği tazminatın manevi elem ve ıstırabının giderilmesine yönelik olarak talep edilebilen bir tazminat olabileceği gibi, bedensel hasar ve ziyanın giderilmesi için sarf olunan ve mahrum kalınan gelir açısından da tazminat talebine hakkı olacaktır. İşe devam edemeyerek iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmak ve yeni bir işe girememek, kazanç elde etmekten mahrum kalmak, psikolojik çöküntü yaşamak ve

tıbbi yardım almak gibi hususların ortaya çıkması sebebiyle uğranılan maddi kayıpların talep ve dava edilebileceği açıktır³⁴.

Cinsel tacize uğrayan işçiye, bu konunun ayrımcılık ile ilgili olduğu düşünülerek, İş Kanunu 5. maddesinde belirtilmiş, "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşıyan madde gereği, ayrımcılık bağlamında düzenlenmiş ve ayrımcılığa dayanan nedenle sözleşmenin feshinde işverenden işçinin talep edebileceği dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın ve yoksun kaldığı haklarının talebine ilişkin hüküm gereği talep ve davada bulunacağını düşünmek ve tazminat talebini sınırlamak cinsel taciz nedeniyle hak edilecek tazminat açısından uygun bir uygulama değildir. Burada tavan getirilmesi birçok bakımdan haksızlıkları da birlikte getirir. Neden bu madde cinsel tacizde uygulanamaz? Cinsel tacizin çoğunlukla cinslerden dışıl cinse karşı ika edildiği düşünüldüğünden fiilin kadına karşı ayrımcılık olgusu içinde değerlendirilerek insan hakları boyutunda korunma yapılması İş Kanunu'nun 5. maddesinin uygulanmasını gerektirmez. Ayrımcılık ilkesine her zaman ve her şekilde dayanmak ve buna ilişkin kuralların uygulanması ile tazminatı sınırlı tutmak doğru olmayacaktır. İş Kanunu'nun madde 5/6 fıkrasındaki tazminat miktarı ile sınırlı olarak cinsel tacize uğrayanın zarar ve ziyanını gidermeye çalışmak haksızlık olur. Ücreti yüksek olan işçi örneğin 30.000 YTL üzerinde ücret almakta ise bu işçi açısından tazminatın belki bir anlamı olabilir. Ancak cinsel tacize uğrayan işçi net asgari ücret 419 YTL ile çalışmakta ise bu durumda İş Kanunu'nun 5. maddesine göre belirlenmiş tazminat ile zarar ve ziyan giderimini sınırlamak hakkaniyete uygun mudur? İş Kanunu 5. maddesi sadece 1. fıkrasında belirtilmiş konularda iş ilişkisinde ayrımcılığın yapılması halinde uygulanmalıdır. Cinsel taciz işin ifa edilmesine yönelik bir ayrımcılık değildir. Bu nedenle³⁵, İş Kanunu'nun 5. maddesindeki tazminat miktarı ile cinsel taciz sebebiyle talep olunacak maddi ve manevi tazminat ve diğer mahrum kalınan hak ve menfaatlara ilişkin talebinin sınırlandırılmaması gerekmektedir. Aksi halde asgari ücret alan bir işçiye cinsel tacizde bulunmanın bedeli dört aylık maaş tutarı olacak, ve daha yüksek ücret alan işçiye karşı cinsel tacizin bedeli aldığı yüksek maaşın dört katı olarak uygulanacak ki bu son derece yanlıştır.

İş Kanunu'nun 5. maddesindeki tazminat miktarı ile cinsel taciz sebebiyle talep olunacak maddi ve manevi tazminat ve diğer mahrum kalınan hak ve menfaatlara ilişkin talebinin sınırlandırılmaması gerekmektedir.

İşte böyle bir uygulamaya gidilirse o zaman asıl eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olur. Sosyal durum farklılığı esas alınarak tazminat ödenmesi gibi bir uygulama savunulamaz. Cinsel taciz nedeniyle talep olunacak maddi ve manevi tazminat hakkında Borçlar Kanunu 41/2, 42, 43, 44 ve 47 ve 49. maddelerde düzenlenmiş hükümler uygulanacaktır. Bu hükümlere göre, tazminatın miktarının tayini konusunda Borçlar Kanunu, hakime takdir yetkisi tanımıştır. Hakim hatanın ağırlığı durumuna ve zarar görenin yaptığı masraflara göre tazminatı belirleyebilecektir. Borçlar Kanunu'nun 44/1 ve 2. maddesi hakime tazminatı indirme imkanı da tanımıştır. Ancak cinsel taciz fiilinde, hakim 44/1 fıkrada belirtilmiş olan, zarara uğrayan, cinsel tacize muhatap olan mağdurun fiilin gerçekleşmesinde yardımcı olması veya failin hal ve durumunu ağırlaştırması gibi bir eylem olamayacağı için böyle bir indirim yapılamayacaktır. Aksi halde cinsel taciz fiilinin gerçekleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. Keza 2. fıkrada belirtilmiş, zararın kasten veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlik ile yapılmamış olduğu ve suçluyu müzayakaya maruz bırakacağı takdirde hakim hakkaniyete uygun bir zarar ziyânı belirleme imkanının da söz konusu olmayacağı kesindir. Çünkü, cinsel taciz suçu, kasten işlenebilir bir suç olup ve failden tazminat talep etmeye varan bu fiilde, failin cinsel arzularını tatmin etme gayesi ile hareket etmiş olması aranmaktadır. Bu suçun bu fiilin ancak özel kast ile işlenmesi aranmıştır³⁶. Bu nedenle Borçlar Kanunu 44. maddenin cinsel taciz nedeniyle talep olunan tazminatlarda uygulanmayacaktır.

Belirtelim ki, işçinin işyerinde maruz kaldığı cinsel taciz Ceza Kanunu'nda suç olarak belirtilen nitelikleri taşıdığından, işçi aynı zamanda suç duyurusunda da bulunabilecek ve failin cezalandırıl-

masını isteyebilecektir. Şayet işveren veya vekili Ceza Yasası 102/b fıkrasında açıklandığı üzere, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile işyerinde işçiye cinsel taciz fiilini ika etmiş iseler bu takdirde, yasa da belirtilmiş cezaların yarı oranında arttırılarak verileceği hükmü de yer almıştır. Aynı şekilde Ceza Yasası'nın 105/1 ve 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değişik 105/2 maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, cinsel amaçlı olarak taciz edilen kişi bu durumu şikâyet ettiğinde üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiş olup ancak, cinsel taciz fiilinin işçiye ikasında, hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden veya aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanmak sureti ile ya da iş yerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, verilecek cezanın yarı oranında arttırılarak verileceği yasa hükmü olarak düzenlenmiştir. Ayrıca madde, mağdurun bu sebeple işi bırakmak veya okuldan veya ailesinden ayrılmak durumunda kalması halinde verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağına dair hüküm de koymuştur. 105/1 fıkrasında belirtilen suçun uzlaşma kapsamında olduğu da belirtilerek, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden fail ile mağdur arasında şikâyet konusu suç bağlamında uzlaşma yapılabileceği açıklanmış ancak 105/2 fıkrada yer alan nüfuzun kötüye kullanılması ve işyerinde çalışmanın verdiği kolaylıktan yararlanılarak cinsel taciz fiilinin gerçekleşmesi konuları uzlaşma kapsamı dışında tutulmuştur. İşçinin iş sözleşmesini cinsel taciz nedeniyle feshettiğini ve cinsel taciz haklı nedenini ispat etmesi şartı ile işverenden tazminat talebine hak kazanacaktır³⁷.

Bu hükümleri, Borçlar Kanunu açısından değerlendirdiğimizde, 344. madde haklı nedenlerin varlığı halinde işçi veya işverenin iş sözleşmesini herhangi bir ihbara gerek olmaksızın her zaman feshedebileceklerini belirtmiştir. Madde, ahlâka ilişkin bir sebebin veya hüsnüniyet kurallarına aykırı bir davranışın varlığı halinde iş sözleşmesinin taraflarından birinin işbu sözleşme ile bağlı kalmak istememesini haklı neden olarak kabul etmiştir. Burada bahsedilen ahlâka aykırı bir davranış veya hüsnüniyet kurallarına aykırı davranışlar cinsel taciz veya psikolojik taciz fiilini kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu açı-

Borçlar Kanunu açısından da cinsel tacizin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini mümkün kılacağı kabul edilmelidir.

sından da cinsel tacizin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini mümkün kılacağı kabul edilmelidir. Cinsel tacize uğrayanın fesih ile birlikte tazminat talebine hakkı olacağı izahtan varestedir. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi sebebin haklı olup olmadığı hususunun takdirini hakime bırakmıştır. Ancak Ceza Yasası'ndaki cinsel taciz hükümleri ile bu madde birlikte değerlendirilmelidir. Cinsel tacizin gerçekleşip gerçekleşmediği ve haklı neden teşkil edip etmediği hususunun değerlendirilmesinde bunların takdirinde hukuk hakiminin takdir yetkisini kullanırken Ceza Yasası hükümlerini değerlendirmesi hakkaniyet gereği olacaktır.

Anayasa'nın 10, 48, 49, 50. madde hükümleri, ve Borçlar Kanunu 332. madde ve İş K. 24/II-b ve d fıkralarındaki hükümler bağlamında, işveren işçinin çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak ve gerekli sağlıklı çalışma yerleri sağlamakla yükümlüdür. Bunun anlamı ve uygulamadaki yorumlanması, işverenin işyerinde işçi için uygun çalışma şartları sağlamak ve işçiyi korumak için gerekli her türlü önlemi almak zorunda olduğu şeklindedir. İş Kanunu açısından, 24/II- d madde hükmü gereğince, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve işverene durumun bildirilmesi ve işverenin gerekli önlemleri alması şeklinde koruyucu hükümler yer almıştır. Böylece Türk hukuk mevzuatında, işverenin, işçinin her türlü kişisel haklarını korumak ve işçinin değerlerine saygılı olmak, güvenli ve sağlıklı çalışma şartları sağlamak, işçiyi her türlü tehlikelere karşı korumak gibi sorumlulukları bulunduğu çeşitli yasa hükümlerinde farklı boyutlarda yer aldığı görülmektedir. Yasal hükümler bağlamında özetlersek, işveren işyerinde işçiye karşı iyi davranmak ve hukuka, ahlâka aykırı fiil ve eylemlere muhatap etmemek durumundadır. Eğer işveren işyerinde gerekli önlemleri almaz veya işçinin işyerinde cinsel tacize uğraması halinde bunun sona erdirilmesi için gereğini yapmazsa, İş Kanunu işverene sorumluluk getirmiştir. Ayrıca

işçiye karşı işyerinde diğer bir işçi tarafından veya üçüncü kişiler tarafından bir cinsel taciz vuku bulunmuşsa, işveren bundan dolayı işçiye karşı tazminat ödemekle yükümlüdür. Ayrıca yasa cinsel taciz fiilinin kendisine bildirilmesine rağmen, failin fiili ve/veya fiillerine karşı ve gerekse fiilin ika edilmesine imkân vermeyecek şekilde önlem almaz veya aldırılmaz ise ve fiilin ve/veya fiillerin ika edilmesini engellemez ve gerekli önlemleri almazsa Ceza Yasası 105/2'nin hizmet ilişkisinden kaynaklanan cinsel taciz suçunda cezayı yarı oranında artırmış bulunması nedeniyle işverenin tazminat açısından da sorumluluğunun ağırlaştırılmış olacağını kabul etmek ve bu bakımdan da cinsel taciz nedeniyle Borçlar Kanunu hükümleri gereğince tazminat miktarından hakim takdir yetkisinin indirim yapmak için söz konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Bu durumda işverenin işyerinde kanuna aykırı bir fiil veya eylem ika edildiği takdirde bunu bilmediğini iddia ile sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşveren durumu bilmesine rağmen gerekli önlemleri almaz ve derhal çözüm bulmaz ise bu takdirde bu sebeple karşılaşacağı hukuki taleplerin sonuçlarına da katlanmak zorunda kalacaktır.

İşverenin işçiye veya ailesine karşı da iyi ve dürüst ahlaki kurallara uygun davranması gerekmektedir. İş Kanunu'nun 24/b fıkrası açıkça işverenin işçiye cinsel tacizde bulunmaması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında işverenin işçiyi zarara sokan ihmali veya suç teşkil eden bir fiile sebebiyet vermesi durumunda işçiye karşı suç işlemiş sayılacaktır. İşveren ihmal sonucu işçinin zarara uğramasına neden olmuşsa bunu tediye etmek mükellefiyeti bulunmaktadır.

İşverenin cinsel taciz fiilinin gerçekleşmesine neden olan bir ihmali veya gecikmesi sonucu işçi zarara uğramış ise, işveren yasa karşısında suç işlemiştir. İşveren görevlerini iyi ve dürüstlük kurallarına ve yasa metinlerine uygun olarak yerine getirmek ve davranmak zorundadır. Yasaya uygun davranmaz veya ihmal ederse ve işçiye karşı cinsel taciz fiili ika ederse, işveren ve/veya işveren vekili yasa hükümleri bağlamında gerek akdi ve gerekse cezai açıdan sorumlu olmaktadır. Bu sorumluluk işverenin doğrudan doğruya sorumlu olduğu bir hal olup, fiilin işveren vekilli veya diğer kişiler ve işçiler tarafından gerçekleştirilmiş bulunmasının önemi yoktur. İşveren işyerinde işçiler ile ilgili ola-

İşverenin cinsel taciz konusundaki fiili bilmesi veya bilmemesi veya bilebilecek durumda olması veya olmaması sorumluluğu açısından bir değişikliğe neden değildir.

rak her türlü işlemleri ve borçlarından dolayı esasen sorumludur. İş K. madde 2/4 fıkrası, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili dendiğini ve işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan doğruya işverenin sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu nedenle işyerinde cinsel taciz fiilinin işveren vekili veya diğer görevliler, amirler veya diğer işçiler tarafından gerçekleşmiş bulunması durumunda dahi işveren sorumlu olacaktır. İşverenin cinsel taciz konusundaki fiili bilmesi veya bilmemesi veya bilebilecek durumda olması veya olmaması sorumluluğu açısından bir değişikliğe neden değildir.

Borçlar Kanunu'ndaki iş ilişkileri bağlamında mevcut hükümler gereği genel olarak işverenlerin Borçlar Kanunu 332. maddesi gereğince hakkaniyet derecesinde kendisinden istenebileceği derecede işçinin çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı gereken önlemleri almakla yükümlü olduğu ve keza Borçlar Kanunu 344 madde gereği de, haklı neden ile fesih sebebi olarak ahlâk ve hüsnüniyet kuralları belirtilmiştir. Bu maddeye karşılık gelen Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 421. maddesinde cinsel taciz konusuna yer verilmiştir. Tasarısı 421. maddede, "İşçinin kişiliğinin korunması" başlığı altında yeni bir yapılanma öngörülmüştür. İşverenin hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzen gerçekleştirilmesini sağlamak ve özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün yasalması yerinde olacaktır.

Tasarı işçinin kişiliğinin korunması hükmü ile işçiyi diğer işçilere karşı ve işyerine gelecek üçüncü kişilere karşı korumak istediği gibi, işveren, işçiye karşı ika edilecek ahlâka aykırı fiillere karşı

bedensel bütünlüğünü, yaşamını ve sağlığını korumakla yükümlü kılınmak istenmiştir.

Bu tasarının kanunlaşması halinde işveren işçiye karşı tüm ahlâka aykırı fiillerden dolayı gerek diğer işçilerin ve gerekse işveren vekillerinin ve gerekse üçüncü şahıslar tarafından işyerinde vuku bulacak cinsel taciz nedeniyle sorumlu olacaktır. Tasarı açıkça cinsel tacizden kadın ve erkek işçilerin korunmasını öngörmüştür. Tasarı yasalaştığı takdirde Ceza Yasası'ndaki hükümler ile paralelliğin sağlanması mümkün olacaktır.

b) İşyerinde Cinsel Taciz, İşverenin Hak ve Sorumlulukları

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk hukuk sisteminde işverenin geniş sorumlulukları bulunmaktadır. İşverene yüklenmiş bu sorumluluklara ek olarak yeni Ceza Yasası ile de cinsel taciz konusunda da oldukça ağır sorumluluklar ve hapis cezası da getirilmiş bulunmaktadır.

Genel olarak bir kimseye kasten veya ihmal ile bir diğer kişi suç teşkil eden fiil ika ettiğinde, gerek cezai ve gerekse hukuki sorumluluk fiili ika edene aittir ve fiile muhatap olana fail tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Ancak bu suç teşkil eden ve yasalarda belirtilmiş fiilin işyerinde vuku bulması durumunda farklı hukuki sonuçlar ve sorumluluk söz konusudur. İşveren işyerinde üçüncü kişiye yapılan fiil nedeniyle aynı şekilde suçu ika eden suçlu ile birlikte sorumlu olmaktadır. Borçlar Kanunu 100. maddesi cinsel taciz konusunda da uygulama alanı bulabilecek madde olarak, işverenin işyerine gelen üçüncü kişilere karşı kendi işçilerinin ika ettiği zarar ve ziyandan dolayı sorumlu olacağını düzenleyen bu madde hükmünü cinsel taciz bağlamında yorumlarsak, işveren işyerine gelen üçüncü kişilere karşı istihdam ettiği kişilerin ika ettikleri cinsel taciz fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır.

Borçlar Kanunu 100. maddede, işverenin bir borcun ifasını veya bir borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını başka deyişle bir işin ifasını işveren kendisi ile birlikte çalışan veya emrinde çalışan kişilere geçirdiği takdirde veya yasa gereği işin verilmiş olduğu kişinin tevdi edilen işi ifa ederken ika ettiği zarardan işverenin de sorumlu tutulduğu bu madde, cinsel taciz konusunda da uygulanacaktır. Bu durumda işveren işinin ifasında kendisi ile bir-

likte çalışan kişilerin bu işi yaparken ika ettikleri zarar verici ve suç teşkil eden fiillerinden dolayı tazmin ile yükümlü bulunmaktadır.

İşveren yasalar bağlamında işyerinde çalıştırdığı işçileri korumak ve kişiliklerine saygı göstermek, güvenli iş şartları sağlamak zorundadır. Gerek İş Kanunu ve gerekse Sosyal Sigortalar Kanunu ve Borçlar Kanunu açısından işveren işçinin sağlığını ve hayatını korumak ve gerekli her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Yasalar işverenin alacağı önlemlerin niteliğini, şeklini ve çerçevesini detaylı bir biçimde belirtmiştir. İşveren bu hükümlere uymakla yükümlüdür. Esasen birçok sorun, işverenin mevzuata gerek ihmal gerek bilgisizlik ve gerekse önem vermemekten kaynaklanan nedenler ile çıkmaktadır. Yasal hükümlere, emredici kurallara işverenlerin harfiyen uymaları halinde sorunların en asgaride ve sadece kaçınılmazlık halinde ortaya çıkacağı da bir gerçektir. Cinsel taciz açısından konuya baktığımızda işverenin bu konuda da gerekli önlemleri alması ve işyerinde işçinin çalışması için güvenli ve tacize uğramayacağı bir şekilde çalışmasını mümkün kılması zorunludur. Bu önlemler iş sağlığı gibi elle tutulur nitelikte olmayabilir ancak bunun için eğitime yönelik ve bir takım toplumsal ve ahlâki değerlerin uygulandığı eğitiminin verildiği ve davranışların sergilendiği nitelikte bir işyeri olmasını sağlamaya yönelik önlemler olabilir. İşveren işçilerin rahat ve güvenli bir ortamda çalışması için gerekli şartları sağlamak konusunda hiçbir şekilde ihmal söz konusu olamaz. Aksi halde sonuçlarına katlanmak durumundadır. Cinsel taciz konusunda işveren gerekli önlemleri aldığı ve fakat yine de cinsel taciz fiilinin işçisine karşı gerçekleştiğini bu nedenle kendisinin sorumlu olamayacağını iddia ile savunmada bulunamaz. Başka deyişle işverenin gerekli önlemleri almış bulunması sorumluluktan kendisini kurtarmayacaktır. Her türlü önlem alınmış olsa bile cinsel taciz nedeniyle işverenin zarar ve ziyandan sorumluluğu akdi sorumluluk olarak bulunmaktadır. İşverenin kendisi işçiye karşı cinsel taciz eyleminde bulunduğu takdirde gerek cezai ve gerekse akdi sorumluluğu olduğu esasen söz konusudur. Böylece işveren işçisine karşı gerek Ceza Yasası'nda belirtilen cinsel taciz suçunu işlemiş olduğundan ve gerekse İş Kanunu hükümlerini ihlal ettiği için sorumlu olacaktır. İşyerinde işçiye karşı cinsel taciz suçunu ika eden üçüncü kişi olduğu takdirde ve işverenin bu fiilin ika edilmesinde hiçbir

kusuru bulunmadığı, gerekli önlemlerin ve işçinin korunmasına yönelik her türlü donanımın alınmış yapılmış olmasına rağmen fiilin vuku bulması halinde, işverenin işçiye bu sebeple ödediği tazminatları cinsel taciz fiilini ika eden üçüncü kişiye rücu edebilme hakkı saklıdır. Mevzuat açısından değerlendirdiğimizde işverenin esasen işçiye karşı hukuka uygun hüsnüniyetli davranması ve gerekli her türlü önlemi alması zorunluluktur. İşveren yasal önlemleri almadığı takdirde ve cinsel taciz fiiline son verilmediği, fiilin devam ettiği, failin engellenmediği veya işyerinin değiştirilmediği veya failin cinsel taciz fiiline önem verilmediği veya failin iş sözleşmesinin bu sebeple feshedilmemesi ve tacizin devam etmesi ve mağdura güvenli iş ortamı sağlanmadığı durumlarda, işveren yasalar gereğince cinsel tacize bağlanan hukuki yaptırımların muhatabı olacaktır.

İşveren cinsel taciz fiili ika eden işçinin iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebileceği imkânı İş K. 25. maddede düzenlenmiştir. 25/II-c fıkrası "İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması" halini fesih sebebi saymıştır. Cinsel taciz haklı nedenle fesih sebeplerinden birisi olarak şayet işyerinde işçi bir başka işçiye karşı cinsel taciz fiilini ika ederse, bu durum işverene derhal haklı nedenle işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını ve imkânını vermektedir.

Birçok uyuşmazlıkta iş sözleşmesi feshedilen işçi cinsel tacize muhatap olan kişi olabilmektedir. Şöyle ki, cinsel tacize karşı koyan veya bizzat işveren veya vekili tarafından cinsel tacize maruz kalan kişi iş sözleşmesi feshedilen kişi olmaktadır veya diğer işçiler tarafından cinsel tacize maruz bırakılan işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmiş olabilmektedir veya işyerinde işçiler arasında gerçekleşen cinsel taciz fiilini işverene veya işveren vekiline veya yönetime bildiren, haber veren işçinin iş sözleşmesi feshedilebilmektedir. Başka bir örnek de, işine son verilen işçi uygunsuz tutum ve davranışları ile cinsel tacize muhatap kılınan kişi olabilmektedir. Cinsel taciz olayının görgü tanığının işine de son verildiği bir örnektir. Bu ve buna benzer olaylar işyerinde işçilerin iş sözleşmelerinin feshine neden olaylar olarak gerçekleşmektedir. Bu açıdan cinsel taciz fiilinin faili veya cinsel taciz fiilinin kendisine ika edilmesine uygunsuz tavırları ile neden olan kişi bakımından haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi ayrıntı olarak, diğer olayların

cinsel taciz ile irtibatlandırılarak iş sözleşmelerinin haklı neden kavramından hareketle feshi, haksız fesih olarak kabul edilmek gerekir. Şurası muhakkak ki, cinsel taciz nedeni ile işçinin iş sözleşmesini dürüst ve objektif kriterlerle feshetmek ve hiçbir şekilde cinsiyet ayırımına dayalı olarak cezalandırma niteliğinde olmamak üzere hareket etmektedir. Aksi halde bu tür fesihlerin yasaya aykırılığı söz konusu olacağından feshin haksızlığı nedeniyle dava açılması gündeme gelir.

IV) TÜRKİYE'DE CİNSEL TACİZ KONUSUNDAKİ GENEL KANI

Türkiye'de cinsel taciz önemli bir sosyal problem olduğu halde sendikalar ve Devlet'in yeterli ve gerekli önlemleri almadığı ve özeni göstermediği bir gerçektir. Sadece sivil toplum örgütleri ve medya konu hakkında faaliyet göstermekte ve toplumun dikkatini konu üzerine çekmeye çalışmaktadırlar. Bunu yaparken de kadın hakları ve ayırımcılıktan hareket etmektedirler³⁸. Toplumdaki ilgisizlik aslında bilgisizlikten kaynaklanmaktadır. Toplumun şuurlandırılması için yoğun faaliyetler gereklidir. Toplumda birçok kadın başından geçenleri konuşmaya korkmakta ve şikâyet etmeyi ailesine veya yakınlarına durumu bildirmeyi işini kaybetmek korkusu ile gerçekleştirememektedir. Cinsel tacize maruz kalanlar arasında çok azı mahkemeye başvurma cesaretini gösterebilmektedirler. Başlarına gelen bu olayları anlatabilme ve haklarını arama bilincinden yoksun olup bununla mücadele becerileri bulunmamaktadır. Esasen çoğu kez bu kabil fiillerin gerçekleştiği ortamlarda fiile muhatap olanlar yalnız oldukları için olayın görgü tanığı olamamaktadır. Fiilin gizli kalmasının asıl nedeni de olayın ispat edilmesi yöntemi ve zorluğudur. Bu konuda yapılmış bazı araştırmalarda kadınların başlarından geçen olayları anlatmakta korku içinde olduklarını ifade ettikleri görülmüştür. Türk toplumundaki zihniyet değişiktir, şayet kadın cinsel tacizi açıklamaya yeltenirse toplumda kadının suçlu olduğu varsayılmaktadır. Bu nedenle olayların saklanması genel bir eğilimdir. Toplumumuzda, cinsel tacize maruz kalanlarca konunun açıklanmaması ve ilgili mercilere müracaat edilmemesi daha fazla suçlu yaratılmasına neden olmaktadır. Bununla beraber sivil toplum örgütleri kadın araştırma programlarında kadın haklarının savunucuları olarak önemli bir başarı elde etmişlerdir. 26 Eylül 2004 tarihinde

Türk ceza sisteminde en köklü değişikliği getiren Ceza Yasası'nın yasallaşmasında kadınlara yönelik önemli hakların yer almasını sağlamışlardır. Cinsel özerklik ve vücut tamlığı, vücut dokunulmazlığı, kadının korunması açısından bireysel haklar olarak ve uluslararası belgelere uyumlu olarak Ceza Yasası'na kanun koyucu tarafından konmuştur.

Sivil toplum örgütlerinin faaliyeti amaç ne olursa olsun uluslararası hareketçe de desteklenmektedir. Ulusal dayanışma ve desteklemenin gerçekleştirilmesinde ağ oluşturmada uluslararası hareket sivil toplum örgütlerini yüreklendirmiştir. Kadınların insan hakları açısından mücadele verilmesi zorunlu hale gelmiştir. Zira giderek birçok konuda ayırımcılık tırmanmaktadır. Bu ayırımcılığın çözümlenmesi kaçınılmazdır. Türk Ceza Yasası bağlamında kabul edilmiş kadının korunmasını sağlayan hükümlere rağmen, bunların toplumsal anlayış bağlamında Devlet kademeleri dahil her kesim açısından gereği gibi uygulanıp uygulanamayacağı zaman içinde belli olacaktır. Kadınların yasalarda düzenlenmiş haklardan eşit bir şekilde uygulamada yararlanmalarını sağlamak için en başarılı yol geniş bir ağ kurarak pedersahi düşünce yapısının yok edilerek erkek egemen toplumdan eşitlikçi topluma geçmeyi sağlamaktır.

Kırsal kesimde insan hakkı, kadın hakkı bilinmemekte veya bir kısım aydın gençler bilseler ve öğrenmeye çalışsalar dahi yörelerinde uygulama kabiliyeti olmadığı için yine çaresiz durumlarını muhafaza etmektedirler. Öyle ki gerek şehirlerde ve gerekse kırsal kesimde birçok kadın özgürlük nedir, vücut tamlığı ne demektir? Cinsel haklar ne demektir? Bunları hiç bilmemektedir. Yeni Ceza Yasası gerçekten eşi görülmemiş nitelikte haklar getirerek kadınların vücut tamlığı ve cinsel hakları konusunda uygar hükümlere yer vermiştir. Evlilik içi ırza geçme ve cinsel taciz suç olarak kabul edilmiştir. Irza geçmek, cinsel saldırı, cinsel istismar hallerinde cezalar arttırılmıştır. En önemlisi bakire olup olmamak veya evli veya bekâr olmak gibi konularda ve ırza geçme suçunun evlenme ile ertelenmesi konusundaki hükümlerdeki değişiklikler önemli yeniliklerdir. Yeni Ceza Kanunu cinsel suçları bireyin dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar olarak düzenlemiştir. Böylece şu açık olarak belirtilmektedir ki, kadının bedeni kendisine ait olup ne ailesine ve ne de topluma ait değildir. Kadın hakları insan haklarıdır, cinsler ara-

sında hiçbir şekilde farklı hukuk kurallarının uygulanması mümkün değildir.

V) CİNSEL TACİZİN ÖNLENMESİ İÇİN NE YAPILABİLİR?

Bu konuda yerli yabancı birçok araştırmanın olduğu ve sorunun çözümüne varılmadığı bir gerçektir. Cinsel taciz sadece Türk toplumunda değil diğer tüm toplumlarda sorun olan çok önemli bir fiildir³⁹. Bu konu ile ilgili sivil toplum örgütleri ve uluslararası örgütler ve kurumlar sürekli faaliyet içindedirler. Bu çalışmalar ulusal hükümet kuruluşlarının konu hakkında etkili bir çözüm bulmak için bir kısım çalışmalar yapmaya mecbur etmektedir. Ancak hiçbir etkin çözüm henüz üretilmemiştir. Konu üzerinde çalışanlar konunun çeşitli yönlerini ele alarak çareler aramaktadırlar. Ulusal mevzuata hükümler koymanın yeterli olmadığı kısa zamanda anlaşılmıştır. Türkiye'de mevzuata olabildiğince hızlı bir şekilde hükümler koyma çabası yerinde olmakla beraber alt yapı olmadığı ve uygulamada henüz bireylerin konu hakkında bilgileri bulunmadığı için cinsel tacizi cinsel istismarı, mobbingi önleyebilmek henüz mümkün olamamıştır. Erkek cinsin düşünce yapısında değişiklik gerekli olduğu kesindir. Ancak cinsel tacizin mağdurunun sadece kadın bireyler veya çocuklar olmadığı gözetildiğinde sadece erkek cinsin eğitilmesi de yeterli olmayacaktır. Bu tür eğitim ve kültürün genç yaştan itibaren verilmesi asırdır. Geçmiş yıllarla mukayese edildiğinde Türkiye'de artan bir ivme ile cinsel suçların ve tacizin arttığını görmek ürkütücüdür.

Eğitim konusu Türkiye'de birçok açıdan sorunları olan alandır. Son yıllarda plansız programsız nüfus patlaması eğitim sistemini kökünden yıkmıştır. Özellikle bir kısım ülkelerin doğuda yardım programı adı altında nüfus artışını hızlandıran para yardımı veya çeşitli fırsatlar tanımak sureti, örneğin yoksul ailelerin çocuklarına yurtdışında eğitim imkânı sağlamak gibi, yaptıkları uygulamalar çerçevesindeki doğu yörelerinde nüfusun artmasına neden olunmuştur. Bu imkânları alarak yetişen nesil şimdi otuzlu yaşlarda olarak yabancı dil konuşan ancak Türkiye'ye geri gönderilmiş kendi diline ve kültürüne ve en önemlisi aile bağlarına yabancı, işsiz birer birey olarak yapılandırılmış ve mutsuz bir şekilde her türlü teröre ve şiddete açık

bir şekilde yaşamaktadırlar. Topluma yabancı bu bireyler kendi yaşadıkları yöreye de yaşam biçimi açısından yabancı kalmışlardır. Bu gruba benzer nitelikte toplumda her kesimde daha birçok dişil ve erkek cins bulunmaktadır. Uygur bir eğitimden yoksun, geliri ya hiç yok veya çok yoksul aileler içinde yaşamak zorunda kalan, yaşam koşulları sıhhi bir ev düzeninde yaşamaya elvermeyen ve kadın cinsi ile arkadaşlık etme imkânı hiç olmayan, gerek içlerine kapanık olmaları ve gerekse çevre faktörü tutuculuk nedeniyle toplumdan izole edilmiş olarak yaşamak zorunda kalan erkek bireyler sonunda, psikolojik ve sosyolojik nedenlerle cinsel taciz uygulamak için aday olmaktadır. Belirtmek gerekir ki kısaca tanımlamaya çalıştığımız nitelikteki bireylere ki bunlar psikolojik olarak birçok eksiklikleri bulunan ve tedavi edilmesi gereken bireylerdir, iş bulunduğu ve iyi çalışma şartları sağlanması halinde dahi çok kolaylıkla çevrelerinde cinsel taciz veya her türlü suç teşkil edecek fiilleri ika etmekten kendilerini alamazlar. Bunların bilinmesi ve ona göre işyerlerinde eğitim programları açılması ve yapılması gerekecektir.

Birçok çok iyi organize edilmiş işyerlerinde işçi alınırken sözleşme imzalanmadan önce işyerinde huzursuzluk çıkmasını önlemek ve diğer çalışanlara karşı uygunsuz olaylara meydan vermemek ve diğer gerekli nedenlerle detaylı mülakat yapılmaktadır. Ancak bu önlemler genel olarak cinsel tacizi önlemeye yetecek nitelikte değildir. İşyerinde ara ara konular hakkında toplantılar yapılmalı ve hatta işçilerin katılmasının zorunlu olduğu atölye çalışmaları düzenlenmelidir. Ceza Yasası'nda işverenler için getirilmiş cezalar gözetildiğinde işyerlerinde bu tür eğitimsel faaliyetlerin yararlı olacağını belirtmek gerekir.

İşsizlik, Türkiye'de diğer bir önemli konu olarak cinsel tacize imkân hazırlayan nedendir. Hükümetin istatistikleri bağlamında işsizlik oranının Avrupa ülkelerinden daha da fazla olmadığına açıklanması ve istatistiklerde yüzde 8,8 nispetinin gösterilmiş bulunması bize anlamlı gelmemektedir. Kayıt dışı ekonomi ve evlerde çalışanların, günde birkaç işte çalışanların ve tarım kesimi, kırsal kesim insanların durumu gözetilmeden gerçek rakamın bulunması özellikle Türkiye'de bulunması mümkün değildir. Gerçek rakamın 8,8 olamayacağı bir gerçektir. Bu işsizlik hali de cinsel taciz ve

cinsel suçların oranının artmasını tetiklemektedir. İşsizliğe çare bulmak cinsel taciz ve psikolojik tacizde azalmaya önemli oranda etki yapacaktır. Ancak asgari ücretin net 419 YTL olduğu ve toplu sözleşmelerde ücretin pazarlık konusu yapıldığı bir ülkede cinsel taciz konusunun fantezi kaçtığına da söyleyerek, yaşam koşulları iyileştirilmeden, insan gibi yaşamak için istihdam sorununu çözmeden, asgari ücreti yoksulluk düzeyinde tutarak ve vergi kesmeye devam ederek, suç işlenmesini önlemek mümkün değildir.

Uluslararası piyasada rekabet edilecek diye pazar ekonomisindeki istikrarsızlığın ileri sürüldüğü, işçilere insan haysiyet ve onuruna yaraşır nitelikte olmayan şartların sunulduğu ve zorla kabul ettirildiği, işsizlik oranının özelleştirmeler nedeniyle artmış olduğu, kayıt dışı ekonomi hakkında hiçbir işlem yapıl-

yerini şiddetin alması ve kadına değer vermemek bilincinin yükselmesi, etik değerlerin yok olması cinsel taciz vakıasını gündeme taşımıştır.

Toplumda yaygın olarak kültür yozlaşması olup bunun önüne geçmek mümkün olamamaktadır. Hemen hemen birçok toplumda şiddete başvurmadan yaşayamayan ve hiçbir değere saygısı olmayan ve hiçbir kültüre dahil olmayan insanlar vardır. Bu tipler taciz ve benzeri fiilleri ika ederek toplumu rahatsız etmekte ve ika ettikleri suçlar ile insanlara zarar vermektedirler. Devlet mevcut yasaları ile bu tür fiillerin işlenmesini önleyememektedir. Bu tipler insanların yasalar ile korunmuş haklarına saldırmakta ve suç işlemektedirler. Bunların çoğunlukta olmadığını ümit etmek ve toplum değerlerine zarar vermelerini önlemek ve toplumun zarar görmemesini sağlamak için yeni yöntemler ile eği-

Kayıt dışı ekonomi hakkında hiçbir işlem yapılmadığı ve belki de desteklendiği bir ülkede önce cinsel tacizin ne olduğunu ve sonra da cinsel tacizde bulunulmaması gerektiğinin anlatılması görevinin yerine getirilmesi için yöntemler geliştirmek zorunlu hale gelmiştir.

madığı ve belki de desteklendiği bir ülkede sürünen insanlara, önce cinsel tacizin ne olduğunu ve sonra da cinsel tacizde bulunulmaması gerektiğinin anlatılması görevinin yerine getirilmesi için yöntemler geliştirmek zorunlu hale gelmiştir.

İstihdamda oldukça iyi bir yeri olan işçiler ayrık olarak asgari ücret veya çok az üzerinde bir geliri olan ailede tek kişinin çalıştığı düşünülünce ve aile bireylerinin üç dört kişi olduğu farzedilirse, bu gelir ile yaşamının imkânsız olduğunu görmek gerekir. Bunun anlamı açıklıktır. İşte bu gibi ciddi durumlar, ülkede cinsel tacizi arttıran ve hatta cinsel suçların artmasına neden olan en esaslı nedenlerdir. Evlilik içinde irza geçme suçunun gerçekleşmesi dahi yine bu olumsuz ekonomik durumun sonucudur.

Diğer bir cinsel taciz suçunun gerçekleşmesine neden de kültürel çözülmedir. Eski Türk örf ve adetlerinin, kültürünün giderek yozlaşması ve aile bağlarının kopması ailelerin bölünmesi, büyük aileler içinde yaşamının terk edilerek yerine küçük aile tipinin ortaya çıkması, aile büyüklerine saygının yok olması, dişil cinse olan saygının sevginin

tim gerçekleştirmek ve toplumda birlikte yaşama şuurunun geliştirilmesini yeniden sağlamak gerekmektedir. Uygar ve aydın düşünce ile gerçekleştirilmiş yasal yapılanmaya rağmen cinsel taciz fiilinin gerçekleşmesini önlemek yakın bir zaman dilimi içinde toplumda uygun ve gerekli bir eğitim sistemi yerleştirilmedikçe, son derece zor ve uzun vadede belki olabilecektir.

VI) İŞ İLİŞKİLERİ VE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)⁴⁰

İş ilişkilerinde cinsel tacizi de kapsayan bir diğer fiil psikolojik taciz fiili vardır. Cinsel taciz daha belirgin nitelikleri gerektiren ve suç teşkil eden fiil olarak Mobbing (psikolojik taciz)'den daha az oranda gerçekleştiği söylenebilir. Mobbing veya psikolojik taciz kelime olarak toplum içindeki iletişimde dostane ve etik olmayan davranışları açıklamak için kullanılan bir kelimedir. Aslında İngilizce kelime anlamı bakımından kararsız ve düşmanca ruh halinde olan yıkıcı tabiatta kalabalık olarak çevrilebilir. Daha açık bir anlatım ile mobbing bir grubun, toplumu veya kişiyi sistematik biçimde

devam eden fiilleri ile rahatsız etmesi ve sıkıntı vermesi anlamında kullanılmaktadır. Bu fiil daha ziyade zavallı korumasız durumda olanlara karşı yapılan bir davranış olarak ortaya çıkmaktadır. Bu davranış psikolojik terör ve psikolojik tacizdir. İş yerlerinde de sıkça görülen ve işi, işçiyi ve işletmeyi etkileyen bir davranış ve harekettir.

Bu kavram ve ifade ettiği fiil son yıllarda ortaya atılmış olmasına rağmen bununla anlatılmak istenen yeni bir olay değildir. Yakın zamana kadar psikolojik tacizin farkındalığına varılmamaktaydı, maruz kalınan eylemi ifade etmeye yarayan bir kavram yoktu. Ancak bugün işçiler psikolojik taciz olgusu hakkında bilinçlenmişlerdir.

Psikolojik taciz işyerinde işçi üzerinde, işverenin, işveren vekili veya diğer temsilcilerin veya işyerinde çalışan diğer işçilerin, duygusal nitelikte kötü davranması, gözünü korkutması, gurur incitmek, bir yanlışlığı utandırarak açığa vurmak veya işçiyi yalnız bırakmak, gruba almamak, kalbini kırmak, üzmek, alay etmek, genel olarak taciz etmek olarak beliren fiiller olarak özetlenebilir. Psikolojik tacizin amacı olaydan olaya değişmektedir. Eğer psikolojik taciz işveren veya vekili tarafından ika edilmekte ise bunun iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için yapıldığı ve işçinin istifa etmesi istendiği için olduğu sonucuna varılabilir. Eğer fiil işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından şuurlu veya şuursuzca ika edilmekte ise bu fiiller mağdur olan işçinin işini yaparken acı çekmesine ve işinde başarısının azalmasına ve kalite düşüklüğüne neden olacaktır ki amaç mağduru rahatsız etmek ve üzmek olabileceği gibi, farklı nedenleri de olabilir. Örneğin fiili ika edenlerin ika edileni aralarında istememeleri veya zayıf kişilikli olması, kırılğan olması, ona karşı olumsuz davranışların diğerlerine eğlence gibi gelmesi, veya psikolojik tacize maruz kalanın sosyal yaşantısı ve konumu, veya kültür düzeyi veya lehçesinden kaynaklanan nedenler ile istenmeyen

Mobbing bir grubun, toplumu veya kişiyi sistematik biçimde devam eden fiilleri ile rahatsız etmesi ve sıkıntı vermesi anlamında kullanılmaktadır.

İş Kanunu'nda henüz psikolojik taciz kavramı yer almamıştır.

kişi durumunda olması, psikolojik tacize uğratılmasının nedenleri olabilir. Tabii ki tüm bunlar psikolojik tacize uğrayan kişinin işinin ifasında olumsuzluklar meydana getireceğinden, işçinin işveren tarafından haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer işçilerin amacının, psikolojik taciz uyguladıkları işçinin işine son verilmesini sağlamak da olabilir. Aslında psikolojik tacizin sonuçları ve etkileri çok tehlikelidir. Bu kabil fiillere muhatap olan işçilerin işlerini kaybetmeleri psikolojik olarak rahatsızlanmaları, sağlık problemleri ile karşı karşıya kalmaları olağan sonuçlardır. Esasen aynı sonuçlar cinsel taciz açısından da söz konusudur.

İş Kanunu'nda henüz psikolojik taciz kavramı yer almamıştır. Ancak mağdur ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlara muhatap olduğu takdirde haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmakta ve buna bağlı olarak da tazminat talep edebilmesine engel bir hüküm yoktur.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda cinsel taciz ile ilgili hüküm bulunduğu yukarıda belirtilmiş olup, Tasarı'nın bu maddesinin daha da kapsamlı hale getirilerek psikolojik taciz ile ilgili hüküm de konulabilir. Bu konuda sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları olup konunun destekçileri bulunmaktadır⁴¹. Cinsel ve psikolojik taciz açısından daha detaylı olarak Borçlar Kanunu'nda hükümlere yer verilmesi ve tazminat konusunun genel hükümlerden ayrı olarak düzenlenmesi daha yararlı ve Ceza Yasası ile paralellik sağlanmış olacaktır. Esasen psikolojik taciz cinsel taciz ile birlikte ve daha geniş bir kavram ve daha sıklıkla oluşan fiil olduğundan gerek İş Kanunu ve gerekse Borçlar Kanununda her iki kavramın birlikte yer alarak hükümler düzenlenmesi isabetli olacaktır. Ancak yakın bir gelecekte bu çalışmalardan sonuç alınabileceğini ümit etmek biraz hayal gibi görünmektedir. Çünkü yeni hükümet açısından ne yeni bir Borçlar Kanunu ve ne de İş Kanunu açısından yeni hükümler öncelikli konular olarak gözükmemektedir.

Ancak belirtelim ki, Tasarı'da yer alan cinsel taciz hükmünün yanında psikolojik taciz kavramının yer alması yerinde ve doğru olacaktır. Her iki fiil için hü-

Yakında yasalarda başka bir konunun yer alması zorunlu olacaktır. O da psikolojik tacize benzer nitelikte ve suç teşkil eden bir fiil BULLYING (zorbalık) olup, bu nedenle daha acil olarak yasal düzenlemeler gerekli olacaktır.

küm düzenlenmesi gereklidir, çünkü bazı hallerde cinsel taciz ve psikolojik taciz birbiri ile örtüşmeyebilir. Her taciz cinsel taciz değildir. Tacizin psikolojik olduğu durumlarda yasada hüküm bulunmaması veya açık bir hüküm olmaması yargı açısından sorunların çözümünü zorlaştıracığından tasarıya psikolojik tacizin eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca işverenin psikolojik ve cinsel taciz bağlamındaki sorumluluğunun her iki cins açısından söz konusu olduğunu da burada belirtmek gerekir. Zira toplumda cinsel taciz veya psikolojik tacizin muhatabının sadece dişil cins olduğu varsayıldığından böyle yanlış bir anlamaya sebebiyet vermemek için işyerindeki işverenin sorumluluğunun kadın ve erkek işçiler bağlamında her iki cins için de olduğunun belirlenmesi açısından Tasarı'da kadın ve erkek işçi tabirinin birlikte kullanılmış olması yerinde olmuştur.

Yakında yasalarda başka bir konunun yer alması zorunlu olacaktır. O da psikolojik tacize benzer nitelikte ve suç teşkil eden bir fiil BULLYING (zorbalık) olup, bu nedenle daha acil olarak yasal düzenlemeler gerekli olacaktır. Bullying olarak batıda ifade edilen fiil, kasten bir kimsenin diğerlerine sözle ve fiziki olarak taciz ve ani saldırısı şeklinde ortaya çıkan veya kurnazca fark edilmesi güç baskı metotları uygulanması olarak ika edilen ve suç teşkil eden fiillerdir⁴². Bullying ile mobbing birçok benzer özellikleri olan fiiller olarak gerçekleştiği gibi, bullying daha ziyade birden çok kişinin birlikte hedef aldıkları kişiye yönelik sözlü ve fiziksel saldırıyı da kapsayan eylemler olarak ortaya çıkmaktadır. Kötülük yapmak arzusu, gözdağı vermek, korkutmak ve sabotaj uygulamasına kadar varan eylemler olarak açıklanmaktadır. Bullying, zorbalığın işyerindeki şiddet olayları bağlamında ve hatta cinsel taciz ile mukayese edildiğinde daha yaygın olduğu istatistiklerle saptanmıştır⁴³. Bullying

sadece işyerlerinde değil, okullarda, askeriyede, uluslararası politikada gerçekleşen eylemlerdir. Uluslararası politikada bullying için jingoism (ulusalcılık-şovenizm) kavramının kullanılmaktadır⁴⁴.

İşyerlerinde toplu olarak uygulanan veya uygulanabilecek ve iş ilişkilerini, işçileri etkin bir biçimde etkisi altına alabilecek ve işin ifasını engelleyecek, suç teşkil eden fiillerin oluşmasına imkân verecek bu tür faaliyetlerin ve organizasyonların oluşumunun işyerlerinde önlenmesi ve gerçekleşmesi için gerek ceza ve gerekse iş yasalarına daha detaylı hükümlerin konulması gerektiği açıktır. Çünkü bu tür davranış adı konulmamış olarak Türkiye'de işyerlerinde esasen gerçekleşmekte olup, farklı çözüm yolları ve farklı bakış açıları ile nedenleri araştırılmaya ve sorunlar çözülmeye çalışılmaktadır. Mevcut yasal düzenlemeler bağlamında fiili ika edenlerin davranışları bazen İş Kanunu ve bazen Sendikalar Kanunu açısından bir kısım hükümlere uyarlanmak istenmektedir. Ancak gerçekten işyerinde ortaya çıkan sorunların nedeni iş mevzuatında var olan hükümler ile çözümlenebilecek nitelikte midir? Yoksa failerin fiillerin gerçek başka nitelikleri mi vardır? Bunlar incelenmesi ve araştırılması ve hükümler ile düzenlenmesi gereken konular olarak hukukçuların yeni araştırma konularıdır. Kısaca belirtmek gerekirse planlı bir biçimde örgütsel boyutta gelişebilecek bullying fiillerine peşinen önlem alınmadığı takdirde, çalışma hayatının felç olmasına varan boyutta tehlikeler oluşabilecektir. Gerekli kararlı ve yararlı adım olarak, olumsuz ekonomik etkileri de bertaraf edebilmek açısından ZORBALIĞA ödün vermeyecek hükümleri düşünmek önemli bir adım olacaktır.

VII) SONUÇ

Son yıllarda gelinen nokta açısından değerlendirme yapmak gerekirse, yeni Ceza Yasası'nda cinsel suçlar cinsel dokunulmazlık adı altında düzenlenmiş ve evlilik içi ırza geçme suçunun yer alması ile uygar bir nitelik kazanmıştır. Bununla kadının statüsü açısından toplumdaki eskimiş kanının değişmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Çocuklar ile ilgili olarak on beş yaşın üzerindekiiler açısından kendi rızaları ile cinsel ilişkinin gerçekleşmesinde ceza uygulanması hakkındaki eleştiriler sonuçlanmamış bir konu olarak halen sürmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda cinsel taciz ile ilgili hükümlere

yer verilmiş olmasına rağmen bu konu henüz gerektiği gibi toplumun gündeminde değildir. Yargı kararlarının derlenerek işyerlerinde oraya çıkan olayların değerlendirmesinin yapılması ve verilen kararların topluma yansımaya biçim ve sonuçlarını görülmesi ve ona göre yapılanmaya gidilmesi uygun olacaktır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, cinsel tacize uğrayan mağdurlar bu olayları açıklamak ve şikâyet edebilmek cesaretine ailevi nedenler ile henüz sahip değillerdir. Özellikle dışarıda çalışmak için ailelerinden zor izin alan genç kadınlar bakımından başlarından geçen ve karşılaştıkları cinsel taciz olayını açıklamaları mümkün değildir. Çünkü suçlu bulunacak kişi kendileri olacaktır. Bu nedenle susmayı tercih etmektedirler. Ceza Yasası 105. maddesinde belirtilen hüküm aslında uygunsuz bir çok olayın gerçekleşmesini engelleyici olabilecektir. Bu hükmün varlığı cinsel taciz fiilinde bulunmak isteyenlere karşı caydırıcı olabilir diye düşünmekteyiz.

Basında bazı cinsel taciz olaylarının kamuya duyurulduğu ve ceza mahkemeleri veya iş mahkemelerinde davalar olduğu gibi haberler bulunması henüz yasal hükümlerin varlığının caydırıcılık seviyesine eriştiği anlamında değildir. Haksız fesih nedeniyle iş mahkemelerine vaki müracaatların ne kadarının gerçek nedeninin cinsel taciz olduğu konularında yargı kararlarını görebilmek için bir zamana gereksinim vardır.

Türk toplumu er geç cinsel taciz ve psikolojik taciz konusunda bilinçli bir şuurlanma sürecine girecek ve Borçlar Kanunu'nda, İş Kanunu'nda daha detaylı hükümlerin yer alması ile uygulamadaki taleplerin ve davaların nedenlerinde değişiklik olmaya başlayacaktır.

Yasalarda yer alan akdi ve cezai hükümlerin uygulamaya geçirilmesinde meydana çıkan olumsuzluk, aslında, toplumun sosyal değerlerinin ve psikolojisinin bazı uygulamalara hazır olmadığının işaretidir. Toplumun yeni kurallara alıştırılması ve eğitilmesi ile ancak cinsel taciz konusu hakkında suç teşkil eden fiilin cezalandırılması mümkün olacaktır. Kanun koyucunun, işverenlerin, işçilerin, hakimlerin, yöneticilerin, işçi ve işveren sendikalarının bilgilendirme konusundaki organizasyonun içinde olmaları gerekmektedir. Bu konuda eğitim bilgilendirme kolay bir iş değildir. Türkiye'de değişik sosyal grupların varlığı farklı geleneklerin ar-

ta bir boyutta ortaya çıkması karşısında Türkiye bazı konuların ve sorunların aşılmasında uygarlık çitasını uygulamada da yakalaması, yazılı kurallara kavuşması kadar kolay ve kısa vadede olmayacağını üzümlere vurgulamak gerekmiştir.

DİPNOTLAR

- 1 World Survey Reports of United Nations, about role of Women in Development Globalization, Gender and Work, 1999, Women in Changing Global Economy Role of Women in Development, 1994. United Nations CEDAW çalışma grubu tarafından 1990'dan beri her yıl yayımlanan "Human Development Reports". <http://hdr.undp.org/hdr2006/statistics/countries/country>
- 2 Dangaç Gönül tarafından yapılmış WEBSITE'de mobbing ile ilgili forum açılmış anket yapılmıştır. Anketörün tüm çalışmaları bu site de bulunabilir: <http://www.psikolojikyildirma.com> Gönül Dangaç. İşyerlerinde Mobbing üzerinde çalışmakta olup, sitesinde başlarından geçen olayları anlatan kadınlara yardım etmekte ve açıklamalarda bulunmaktadır. Çok yeni bir uygulamayı denemesi açısından kadın cinsinin şuurlanmasına yardımcı olmaktadır.
- 3 T.C. Anayasası 17/1 Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı altında, kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığına ilişkin anayasal haklar düzenlemiştir. Ancak Anayasa 17/4 fıkrasında sayılmış bulunan ve meşru müdafaa hali, yakalama tutuklama kararlarının yerine getirilmesinde, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri olarak açıklanan durumların maddenin 1. fıkrasındaki hükmünün dışında kalacağı belirtilmiştir.
- 4 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, madde 102 ve dv.
- 5 Eski Ceza Kanunu (765) 01.03.1926 m. 414 vd.
- 6 11 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, her ne kadar cinsel taciz ile ilgili açık bir hüküm bulunmamakta ise de, sözleşme ayrımcılık hakkında genel bir hüküm koymuştur. Buna göre, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya toplumsal köken bakımından yapılan ve iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı; ilgili üye memleketin, varsa, temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla işarete etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı ifade ettiği belirlenmiştir. Centel Tankut: Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 1999, s.282.
- 7 Nairobi Declaration, Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the UN Decade for Women: Equality, Development and Peace, July 1985.
- 8 Bakırcı Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, p.203-218.; Burada açıklamalıyız ki, cinsel taciz bağlamında kadın hareketinin istikametini tanımlayabilmek için uluslararası olayları gözden geçirmek gerekmektedir. Kadınlara ile ilgili 1995 Pekin 4 Dünya Konferansından önce yer almış konferans ve Birleşmiş Milletlerin kadınlara ile ilgili hazırladığı 3 konferans konularına dikkatin çekilmesinde çok önemli olmuştur. Mexico City'de 1975'te

yapılmış konfrans çok etkin olmuş ve Birleşmiş Milletler Genel Asamblesi'nde 1975-1985 yıllarının Kadınlar Yılları olarak kabulüne neden olmuştur. İkinci önemli konferans 1980 yılında Kopenhag'da gerçekleşmiş kadın yıllarının ikinci yarısından itibaren kadınların eğitimi ve istihdamı, sağlık konuları üzerinde yoğunlaşmıştır. 1985'te Nairobi'de gerçekleştirilmiş konferansta 2000'li yıllara doğru kadınların şartlarının iyileştirilmesi için yeni stratejiler geliştirmek konusunda oybirliğine varılmış ve böylece ulusal bölgesel ve uluslararası çerçeve tesis edilerek, insan haklarından yararlanmayı mümkün kılacak şekilde kadınların güçlendirilmesi hedeflenmiştir.

1990'da herhangi bir konferans düzenlenmemiştir. Birleşmiş Milletlerin değerlendirmesine göre Kadınları Geliştirme bölümünce, bu konunun üzerinde çalışılması gereken çok hassas bir konu olduğu çünkü, öncelikle kadınların kendi hak ve menfaatleri açısından ilgilerinin çekilmesi gerektiği, kadınların farkındalığının toplumda geliştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bilhassa konuya Türkiye açısından baktığımızda kadınlar yılı olarak kabul edilmiş on yıldan sonra büyük bir gevşeme gözlenmiştir. Nairobi stratejisinin yerine getirilmesinde 4. Dünya Konferansı'nda her iki amacın, kadın konusuna ilginin çekilmesinin yeşertilmesi ve özellikle kadına karşı şiddet, cinsel taciz ve cinsel saldırı konularında uluslararası gündemde yer almanın gerekliliği açıklanmıştır.

(bkz Nairobi Declaration http://www.womensrightscoalition.org/site/reparation/signature_en.php).

- 9 Türkiye uluslararası belgelere ve onların uygulamasına değer veren bir ülke olarak Birleşmiş Milletler Genel Asamblesi'nde 1993 tarih ve 48/104 no ile kabul edilmiş Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi Deklarasyonunu uygulama modeli olarak esas almıştır (http://www.lawphil.net/international/treaties/dec_dec_1993.html). Ancak belirtmek gerekir ki, konferanslarda delegeler uygulamayı taahhüt edip imzaladıkları kuralların iç hukuk kuralları haline gelmesi sağlanmakta ise de uygulama o kadar kolay olmamaktadır.
- 10 Bakırcı K: a.g.e., s. 101
- 11 Bren Creighton&Andrew Stewart: Labour Law, 2000 , p.278 -282.
- 12 Eski Ceza Kanunu madde 434
- 13 Artuk Emin M: Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayın No 1, İstanbul 2002, s 31 vd.; Bıçak Vahit: "Kadının cinsel İradesinin Eşine Karşı Korunması: Irza Geçme Suçu", 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı O. Çitçi, 135-148 TODAI, Ankara 1998. Yazar eski Ceza Kanunu açısından durumu değerlendirmiş ve uluslararası metinlere ve toplumdaki olayların nedenlerini, çeşitlerini açıklamış olup tarihsel gelişimi açısından Amerika ve Avrupa hukuku ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan kararı üzerinde durarak yeni yüzyılda evlilik içindeki cinsel ilişkinin görüntüsü ve kadının hakları açısından değerlendirme yapmıştır. Sosyal niteliği ağır basan ve insan hakkı bağlamında önemli olan bu konu hakkında verilmiş kararlar ve yapılmış araştırmalardan bahsedilen önemli bir çalışmadır.
- 14 Ceza K. m. 102 /1.
- 15 Ceza K. m. 102/2.
- 16 Ceza K. m. 102/2.
- 17 Ceza K. m. 102/4.
- 18 Ceza K. m. 102/5-6, m 23.

- 19 May Corine-Herczog Chanal and Maria: Child Sexual abuse in Europe, Council of Europe Publishing, July 2003, s. 3 vd.'da çocukların cinsel istismarının çocuk nüfusunun azalması da gözetilerek Avrupa ülkelerinde kabul edilen Avrupa Konseyi tavsiyeleri ve ülkeler çalışmaları gözetilerek alınması yapılması gerekenlerin açıklandığı ve önüne geçilemeyen gittikçe oranı artan bir sorun olduğu, özellikle pornografi endüstrisinin verdiği hasarlar, doğu Avrupa ülkelerindeki politik ve ekonomik değişikliklerin sebep olduğu güç ekonomik nedenlerin etkileri, hukuksal yetersizlik profesyonel organizasyonların eksikliği, genç işçiliği, etik ve profesyonel standartların olmaması aile sorumluluklarının azalmış olması gibi durumların araştırmalar ile ve istatistikler ile açıklandığı ve konunun insan hakları boyutunun anlaşmalar ile çerçevelenmiş olduğu bu çalışma Avrupa'daki aşınmayı açıklaması bakımından ilginçtir.
- 20 Ceza K. m. 103/1.
- 21 Ceza K. m. 103/2.
- 22 Ceza K. m. 103/41.
- 23 Bu ağırlaştırılmış ceza 26 Haziran 2006 tarihinde 5377 sayılı Ceza Kanunu ile kabul edilmiştir.
- 24 Ceza K. m. 103/3-4, 6-7.
- 25 Ceza K. m. 103/43.
- 26 Ceza K. m. 105/1-2 ve gerekçesi; Artuk Emin M: Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105) Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK) 2006/4 s. 33 vd.
- 27 Artuk E: Cinsel Taciz Suçu, a.g.m., s.36 ve devamında açıklanan yargı kararları ve örnekler için bkz.
- 28 Declaration on the Elimination of Violence Against Women 48/104 20 dec. 1993, Human Rights a Compliation of International Instruments Volume 1, s.176 ve devamında belirtilen maddeler de anılan kadına karşı cinsel şiddetin tanımı ve önlenmesi ile ilgili öneriler için bkz.
- 29 2002/73/EC Direktifi açıklaması için bkz. Özdemir Erdem: İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum 2006/4 8 DİSK) s. 84vd.
- 30 Alpagut Gülsevil: Sexual Harassment in Turkish Labor Law, "Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul" Volume: 38, No:55, 2006; Tanım ve Türkiye'deki 2000'li yıllara kadar gelişimi açısından bkz. Bakırcı Kadriye: a.g.e., s.19 vd, 24 vd; Bakırcı Kadriye: European Public Law Volume 7 Issue 3, Eski İş Kanunu açısından değerlendirmeler ve tanım için bkz. s.476 vd,479 vd.
- 31 Alpagut G: İbid.
- 32 İbid.
- 33 Yenisey Kübra Doğan: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK) 2006/4. s74 vd.
- 34 Borçlar Kanunu m. 345 ve Alpagut G: İbid'teki açıklamalar.
- 35 Özdemir E: a.g.m. s.93'te yer alan görüş için bkz.
- 36 Artuk E: cinsel Taciz Suçu, s.38 vd.
- 37 Alpagut, İbid.
- 38 Özdemir E: a.g.m. s. 87 vd deki cinsel tacizin ayrımcılık bakış açısından değerlendirilişi ile ilgili açıklamalar. Konunun cinsel ayrımcılık temeline dayandırılmış olması Amerikan sistemindeki yapılanma nedeniyledir. Cinsel taciz mağdurlarının çoğunun kadın olması bu fiilin ayrımcılık temeline oturtulmasını gerektirmediği gibi mağdurların kadın olmaması halinde yine ayrımcılık temeline oturtularak mı değerlendirme yapılacaktır.

Kesin kurallar çizilerek kurumları değerlendirmek yerine toplumu ve bireyleri rahatsız eden fiilin sonlandırılması için ve bu fiil sebebi ile zarar görenlerin zararı karşılayacak tazminat almalarının sağlanmasının ayrımcılık esas alınarak düzenlenmemesi gerektiğini belirtmek gerekmiştir.

- 39 Güzel Ali-Ertan Emre: İşyerinde Psikolojik Tacize (mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal, 2007/sayı 14., s. 515 vd.'de karşılaştırmalı hukuk bağlamında yapılan incelemede verilen örnekler incelendiğinde Avrupalı ülkelerin psikolojik taciz sebebiyle ne kadar sorunlar yaşadıkları, yasal düzenlemelerinin nasıl olduğu, yargı kararları, sorunların çözümünde ülkeler arasında değişik prosedürler olduğu hususları hakkında geniş bilgi için bkz.
- 40 <http://en.wikipedia.org/wiki/mobbing>, psikolojik tacizin tanımının yapıldığı ve Mobbing kelimesinin kaynağının açıklandığı bir site olarak çeşitli ülkelerdeki psikolojik taciz konusundaki yasal düzenlemeleri açıklayan yazılara yer vermektedir. Buna göre, İngilizce bir kelime olan MOB kelimesi dağınık ve yıkıcı ve düşmanca tavırları olan topluluğu açıklamak için kullanılmıştır. Aynı şekilde Almanca Mobben kelimesinin fiziki saldırıyı da açıklamak için kullanılmakta olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde kuşların yaşamlarının incelenmesinde kuşların birbirleri ile ilişkilerinde zayıf olana karşı davranışları ve onun yaşam için mücadelesine engel olunması ve sonuçta fiziksel saldırıda da bulunarak öldürmeye varan sonuçları açıklamak için kullanılan bir kavram olarak da kullanıldığı belirtilmiştir; Heinz Leyman: <http://www.leymann.se/English/frame.html>, yazar mobbingin toplum içinde nasıl bir fiil olduğunu açıklamakta ve bu fiilin kişide psikosomatik hastalık meydana getirdiği, tıbbi araştırma yapılması gerektiğini belirtmektedir; Tınaz Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing) 2006 İstanbul, s.10 vd.41 vd.63 vd., Tınaz Pınar: Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz, Mercek, Ocak 2007, s.7 vd.; Tınaz Pınar: Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/3, s. 11 vd.; Tınaz Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/4, s. 13 vd.; Güzel Ali: İşyerinde Psikolojik Taciz Mobbing ve Cinsel Taciz Eşitlik İlkesi Ayırım Yasağı Konulu Seminerler Hakkında: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/4, s.9 vd.
- 41 Özellikle Gönül Dangaç bu konuda çalışmakta olup projelerin gerçek destekçisidir.
- 42 http://en.wikipedia.org/wiki/Bullying#Workplace_bullying: From Wikipedia, the free encyclopedia.
- 43 Ibid.
- 44 <http://en.wikipedia.org/wiki/Jingoism>: Özellikle uluslararası politikada kullanılan bu kavram ulusalcılık şovenizm duygularının hakim olduğu ve diğer uluslar üzerinde bir devletin politik gücünü kullanarak, yaptırımlar uygulaması ve güç duruma sokması, ulusal çıkarlarını tehlikeye sokması davranışları olarak betimlenebilir veya kavgacı niteliği ile bir devletin diğer ulus veya uluslar üzerinde savaş tehdidi uygulaması gibi fiil ve davranışları ve politikayı açıklamak için kullanılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Alpagut Gülsevil: Sexual Harassment in Turkish Labor Law, "Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul" Volume: 38, No:55, 2006.

- Artuk Emin M: Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayın No 1, İstanbul 2002.
- Artuk Emin M: Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105) Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK) 2006/4.
- Bakırcı Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000.
- Bakırcı Kadriye: European Public Law Volume 7, Issue 3.
- Bıçak Vahit: "Kadının Cinsel İradesinin Eşine Karşı Korunması: Irza Geçme Suçu", 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı, ed. O. Çitci, 135-148 TODAI, Ankara 1998 <http://www.vahitbicak.com/>.
- Bren Creighton&Andrew Stewart: Labour Law, 2000.
- Centel Tankut: Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 1999.
- Dangaç Gönül WEBSITE: <http://www.psikolojikyildirma.com/>
- Güzel Ali: İşyerinde Psikolojik Taciz Mobbing ve Cinsel Taciz Eşitlik İlkesi Ayırım Yasağı Konulu Seminerler Hakkında: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/4.
- Güzel Ali-Ertan Emre: İşyerinde Psikolojik Tacize (mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal, 2007/ sayı 14.
- "Human Development Reports" http://hdr.undp.org/hdr2006/statistics/countries/country_United Nations CEDAW work group
- http://www.lawphil.net/international/treaties/dec_dec_1993.html
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Jingoism>
- http://en.wikipedia.org/wiki/Bullying#Workplace_bullying:
- <http://en.wikipedia.org/wiki/mobbing>,
- Heinz Leyman: <http://www.leymann.se/English/frame.html>
- Nairobi Declaration, Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the UN Decade for Women: Equality, Development and Peace July 1985.
- May Corine-Herczog Chanal and Maria: Child Sexual Abuse in Europe, Council of Europe Publishing, July 2003.
- Özdemir Erdem: İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum (DİSK Yayını) 2006/4.
- Tınaz Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing) 2006 İstanbul.
- Tınaz Pınar: Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz, Mercek, Ocak 2007.
- Tınaz Pınar: Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/3.
- Tınaz Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi (DİSK Yayını) 2006/4.
- World Survey Reports of United Nations: Women in Development Globalization, Gender and Work, (1999), Women in Changing Global Economy Role of Women in Development. (1994).
- Yenisey Kübra Doğan: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Çalışma ve Toplum Ekonomik ve Hukuk Dergisi (DİSK) 2006/4.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İdari Para Cezaları Bakımından İş Kanunu m. 108'deki Kanun Yolu Hâlâ Yürürlüktedir (UYM Kararları Üzerine Bir Değerlendirme)

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere hukukun diğer alanları gibi iş ve sosyal güvenlik hukukunda da evvelden beri kimi yasaya (düzen kurallarına) aykırı tutumlar çeşitli yaptırımlarla karşılanmıştır. Bu yaptırımlar içinde idari para cezaları ve işyerinin kapatımı vs. gibi olgular da mevcuttu ve halen de mevcuttur. Üstelik idari para cezası vs. gibi idari yaptırımlara karşı çeşitli yargı yerleri görevlendirilmişti. Örneğin bunlardan konumuz itibariyle bizi ilgilendireni 4857 sy. İşK. 108/fıkra 2 hükmündeki düzenlemeydi. 10.06.2003'ten itibaren yürürlüğe giren bu hükümdede İşK. kapsamındaki idari para cezalarına karşı "idari yargı" da "itiraz" kanun yolu öngörülmüştür¹. Bu hüküm dahil idari para cezalarında başvurulacak yargı yeri ve yolunda çeşitlilik içerse de sistem böyle devam ederken, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılarak 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe konmuştur. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak bu Yasada, hem genel olarak kabahat ve idari yaptırımlara yer verilmiş, hem de bir idari işlem niteliğine rağmen idari para cezası ile mülkiyetin kamu-

ya geçirilmesi cezalarına karşı adli yargı (Sulh Ceza-Ağır Ceza Mahkemesi) görevli kılınmıştır. (KabK. 2 vd. 27-29) Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun diğer yasalardaki kabahatler bakımından da 'genel kanun' niteliği taşıdığından söz edilmişti. (KabK. 3)

Kabahatler Kanunu'nun getirdiği sistemin isabeti ve bilhassa idari para cezası vs. öngören diğer yasalar karşısındaki konumu ve işlevi çeşitli tartışmalara yol açmıştı². Tartışma sadece öğretisel olmayıp idare mahkemeleriyle ceza mahkemeleri arasında da yaşanıyordu. Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla buna katılmaktaydı. Öyleki, gerek öğreti ve gerekse çeşitli yerel mahkemeler arasında (konumuz itibariyle) idari bir yaptırım olan idari para cezalarında ilgili her bir yasada evvelden beri öngörülen idari yargının mı yoksa KabK.'nın getirdiği yol olan adli yargının mı görevli olduğu ve hangi yasadaki kanun yolunun uygulanacağı yoğun biçimde tartışma konusuydu. Bu noktada idare mahkemeleriyle (sulh ceza/ağır ceza) ceza mahkemeleri arasında farklı anlayışlar mevcuttu. Yerel mahkemeler arasında verilen çeşitli görevsizlik kararları üzerine çıkan görev uyuşmazlıklarını inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi (UYM) ise verdiği çok sayıdaki ka-

rarlarında, 5326 sy. KabK.'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005'ten itibaren, idari para cezaları (ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi) kararlarına karşı KabK.'nın getirdiği sistemin geçerli olacağını, böylece KabK.'nın ilgili diğer yasalardaki farklı yöndeki hükümleri yürürlükten kaldırdığını belirtmişti³. Örneğin bunlardan biriside doğrudan İşK. 92 bağlamındaki idari para cezalarında 01.06.2005'ten itibaren artık KabK.'nın öngördüğü adli yargı yeri ve başvuru ile itiraz kanun yollarının geçerli olacağına dairdi (UYM 21.11.2005-77/103). Bu karar öğretide de taraftar bulmuştu⁴.

Bizse bunun isabetli olmadığını, zira KabK. 3 hükmünün İşK.'da ve ilgili diğer yasalarda herhangi bir değişikliğe yol açmadığını, halen İşK. ve ilgili diğer yasalardaki farklı, yargı yeri ve kanun yolunun yürürlükte bulunduğunu savunuyorduk⁵. Tartışmalar böylece devam ederken bu kez Anayasa Mahkemesi de 01.03.2006'da verdiği bir kararıyla Kabahatler Kanunu'nun kimi hükümlerini iptal ederek olaya yeni bir boyut kazandırmıştır. (AYM.01.03.2006-E.2005/108, K.2006/35). Söz konusu AYM kararı hakkında özetle şunlar söylenebilir:

1. Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine vesile olan şey, birisi Ağır Ceza Mahkemesi (Giresun Ağır Ceza Mahkemesi) ve 11'i Sulh Ceza Mahkemesi ve nihayetinde birisi de İdare Mahkemesi (Malatya Bölge İdare Mahkemesi) olmak üzere toplam 13 yerel mahkemenin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çeşitli (3, 23/1, 24/1, 27/1, 28, 29, Geç. 2, Geç. 3) maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye başvurmalarıydı. Anılan mahkemelerin Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddelerinin anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalini ve 'yürürlüklerinin durdurulmasını' talep ettikleri anlaşılmaktadır (AYM kararı I.Olay Kısmı ve AYM kararı II.).

Söz konusu başvuru dosyalarını değerlendiren AYM yaptığı ilk incelemede, Kabahatler Kanunu 29, Geç. Md. 2 ve Geç. Md. 3 için yapılan başvuruların 'başvuran mahkemelerin yetkisizliği' nedeniyle oybirliğiyle 'reddi'ne karar vermiştir (AYM kararı IV). Sonra işin esasına geçen AYM; Kabahatler Kanunu'nun ilgili kurallarının (iptal yürürlüğe girene dek) 'yürütmesinin durdurulması' taleplerini de ilgili başvurularda bunun için aranan koşullar oluşmadığından dolayı oybirliğiyle reddetmiştir. (AYM Kararı-V).

2. Daha sonra anayasaya aykırılığı iddia edilen Kabahatler Kanunu hükümlerini ele alan AYM sırasıyla, Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğinden ve diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağından söz eden maddesini (Kabahatler Kanunu md. 3) Anayasa'ya aykırı bularak ve oyçokluğuyla iptal etmiştir. KabK. md. 3'e yönelik iptal kararınınsa AYM kararının RG'de yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesi oybirliğiyle karara bağlanmıştır (AYM Kararı-IX/C). Karar 22.07.2006'da RG'de yayımlanmış olup 22.01.2007'de yürürlüğe girecekti.

3. Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu ile ilgili bu karardan sonra da yine Kabahatler Kanunu 3, 27 ve 28. maddeleriyle ilgili kararlar vermiştir. (AYM 09.03.2006-E.2006/34, K.2006/84-RG 03.11.2006.) Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi'nin (5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 21'deki düzenleme bağlamında) yaptığı başvuru üzerine verilen bu karardaysa;

Kabahatler Kanunu md. 3 daha önceden iptal edildiğinden buna ilişkin isteğin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddine,

a) Kabahatler Kanunu 27/1 ile 28 hükümlerininse 01.03.2006 tarihli kararda Anayasa'ya aykırılık ve iptal iddiasının reddine karar verildiğinden, bu kararın RG'de yayımı (22.07.2006) tarihinden itibaren 10 yıl geçmedikçe yeniden başvuru yapılması mümkün olmadığı gerekçesiyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir (05.09.2006 tarihli AYM kararı-V, VI).

Biz Kabahatler Kanunu md. 3'ü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı AYM kararına ilişkin bir yazımızda anılan kararı ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiş ve aslında iptal edilen hükmün (KabK. 3) AYM'nin ifade ettiği manada Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştik. Bizce anılan hüküm gerçekten de Anayasa'da yazılı kurallardan hiçbirisine aykırı değildi. Sadece kanun koyucunun yargı mercilerini belirlerken o anadok izlediği teamüle aykırı gözüktüğünü belirtmiş ve yapılacak yasa değişikliği açısından da bazı önerilerde bulunmuştuk. Ancak Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün iptalini yine de olumlu bulduğumuzu da belirtmiştik⁶.

AYM'nin Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararının (RG'de yayımından itibaren

ren 6 ay sonrası olan) 22.01.2007'de yürürlüğe girmesi beklenirken, bu kez 06.12.2006 tarih ve 5560 sy. Kanun çıkarılarak Kabahatler Kanunu'nda (md. 3 dahil) çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler Yasanın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih olan 19.12.2006'dan itibaren yürürlüğe girmiştir (5560 sayılı K. Md. 46). Böylece 01.03.2006 tarihli AYM kararı da (iptal kararının yürürlüğe girmesinden evvel Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü değiştirildiğinden) anlamını yitirmiştir. 5560 sy. Kanun çeşitli yönlerden 5326 sy. KabK.'yı değiştirmişse de bunlardan (konumuz itibarıyla) en önemlisi KabK.'nın genel kanun niteliği ve izlenecek kanun yolu bakımındandır. Öyleki 5560 sy. Kanun'la yapılan düzenlemeye göre; KabK.'nın,

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna 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 (KabK. 3).

Böylece KabK. 3'te eskisinden farklı olarak, idari yaptırım kararlarına karşı hemen KabK.'daki kanun yoluna gidilmemekte, eğer varsa ilgili özel yasadaki farklı düzenlemeye itibar edilmektedir. Yalnız bunun uygulaması bakımından, 5560 sy. Kanun'la getirilen değişikliğin yürürlüğe girdiği anda (19.12.2006'da) ve/veya ondan sonrasında KabK.'dakinden farklı kanunyolu öngören bir özel yasa hükmünün varlığının zorunlu olduğu açıktır. Bu olgu 4857 sy. İşK.'daki idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu için de geçerlidir. Oysa İşK. 108/2 hükmü dahil ilgili birçok özel yasa hükümlerinin 01.06.2005'ten itibaren 5326 sy. KabK. ile yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığı tartışmalıdır. Ancak biz, İşK. 108/2 ve ilgili diğer özel yasa hükümlerinin (iptal edilen) 5326 sy. KabK. 3 ile yürürlükten kaldırılmadığını benimsediğimizden, herhangi bir sorun olmadan artık 5560 sy. Kanun'la yapılan değişikliğin de desteğiyle İşK. 108/2'deki idari yargı yerinde itiraz yolunun uygulanmasına devam edileceğini savunmuştuk, savunuyoruz⁷.

II. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN YENİ ANLAYIŞI

İdari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak yargı yeri ve kanun yolu bakımından KabK. -özel

kanunlar ikilemi ve tartışması böylece sürerken bu Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği yeni kararlarında eski anlayışından ayrılmıştır. Öyleki, çeşitli özel yasaları da kapsayan bu kararlarından saptayabildiğimiz 2 tanesi 4857 sy. İşK.'daki idari para cezalarıyla ilgilidir. Özetlemek gerekirse; bu kararlara vesile olan idari para cezaları İşK. 92 bağlamında birisi 25.04.2006'da, diğeryse 18.04.2006'da verilmiştir.

a) 25.04.2006 tarihli idari para cezası kararına karşı (Antalya 2. İdare Mahkemesi) idari yargı kendisinin değil adli yargının görevliliğinden bahisle görevsizlik kararı vermiştir. Davacının bunun üzerine adli yargıya başvurması sonucu ise adli yargı (Antalya 3. Sulh Ceza Mahk.) 5560 sy. Kanun'la yapılan değişikliği de dikkate alarak İşK. 108/2 hükmünden hareketle kendisinin (adli yargının) görevsizliğine karar vermiştir. Karara itiraz üzerine Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesi de Sulh Ceza Mahkemesi kararını isabetli bulup itirazı reddetmiştir.

Bu iki görevsizlik kararı üzerine soruna eğilen UYM ise; İşK. 108/2, 5326 sy. KabK.'nın ilk ve 5560 sy. Kanun'la değişik haline de değinip, "görev kurlarının kamu düzenine ilişkin olduğunu ve daha önce açılacak da yürüyen davalara hemen uygulanacağını" belirterek 5560 sy. Kanun'la değişik KabK. 3 uyarınca olayda İşK. 108/2 hükmünün uygulanacağını kabul etmiştir. Buna göre, 5560 sy. Kanun'dan itibaren İşK. kapsamındaki idari para cezalarına karşı İşK. 108/2'den hareketle idari yargıda (idare mahkemesinde) itiraz kanun yolu uygulanacaktır (UYM 04.06.2007-E.2007/116, K.2007/106).

b) Diğer karar ise 18.04.2006'da İşK. 92 uyarınca verilen idari para cezası işlemi vesilesiyle olmuştur. Bu işlem üzerine başvurulmuş adli yargı yeri (Adana 4. Sulh Ceza Mahkemesi) olayda İşK. 108/2 uyarınca idari yargının görevliliğinden bahisle kendisinin görevsizliğine karar vermiştir. Bunun üzerine başvurulmuş idari yargı (Adana 1. İdare Mhk.) ise bu alanda yaşanan gelişmelere de değinerek idari yargının (kendisinin) görevli olmadığına karar vermiştir.

Bu kez bu iki görevsizlik kararıyla karşılaşan UYM yukarıdaki kararda bahsedilen gerekçelerle olayda idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir (UYM 02.07.2007-E.2007/142, K.2007/139).

III. KARARLARIN DEĞERLENDİRİMİ

UYM'nin yukarıda özetlenen kararlarının değerlendirilmesine gelince; kararları sonucu itibarıyla isabetli bulduğumuzu ve fakat gerekçelerine katılmadığımızı baştan belirtelim. Zira, her ne kadar görev kuralları halen devam eden uyuşmazlıklarda kendiliğinden uygulanacaksa da konu bizce bununla ilgili değildir ve 5560 sy. Kanun'un rolü de bu noktada pek yoktur. Çünkü, kısaca belirtmek gerekirse;

1. Bilindiği üzere Kabahatler Kanunu md. 3'ün eski ve 5560 sayılı Kanun'la değişik yeni (ve 19.12.2006'dan itibaren yürürlükte olan) metni birbirinden farklıdır. Öyleki, her şeyden evvel Yasanın genel hükümlerinin (md. 1-31) diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı yönündeki genel ifadeye artık yer verilmemiştir. Buna göre; Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin hükümleri (md. 27-31) artık Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından başka bir yol öngören hüküm bulunmadığı takdirde uygulanabilecektir. Eğer ilgili diğer yasalarda idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yolu konusunda Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm varsa, Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ait hükümleri (KabK. 27-31) o idari yaptırım kararı için uygulanamayacak, ilgili yasadaki özel düzenleme uygulanacaktır. Bu önemli bir gelişmedir ve eski Kabahatler Kanunu md.3 hükmünden daha isabetli bir düzenlemedir. Ancak, bu yeni hükmün uygulanması bağlamında önemli bazı sorunlara dikkat çekmek gerekir.

Öyleki,

a) 5560 sayılı Kanun'la yapılan söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten (19.12.2006'dan) itibaren çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından farklı hükümlere yer veren yasalar çerçevesindeki idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu olarak Kabahatler Kanunu'ndaki değil, ilgili yasalardaki farklı hükümlerin uygulanacağına tereddüt yoktur. Ancak, 5560 sayılı Kanun'la getirilen değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce çıkarılıp yürürlüğe konulan ve Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yolu hükümlerinden farklı hükümler taşıyan yasalar açısından durum nazikliğini korumaktadır. AYM'nin

Bizce çözüm, 01.06.2005'te yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasalarda herhangi bir değişiklik yapıp yapmadığı noktasına bağlıdır ve bu nokta tartışmalıdır.

Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünü iptal eden kararda yürütmeyi durdurma talebini reddettiği de dikkate alınca Kabahatler Kanunu md. 3'ün eski halinin 5560 sy. Kanun'la değiştirilene (19.12.2006) kadar yürürlükte kaldığı da gerçektir. Şüphesiz bu önemli bir veridir ve ayrıca değerlendirme yapılırken 5560 sy. Kanun'la yapılan değişikliğin Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine kadar geriye (önceye) etkili kılınmadığı da gözden irak tutulmamalıdır.

Hal böyle olunca bizce çözüm, 01.06.2005'te yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasalarda herhangi bir değişiklik yapıp yapmadığı noktasına bağlıdır ve bu nokta tartışmalıdır. Şöyle ki;

● Eğer Kabahatler Kanunu md. 3 hükmünün 01.06.2005'ten itibaren anılan yasalarda değişiklik yaptığı kabul edilirse (ki öğretinin bir kısmı ile Uyuşmazlık Mahkemesi bu kanıda idi.), Kabahatler Kanunu md. 3'ün ilk metni onlardaki hükümleri yürürlükten kaldırmış ve onların yerini KabK. hükümleri almıştır⁸.

Bu durum 19.12.2006'ya dek devam edip bu tarihte 5560 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. 5560 sy. Kanun'la değişik metin diğer yasalardaki (kanun yolu bakımından) farklı hükümlere saygı duyup onlara ilişmemektedir. Fakat maalesef bu yeni durum geçmişe etkili olmayıp 19.12.2006'dan itibaren geçerli olduğundan 01.06.2005'ten önce çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndan farklılık öngören diğer yasa hükümlerini canlandıramamaktadır. O halde bu anlayış çerçevesinde, Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ait hükümleri (KabK. 27-31) yine tüm içeriğiyle uygulanacak demektir. Zira o yasalarda (01.06.2005'te Kabahatler Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından) artık Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm yoktur. Eğer bu dü-

şünce içinde kalınırsa, İş Kanunu'nun idari para cezasına karşı kanun yollarıyla ilgili md. 108 hükmü de artık mevcut olmadığından Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri (KabK. 21-31) yine tümüyle İş Kanunu bakımından da uygulanmaya devam edilecek demektir. Yani yine idari para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvuru ve Ağır Ceza Mahkemesi'ne de itiraz yoluna gidilecektir. Ancak incelemeye çalıştığımız yeni kararlarında UYM'nin bu anlayışa katılmayıp idari yargıyı İşK. 108/2 uyarınca görevli kıldığı vurgulanmaktadır.

● Buna karşın önceden beri savunduğumuz gibi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005'ten itibaren idari para cezası (idari yaptırım) kararı ve buna yönelik kanun yolu öngören diğer yasalarda (konumuz bakımındansa 4857 sy. İşK.) açık veya örtülü herhangi bir değişiklik yap-

deyişle Kabahatler Kanunu md. 3 vd. hükümleri 'genel hüküm', İşK. 108 (ve ilgili diğer yasalardaki hükümler) ise 'özel hüküm'dür. Dolayısıyla sırf 4857 sayılı İşK.'dan sonra çıkarıldı diye Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü İşK. hükmünü örtülü biçimde de yürürlükten kaldırmamıştı. Hatta İşK. 108 hükmünde Kabahatler Kanunu'ndan sonra çıkarılan bir yasa olan 5378 sy. Kanun'la 07.07.2005'ten itibaren değişiklik yapılırken kullanılan yasal ifadeler de Kabahatler Kanunu'nun İşK. 108'de herhangi bir değişikliğe yol açmadığını anlatmaktadır. Durum böyle olunca, Kabahatler Kanunu md. 3'te 19.12.2006'dan itibaren 5560 sy. Kanun'la yapılan değişiklik ise idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirttiğinden, İşK. 108'deki kanun yolu (idare mahkemesinde itiraz) halen yürürlüktedir. Dolayısıyla İşK. çerçevesinde-

Sırf 4857 sayılı İşK.'dan sonra çıkarıldı diye Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü İşK. hükmünü örtülü biçimde yürürlükten kaldırmamıştı.

madığı kabul edilirse, durum ve çözüm farklı olacaktır. Zira Kabahatler Kanunu md.3'ün ilk metni idari yaptırım öngören diğer yasalarda değişiklik yapmamış, onların ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmamıştır denirse, anılan yasalardaki kurallar AYM'nin iptal kararından etkilenmeyeceği gibi 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası zaten yürürlüğünü sürdürecektir. Çünkü, yukarıda da dile getirildiği gibi 5560 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir (KabK. 3/a). Bu cümleden olarak diyebiliriz ki, iptal edilen ve değiştirilen Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü bilhassa 4857 sayılı İşK. 108'de idari para cezalarına karşı öngörülen 'idare mahkemesinde itiraz yolu'nu yürürlükten kaldırmamıştı. Zira anılan hükmün (ve diğer yasalardaki ilgili hükümlerin) yürürlükten kaldırıldığına dair açık bir hükme Kabahatler Kanunu'nda yer verilmemişti. Örtülü biçimde yürürlükten kaldırabilmesi içinse her iki yasanın da aynı nitelikte olması gerekirdi. Oysa Kabahatler Kanunu bizzat kendi ifadesiyle genel kanun (KabK. 3) iken, 4857 sayılı İşK. (ve diğer ilgili yasalar) ise özel bir kanundur. Yahut başka bir

ki bir idari para cezasına karşı ilgilinin İşK. 108 hükmünden hareketle idare mahkemesinde itiraz etmesi gerekir. Kabahatler Kanunu md. 27-31 çerçevesinde Sulh Ceza veya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gitmesi isabetli düşmez⁹. Nitekim incelediğimiz bu yeni kararlarında UYM'nin de bu düşünceye katılması memnunlukla karşıladığımız isabetli ve sürdürülmesi gerekli bir tutumdur. Yüksek Mahkeme'nin bu isabetli kararının gerekçesinin de, (görev kurallarının kamu düzeninden olması ve halen yürüyen davaları etkilemesi vs. değil) "01.06.2005'te yürürlüğe giren KabK. 3 hükmünün İşK. 108/2 de ve ilgili diğer özel yasaların hükümlerinde herhangi bir değişikliğe yol açmadığı ve bu yüzden de 5560 sy. Kanun'dan itibaren tereddütsüz biçimde uygulanacağı" şeklinde olması gerekirdi. Çünkü yukarıda da söylediğimiz gibi, 5560 sy. Kanun'la değişiklikten sonra bile idari para cezalarına (idari yaptırım kararlarına) karşı, başka yasalardaki özel ve farklı hükümlerin uygulanabilmesi, ancak ve ancak onlarda halen KabK.'dakinden farklı bir kanun yolunu ve yargı yerini öngören bir hükmün varlığıyla mümkündür. Oysa gerek İşK. 108/2'de (ve gerekse ilgili kimi özel yasalarda) 2005'ten bu yana, özellikle 5560 sy. Ka-

UYM aslında İşK. 108/2 hükmünün 01.06.2005'te 5326 sy. KabK. ile yürürlükten kaldırılmadığını da benimsemiş demektir.

nun'dan önce ve hatta sonra bu konuda bir değişiklik yapılmamıştır. Şu an uygulanması istenen de bu değişmeyen hükümlerdir. UYM bunların (İşK. 108/2'nin) halen varlığını ve olaya uygulanacağını kabul ettiğine göre, aslında İşK. 108/2 hükmünün (ve ilgili diğer özel yasa hükümlerinin) 01.06.2005'te 5326 sy. KabK. ile yürürlükten kaldırılmadığını da benimsemiş demektir. Yoksa "olmayan bir kuralın uygulanması" veya 5560 sy. Kanun'la "yeniden canlanması" söz konusu değildir. Zira 5560 sy. Kanun hükümlerinde 01.06.2005'te 5326 sy. KabK. ile yürürlükten kaldırılmış yasa (İşK. 108/2) hükümlerinin yeniden yürürlüğe konulduğundan söz edilmemektedir.

IV. SONUÇ

İdari para cezası (idari yaptırım) kararlarına karşı İşK. 108/2'deki ve diğer özel yasalardaki KabK.'dakinden farklı kanun yolu ve yargı yeri hükümlerinin halen yürürlükte olduğunu söyleyen UYM'nin bu yeni kararlarını memnurlukla karşılıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. E. AKYİĞİT, 4857 sy. İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 204 vd. AKYİĞİT, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II., 2. Bası, Ankara 2006, md. 108, 2240 vd.
- 2 Bkz. Ö. EKMEKÇİ, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, ÇİD. Eylül 2005, 49-54. ŞAHLANAN, Sicil/Mart 2006, 5-15. GÜLAN, Sicil/Mart 2006, 159-164.
- 3 Örnek olarak bkz. UYM. 21.11.2005-84/105; 21.11.2005-85/106; 21.11.2005-87/107; 21.11.2005-92/112; 26.12.2005-83/57; 01.05.2006-94/72.
- 4 Bkz. F. ŞAHLANAN, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil/Mart 2006, 5-15.
- 5 Bkz. AKYİĞİT, İdari Para Cezaları, 193 vd. AKYİĞİT, İşK. 108, 2244 vd. AKYİĞİT, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 23-29.
- 6 Bkz. AKYİĞİT Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189 vd. Yine bu AYM kararına yönelik değerlendirmeler için bkz. E. CILGA, Kabahatler Kanunu'na Anayasa Mahkemesinden İptal, MESS İşvn. Gzt. Eylül 2006. G. M. KARABULUT, İdari Yaptırımların

Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, THD/Kasım 2006, (sy.3) 63-68.

- 7 Bkz. AKYİĞİT, Kabahatler Kanunu Değişikliği İdari Para Cezaları Bakımından Neyi Değiştirdi? Legal İSGHD. 2007/14, 624-632.
- 8 Bu yönde öğretisi olarak bkz. Ö. EKMEKÇİ, ÇİD, Eylül 2005, 49-54. F. ŞAHLANAN, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil/Mart 2006, 5-15. A. GÜLAN, Kabahatler Kanunundan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil/Mart 2006, 159-164. L. ÇELİK/H. SIVRİKAYA, Kabahatler Kanunu Sonrası İdari Para Cezalarının Uygulanmasına Genel Bakış, YYDD/Aralık 2005, 13-20. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları içinse bkz. 28.11.2005 tarihli Resmi Gazete ile 07.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararlar.
- 9 Bkz. AKYİĞİT, İdari Para Cezaları, 193 vd. AKYİĞİT, İşK. 108-2240, AKYİĞİT, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 22-29. AKYİĞİT, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189-194. AKYİĞİT, KabK. Değişikliği, 628-630.

İş Güvencesi Tazminatından Vergi Kesintisi

I. Giriş

Dört yılı aşkın bir süre önce kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu, Türk hukuk sisteminde yeni bazı kurumları kabul etmiştir. Bunlardan biri de, (yasal) iş güvencesi kurumudur. İş güvencesine ilişkin esaslar ise, zaman içinde verilen ve yerleşen yargı kararlarıyla, uygulamada belirgin hale gelmeye başlamıştır. Bu durumun, olağan karşılanması gerekir. Çünkü, herhangi bir kuruma ait esasların, tümüyle ve çok ayrıntılı biçimde yasayla düzenlenmesi olanağı yoktur.

Geçtiğimiz günlerde, yargı kararları tarafından belirlenen bir (yasal) iş güvencesi esası da, iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği konusunda ortaya çıkmıştır. Gerçekten, işveren; geçerli neden göstermediği veya gösterdiği nedenin geçerli olmadığı iş mahkemesince tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Bu bağlamda, işveren, işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmazsa, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (İş K. m. 21/I). İşte, işçiye ödenecek bu tazminat miktarından gelir vergisi kesintisi yapıp yapılmayacağı noktası, öğreti ve uygulamada değişik görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bu bağlamda, aşağıda ilkin, konuya ilişkin değişik görüşler ele alınacak

ve daha sonra da, güncel yargı kararlarının ışığında, sorunun hukuken değerlendirilmesine çalışılacaktır.

II. Değişik Görüşler ve Yaşanan Gelişmeler

1. Öğreti görüşlerindeki farklılık

İş güvencesinden gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği konusundaki öğreti görüşlerinin, aynı doğrultuda olmadığı görülmektedir. Gerçekten, bu konudaki görüşler, birbirinden farklıdır. Nitekim, iş güvencesi tazminatını vergilendirmenin gerektiğini savunanların¹ yanı sıra, böyle bir kesintinin yapılmayacağına² ilişkin görüşler de, geçmişte öğretilerde yer almıştır.

İş güvencesi tazminatının gelir vergisi karşısındaki durumuna ilişkin bu iki değişik görüşün, esas olarak, hukuken Gelir Vergisi Kanunu (Gelir VK.)'nun 25. maddesinden temellendiği söylenebilir. Nitekim, iş güvencesi tazminatının vergilendirilmesini savunan görüş, söz konusu ödemenin anılan hükmün kapsamı içine girmediğini ileri sürerken; bunun tersini benimseyen görüş, böyle bir ödemenin işsizlik nedeniyle verilen bir tazminat olarak Gelir VK. m. 25/1 kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

Her iki görüşün ortak noktası ise, iş güvencesi

tazminatının ücret niteliğinde olmadığıdır. Buna göre, her iki yöndeki görüş, iş güvencesi tazminatını Gelir Vergisi Kanunu'nun ücretlerle ilgili hükümleri kapsamında değerlendiren ve aşağıda³ belirtilecek olan mali yönetim uygulamasından ayrılmaktadır. Bu bağlamda, iş güvencesi tazminatının, sosyal sigortalar uygulaması tarafından da ücret olarak değerlendirilmediği⁴ belirtilmelidir.

2. Yargı kararlarının durumu

a. Yargıtay'ın görüşü

İş güvencesi tazminatının vergiye tabi olup olmadığı hususu adli yargıyı doğrudan ilgilendirmemekle⁵ birlikte, dolaylı olarak Yargıtay'ın vergilendirmeden yana olduğu söylenebilir. Nitekim, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, iş güvencesi tazminatının brüt ücret üzerinden hesaplanması uygulamasına ilişkin bir kararında, “.. Tazminat miktarı belirlenirken, davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Zira, gelir vergisi ve damga vergisi yükümlüsü davacıdır ..”⁶ anlatımına yer vermiştir. Söz konusu anlatımdan dolaylı olarak, Yargıtay uygulamasının vergilendirmeyi kabul ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, Yargıtay'ın belirtilen görüşü, aşağıda⁷ belirtilecek olan Danıştay kararlarıyla çelişmektedir. Gerçekten, Yargıtay uygulaması, vergi kesintisi yapılacağı gerekçesiyle, işverenin ödeyeceği iş güvencesi tazminatının brüt ücret üzerinden hesaplanmasını esas alırken; Danıştay kararları, vergi kesintisinin yapılmaması yönünde belirlemedir.

b. İdari yargıdaki gelişmeler

İş güvencesi tazminatı üzerinden gelir vergisi kesintisi yapıp muhtasar beyannameyle vergi dairelerine ödenmesi gerekip gerekmediği konusundaki vergi mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itirazlar, bölge idare mahkemeleri tarafından farklı biçimlerde sonuçlandırılmıştır. Nitekim, iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesilemeyeceğini öngören Ankara Birinci Vergi Mahkemesi kararına karşı yapılan itiraz, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilirken⁸; bu yolda yapılmış gelir vergisi kesintisinin iadesi talebini kabul eden Sakarya Vergi Mahkemesi'nin bir kararı, “iş mahkemesi kararında hükmedilen tazminat, işçiye çalışılmayan sürelerde ödenmeyen ücret nite-

liğinde olduğundan, üzerinden vergi tevkifatı yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Bu bağlamda, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, bu konuya ilişkin karar düzeltme istemi de, “feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi yönünde verilen iş mahkemesi kararının kesinleşmesine kadar çalışılmayan süre için davacıya ödenen dört aylık ücreti ve diğer hakları üzerinden yapılan vergi tevkifatında hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın ise Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen vergiden müstesna tutulan tazminatlarda olmadığından bu ödeme üzerinden vergi tevkifatı yapılmasının da hukuka uygun olduğu” gerekçesiyle yerinde görmemiştir.

Ancak, Danıştay Başsavcısı, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin söz konusu kararının kanun yararına bozulmasını istemiş ve uyuşmazlık, Danıştay Üçüncü Daire'nin önüne gelmiştir. Bunun üzerine, Danıştay Üçüncü Daire; yakın zamanda Resmî Gazete'de peş peşe yayınlanan üç kararla, iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisi yapılmasını hukuka aykırı bulmayan Sakarya Bölge İdare Mahkemesi kararlarının “kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili etkili olmamak üzere” bozulmasına karar vermiştir⁹.

Bu anlamda, söz konusu kararlarda aynen, “.. Sözleşmenin feshinin geçersizliğine ve çalışanın işe iadesine karar verilmesi üzerine bu istemle başvurulmasına karşın işe başlatmayan işveren aleyhine hükmolunan tazminatın ödenmesi, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki çalışma ilişkisinin sona erdirilmesi sonucunu yaratmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır.

Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Maliye Bakanlığı'nın, yeni ortaya çıkan yargı kararları doğrultusunda, önceki uygulamasının yönünü değiştirecek girişimlerde bulunması zorunluluğu ortadadır.

Yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bentte vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu halde, 25. maddede sadece çalışanlara ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir ..” denilmektedir.

Buna göre, anılan Danıştay kararlarında gösterilen gerekçeler:

- İş güvencesi tazminatının taraflar arasındaki iş ilişkisinin sona ermesi sonucunu yarattığına ve Gelir VK. m. 61 hükmünde belirtilen ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğinin de, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve parayla temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olduğuna, iş güvencesi tazminatının ise belirtilen özellikleri taşımadığına;

- İş güvencesi tazminatının, Gelir VK. 25/1 hükmünde vergiden müstesna tutulan işsizlik nedeniyle verilen tazminat niteliğinde olduğuna dayanmaktadır. Bu durumda, iş güvencesi tazminatının niteliğinin, Danıştay tarafından da, ücret değil tazminat olarak kabul edildiği görülmektedir.

Kanımca, Danıştay Üçüncü Daire'nin anılan kararları sonuçları itibarıyla doğru ve yerinde görünmekle birlikte, bunların gerekçeleri itibarıyla hukuki desteğe gereksinim içinde oldukları söylenmelidir. Gerçekten, ilkin, iş güvencesi tazminatının ücret niteliğini taşımadığına ilişkin Danıştay Üçüncü Daire'nin tanısı, son derece doğru ve yerindedir. Bu bağlamda, uyuşmazlık konusu olayda vergi kesintisi öngören Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin kararlarının bozulması, sonuçta son derece doğru olmuştur. Çünkü, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin kararlarındaki anlatımlara bakılacak olduğunda, boşta kalınan süreye ilişkin azami dört aylık ücret miktarı ile işine iadesine karar ve-

rilen işçinin işe başlatılmaması üzerine ödenecek tazminatın (yani, iş güvencesi tazminatının) birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Oysa, her iki ödeme özellikle hukuki niteliği, koşulları ve miktarı bakımından, birbirinden tamamen farklı olup; uyuşmazlık konusu olayda söz konusu olan, iş güvencesi tazminatıdır.

Ancak, Danıştay kararlarının gerekçeleri değerlendirilecek olduğunda, kanımca, bunların tümünün hukukten isabetli olduğunu söylemek güçtür. Gerçekten, ilkin, iş güvencesi tazminatının ödenmesi, söz konusu kararlarda isabetle belirtildiği üzere, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine ortaya çıkan bir durumdur. Ücret ve ücret sayılan ödemelerin yerine getirilmesi ise, iş ilişkisinin devamı sırasında söz konusudur. Bunların iş ilişkisi sona erdikten sonra ödenmesi, olsa olsa, vadesinde ödenmeyip birikmiş ücretler bakımından söz konusu olabilir. Ancak, gereken gelir vergisi kesintisinin, bu durumda dahi, iş ilişkisinin devamı sırasında yapılması zorunludur.

Bunun gibi, iş güvencesi tazminatı kavramı, Gelir Vergisi Kanunu'nun kabul etmiş bulunduğu ücret kavramına da uygun düşmemektedir. Gerçekten, Gelir VK. m. 61 anlamında ücret, “işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler”dir (f. 1). İş güvencesi tazminatı ise, bir hizmet (iş) karşılığında ödenmemektedir.

Bu bağlamda, belirtilen yargı kararlarındaki gerekçelerin, daha çok Gelir Vergisi Kanunu hükümleri çerçevesinde getirildiği görülmektedir. Oysa, iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisinin yapıp yapılmayacağı hususu, vergi mevzuatı kadar iş mevzuatı hükümlerini de ilgilendiren bir konudur. Buna göre, özellikle, İş K. m. 21/I hükmünde açıkça “tazminat” sözcüğüne yer verilmiş bulunması, söz konusu kararlarda gerekçelendirilebilirdi.

Bu durumda ise, “tazminat” sözcüğüyle yasada (İş K. m. 21/I hükmünde) ifade edilen “iş güvencesi tazminatı”nın, Gelir VK. m. 61/II hükmündeki “tazminat” sözcüğüne kapsamına dahil olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Ancak, iş güvencesi tazminatının, Danıştay kararlarında isabetle belirtildiği üzere, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine söz konusu olması ve Gelir VK. m. 61/II hükmünde yer alan “tazminat”ın ise iş ilişkisinin devamı sırasında ödenmesi karşısında; iş güvencesi tazminatı öde-

mesinin, Gelir VK. m. 61/II hükmünün kapsamı dışında kaldığı söylenecektir¹⁰.

Bunlara karşılık, kanımca, iş güvencesi tazminatının işsizlik nedeniyle verilen bir tazminat (Gelir VK. m. 25/1) olduğuna ilişkin Danıştay kararlarındaki gerekçeye katılmak, hukuken güç görünmektedir. Çünkü, iş güvencesi tazminatı, dolaylı olarak işçinin işsiz kalmasını önlemeye hizmet etmekle birlikte, işçinin işsiz kalması veya bulunması nedeniyle verilen bir tazminat niteliğini taşımamaktadır. Nitekim, iş güvencesi tazminatı, işe iadeye ilişkin mahkeme kararına uymadığı takdirde, işveren tarafından ödenmekte ve bu yolla, işveren, işe iade kararına uymaya zorlanmak istenmektedir. İş güvencesi tazminatı işçinin işsiz kalması yüzünden ödenmesi gereken bir tazminat olsaydı, mevcut iş güvencesi sistemi yargıcın işe iade kararı vermesini kabul etmez, doğrudan tazminata hükmetmesi esasını benimserdi. Kaldı ki, günümüz Türkiye'sinde işsiz kalan işçinin mağduriyeti, artık 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun öngördüğü yardımlarla giderilmeye çalışılmakta ve bu yardımlar içinde de, tazminat yerine işsizlik ödeneği yer almaktadır.

3. Maliye Bakanlığı'nın değişmeyen uygulaması

Maliye Bakanlığı uygulamasının, baştan beri, iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesilmesinden yana olduğu söylenebilir. Nitekim, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı; yukarıda belirtilen Danıştay kararlarının çok öncesinde yayınladığı bir özelgeyle, iş güvencesi tazminatını ücret niteliğinde görerek, bu tazminatın gelir vergisine tabi olduğunu belirtmiştir¹¹.

Maliye Bakanlığı'nın bu görüşü, söz konusu Danıştay kararlarının sonrasında, değişmiş görünmemektedir. Nitekim, Maliye Bakanlığı, anılan Danıştay kararları üzerine gerekli çalışmaları başlatmasını dilekçeyle isteyen Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu'na, ".. kanun yararına bozma kararı ile bozulan kararın hukuki sonuçları ortadan kalkmadığından¹², uygulamanın mevcut mevzuat hükümlerine göre yürütülmesine devam olunması gerekmektedir.

Ancak, konu ileride yapılacak kanun ve mevzuat çalışmaları sırasında değerlendirilmek üzere not edilmiştir .."¹³ yanıtını vermiştir. Bu durumda, hak-

İş güvencesi tazminatının ücret niteliğini taşımadığına ilişkin Danıştay Üçüncü Daire'nin tanısı, son derece doğru ve yerindedir.

lı olarak, mükelleflerin "ihtirazi kayıt"la muhtasar beyanname verip otuz gün içinde vergi mahkemesinde dava açmaları yolu önerilmektedir¹⁴.

III. Hukuki Değerlendirme ve Sonuç

1. Durum değerlendirmesi

İş güvencesi tazminatının ücret niteliğinde olmayıp hukuken tazminat niteliğini taşıdığı ve vergilendirilmeyeceği, son idari yargı kararlarıyla belirlenmiş bulunuyor. Buna göre, işsizlik riskine karşı kabul edilmiş bir tazminat olarak iş güvencesi tazminatını, gelir vergisi kesintisinden uzak tutmak gerekecektir. Ancak, buna ilişkin idari yargı kararlarının, salt münferit olaylarla sınırlı olduğu ve yasa yararına bozma kararı oldukları için de, kesinleşmiş mahkeme kararlarının hukuki sonuçlarını etkilemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda, Maliye Bakanlığı'nın, yeni ortaya çıkan yargı kararları doğrultusunda, önceki uygulamasının yönünü değiştirecek girişimlerde bulunması zorunluluğu ortadadır.

Ancak, iş güvencesi tazminatının vergiye tabi olup olmadığı sorunu son idari yargı kararlarıyla çözülmüş gibi görünmekle birlikte, bu noktada "Danıştay son noktayı koydu" demenin güçlüğü ortadadır. Çünkü, Maliye Bakanlığı, mevcut yargı kararlarına rağmen, iş güvencesi tazminatından alacağı vergiden vazgeçme niyetinde olmadığını belli etmiş durumdadır. Buna göre, Maliye Bakanlığı, bu niyetini devam ettirecek olduğunda, vergi mahkemelerinde açılacak çok sayıda davaya hasım olacaktır. Bunu göğüslemek isteyecek olduğunda da, tıpkı iş sağlığı ve güvenliği alanında yargı (Danıştay) kararlarıyla sıkışan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yaptığı gibi, bu kez de Maliye Bakanlığı muhtemel bir yasa değişikliğini gündeme getirebilecektir. Bu nedenle, yukarıda belirtilen son Danıştay kararları, vergi kesintisi sorununu kısa vadede çözmüş görünse de, uzun vadede mü-

kellefler yönünden sorunun çözülmüş bulunduğu söylemek güç görünmektedir.

Diğer yandan, ne vergi ve ne de iş mevzuatı hükümleri içerisinde, iş güvencesi tazminatından vergi kesilmesini öngören açık bir hüküm mevcuttur. Kanunsuz vergi alınmaması ilkesi ise, hukukun temel prensiplerindedir. Nitekim, Anayasamızın 73. maddesi, “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.” (f. 3) hükmünü taşımaktadır. Bu bağlamda, iş güvencesi tazminatının, gelir vergisine tabi olduğuna ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmayışı ve de kanunsuz verginin olamayışı yüzünden, kıyas yoluyla “ücret” olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi tartışma götürür¹⁵.

Bunun gibi, iş güvencesi tazminatının “işsizlik sebebiyle verilen tazminat” (Gelir VK. m. 25/1) olarak gelir vergisinden müstesna tutulacağına ilişkin Danıştay kararlarındaki gerekçe de, daha önce¹⁶ belirtildiği üzere, çok güçlü görünmemektedir. Söz konusu gerekçeye anılan yasa yararına bozma kararlarının kesinleşmiş mahkeme kararlarının hukuki sonuçlarını etkilemeyişi eklenecek olduğunda, Maliye Bakanlığı'nca sergilenen inatçı tutumu anlamak daha da kolaylaşmaktadır.

Değnilmesi gereken bir başka nokta, iş güvencesi tazminatından vergi kesintisi yapıp yapılmayacağı konusunda, Yargıtay ile Danıştay kararları arasında ortaya¹⁷ çıkan çelişkidir. Nitekim, Yargıtay uygulaması, iş güvencesi tazminatının brüt ücret üzerinden hesaplanması doğrultusunda; son zamanda, Danıştay kararları, vergi kesintisi yapılmayacağı yönünde ortaya çıkmaya başlamıştır. Buna göre, işveren, vergisi ödenmeyecek bir tazminat miktarını brüt ücret üzerinden hesaplayıp ödemek durumunda bırakılmaktadır. Bu durumda, sorunun ancak, geçmişte kıdem tazminatında olduğu gibi, yapılacak bir yasa değişikliğiyle çözüleceği söylenmelidir.

2. Sonsöz

İş güvencesi tazminatlarının ödenmesi, doğrudan işçileri ve işsizlikle mücadeleyi ilgilendiren hayati bir konudur. Nitekim, son Danıştay kararları da, iş güvencesi tazminatından vergi kesilmemesi gerektiğini, bu ödemenin işsizlik nedeniyle verilen bir tazminat oluşuyla gerekçelendirmiştir. İşçi sorunları ile işsizlik tehlikesi ise en çok işçi sendikalarını ve konfederasyonlarını ilgilendirmesi gere-

ken bir hususken, işçi örgütlerinin konuya gereken duyarlılığı gösterdiklerini söylemek güçtür. Umarız, artık son idari yargı kararlarından sonra, işini yitirecek işçi kamu mali yönetimi karşısında sahipsiz bırakılmaz.

DİPNOTLAR

- 1 Bak. O. G. Çankaya/C. İ. Günay/S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, 307.
- 2 Bak. C. Bilen, İşe İade Kararına Uyulmaması Nedeniyle Yapılan Ödemelerin SSK Primi ve Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu, Yaklaşım, 155 (Kasım 2005), 161-163; A. Bilgili, İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004, 97.
- 3 Bak. aşağıda II 3.
- 4 Bak. C. Bilen, İşe Başlatılmayan İşçinin Tazminatında Yargı Kararına Rağmen Maliyenin Vergi İsrarı, Yaklaşım, 177 (Eylül 2007), dn. 1'de belirtilen SSK Genelgesi.
- 5 Nitekim, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin bir kararında, iş güvencesi tazminatından vergi kesilip kesilmeyeceği sorununun bekletici sorun sayılması ve idari yargıda çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir (bak. Yarg. 9. HD., 1.6.2006-36953/1600-E. Akyiğit, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, 834-835 No. 574.)
- 6 Yarg. 9. HD., 9.10.2003-12544/16689-E. Akı/H. O. Altıntaş/İ. Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005, 173.
- 7 Bak. aşağıda II 2 b.
- 8 Bak. E. Eraslan, İşe İade Davası Sonucu Verilen Tazminattan Vergi Kesilmesi, İstanbul Barosu Dergisi 81, 3 (Mayıs-Haziran 2007), 972 ve aynı yer, dn. 4'de belirtilen yargı kararları. Ayrıca bak. Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, 179-181; Çankaya/Günay/Göktaş, 307, dn. 24.
- 9 Bak. RG. 15.6.2007, No. 26553. Ayrıca bak. İşveren 45, 10 (Temmuz 2007), Yargıtay Kararları Özel Eki, 3-6.
- 10 N. Hozar, Danıştay son noktayı koydu: İş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesilemez, MESS İşveren Gazetesi, 44, 812 (Temmuz 2007), 6.
- 11 Bak. Eraslan, 971 dn. 1 ve 972.
- 12 Maliye Bakanlığı, bu noktada hukuken yanlıgı içindedir. Çünkü, Danıştay'ın verdiği yasa yararına bozma kararının daha önceki kesinleşmiş kararın hukuki sonuçlarını kaldırmaması (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 51), yargı kararıyla belirlenen bir esasa ileride uyulmayıp yanlış ve isabetsiz uygulamanın sürdürüleceği anlamını taşımamaktadır.
- 13 3.8.2007 tarih ve B.07.1.GİB.0.03.43/4305-182/069750 sayılı Maliye Bakanlığı Özelgesi-Yaklaşım, 177 (Eylül 2007), Özelgeler ve İç Genelgeler bölümü.
- 14 Bak. Ş. Kızılot, İşe başlatılmayan işçiden sineğin yağı, 15.8.2007 günlü Hürriyet, 10.
- 15 Ayrıca bak. Eraslan, 979-980.
- 16 Bak. yukarıda II 2 b.
- 17 Bak. Akyiğit, 327 dn. 481; Bilgili, 97. Ayrıca bak. yukarıda II 2 a.

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ

Uludađ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yabancıların Danışmanlık, Proje, Montaj Hizmetlerinden Elde Ettikleri Kazançların Vergilendirilmesi ve Bunlara Ödeme Yapanların Vergisel Sorumlulukları

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası sermaye ve yatırım hareketlerine bağlı olarak yurt içindeki işletmelerin danışmanlık, plan, proje, montaj, mühendislik, kontrol, teknik, mali ve hukuki konulara yönelik danışmanlık hizmetlerini yurt dışındaki mukim kişilerden sağlanması yoluna gitmeleri sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Türkiye'deki işletmeler tarafından yabancı ülkede yerleşik kişi ve kurumlardan (bu sıfatları dolayısıyla dar mükellef olarak nitelendirilmektedirler) alınan danışmanlık, proje ve montaj işleri yaygın bir yer tutmaktadır¹. Belirtilen nitelikteki hizmetlerden kazanç elde edenlerin vergilendirilmesi; hizmeti sunanın gerçek kişi veya kurum olmasına, tam veya dar mükellef sayılmasına, bunlara ödeme yapanların vergi sorumlusu olup olmamalarına, hizmet sunanın mukimi olduğu devlet (yabancı ülke) ile Türkiye arasında vergi anlaşması bulunup bulunmamasına göre farklılık arz etmektedir. Bu noktadan hareketle bu makalenin konusunu, belirtilen faaliyetlerden elde edilen

kazançların vergileme yöntemine ilişkin genel esasların açıklanması oluşturmaktadır.

Danışmanlık, plan, proje, montaj, mühendislik, kontrol, teknik, mali ve hukuki konulara yönelik danışmanlık hizmetleri ile ilgili faaliyetlerin gerçek kişiler yanında kurumlar tarafından da icra edilebileceği dikkate alındığında konunun öncelikle elde edilen gerçek kişi veya kurum olması temel ayırımına göre ele alınmasında yarar görülmüştür.

A- SERBEST MESLEK FAALİYETİNİN GERÇEK KİŞİ TARAFINDAN İFASI

1- Faaliyetin Gelir Unsurları Karşındaki Konumu

Bir faaliyetin vergi ile ilişkisini kuran birinci husus onun verginin konusuna giren bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti noktasında başlar. Gelir Vergisi Kanunu (GVK)'nın 1. maddesinde gelir; "Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir.

Kolektif ve adi komandit şirketlerin tüzel kişiliği olmakla birlikte vergi hukuku bakımından, kişiliği yok kabul edilerek, vergileme ortaklar bazında yapılıır.

Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratlarının safi tutarıdır” şeklinde tanımlanmıştır. 2. maddesinde gelirin unsurlarının neler olduğuna yer verilmiştir. Bunlar;

- Ticari Kazançlar,
 - Zirai Kazançlar,
 - Ücretler,
 - Serbest Meslek Kazançları,
 - Gayrimenkul Sermaye İratları,
 - Menkul Sermaye İratları,
 - Diğer Kazanç ve İratlar
- olarak unsurlara ayrılmıştır.

Belirtilen montaj, plan, proje, danışmanlık vb. faaliyetlerden sağlanan gelirler faaliyetin arz ettiği niteliğe göre serbest meslek kazancı (arızı serbest meslek veya arızı ticari kazançlar dahil), ücret veya ticari kazanç olarak değerlendirilebilir. Başka bir anlatımla hizmet faaliyeti karşılığında yapılan ödemelerin hangi gelir unsuruna girdiği; serbest meslek kazancı mı yoksa ücret mi veyahut ticari kazanç olarak mı nitelendirilmelidir ki vergilendirme bu gelir unsurlarının tabi oldukları esaslara göre yapılabilir.

Kanununun 65. maddesinin ikinci fıkrasında, serbest meslek faaliyeti “sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye ve ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır” biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere serbest meslek kazancı; ticari mahiyette olmamak üzere bilgi ve şahsi mesai içeren emeğin bağımsız olarak ve süreklilik gösterecek şekilde sunulması karşılığında elde edilen gelirler olmaktadır. Bir faaliyet tanımı da yer alan ve aşağıda kısaca açıklamaya çalışılan özellikleri bir arada taşıyorsa o zaman serbest meslek kazancı olarak değerlendirilir. Aksi takdirde, o faaliyet serbest meslek kazancı olarak değerlendirilemez.

Tam ve dar mükelleflerin serbest meslek faaliyetlerini adi, kolektif veya adi komandit şirket olarak sürdürülen serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen kazançlar da serbest meslek kazancı olarak kabul edilmiştir. Bu şirketlerden kolektif ve adi komandit şirketlerin tüzel kişiliği olmakla birlikte vergi hukuku bakımından, kişiliği yok kabul edilerek, vergileme ortaklar bazında yapılıır. Bir başka ifadeyle adi, kolektif ve adi komandit şirketlerin serbest meslek faaliyeti ile iştigal etmeleri halinde ortakların her birinin kazancı serbest meslek kazancı kabul edilecektir. Türkiye’de bulunan yabancı adi, kolektif ve adi komandit şirketler için de aynısı geçerlidir.

Aşağıda belirtilen üç özelliğe sahip olan faaliyet GVK’ya göre serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilecektir. Ayrıca belirtilecek özellikleri taşıyan her faaliyet sonucunda elde edilen gelir serbest meslek kazancı olmakla birlikte; GVK md. 65/3 ve 66 da sayılan bazı meslek gruplarınınca elde edilen gelirler, bu özellikleri taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın serbest meslek kazancı kabul edilmiştir.

a. Faaliyetin Sermayeden Çok Şahsi Mesaiye ve İlmi veya Mesleki Bilgi ve Uzmanlığa Dayanması

Serbest meslek faaliyetinde sermaye pek ağırlık taşımaz. Faaliyette ağırlık taşıyan üretim faktörü şahsi mesai çerçevesinde sunulan nitelikli emek olup, emeğin ilmi veya mesleki bilgi ve uzmanlığa dayanması gerekir. Avukatlık, tıp doktorluğu, veterinerlik, mühendislik, heykeltıraşlık, diş hekimliği, mali, hukuki veya teknik danışmanlık vb. meslekler böyledir. Bu mesleklerde sermaye yok değildir. Her mesleki faaliyetin icrasında az veya çok sermaye bulunur. Örneğin, bir doktorun mesleğin icrası için gerekli alet ve edevatı, röntgen cihazı, avukatın bilgisayar sistemi, mühendisin çizim ekipmanı vb. bu faaliyetlerin sermaye tarafını oluşturur. Bütün bunlara karşın sermayenin üretim içindeki payı ikinci planda olup, ihtiyaç duyulan sermaye miktarı o faaliyetlerin serbest meslek faaliyeti olma vasfını etkilemez. Bazı meslek ve faaliyetlerde ise bireysel emek ağırlığına göre, sermaye ve organizasyonun ağırlığı ön plana çıkmaktadır. O zaman faaliyet ticari bir organizasyonun varlığını gerektiren ölçüye ulaşmış demektir ki, faaliyet ticari niteliğine bürünür. Bu yüzden bir doktorun özel hastane açması ve eczacının eczane işletmesi veya

mühendisin inşaat işleriyle uğraşması ticari kazanç olarak değerlendirilir. Bu özellik ticari faaliyetle serbest meslek faaliyetin sınırlarını ortaya koyması açısından önemlidir.

b. Faaliyetin Kişisel Sorumluluk Altında Kendi Nam ve Hesabına Yapılması

Hizmet faaliyetleri bağımsız nitelikte ifa edilebileceği gibi, bağımlı nitelikte yani bir işverene bağlı olarak da ifa edilebilir. Bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti sayılması için emeğin mesleki bilgi ve uzmanlığa dayanması yanında, bir işverene bağlı olmaksızın kendi sorumluluğu altında ve kendi nam ve hesabına sunulması da gerekir. Bu nedenle serbest meslek faaliyetinde bağımsızlık esas olup, bir işverene bağlılık söz konusu değildir. Eğer uzmanlığa dayanan emek bir işverene bağlı olarak sunulursa hizmet erbabı tarafından elde edilen gelir ücret olur. Örneğin, bir doktorun özel bir muayenehane açıp hasta kabul etmesi durumunda işverene bağlı olarak emeğin sunulması söz konusu olmadığından yapılan faaliyet serbest meslek faaliyeti, elde edilen gelir ise serbest meslek kazancı olacaktır. Oysa aynı doktor, devlet hastanesinde aynı emeğini sunarsa belirli bir işverene bağlı olacağından elde edilen gelir ücrettir. Ses ve saz sanatçıları ile gösteri topluluklarının faaliyetleri esas itibarıyla serbest meslek faaliyetidir. Ancak, bu kişilerin faaliyetlerini işverene tabi ve işyerine bağlı olarak sunmaları halinde hizmet karşılığı ücret olarak değerlendirilir.

Meslek erbabının faaliyeti kişisel sorumluluğu altında sürdürmesinin bir diğer yansıması da, faaliyetin sürdürülmesi sırasında hizmet satın alana bir zarar verilmesi halinde zararın muhatabının doğrudan meslek erbabı olmasıdır. Aynı zararın, işverene bağlılık altında verilmesi halinde zararın muhatabı hizmet erbabını istihdam eden işveren olacaktır. Örneğin, serbest çalışan bir doktor hastasını kusurlu ameliyat etmişse hastanın tüm tazminat talebi doktora yöneltilecektir. Aynı zararı (X) hastanesinde çalışan bir doktor konumunda verirse zararın muhatabı onu istihdam eden konumundaki (X) hastanesi olacaktır.

Serbest meslek faaliyetinin bu özelliği ücret ile serbest meslek faaliyetinin sınırlarının belirlenmesinde önemli rol oynar.

c. Faaliyetin Devamlılık Göstermesi

Bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti sayılabil-

Türkiye açısından dar mükellef statüsünde bir gerçek kişinin Türkiye'deki faaliyetinin devamlı mı, arızı mi olduğunun tespiti vergilendirme açısından önem arz eder.

mesi için o faaliyetin devamlı bir biçimde (mutat meslek halinde) yapılması gerekir. Bu nedenle devamlı olarak yapılmayan fakat yukarıda belirtilen özellikleri taşıyan faaliyetler "diğer kazanç" olarak değerlendirilir.

Serbest meslek faaliyetinin devamlılığı hususunda kesin bir ölçü ortaya konamamakla beraber mutat meslek halinde ifa bir ölçü olarak kullanılmaktadır. Mutat meslekle ifade edilen ise o mesleğin asli uğraş (faaliyetten elde edilen geçimin sürdürülmesi konusu) olması şeklinde ortaya konabilir. Mesleki faaliyeti icra etmek için bir işyeri tutmak veya açmak, levha asmak, ilanlar vermek mesleğin mutat meslek olduğunu gösterir. Ters durumda ilmi ve mesleki bilginin ara sıra kullanılmasıyla yapılan faaliyet arızı mesleki kazanç kabul edilir. Bu nedenle uzun veya kısa süreyi ihtiva etsin yılda bir iki kere icra edilen serbest meslek faaliyeti o mesleğin mutat meslek halinde yapıldığı anlamına gelmez. Serbest meslek erbabı olmakla birlikte mesleğini icra etmeyen, hayatını başka gelirleri ile idame ettiren, bir meslek erbabı tesadüf eseri mesleğinin gereğini icra etmişse yapılan faaliyet arızı serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilir. Örneğin, geçimini ülkesindeki ücret ve kira gelirleriyle sağlayan ve Antalya'ya tatil yapmaya gelen yabancı yönetim uzmanı (Y), yeni işletme stratejileri hakkında toplantılar yapan (Z) firmasının isteği üzerine personel ve bayiler toplantısında bir konferans vermiştir. Firma (Y)'ye konferans bedeli olarak 20.000 YTL ödemiştir. Bu faaliyet (Y) için arızı faaliyet olup, kazanç da arızı kazanç olarak vergilendirilir. Arızı kazancı elde edenin tam veya dar mükellef olmasının önemi yoktur. O halde, arızı olarak ifa edilen serbest meslek faaliyetinden elde edilen kazançlar serbest meslek kazancı değil, arızı mesleki kazanç olarak değerlendirilip, ona göre vergilendirilecektir.

Türkiye açısından dar mükellef statüsünde bir gerçek kişinin Türkiye'deki faaliyetinin devamlı mı, arızı mi olduğunun tespiti vergilendirme açısından önem arz eder. Dar mükellef gerçek kişinin mukimi (yerleşik) olduğu ülkede ifa ettiği faaliyet devamlılık gösteriyorsa Türkiye'de ifa edilen faaliyetin devamlı nitelik taşıdığı kabul edilir.

2- Geliri Elde Edenin Mükellefiyet Şekli ve Sonuçları

Gerçek kişiler açısından mükellefiyet durumu, GVK md. 3 ve 4 çerçevesinde, tam ve dar mükellef şeklinde ortaya konmuştur. Tam ve dar mükellefiyetin belirlenmesi açısından getirilen ölçü, GVK md. 3 ve 4 çerçevesinde, kişinin Türkiye'de yerleşmiş olup olmamasıdır. Tam veya dar mükellef sayılma açısından mükellefin yerli veya yabancı olmasının doğrudan belirleyici bir vasfı olmamakla beraber, uygulamada yabancı kavramı ile çoğu zaman dar mükellefiyet kapsamındaki kişiler ifade edilmektedir.

Türkiye'de yerleşmiş sayılan gerçek kişiler tam mükellef kabul edilir. Türkiye'de yerleşmekten kasıt, yerleşim yerinin (ikametgâh) Türkiye'de olması veya bir takvim yılı içinde altı aydan fazla Türkiye'de oturulmasıdır. Tam mükellef sayılmak açısından bu durumlardan biri ile ilişki kurmak yeterlidir. Tam mükellefler hem Türkiye ve hem de Türkiye dışından elde ettikleri gelirleri Türkiye'ye beyan ederler.

Dar mükellefler ise Türkiye dışından gelir elde etmiş olsunlar veya olmasınlar, sadece Türkiye'den elde ettikleri gelirler Türkiye tarafından vergilendirilir. Dar mükellefler Türkiye dışında elde ettikleri gelirlerden dolayı Türkiye'de gelir vergisine tabi tutulmazlar.

Kanun, Türkiye'de yerleşmiş olanların tam mükellef sayılacağını belirtmiştir. Yerleşmiş olmaktan kasıt, Türkiye'de yerleşim yerine (ikametgah) sahip olmak veya bir takvim yılında 6 aydan fazla oturaktır. Türkiye'de yerleşmiş olmayanların (Türkiye'de ikametgahı olmayanlar ile bir takvim yılında 6 aydan az oturanlar) Türkiye'den gelir elde etmeleri halinde dar mükellefiyet esaslarına göre vergilendirilirler. Örneğin, yerleşim yeri yurt dışında bulunan ve bir takvim yılında Türkiye'de altı aydan az süre oturan avukat (A), Avrupa Birliği mevzuatı hakkında Türkiye'deki bir işletmeye hu-

kuki danışmanlık hizmeti vermiş ve gelir elde etmiş ise GVK'ya göre dar mükellef olarak vergilendirilir.

Makalenin konusu genel olarak yabancı veya yurt dışındaki yerleşik kişilerin Türkiye'de sürdürdükleri serbest meslek faaliyetinden elde ettikleri gelirlerin vergilendirmesi olduğundan ilerideki açıklamalar dar mükellefiyet ekseninde yapılacaktır.

3- Yabancıların Kazancı Türkiye'de Elde Etmiş Sayılması

Dar mükellefin faaliyetini Türkiye'de vergilendirebilmek için kazancın Türkiye'de elde edilmesi aranan şartlardandır. Türkiye'de elde etme GVK md 7/4 de serbest meslek faaliyetinin Türkiye'de icra edilmesi veya Türkiye'de değerlendirilmesi olarak ifade edilmiştir. Serbest meslek faaliyetinin Türkiye'de elde edilmiş kabul edilmesi için icra edilme veya değerlendirmeden birisinin varlığı Türkiye tarafından elde edilmiş sayılması açısından yeterli görülmüştür.

Serbest meslek faaliyetinin Türkiye'de icra edilmesi hususu açıktır. Örneğin, yabancı bir ülkede mukim bir mühendis Türkiye'deki bir fabrikanın montaj işini montör olarak gerçekleştirdiğinde serbest meslek faaliyetinin Türkiye'de icra edildiği tartışmasıdır. Faaliyetlerin bir kısmı Türkiye, bir kısmı Türkiye dışına sarkabilir. Bu durumda faaliyetin nerede icra edildiğine yurtiçi ve yurtdışı ayrılıklarına bakarak bir sonuca varmak gerekir.

Türkiye'de elde edilmiş sayılmanın ikinci hali faaliyetin Türkiye'de değerlendirilmesidir. Türkiye'de değerlendirmeden kasıt, ödemenin Türkiye'de yapılması veya ödeme yabancı memlekette yapılmışsa dahi Türkiye'de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya giderleştirilmesidir. Örneğin; dar mükellef bir mühendise Türkiye'de uygulanmak üzere tamamını yurt dışında çizdiği projenin bedeli Türkiye dışında ödenmekle birlikte, ödeyenin Türkiye'deki hesaplarına gider kaydedilmesi halinde kazanç Türkiye'de elde edilmiş kabul edilecektir.

Türkiye'de elde edilen serbest meslek kazançlarında hâsılata tahsil esasına bağlanmıştır. Serbest meslek kazançlarında elde etme tahsil esasına bağlandığından mesleki faaliyet hangi yıl sunulmuş olursa olsun karşılığı hangi yıl elde edilmişse o yılın geliri sayılır. Elde edilmiş sayılması açısından

Kanun tam mükellef serbest meslek erbaplarına göre dar mükellef serbest meslek erbaplarına önemli bir ayrıcalık tanımıştır.

hizmetin hangi yıl sunulduğu, dolayısıyla hizmet bedeline hangi yıl hak kazanıldığı önemli değildir. Tahsilat kavramından kasıt, mesleki hizmet karşılığının nakdi veya aynı olarak alınması veya para ile temsil edilebilen menfaatler şeklinde sağlanmasıdır. Bu durumda tahakkuk etmiş fakat henüz tahsil edilmemiş alacaklar varsa bunlar elde edilmiş sayılmayacaktır. GVK'nın 68. maddesinde, birer hukuki tasarrufu ifade etmekle birlikte, bazı haller tahsil hükmünde sayılmıştır.

O halde, Türkiye'den elde edilen serbest meslek faaliyetinin vergilendirilebilmesi için, ayrıca bu faaliyet sonucundaki gelirin tahsil edilmiş olması da aranacaktır. Örneğin, Türkiye'ye konser vermeye gelen yabancı şarkıcı 4.000 YTL karşılığı yaptığı anlaşma bedelinin 3.000 YTL'sini nakden tahsil etmiş, kalan 1.000 YTL'si için alacaklı kalmış olsun. Serbest meslek kazançlarında elde etme sadece tahsil esasına bağlandığından, yabancı şarkıcı ilgili yıl için 3.000 YTL gelir elde edilmiş kabul edilir. Kalan 1.000 YTL ise tahsil edildiğinde, edildiği yılın geliri kabul edilerek ona göre vergilendirilir. Anlaşmanın yabancı para cinsinden yapılması durumunda mevcut yabancı para elde edildiği tarihteki cari döviz alış kuru üzerinden Türk parasına çevrilir.

4- Kazancın Safi Tutarının Belirlenmesi ve Beyanı

Serbest meslek kazançlarının safi tutarının tespitine ilişkin genel esaslar GVK'nın 67 -68, arızı olarak icra edilenler için GVK'nın 82. maddesinin son fıkrasında ortaya konmuştur.

Serbest meslek kazancı elde eden tam veya dar mükellefler serbest meslek kazançlarını yıllık beyanname ile bildirmek zorundadırlar. Takvim yılı içinde memleketi terk edenlerin beyannameleri memleketi terkten önceki gelen 15 gün olacaktır. Diğer durumlarda genel beyan süresinde yapılır.

Ancak, dar mükelleflerden serbest meslek kazançlarının tamamı üzerinden Türkiye'de tevkifat

(kesinti) yapılanlar GVK'nın 86/2 gereğince yıllık beyanname vermelerine gerek yoktur². Başka gelirler için beyanname verilse bile tamamı üzerinden tevkifat tabi tutulmuş serbest meslek kazançları yıllık beyannameye dahil edilmez. Görüldüğü üzere kanun tam mükellef serbest meslek erbaplarına göre dar mükellef serbest meslek erbaplarına önemli bir ayrıcalık tanımıştır. Sonuçta dar mükellef serbest meslek erbaplarının vergilendirilmesinde tevkifat yöntemi temel vergilendirme şekli haline getirilmiştir. Üzerinden tevkifat yapılmamış dar mükellef serbest meslek kazançlarının yıllık beyanname ile beyan edileceğine şüphe yoktur.

Serbest meslek faaliyetinin dar mükelleflerce arızı olarak ifa edilmesi halinde öncelikle mükellefin yıllık beyannameye tabi gelirlerinin olup olmadığına bakılır. Dar mükellef kişi yıllık beyana tabi bir gelir elde etmişse arızı serbest meslek kazancı yıllık beyannameye dahil edilerek beyan edilir. Arızı serbest meslek kazancını elde eden dar mükellef yıllık beyanname vermeye mecbur değilse GVK'nın 101. maddesinin 4. bendinde belirtilen arızı serbest meslek kazancını münferit beyanname ile beyan eder. Münferit beyannamenin faaliyetin yapıldığı yerin vergi dairesine, faaliyetlerin sona erdiği tarihten itibaren 15 gün içinde verilmesi mecburidir.

Geliri telif ve patent haklarının satışından ibaret olan ve tamamı üzerinden tevkifat suretiyle gelir vergisi ödemiş bulunan dar mükellefiyete tabi kimşelerin bu gelirleri için münferit beyanname veremeleri ihtiyaridir.

5- Serbest Meslek Erbaplarına Ödeme Yapanların Sorumluluğu

Vergi sorumluluğu ile gelir elde eden kişinin ileride hesaplanacak vergisine mahsup edilmek üzere, ona geliri sağlayan ve tevkifat (kesinti) yapacak kişinin konumu ifade edilir. Her şeyden önce vergi sorumluluğunun doğabilmesi yanında bu konuda düzenleme yapılmasına bağlıdır. Gelir vergisi itibarıyla vergi sorumluluğu GVK'nın 94. maddesinde ortaya konmuştur. İlgili maddede kimlerin, hangi ödemeleri yaparken kimlerden tevkifat yapacakları düzenlenmiştir. Bu nedenle tevkifat (vergi) sorumlularının belirlenmesi gerekir. GVK'nın 94. maddesinde bu kişiler;

- Kamu idari ve müesseseleri,

- İktisadi kamu müesseseleri,
- Sair kurumlar,
- Ticaret şirketleri,
- Kooperatifler,
- İş ortaklıkları,
- Dernekler,
- Vakıflar,
- Dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri,
- Yatırım fonu yönetenler,
- Gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı (Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar* ve gerçek usulde vergilendirilen serbest meslek erbapları),
- Zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler,
- Vergiye tabi işlemlere taraf ve aracı olanlardan Maliye Bakanlığı'nca uygun görülenler olarak belirlenmiştir.

Yukarıda belirtilen vergi sorumluları serbest meslek erbaplarına (noterler hariç) yaptırdıkları serbest meslek işleri dolayısıyla yapacakları ödemelerin gayrisafi tutarları üzerinden (avans olarak ödenenler dahil) gelir vergisi tevkifatı yapmak zorundadırlar. Serbest meslek faaliyetinin arızı olarak elde edilmesi tevkifat hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu nedenle arızı serbest meslek faaliyeti karşılığı yapılan ödemeler de tevkifata tabi tutulur. Tevkifat yapılırken arızı serbest meslek kazançları için var olan istisna haddi dikkate alınmaz. İstisna yokmuş gibi vergi tevkifatı uygulanır.

Vergi sorumluları, mesleki kazanç elde eden hak sahiplerine ödeme yaparken hakedişten aşağıda belirtilen oranlardaki kısmını keserek takip eden ayın (veya duruma göre dönemin) 23. günü akşamına kadar beyan edip, 26. günü akşamına kadar vergi dairesine ödenmesinden sorumlu tutulmuşlardır. Oranlar;

Telif kazancı elde edenlerden
(2003/6577 sayılı BKK) %17
Diğerlerinden
(2006/11449 sayılı BKK) %20

Örneğin, yerli veya yabancı olsun bir avukat, birinci sınıf tüccar (B)'nin işletmesine ait yurt dışı alacağına yönelik ihtilafının çözümü hakkında 8.000 YTL karşılığında görüş vermesi konusunda anlaşmış olsun. Hizmet Türkiye'de ifa edilmiş ve ödeme dahi Türkiye'de yapılmıştır. Bu durumda, vergi sorumlusu durumunda olan (B), avukata hizmet bedelini

öderken $(8.0000 \times 0,20) = 1.600$ YTL'yi gelir vergisi tevkifatı olarak kesecek ve avukata net olarak 6.400 YTL ödeyecektir. Bununla beraber diğer taraftan aynı tüccarın aynı avukata ticari işi ile ilgisi olmayan, boşanma davası gibi, özel bir iş için yapacağı ödemelerden tevkifat yapması söz konusu olmayacaktır. Çünkü, tüccarın boşanma işi ticari bir iş olmaması nedeniyle avukat karşısında vergi sorumlusu durumuna düşmemektedir. Serbest meslek kazancı beyan edildiğinde tevkif edilen vergiler hesaplanan vergiden mahsup edilerek ödenecek vergiye ulaşılır. Vergi tevkifatı yapılmış gelirlerin beyan edilme mecburiyeti bulunmadığında vergi tevkifatı nihai vergi haline dönüşür. Dar mükellefler defter ve belge düzenini kendi ülkelerinin mevzuatına göre düzenlemek durumundadırlar.

B- SERBEST MESLEK FAALİYETİNİN KURUMLAR TARAFINDAN İFASI

Serbest meslek kazancının gerçek kişiler tarafından elde edilebileceği hususu açık olmakla birlikte aynı nitelikteki kazancın kurumlar tarafından elde edilmesi açık değildir. Hatta, kurumların yapıları itibarıyla serbest meslek kazancının bunlar tarafından elde edilmesi ilk bakışta yadırganabilir ve imkânsız görülebilir. Çünkü, şahsi mesai, ilmi veya mesleki bilgi kavramı gerçek kişilerin sahip olduğu bir özelliktir. Bu nedenle teorik olarak kurumların serbest meslek faaliyeti yürütmeleri mümkün görülmez. KVK'nın 1/(2) maddesinde kurum kazançlarının GVK'nın konusuna giren gelir unsurlarından (KVK. m.3'te dar mükellefler için ücretler hariç tutulmuştur) meydana geldiği belirtilmiştir. Bu şartlar altında kurumların serbest meslek kazancı niteliğinde gelir elde edebilmeleri kanunda en açık şekilde ortaya konmuş olmaktadır. Sonuç olarak, KVK'da kurumların kendilerine örgütlenmelerine bağlı olarak bünyelerinde çalıştırdığı bağlı gerçek kişilerce sürdürülecek serbest meslek faaliyetinden serbest meslek kazancı elde edebilecekleri kabul edilmiştir (KVK. m3/(3)-c).

1- Kurumların Serbest Meslek Faaliyetinde Dar Mükellefiyet

KVK m. 3/(2) de, Kanununun 1. maddesinde yazılı kurumlardan kanuni ve iş merkezi Türkiye'de

bulunmayanlar “dar mükellef kurum” olarak nitelendirilmiştir. Dar mükellef kurum sayılmak açısından her iki merkezin de Türkiye dışında bulunması gerekir. Türkiye’den kazanç elde eden dar mükellef kurumlar sadece bu kazançlarına münhasır olarak Türkiye tarafından vergilendirilirler. Bir dar mükellefin Türkiye dışından gelir elde etmesi halinde bunları Türkiye’ye bildirmesine gerek yoktur. Bu tür bir ayırımın amacı, bir ölçüde ortaya çıkabilecek vergi mükerreriğini önlemektir.

Kanuni merkezi veya iş merkezinden herhangi biri Türkiye’de bulunan kurumlar tam mükellef olarak değerlendirilir. Bunlar Türkiye içi ve dışı kazançlarından dolayı Türkiye tarafından vergilendirilir.

Konumuz dar mükellef kurumların Türkiye’den elde ettikleri serbest meslek faaliyeti sonucundaki kazançlarının vergilendirilmesi olduğuna göre, açıklamalarımıza esas aldığımız kurumlar kanuni ve iş merkezi Türkiye dışında bulunan kurumlar (yabancı kurum) olacaktır. Bu çerçevede Almanya’da mukim bir kurumun Türkiye’deki bir fabrikayı devreye sokmak için çalıştırdığı mühendisleri aracılığıyla elde ettiği kazanç kurumun serbest meslek kazancı olacaktır.

2- Dar Mükellef Kurumlar Tarafından Sunulan Serbest Meslek Faaliyetinin Özellikleri ve Elde Etme

Serbest meslek faaliyetini sunanlar tam mükellef veya dar mükellef kurum statüsünde olabilir. Tam mükellef kurumlar hangi gelir unsurundan gelir elde etmiş olurlarsa olsunlar gelirleri kurum kazancı olarak nitelendirilir. Dar mükellefler ise hangi gelir unsuru bazında gelir elde ediyorlarsa (ücret hariç) gelirleri o unsur bazında isimlendirilirler. Bu nedenle, dar mükellefiyete tabi kurumlar tarafından Türkiye’de elde edilen kazanç ve iratların niteliğinin tespiti öncelikle önem arz eder. Konu ile ilgili KVK’nın 22/(2) maddesinde GVK’nın serbest meslek kazancının tespitine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu atıfla dar mükellefiyete tabi kurumlar tarafından Türkiye’de elde edilen serbest meslek kazançlarının niteliğinin tespiti GVK’da bu kazançla ilgili belirlenen ölçülere göre yapılacağı hüküm altına alınmış olmaktadır. Ölçülerin nelerden ibaret ol-

duğu bu makalenin A-1 başlığı altında üç özellik olarak açıklanmıştır. Bir dar mükellef kurumun faaliyetinin serbest meslek kazancı olup olmadığı noktasında aynı ölçülerin aranması gerekir. Örneğin, bir mükellef makine ve malzeme satışını montaj işi ile birlikte “anahtar teslimi” olmak üzere üstlenmiş ise, kazancın ticari mi yoksa serbest meslek mi olduğunun tespiti önem arz eder. Faaliyet sadece makine ve malzeme satışı olsaydı ticari, sadece montaj işi olsaydı serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilecekti. Makine ve malzeme satışı ile birlikte montajın söz konusu olması durumunda, makine ve malzemeye ait ödeme ile montaj bedeli ayrı belirlendiğinde makine ve malzeme bedellerinin ticari kazanç, montaj bedelinin serbest meslek kazancı niteliğinde olduğu kabul edilir. İşin yürütülmesinde böyle bir ayırımın yapılmaması halinde faaliyette sermaye veya emek ağırlığını göstergesini ifade eden makine ve malzeme satışı ile montaj işinin ağırlığına bakarak karar vermek gerekir. Aynı firmadan olsa bile makine alım işi montaj işinden ayrılabilirdiği veya ayrı bir anlaşmaya konu olduğu durumda montaj işine isabet eden kısım serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilir.

3- Dar Mükellef Kurumlar Tarafından Sunulan Serbest Meslek Kazancında Elde Etme

Dar mükellef kurumların serbest kazancını Türkiye’de elde etmiş sayılması KVK. m.3/(4) yollaması gereği GVK hükümlerine göre belirlenir. Bu konuda gerçek kişiler için yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir. İlgili kısımda elde etme serbest meslek faaliyetinin Türkiye’de “icra edilmesi” veya Türkiye’de “değerlendirilmesi” hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Faaliyetin Türkiye’de gerçekleştirilmesi nispeten açıktır. Faaliyetin Türkiye’de değerlendirilmesinden kasıt faaliyet karşılığı ödemenin Türkiye’de yapılması, ödeme Türkiye dışında yapılmışsa ödemeyi yapan kurumun giderleri arasına intikal ettirilmesidir. Ülkemizdeki yerli kurumların yaptıkları ödemeleri kayıtlarına intikal ettirmeleri yabancı kurumlar tarafından kazancın elde edilmiş sayılması için yeterli görülmesi dar mükelleflerin elde etmeye yönelik pek çok sorunu çözer mahiyettedir.

4- Dar Mükellef Kurumlarda Safi Kurum Kazancının Tespiti

Dar mükellefiyete tabi kurumlar serbest meslek kazancı elde etmeleri halinde kazancın safi tutarının tespiti, serbest meslek faaliyetinin dar mükelleflerin ticari veya zirai faaliyetler kapsamında sunulup sunulmamasına, Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla elde edilip edilmemesine göre farklılık arz eder.

a. Ticari veya Zirai Faaliyette Bulunulması Hali

Sadece ticari veya zirai faaliyette bulunan ya da en az bunlardan birisiyle birlikte serbest meslek faaliyetinden (başka gelirler varsa onlar da dahil) gelir sağlayan kurumlar için elde etme, tüm gelirler itibarıyla hem tahsil hem de tahakkuk esasına bağlanmıştır. Dar mükellef bir kurumun bu şartlarda geliri elde etmiş kabul edilebilmesi için gelirin tahsil veya tahakkuk etmesi yeterlidir (KVK. m. 22/1 ve 2). Kurumun Türkiye dışındaki gelirlerinin Türkiye'de vergilendirilmesi söz konusu değildir.

Dar mükellef kurumlar tarafından elde edilen serbest meslek kazancı yapılmakta olan bir ticari ve zirai faaliyet kapsamında elde edilmesi halinde kurum kazancı ticari kazanç hükümlerine göre belirlenir. Dar mükellefiyet esasına göre vergilendirilen kurumun faaliyeti sadece ticari veya zirai kazançtan ya da ticari veya zirai kazançla birlikte başka gelir unsurlarından elde edilen kazanç ve iratlardan ibaretse, tüm gelir unsurları itibarıyla kurum kazancının tespiti ticari kazanç esaslarına uygun şekilde bilanço esasına göre yapılır. Kısaca bu kurumlar Türkiye'de elde ettikleri gelirler itibarıyla tam mükellef kurumlara uygulanan kurallara tabi tutulmuşlardır.

Türkiye'de bir işyeri vasıtasıyla elde edilen ticari ve zirai kazançların yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekir. Bu mükellefler aynı zamanda defter ve belgeler itibarıyla Vergi Usul Kanunundaki hükümlerine tabidirler.

b. Ticari ve Zirai Faaliyette Bulunulmaması Hali

Kurum ticari veya zirai faaliyette bulunmaksızın ve Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi olmaksızın diğer gelir unsurlarından (serbest meslek ka-

Türkiye'de bir işyeri vasıtasıyla elde edilen ticari ve zirai kazançların yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekir.

zancı³, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı, diğer kazanç ve iratlar) gelir sağlaması halinde elde etme, GVK'da her bir gelir unsuru için öngörülen esasa göre belirleneceği önceki bahiste ifade edilmişti (KVK. md. 22/2). Gelir vergisi uygulaması açısından serbest meslek kazançlarının tahsil esasına bağlandığı düşünüldüğünde, ticari ve zirai faaliyette bulunmayan bir kurum, serbest meslek kazancının vergisini tahsil ettiğinde verir. Bu konumdaki kurumlar için temel vergilendirme rejimi duruma göre ya kesinti yöntemi ya da özel beyan yöntemlerinden biridir.

Diğer taraftan bir kurum ticari ve zirai faaliyette bulunmasa bile Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi bulunuyorsa tam mükellef kurumlar için geçerli hükümler uygulanır (KVK. md. 22/1). Bunun anlamı, ilgili kurumun elde etme açısından tahsil ve tahakkuk esasına bağlandığıdır.

Dar mükellef kurumların ticari ve zirai kazanç kapsamı dışında kalacak şekilde serbest meslek kazancı elde etmesi halinde KVK'nın 22. maddesinde yer alan atıf gereği GVK'nın serbest meslek kazançlarının safi miktarının tespiti hakkındaki hükümlerin kurumlar vergisi matrahı için de uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre; dar mükellef kurumlarca elde edilen serbest meslek kazançlarında kurumlar vergisi matrahına, bir hesap dönemi içinde serbest meslek faaliyeti karşılığı tahsil edilen para, ayın ve diğer suretlerle sağlanan menfaatlerden bu faaliyetler dolayısıyla kanunda belirtilen giderlerin indirilmesiyle ulaşılır.

5- Dar Mükelleflerin Serbest Meslek Kazançlarının Beyanı

Serbest meslek kazancı elde eden dar mükelleflere bu kazançları sağlayanlar KVK'nın 30. maddesi çerçevesinde kesinti (tevkifat, stopaj) yapmaya mecburdurlar. Kesinti ödemenin gayrisafi tutarı üzerinden yapılır. Kesinti suretiyle vergilendirilen serbest meslek kazançları dar mükelleflerin duru-

ma göre verecekleri yıllık kurumlar vergisi beyannameğine (KVK. m. 24) veya özel beyannameğe (KVK. m. 26) dahil edilmesi ihtiyari tutulmuştur (KVK m. 30/9). O halde, dar mükellefiyete tabi kurumlardan yapılan kesintiler KVK'nın 30/9'daki ayırık durumlar hariç kesinti yapılan dar mükelleflerin nihai vergisi olmaktadır.

Dar mükelleflerin seçimlik haklarını beyanname vermek şeklinde kullanmaları durumunda kesintiler ilgili beyannameler üzerinden yapılan kesintilerden mahsup edilir.

6- Dar Mükelleflerden Yapılacak Kesintiler

Dar mükellef kurumlar bazı gelirleri elde ederken gelirleri üzerinden bir kısmı kesintiye tabi tutulur (KVK. md. 30)⁴. Çünkü, dar mükelleflerin hem iş hem de kanuni merkezlerinin Türkiye'de bulunmamış olması vergi güvenliğini tehlikeye düşüren bir durumdur. Bu durumu biraz da olsa ortadan kaldırmak için tevkifat (kesinti) müessesesi getirilmiştir. Tam mükelleflerin iş veya kanuni merkezlerinden en az biri Türkiye'de bulunduğu için vergi güvenliğinin yeterince var olduğu düşünülerek gelirin elde edilme aşamasında kesintiye tabi tutularak vergilendirilmesine gerek görülmemiştir.

a. Dar Mükelleflerden Kesinti Yapmak Zorunda Olanlar

Dar mükellef kurumların gelir elde ederlerken bazı kazanç ve iratları üzerinden vergi kesintisine tabi tutulacağı düzenlenirken, bunlara yapılacak ödemelerden kesinti yapacak kişilere (vergi sorumlularına) bir sınırlama getirilmemiştir. Dar mükellefler için kanunda belirtilen konularda ödeme yapan "herkes" vergi sorumlusu olarak nitelendirilerek çok geniş bir kapsam çizilmiştir. Dar mükellef kurumlara ödeme yapanlardan herkesin vergi sorumlusu kabul edilmesi bu konuya olan dikkati artırmalıdır. Bu açıklamalar gösteriyor ki, dar mükellef kurumlar açısından vergi kesintisi yapmak durumunda olan vergi sorumluları tam mükellef kurumlardan ve gelir vergisi mükelleflerinden vergi kesintisi yapmak durumunda olan vergi sorumlularından daha geniş ve farklı bir ölçekte ele alınmıştır.

O halde dar mükellefe karşı her kim olursa olsun kanunen kesintiye tabi ödemeyi nakden veya hesaben yaparsa ya da tahakkuk ettirirse kesintiyi de o yapacaktır. Ödeme deyimi hak sahiplerine karşı borçlanma anlamına gelen her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder. Vergi kesintisi yapmak zorunda olan vergi sorumluları kesintiye tabi kazanç ve iratları dar mükellef kurumlara sağlayan gerçek ve tüzel kişiler olmaktadır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere kesintinin yapılacağı kişinin dar mükellef kurum olması şart olarak düzenlenmişken, kesinti yapacak kişinin gerçek veya tüzel kişi, tam veya dar mükellef, gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, dar mükellef bir kurum (Z) Türkiye'de bulunan binasını üniversitede okuyan öğrenci (N)'ye ikamet etmesi amacıyla kiraya verse bile, öğrenci (N) herhangi bir vergi mükellefi olmadığı halde (Z)'ye kira parasını öderken kesinti yapmak zorunda kalacaktır. Bu örnekte, (Z)'nin tam mükellef olması halinde tevkifat yapılmayacaktır. Kesintinin yapılabilmesinin gelir elde edenin dar mükellef olmasına bağlı olduğuna bir defa daha dikkat çekelim.

Dar mükellefiyete tabi kurumlardan Türkiye'de elde edilen kazanç ve iratlarının tamamı üzerinden değil, sadece KVK'nın 30. maddesinde belirtilen kazanç ve iratlar üzerinden kesinti yapılacaktır. Vergi kesintisine ilişkin düzenleme dar mükellefiyete tabi kurumların Türkiye'de işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde etmediği kazançlara ilişkindir. Dar mükellef kurumların Türkiye'deki işyeri ve daimi temsilci vasıtasıyla elde ettiği kazançlar ticari kazanç olarak değerlendirildiğinden, bu kapsamdaki gelirler üzerinden kesinti yapılması söz konusu olmaz. Dar mükellef kurumların mühendislik, montörlük, avukatlık, mimarlık, doktorluk hizmetlerini Türkiye'de işyeri (büro, yazıhane, muayenehane vb.) niteliği sayılacak mekânlarda ifa edilmesi durumunda kazançları, ticari olarak nitelendirilir. Vergileme de ticari kazanç hükümlerine göre yapılır. Faaliyet ticari kazanç olarak değerlendirilir.

Dar mükellef kurumların Türkiye'de işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde etmediği kazançlara ilişkindir. Dar mükellef kurumların Türkiye'deki işyeri ve daimi temsilci vasıtasıyla elde ettiği kazançlar ticari kazanç olarak değerlendirildiğinden, bu kapsamdaki gelirler üzerinden kesinti yapılması söz konusu olmaz. Dar mükellef kurumların mühendislik, montörlük, avukatlık, mimarlık, doktorluk hizmetlerini Türkiye'de işyeri (büro, yazıhane, muayenehane vb.) niteliği sayılacak mekânlarda ifa edilmesi durumunda kazançları, ticari olarak nitelendirilir. Vergileme de ticari kazanç hükümlerine göre yapılır. Faaliyet ticari kazanç olarak değerlendirilir.

Dar mükellef kurumların Türkiye'de işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde etmediği kazançlara ilişkindir. Dar mükellef kurumların Türkiye'deki işyeri ve daimi temsilci vasıtasıyla elde ettiği kazançlar ticari kazanç olarak değerlendirildiğinden, bu kapsamdaki gelirler üzerinden kesinti yapılması söz konusu olmaz. Dar mükellef kurumların mühendislik, montörlük, avukatlık, mimarlık, doktorluk hizmetlerini Türkiye'de işyeri (büro, yazıhane, muayenehane vb.) niteliği sayılacak mekânlarda ifa edilmesi durumunda kazançları, ticari olarak nitelendirilir. Vergileme de ticari kazanç hükümlerine göre yapılır. Faaliyet ticari kazanç olarak değerlendirilir.

Faaliyet ticari kazanç olarak değerlendirildiğinde doğrudan kurum kazancı olarak kurumlar vergisine tabi tutulur.

lendirildiğinde doğrudan kurum kazancı olarak kurumlar vergisine tabi tutulur. Bu nedenle de serbest meslek kazançları için getirilen kesinti ticari nitelikteki kurum kazançlarına uygulanmaz. Bu kazançlar dar mükellefin beyanı üzerine vergilendirilir.

Kesinti oranı genel olarak %15 olarak belirlenmiştir. Bakanlar Kurulu'na belirtilen vergi kesintisi oranını, gelir unsurları veya faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı belirlemeye, sifıra kadar indirmeye veya kanunda belirtilen oranların bir katına kadar artırmaya yetki verilmiştir.

KVK'nın 30. maddesinde ifadesini bulan kesinti oranları, dar mükelleflerin serbest meslek kazançları için aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

- Petrol arama faaliyetlerinden

(KVK. geç. md. 1/4, 2006/11447 s. BKK)⁵ ..%5

- Diğerlerinden

(KVK. geç. md. 1/4, 2006/11447 s. BKK) ...%20

(Türkiye, OECD modeline göre yapılan anlaşmalara koyduğu rezerv ile bir kesintisiz 12 aylık sürede 183 günü aşan serbest meslek faaliyeti ifalarından kaynaklanan serbest meslek kazançlarını Türkiye'de vergileme hakkını saklı tutmuştur. Bunun anlamı serbest meslek kazançlarından kesinti yapıp yapılmayacağına faaliyetin bir kesintisiz 12 aylık sürede 183 günlük süreye bakılarak karar verileceğidir. Faaliyetin süresi 183 günü aşarsa Türkiye'nin vergi alma hakkı doğmakta, dolayısıyla kesinti yapılması gerekmektedir. Uygulamada yabancı kuruma serbest meslek işi yaptıran vergi sorumlularının, işi yapan yabancı kurumun elemanlarının Türkiye'de kaldıkları sürenin 183 günü aşmadığı hallerde stopaj yapmadıkları görülmektedir. İş yaptıran çoğu zaman işin ne kadar süreceğini başlangıçta kestiremez. Bu durumda süreye bakılmaksızın önce kesinti yapılması işin süresinin 183 günü geçmemesi halinde iade yoluna gidilmesi düşünülebilir. Konuya ilişkin geniş açıklamaya makalenin son başlığında genişçe yer verilmiştir.).

b. Ödeme Kavramı ve Kesintinin Yapılacağı Zaman

Vergi sorumluları avans olarak ödenenler dahil nakden ve hesaben ödeme yaptıkları hak sahiplerinden kesinti yapmaya mecbur tutulmuşlardır. Hesaben ödeme deyimi vergi kesintisine tabi kazanç

ve iratları ödeyenleri, istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder (GVK. md. 96/f. 1, KVK. md. 15/6, KVK. md. 30/4).

Kesinti, vergi sorumlularının avanslar da dahil olmak üzere nakden veya hesaben ödeme yaptıkları sırada yapılır (GVK. md. 94/1, KVK. md. 15/1, KVK. md. 30/1). O halde kesinti anı kesintiye tabi kazanç ve iratların nakten veya hesaben ödendiği ya da tahakkuk ettirildiği an olmaktadır. Örneğin, dar mükellef bir kurumun Ankara Metrosu'nun yapımı dolayısıyla Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne bir danışmanlık hizmeti sunduğunu kabul edelim. Bu durumda Ankara Büyükşehir Belediyesi fiilen ödenmemekle birlikte tahakkuk ettirilen borç için kesinti yapacaktır. Dar mükellefler defter ve belge düzenini kendi ülkelerinin mevzuatına göre düzenlemek durumundadırlar.

c. Kesinti Dönemleri

Tam mükellef kurumlardan yapılacak kesintiler itibarıyla KVK'nın 15. maddesi, dar mükellef kurumlardan yapılacak kesintiler itibarıyla KVK'nın 31. maddesi muhtasar beyanname konusunda GVK'da belirlenen esasların geçerli olduğu belirtilmiştir. Böylelikle gerek kurumlardan (tam veya dar) gerek gelir vergisi mükelleflerinden yapılacak kesintilerde uygulanacak usul hükümleri arasında paralellik kurulmuştur.

d. Kesintinin Matrahı

Kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan taraftan üstlenilmesi halinde vergi kesintisi, fiili ödenen miktar ile ödemeyi yapanın yüklendiği verginin toplamı üzerinden hesaplanır. Yani ödeme net yapılırsa kesinti, bulunacak gayri safi (brüt) tutar üzerinden yapılacaktır. Bir başka ifadeyle kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan taraftan üstlenilmesi halinde vergi kesintisi, ödenen tutar ile ödemeyi yapanın yüklendiği verginin toplamı üzerinden hesaplanır (GVK. md. 96/f. 2, KVK. md. 15/7, KVK. md. 30/11). Taraflar (vergi kesen ile vergi kesilen) arasında ödemenin gayrisafi tutar şeklinde yapılacağı yönündeki anlaşma kesinti yapacak olan kişinin vergi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü taraflar arasında yapılacak özel sözleşmeler vergi sorumluluğuna karşı etkisizdir (VUK. md. 8/3).

C- DAR MÜKELLEFLERİN VERGİLENDİRİLMESİNDE ÇİFTE VERGİLEMİYİ ÖNLEME ANLAŞMALARININ ROLÜ

Dar mükellefin Türkiye'den elde ettiği serbest meslek kazancının Türkiye tarafından, yabancı ülkeye göre tam mükellef olması nedeniyle yabancı ülke tarafından vergilendirmesi mükellefi çifte vergilendirme ile karşı karşıya bırakmaktadır. Çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırmak açısından iç hukukta tek taraflı çeşitli düzenlemelere yer verilebilir. Nitekim verilmektedir. İç hukuktaki düzenlemelere ilaveten, dar mükellefin mukimi bulunduğu ülkesiyle uluslararası vergi anlaşması varsa bu anlaşma dikkate alınır. İç hukukla uluslararası vergi anlaşması arasında bir çatışma olması durumunda, uygulama önceliği uluslararası vergi anlaşmalarındaki hükümlere ait olur. Hükümlerin etkisi vergilendirme yetkisinden, şekline kadar değişiklikler yaratabilir.

Uluslararası vergi anlaşmalarında serbest meslek faaliyetleri, bağımsız olarak yürütülen bilimsel, edebi, artistik, eğitici ve öğretici faaliyetleri, bunun yanı sıra, doktorların, avukatların, mühendislerin, mimarların, dişçilerin, muhasebecilerin bağımsız faaliyetlerini ve özel mesleki bilgi ve maharet gerektiren diğer faaliyetleri kapsamına alacak şekilde ortaya konmuştur.

Çifte vergilendirmeyi önlemeye yönelik uluslararası anlaşmalarda, serbest meslek kazançlarında vergileme hakkının hangi ülkeye ait olduğu hususunda genelde temel ilke vergilendirme hakkının faaliyeti yapan kişi ve kurumun mukimi bulunduğu ülkeye ait olmasıdır. Ancak faaliyetin icra edildiği ülke olan kaynak ülke belirli şartlarda vergileme hakkını saklı tutmaktadır. Bu durumda, yabancı biri Türkiye'de faaliyeti icra ediyorsa mukim ülke yabancı ülke, kaynak ülkesi ise Türkiye olacaktır. Kaynak ülkenin (Türkiye'nin) vergileme hakkını kendisinde saklı tutması aşağıda belirtilen iki kriterden herhangi birinin bulunmasına bağlıdır.

i- İşyeri açılması kriteri: Türkiye'de faaliyetin icrası için sürekli (sabit) kullanılabilir bir işyerinin bulunması,

ii- 183 gün kriteri: Faaliyetin kesintisiz 12 aylık

bir dönemde, Türkiye'de 183 günü aşan süre faaliyette bulunulması.

İki kriter de Türkiye açısından gerçekleşmiyorsa kazancın vergileme hakkı mukim ülkeye ait olacak ve faaliyetten kaynaklanan serbest meslek kazancı Türkiye'de vergilendirilmeyecektir. Dar mükellefin faaliyetleri iki kriterden herhangi biri itibarıyla Türkiye ile ilişkilendirilebiliyorsa, Türkiye açısından vergilendirme hakkı doğmaktadır. Vergilendirme GVK ve KVK'nın yukarıdaki başlıkta açıklanan hükümlerine göre olacaktır. İşyeri açılması kriterinin konumu açıktır. Bu nedenle ayrıca açıklanmayacaktır.

183 günün aşıp aşılmadığının tespiti tereddütlere düşürmeye müsait olması nedeniyle bu kriterle ilişkin kısa açıklamalara yer verilecektir.

- Türkiye'nin (kaynak ülke) vergileme hakkı, 183 günü aşan süreye isabet eden değil, 183 günlük süreyi de kapsayan zaman dilimi için geçerlidir.

- 183 gün kalma bir takvim yılında değil, Türkiye'ye girişi takip eden herhangi bir kesintisiz 12 aylık dönem içinde aranması gerekir.

- Kalınan günden kasıt fiziken kalınan gün sayısıdır. Bu nedenle Türkiye'ye varış ve ayrılış günleri tam gün olarak dikkate alınır.

- Faaliyetin kaç kişi ile gerçekleştirildiğinin önemi yoktur.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere serbest meslek faaliyetinin 183 günü aşmış aşmayacağına tespiti kaynak ülkenin (Türkiye) vergilendirme hakkı yönünden çok önemlidir. Çünkü, faaliyet 183 günden fazla sürdüğünde mükellefin kazancı dar mükellefiyet esaslarına uygun şekilde Türkiye tarafından vergilendirilecektir. Az sürdüğünde ise vergilendirme hakkı sadece mukim (yabancı) devlete ait olacaktır. Her ne şekilde olursa olsun uygulamada karşılaşılan temel sorun, faaliyetin 183 günden fazla sürüp sürmeyeceğinin başlangıçta bilinmemesi oluşturur. Başlangıçta 183 günü aşmayacağı planlanan bir faaliyetin sonuçta bu süreyi aşması muhtemeldir. Bu durumda 183 günü aşmayacağı düşünülerek yapılan vergilendirme (daha doğrusu vergilendirmeme) yanlış uygulama olacaktır.

Dar mükelleflerin Türkiye'de vergilendirmesinde temel ilke tevkifat (kesinti, stopaj) olduğuna göre, süre 183 günü aştığında tevkifat yapılacaktır.

aşmadığında anlaşma hükümlerine göre tevkifat yapılmayacaktır. Sürenin 183 günü aşmış olmadığı kesin bir şekilde belli olmayan durumlarda faaliyet 183 günü aşmış gibi tevkifata tabi tutulması, faaliyet sonunda bu sürenin aşılması halinde vergi iadesi yoluna gidilmesi mükellefi vergi cezalarına maruz kalmaktan kurtaran bir yol olur.

SONUÇ

Günümüzde teknolojik yeniliklere, ihracat ve ithalata bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik ilişkiler hızla gelişmektedir. Bu gelişmelerin yansımalarından biri de yabancı ülke mukimlerinin serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilen danışmanlık, mühendislik vb. faaliyetlerin Türkiye'de sürdürülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtilen faaliyet sonucunda elde edilen kazançların Türk vergi hukuku açısından da sonuçlar yaratması doğaldır.

Faaliyeti ifa edenin tam veya dar mükellef olması, Türkiye ile yabancı ülke mukiminin devleti arasında vergi anlaşması bulunmasına göre vergilendirmede farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Bunların başında yurtdışında mukim gerçek kişi veya kurum tarafından yurtiçinden elde edilen gelirin hangi gelir unsurunu oluşturduğu, elde etme halinin tespiti ve vergilendirmeye ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin belirlenmeler gelmektedir.

Dar mükelleflerin genel olarak vergilendirme rejimi tevkifat üzerine oturtulmuştur. Uluslararası vergi anlaşmalarında işyeri ve 183 güne bağlı olarak vergilendirme hakkı kaynak ülke açısından saklı tutulmuştur. Bu nedenle özellikle yerli işletmeler yabancı kişi ve kurumlardan sağladıkları danışmanlık, plan, proje, montaj, mühendislik, kontrol, teknik hizmetleri ile mali ve hukuki konulardaki hizmetler karşılıklarını öderken özellikle tevkifat uygulamasında çok dikkatli olmaları gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu faaliyetlere örnek olarak aşağıdaki faaliyetler verilebilir:
 - Bir fabrikanın faaliyete geçmesi ile ilgili teknik yardım ve danışmanlık hizmetleri
 - İleri teknoloji kullanılarak üretilen makinelerin yurt dışında test ettirilmesi faaliyeti
 - Seminer hizmetleri
 - Bilgisayar yazılım veya Web sayfası tasarım hizmetleri
 - Plan ve proje çizdirilmesi

- Montaj ve mühendislik hizmetleri
 - Buz balesi tarafından verilen temsil hizmeti
 - Danışmanlık ve yöneticilik firmalarınca verilen hizmetler
 - Üretilen ürünlere ilişkin kalite kontrol teknik raporu hazırlanması
 - Yatırımın faaliyete geçmesinden sonra ortaya çıkan servis ve tamir hizmetleri
 - Manenlik ajanslarınca verilen hizmetler
 - Kurumlarca reklam filmi afişi tasarımı veya reklam senaryosu hizmetleri
- 2 Bu konuda beyan edilmeyecek gelirler serbest meslek kazançlarından ibaret değildir. Dar mükellefiyette vergiye tabi gelir;
 - Tamamı Türkiye'de tevkif yoluyla vergilendirilmiş ücretlerden,
 - Tamamı Türkiye'de tevkif yoluyla vergilendirilmiş serbest meslek kazançlarından,
 - Tamamı Türkiye'de tevkif yoluyla vergilendirilmiş menkul sermaye iratlarından,
 - Tamamı Türkiye'de tevkif yoluyla vergilendirilmiş gayrimenkul sermaye iratlarından,
 - Diğer kazanç ve iratlardan
 ibaretse bu gelirler için beyanname verilmeyecektir (GVK md. 86/2).
 - * Basit usulde vergilendirilenler gerçek gelirlerini beyan etmek durumunda olmasına rağmen, Maliye Bakanlığı ilgili konuda usule yönelik yayımladığı Tebliğ'de bunların vergi sorumluluğu bulunmadığı yönünde hatalı bir yorum yapmıştır.
 - 3 Dar mükelleflerin Türkiye'de bir personelinin tahsis etmesi şeklinde elde ettiği gelirler serbest meslek kazancı niteliğinde kabul edilmiştir. Bir kurumun bizzat kendisinin bağımlılığı ve hizmet sunması mümkün olmadığından gelirin ücret elde edilmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle de ücretler dar mükelleflerin elde edecekleri gelirler arasında sayılmamıştır (KVK. md. 3/(3)).
 - 4 Aynı düzenleme, eski (5422 sayılı) Kurumlar Vergisi Kanunu'nda 24. madde kapsamında yer almaktaydı.
 - 5 Petrol arama faaliyeti niteliği itibarıyla serbest meslek faaliyeti kapsamına girmediği halde Bakanlar Kurulu bu faaliyeti serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirmiştir.

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşe Başlatılmayan İşçiye Ödenen Tazminatın Gelir Vergisi Açısından İrdelenmesi

Giriş

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Feshin Geçerli Sebep Dayandırılması" başlıklı 18'inci maddesine göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Aynı Kanun'un "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları" başlıklı 21'inci maddesinde ise, işveren tarafından geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme veya özel hakem tarafından tesbit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işe başlatmaması halinde, işçiye;

- Mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenecek en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat;

- Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği belirtilmektedir.

Mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersiz sayılması nedeniyle işe iadesine karar ve-

rilen işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen en az dört ay ve en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminatın gelir vergisine tâbi olup olmadığı tartışması halen devam etmektedir¹. Bu tazminatın gelir vergisine tâbi tutulmasına ilişkin bir işlem dava konusu edilmiş;

- İlk derece mahkemesi, işe başlatılmayan işçiye ödenen tazminatın ücret olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle vergilendirilmemesine;

- Verilen karara karşı yapılan itiraz başvurusu üzerine konuyu inceleyen Bölge İdare Mahkemesi, bu tazminatın vergiden istisna kapsamında olması gerekçesiyle vergilendirilmesi gerektiğine;

- Danıştay Başsavcısının Kanun Yararına Bozma başvurusu üzerine Danıştay Üçüncü Dairesi de, işe başlatılmayan işçiye ödenen tazminatın ücret olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, vergilendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Bu yazıda, Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 15 Şubat 2007 gün ve E.2006/3799, K.2007/414²; 15 Şubat 2007 gün ve E.2006/3801, K.2007/416³ kararları bağlamında, işe başlatılmayan işçiye ödenen tazminat, gelir vergisi yönünden irdelenmektedir.

I. OLAY

Tarım Kredi Kooperatifleri Sakarya Bölge Birliği Müdürlüğünde çalışan (bir) işçinin iş akdi feshedilmiştir. İş akdinin feshinin hukuka aykırılığı iddiasıyla iş mahkemesinde açılan davada, iş akdi feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine; yasal sürede başvurmamasına rağmen işverenin işe başlatmaması halinde, dört aylık ücreti tutarında tazminatın ve kararın kesinleştiği tarihe kadar geçen süre için de dört aylık tutarında ücret ve haklarının ödenmesine karar verilmiştir. İşçinin işe iadesine karar verilmiş olmasına rağmen, işveren işçiyi işe başlatmamıştır.

Davacının işe başlatılmaması nedeniyle tarafına ödenen dört aylık ücreti tutarında tazminat ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için dört aya kadar doğan ücret ve hakları toplamı üzerinden vergi tevkifatı yapılmış ve muhtasar beyanname ile beyan edilip ödenmiştir. Bu verginin iadesi talebiyle vergi dairesine yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme ve yapılan tevkifata karşı vergi mahkemesinde dava açılmıştır.

II. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İşe iade edilmeyen işçiye ödenen dört aylık tazminat ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için dört aya kadar doğan ücret ve hakları toplamı üzerinden yapılan vergi tevkifatının ve muhtasar beyanname ile beyan edilip ödenen verginin iadesi talebinin reddine ilişkin işleme karşı açılan davada vergi mahkemesi; işveren tarafından davacıya yapılan ödemenin mahkeme kararı ile ödenen bir tazminat olduğu ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre ücret olarak değerlendirilmesi gereken tazminatlardan olmadığından vergilendirilmeyeceği gerekçesiyle tevkif edilerek ödenen verginin ret ve iadesine karar vermiştir.

III. BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARI

Bölge İdare Mahkemesi, vergi mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraz başvurusu üzerine,

İş mahkemesi kararında hükmedilen tazminat, işçiye çalışılmayan sürelerde ödenmeyen ücret niteliğinde olduğundan, üzerinden vergi tevkifatı yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle vergi mahkemesinin kararını bozmuş ve davayı reddetmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi, kararına karşı yapılan kararın düzeltilmesi talebini;

Feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi yönünde verilen iş mahkemesi kararının kesinleşmesine kadar çalışılmayan süre için davacıya ödenen dört aylık ücreti ve diğer hakları üzerinden yapılan vergi tevkifatında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacının işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın ise, Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen vergiden müstesna tutulan tazminatlardan olmadığından bu ödeme üzerinden vergi tevkifatı yapılmasının da hukuka uygun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

IV. DANIŞTAY ÜÇÜNCÜ DAİRESİ'NİN KARARI

Kararın düzeltilmesi talebi üzerine verilen Bölge İdare Mahkemesi kararı Danıştay Başsavcısı tarafından,

"193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde,

- işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerin ücret olarak tanımlandığı;

- ücretin, tazminat, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının ya da ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş olmasının mahiyetini değiştirmeyeceğinin ifade olunduğu;

- davacı hakkında, yargı kararıyla iş akti feshinin geçersizliğine ve işe başlatılmaması halinde yapılacak ödemelerle ilgili olarak kurulan hükümlerin dayanağının, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddeleri olduğu;

- işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücreti ile diğer haklarını kapsayan ödeme, hizmet aktine dayalı ve hizmeti sürdürmesi gerektiği halde, aktin sebepsiz feshi üzerine işçinin alıkonulduğu hizmet ile ilgili olarak yapılmış bir ödeme olduğundan Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi hükmü kapsamında ücret niteliğini taşıdığı kabulü ile vergi tevkifatına tabi tutulmasında yasaya aykırılık bulunmadığı;

- ancak, yasal süre içinde başvurmasına rağmen işe başlatılmaması nedeniyle işverence davacıya dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminat ise; işverenin yeterli sebep göstermeden iş aktine son vermesi önlenerek çalışanın işe başlatılmasını zorlamaya yönelik bir ödeme olduğundan ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen ücret tanımına girmeyen bu tazminatın vergilendirilmesi mümkün olmadığından bu ödeme üzerinden yapılan vergilendirme yönünden davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına bozulması istenmiştir.

Danıştay Üçüncü Dairesi ise, "Tarım Kredi Kooperatifleri Sakarya Bölge Birliği ile yaptığı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen davacının, feshin geçersizliği ve işe iadesini isteyerek açtığı davayı sonuçlandıran İş Mahkemesinin kararıyla; aktin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verildiği; süresinde işe iadesini isteyen davacının bu istemi yerine getirilmeyerek işe başlatılmadığı; dört aya kadar olmak üzere kararın kesinleşmesine kadar olan sürede doğan ücret ve hakları dışında işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücretinin de tazminin ve iş mahkemesi kararı gereğince davacıya ödenmesi sırasında bu ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapıldığında çekişme bulunmamaktadır.

Yapılan bu tevkifata karşı açılan davayı inceleyen Vergi Mahkemesince verilen kararla davacıya yapılan ödemelerin iş mahkemesi kararına dayandığı ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret olarak vergilendirilmesi gereken ödemelerden olmadığı gerekçesiyle tevkif edilen vergilerin davacıya ret ve iadesine karar verilmişse de bu kararı itiraz yoluyla inceleyen Bölge İdare Mahkemesince verilen kararla, kesilen vergilerin davacıya ret ve iadesine ilişkin hükmün bozulduğu ve 2577 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Kanun yararına bozma istemi; iş mahkemesi kararı gereğince işveren tarafından davacının işe başlatılmaması nedeniyle ödenen tazminattan vergi kesintisi yapılmasında hukuka aykırılık görülerek verilen davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasına ilişkindir.

Sözleşmenin feshinin geçersizliğine ve çalışanın işe iadesine karar verilmesi üzerine bu istemle başvurulmasına karşın işe başlatmayan işveren aleyhine hükmolunan tazminatın ödenmesi, iş sözleşme-

sinin tarafları arasındaki çalışma ilişkisinin sona ermesi sonucunu yaratmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır.

Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 61 ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bentte vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu halde, 25. maddede sadece çalışanlara ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısının temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesinin kararının, davacıya, işe başlatılmaması sebebiyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın tevkifata tabi tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesine dayanan davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının; 2577 sayılı İdare Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere bozulmasına, kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve Resmi Gazete'de yayımlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir".

V. İŞE BAŞLATILMAYAN İŞÇİYE ÖDENEN TAZMİNATIN NİTELİĞİ

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesinde, "Ücret, işverene tâbi ve 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.” hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanun’un 94’üncü maddesinde ise, tevkifat yapmak zorunda olan yükümlüler sayılmakta; maddenin birinci fıkrasının 1 numaralı bendinde de, “Hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç), 103 ve 104. maddelere göre” tevkifat yapılacağı belirtilmektedir.

Öte yandan, Gelir Vergisi Kanunu’nun 25’inci maddesinin 1’nci bendinde, “Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar” gelir vergisinden istisna edilmektedir.

Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yayımlanmış olan Genelgelere⁴, işçiyi başvurusu halinde bir ay içinde işe başlatmayan işveren tarafından işçiye ödenen ve mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi tazminatının, “niteliği itibarıyla ücret sayılabilecek bir kazanç durumunda olmaması, esasen işe başlatılmayan sigortalının, başlatılmama nedeniyle sigortalılık vasfının da kalması, ödenecek paraların işçiyi himaye gayesine ve işverene işe başlatmama nedeniyle verilen bir medeni ceza niteliğinde olması nedenleriyle, prime tâbi tutulmayacağı” açıklanmıştır⁵.

Maliye Bakanlığı’nın görüşü ise, “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, Gelir Vergisi Kanunu’nun 61, 94, 103 ve 104. maddelerine göre vergilendirilmesi ve ayrıca yapılan ödemelerden damga vergisi kesintisi yapılması gerektiği”⁶ yönündeydi. Konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan Danıştay Üçüncü Dairesi’nin kanun yararına bozma kararları sonrasında da bu görüşün değişmediği bilinmektedir⁷.

İşe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken, mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminat, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21’inci maddesi uyarınca ödenen bir iş güvencesi tazminatı niteliğindedir. Bu tazminatın, iş ilişkisi ile

doğrudan bir bağlantısı olmadığından, ücret olarak nitelendirilmesi ve vergi kesintisine tâbi tutulması mümkün değildir. Bu ödemenin malvarlığında ve/ya da harcama kapasitesinde bir artışa yol açmasına rağmen, vergiye tâbi olmamasının yadigarınmaması gerekir. Çünkü, mevcut Gelir Vergisi Kanunu, kaynak teorisine dayanarak gelirin kavranmasını ve vergilendirilmesini esas almıştır. Buna göre, kanunda sayılan gelir türlerinden herhangi birine girmeyen bir malvarlığı ve/yada satın alma gücü artışının gelir vergisine tâbi tutulması mümkün değildir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İşe iadesine karar verilen işçiye, süresi içinde başvurmasına rağmen, işe başlatmayan işverenin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21’inci maddesi uyarınca ödemesi gereken iş güvencesi tazminatının ücret olarak nitelendirilmesi ve vergi kesintisine tâbi tutulmasının hukuka aykırı olduğunu düşünen işçi, tarh işlemine karşı dava açmış;

- Sakarya Vergi Mahkemesi işçinin lehine bu ödemeden Gelir Vergisi kesilemez diye karar vermiş;

- Karara, vergi dairesi itiraz etmiş; Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, dört aylık tazminatın gelir vergisine tâbi olacağı yönünde karar vermiş;

- Danıştay Başsavcısı, bu karar hakkında, kanun yararına temyiz başvurusunda bulunmuş;

- Danıştay Üçüncü Dairesi de; “..Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işverenin ödediği tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, Gelir Vergisi kesintisi yapılamaz diye karar vererek, uyuşmazlık konusu olay hakkında yargı yönünden son noktayı koymuş;

- Resmî Gazete’de yayımlanan kararlar üzerine, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), 9 Temmuz 2007 tarihinde bir dilekçe ile Maliye Bakanlığı’na başvurmuş ve Bakanlığın bu kararlar doğrultusunda, gerekli çalışmalarını başlatmasını talep etmiş;

- Maliye Bakanlığı da; “...uygulamanın mevcut mevzuat hükümlerine göre devam edeceğini ancak konunun ileride yapılacak kanun ve mevzuat çalışmaları sırasında değerlendirilmek üzere not edildiğini..” TİSK’e bildirmiştir⁸.

Sigorta primine tâbi olmadığı, SSK Genelgeleri ile açıklığa kavuşturulmuş olmasına rağmen, Mali-

İş güvencesi tazminatının gelir vergisinden istisna edilen kazançlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

ye idaresi, işe iadesine karar verilmiş, fakat işveren tarafından işe başlatılmaması nedeniyle işçiye ödenmesi gereken 4-8 aylık tazminatın, gelir vergisi kesintisine tâbi tutulması gerektiği düşüncesindedir. Oysa, işe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken, mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminat, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesi uyarınca ödenen bir iş güvencesi tazminatı niteliğinde olup, gelir vergisi kesintisine tâbi tutulması mümkün değildir. Çünkü, Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır. Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 61 ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent uyarınca vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Bu itibarla, iş güvencesi tazminatının gelir vergisinden istisna edilen kazançlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁹.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasına, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Genelgelerinde yapılan tanımlamaya ve yargı kararlarına göre, niteliği itibariyle ücret olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, işçiyi koruma ve kollama amacına ve işverenin yeterli sebep göstermeden iş akdine son vermesini önleyerek çalışanın işe başlatılmasını zorlamaya yönelik bir ödeme olan iş güvencesi tazminatının gelir vergisi kesintisine tâbi tutulmasına son verilmelidir¹⁰. Bu itibarla, Vergi İdaresinin, Gelir Vergisi Kanunu'na göre vergiye tâbi olmayan, Danıştay Başsavcısı tarafından, kanun yararına müdahale edilen ve Danıştay'ın Resmî Gazete'de yayımlanan çok sayıda kararı ile gelir vergisine tâbi olmadığı belirtilen iş güvencesi

tazminatından vergi kesintisi yapılması gerektiği konusunda ısrar etmesi halinde, yükümlülerin muhtasar beyannameyi ihtirazî kayıt ile verip, 30 gün içinde yetkili vergi mahkemesinde dava açmalarında¹¹ ve dava dilekçelerine Danıştay Üçüncü Dairesi'nin bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kanun yararına bozma kararlarını eklemelerinde yarar vardır. Ancak, kanun yararına bozma kararlarının, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararlarının hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmayacağına bilinmesi gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu tartışmalar için bkz. Cavit Bilen, "İşe İade Kararına Uyulmaması Nedeniyle Yapılan Ödemelerin SSK Primi ve Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu", (Yaklaşım, S. 155, Kasım 2005, s. 161-163) (İşe İade); Şükrü Kızılot, "İşe başlatılmayan işçiden sineğin yağı", (Hürriyet, 15.08.2007); (Cavit Bilen, "İşe Başlatılmayan İşçinin Tazminatında Yargı Kararına Rağmen Maliyenin Vergi İsrarı", Yaklaşım, S. 177, Eylül 2007, s. 172-174), (Vergi İsrarı)
- 2 Yaklaşım, S. 177, Eylül 2007, s. 294-296.
- 3 Yaklaşım, S. 175, Temmuz 2007, s. 289 vd.
- 4 SSK 04.03.2005 tarih ve 16-330 Ek sayılı; 27.04.2006 tarih ve 16-370 Ek Sayılı Genelgeleri, (Bilen, Vergi İsrarı, s. 172).
- 5 Bkz. Bilen, Vergi İsrarı, s. 173.
- 6 Maliye Bakanlığı 28.06.2005 tarih ve 26873 sayılı Özelgesi, (Yaklaşım, S. 155, Kasım 2005, s. 288).
- 7 Bkz. Maliye Bakanlığı 03.08.2007 tarih ve B.07.1.GİB.0.03.43/4305-182/069750, (Yaklaşım, S. 177, Eylül 2007, s. 301).
- 8 "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde; bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenlerin, kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabileceği, temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde kararın, kanun yararına bozulacağı ve söz konusu bozma kararının, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmayacağı hükme bağlanmıştır./Bu açıklamalara göre, kanun yararına bozma kararı ile bozulan kararın hukuki sonuçları ortadan kalkmadığından, uygulamanın mevcut mevzuat hükümlerine göre yürütülmesine devam olunması gerekmektedir. Ancak, konu ileride yapılacak kanun ve mevzuat çalışmaları sırasında değerlendirilmek üzere not edilmiştir". (Maliye Bakanlığı 03.08.2007 tarih ve B.07.1.GİB.0.03.43/4305-182/069750, Yaklaşım, S. 177, Eylül 2007, s. 301).
- 9 Bkz. Şükrü Kızılot, "İşe başlatılmayan işçiden sineğin yağı", (Hürriyet, 15.08.2007)
- 10 Aynı görüş için bkz. Şükrü Kızılot. "İşe başlatılmayan işçiden sineğin yağı", (Hürriyet, 15.08.2007) Bilen, Vergi İsrarı, s. 174.
- 11 Şükrü Kızılot, "İşe başlatılmayan işçiden sineğin yağı", (Hürriyet, 15.08.2007)

Anders WEIHE - Andreas MODIGİsveç Mühendislik Sanayicileri Sendikası (Teknikföretagen)
Baş Hukuk Müşaviri Hukuk Müşaviri

İsveç'te Toplu Pazarlık Prosedürü

İsveç'te Toplu İş Sözleşmelerinin Kökeni

İsveç'te sanayileşmenin doğduğu 18. yüzyılın sonlarından 19. yüzyılın ilk yarısına kadar, çalışma yaşındaki herkes, iş bulmak zorundaydı. İş bulmakta başarısız olanlar “boşta gezen” olarak nitelendirilmekte ve bu kişiler toplum kontrolünde zorla çalışmaya tabi tutulmaktaydı. İşçilerin, çalışma koşullarını iyileştirme amacıyla toplantılar düzenleme veya örgütlenme hakları yoktu.

19. Yüzyılın ortalarında işçilerin iş sözleşmelerine girebilmelerini ve tarafların çalışma koşullarını serbestçe kararlaştırmalarını sağlayan daha liberal bir politika benimsendi. 1870'ler ve sonrasında, grevler düzenlendi ve belirli bazı fabrikalardaki belirli bazı işçi gruplarına ilişkin toplu sözleşmeler yürürlüğe girdi.

20. Yüzyılın başında, bölgesel ya da işletmesel düzeydeki toplu sözleşmeler vasıtasıyla, çalışma şartları ve koşullarına ilişkin düzenlemeler tüm ülkede uygulanmaya başlanmıştır. İşçi sendikaları geliştiği ve güçlendiği için, işverenler de kendi sendikalarını kurdular. Bu gelişim ulusal işçi ve işveren sendikaları arasında imzalanan ilk ulusal toplu sözleşmelerin yolunu açtı. Bu toplu sözleşmeler, sadece tek bir işyerinde veya işveren bünyesinde değil, belirli bir işkolu içerisindeki tüm sendika üyeleri için ülke çapında uygulanabilir koşullar ve şartlar içermektedir.

İsveç'te ulusal düzeydeki ilk toplu sözleşme, metal işçileri için bağitlanmış olan 1905 tarihli top-

lu sözleşmedir. Sosyal tarafların ardi ardına yaptıkları toplu görüşmeler sonucunda 1905 tarihli toplu iş sözleşmesinin bugün halefinin, İsveç Mühendislik Sanayicileri Sendikası ile İsveç Metal ve Sanayi İşçileri Sendikası arasında imzalanan “Ücretliler İçin 2007 Yılı Toplu Sözleşmesi” olduğu söylenebilir. Bu sözleşmeden bundan böyle “2007 Metal Sanayi Toplu İş Sözleşmesi” olarak bahsedilecektir.

Bu makale, İsveç'teki toplu pazarlık prosedürünü anlatmayı amaçlamaktadır. Bunu anlatabilmek için de, İsveç'teki toplu sözleşmelerin güçlü konununun sebebi ve geçmişi ile toplu sözleşme hukuku hakkında bilgi verilmesi gereklidir.

Mevzuat Karşısında Toplu İş Sözleşmeleri

1905 tarihli toplu iş sözleşmesinden bir yıl sonra, İsveç özel sektörünün iki merkezi kuruluşu İsveç İşverenleri Konfederasyonu (SAF) ile işçileri örgütleyen 15 sendikanın üst kuruluşu olan LO arasında imzalanan ve işçilerin sendikal örgütlenme hakkını düzenleyen bir sözleşme yürürlüğe girmiştir. “Aralık Uzlaşması” olarak da bilinen sözleşme aynı zamanda, işverenlerin işi ve işyerini yönetim hakkı ile işçilerin serbestçe işe alınması ve işten çıkarılması konularını da düzenlemektedir.

Özel sektördeki merkez taraflar arasındaki bu uzlaşmaya rağmen, işverenler ve işveren sendikaları arasındaki ilişkilerle, işçiler ve işçi sendikaları arasın-

Toplu iş sözleşmesi ile aksi düzenlenmedikçe, sözleşmenin tarafı olan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmeleriyle toplu iş sözleşmesi arasındaki farklılıklar geçersizdir.

daki ilişkiler, yaşanan uyuşmazlıklarla şekillenmiştir. Özellikle 1930'lu yıllarda toplumun çalışmasını ve istikrarını tehdit eden büyük ölçekli grevler meydana gelmiştir. Bu noktada İsveç hükümeti, mevzuat aracılığıyla müdahale edip etmemesi gerektiğini düşünmeye başlamıştır. Hükümet açısından en önemli konu, üçüncü kişilerin zararlarıyla ilgili ve sanayileşmenin öncelikleri ile ilgili düzenlemelerdir. Buna rağmen, işgücü piyasasının tarafları, hükümetin müdahalesinin zararlı olacağını ileri sürmüşlerdir.

Bu çerçevede, SAF ve LO 1938 yılında bir araya gelerek müzakere prosedürleri, uyuşmazlıkların çözümü, sanayi hareketinin sınırları ve toplum için önemli fonksiyonları olan çatışmaların sona erdirilmesi hususlarında anlaşmışlardır. Halen yürürlükte olan sözleşme, 1938 Ana Sözleşmesi ya da Saltsjöbaden Anlaşması olarak da anılmaktadır. Sözleşmenin temeli, iş mevzuatının uygulanmasından toplu iş sözleşmeleri lehine kaçınılabilmesi yönündeki taraflar arasındaki ortak anlayıştı.

Bununla birlikte, 1970'lerin ortalarından itibaren, yürürlüğe giren işgücü piyasasına ilişkin düzenlemelerin sayısı giderek artmıştır. Bu gelişme, çoğunlukla işçi sendikalarının istekleri doğrultusunda olmuş ve bu yüzden İsveç Modeli olarak da adlandırılan ortak anlayıştan ve temelden ayrılmıştır. Konuyla ilgili mevzuatın artmasının bir başka nedeni de, Avrupa Birliği'nin etkisi ve mevzuat vasıtasıyla birbiri ardına çeşitli direktiflerin uygulanmasıdır. Bugün İsveç'te işçiler, işverenler ve onların örgütleri giderek daha karmaşık hale gelen bir mevzuat tarafından düzenlenmektedir.

1976 yılında hükümetçe, işçilerin işverenlerin karar süreçlerine katılımına ilişkin bundan böyle 1976 tarihli Ortak Karar Kanunu olarak bahsedilecek olan "İşyerinde Ortak Karar Kanunu (MBL)"nu çıkarılmıştır. 1976 tarihli Ortak Karar Kanunu, işçi ve işverenlerin ilişkilerini kendi sendikaları aracılığıyla düzenliyor ve bu nedenle, işçilere bireysel olarak spesifik haklar tanımıyordu.

1976 tarihli Ortak Karar Kanunu'nun en önemli bölümleri toplu sözleşmeler ve uzlaşma yükümlülüğü, işçi sendikalarının müzakere, bilgi alma, yorum yapma ve veto haklarıdır.

İşyerinde Ortak Karar Kanunu'nun bazı hükümleri toplu sözleşmeler ile değiştirilebildiğinden ve ya ek maddeler getirilebildiğinden, bu sözleşmeler "ortak karar sözleşmeleri" olarak adlandırılmıştır. Böyle bir sözleşme olmaksızın ortak karardan bahsetmek biraz yanıltıcı olur: Şirket yönetimi ve yönetim hakkı halen işverenin sorumluluğundadır. İşyerinde Ortak Karar Kanunu'ndan ilk bahsedildiğinde, bu ortak karar sözleşmelerinin, ortak çözüm olacağı düşünülmüştür. Oysa ki bu beklenti karşılanamamıştır. Sosyal taraflar, piyasa ekonomisinin şirketlerin toplu yönetimi ile birleştirilemeyeceğini anlamışlardır.

Toplu İş Sözleşmelerinin Şartları

Toplu iş sözleşmeleri yazılı yapılmak zorundadır ve bir yanda işveren ya da işveren örgütleri, diğer yanda da işçi sendikaları tarafından bağtlanmalıdır. Ayrıca, çalışma koşullarıyla veya işçi-işveren ilişkileriyle ilgili olmalıdır. Eğer bu gereksinimler karşılanmazsa, o sözleşme bir toplu sözleşme olarak dikkate alınmaz ve bu nitelikteki bir sözleşmenin hukuki durumu da belirsiz olur.

Toplu iş sözleşmelerinin iki özelliği önemlidir:

- Toplu iş sözleşmesi ile aksi düzenlenmedikçe, sözleşmenin tarafı olan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmeleriyle toplu iş sözleşmesi arasındaki farklılıklar geçersizdir.

- Geçerli bir toplu sözleşme olduğu sürece; konusu sözleşmeyi değiştirmek ya da toplu sözleşmenin yorumundaki bir uyuşmazlıkla ilgili baskı yapmak olan bir endüstriyel eyleme genelde izin verilmez. Buna uzlaşma yükümlülüğü denilmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri sözleşmenin her iki tarafı ve bunların üyeleri için bağlayıcıdır. Her ne kadar toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan sendikalara üye olan ya da herhangi bir sendikaya üye olmayan işçiler açısından bağlayıcı değilse de, bazı belirli çalışma biçimlerine ilişkin bir toplu sözleşme

Bir tarafı toplu sözleşmeye yapmaya zorlamak amacıyla diğer taraf endüstriyel eylem yapabilir.

Endüstriyel eylem, toplu sözleşmeyi değiştirmek ya da bir tarafın toplu sözleşmeye ilişkin yorumunu diğer tarafa zorla kabul ettirmek amacıyla başlatılamaz.

genelde bu çalışma biçimleriyle çalışan işçilere de uygulanmaktadır. Toplu sözleşmenin uygulaması yurt çapında olabilir ya da belirli bir işkoluna, işyerine veya sektöre uygulanabilir.

Toplu Sözleşme Bağlatlamak İçin Genel Prosedürler

Toplu iş sözleşmeleri müzakerelerle sonucunda bağatlanır. 1976 tarihli İşyerinde Ortak Karar Kanunu, işçilerle işverenler arasındaki ilişkileri etkileyen tüm alanlarda müzakere hakkına sahip olan işçi ve işveren sendikalarıyla bunu açık şekilde gerçekleştirdi. Bu, önceki düzenlemelerin yerine yenisini getirmek ya da çözümlenmemiş konuları düzenlemek amacıyla sözleşmeye girmeyi kapsar.

Toplu sözleşme yapmak yasal bir zorunluluk değildir. Bununla birlikte, bir tarafı toplu sözleşmeye yapmaya zorlamak amacıyla diğer taraf endüstriyel eylem yapabilir. Buna, İşyerinde Ortak Karar Kanunu'nda son çare olarak izin verilmiştir.

Toplu iş sözleşmesi bir kere bağatlandıktan sonra, uzlaşma yükümlülüğü yürürlüğe girer. Endüstriyel eylem, toplu sözleşmeyi değiştirmek ya da bir tarafın toplu sözleşmeye ilişkin yorumunu diğer tarafa zorla kabul ettirmek amacıyla başlatılamaz. Uzlaşma yükümlülüğüne uymayan taraf zararını tazminle yükümlüdür.

Bunun anlamı; eğer her iki taraf da kendilerine uzlaşma yükümlülüğü getiren toplu sözleşmeyle bağlıysa, yerel işyeri düzeyinde tartışılan sorunların endüstriyel eyleme yol açamayacak olmasıdır.

Genellikle, yabancı toplu iş sözleşmeler İsveç'te uzlaşma yükümlülüğü üzerinde etkili değildir. Bununla birlikte, bu ilkeye önce Letonya şirketlerine ilişkin olarak Lüksemburg'daki Avrupa Topluluğu Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme'nin, 2007 yılı sonunda kararını vermesi beklenmektedir (Laval un Partneri Ltd. ile Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others arasındaki C-341/05 sayılı dava.).

Sanayide Toplu İş Sözleşmesi Prosedürü

Mart 1997'de sanayi sektöründeki işgücü piyasasının tarafları bundan böyle "1997 Sanayi Sözleşmesi" olarak bahsedilecek olan "Ücret Biçimlendirme ve Sanayinin Kalkınması Hakkında Sözleşme"yi (Industriavtalet) imzaladılar. Sözleşmenin ekine göre taraflar, sanayi içerisinde toplu iş sözleşmesinin müzakere kurallarını belirleyebileceklerdir. Müzakere sözleşmelerinin amacı taraflara, endüstriyel eyleme başvurmaksızın, dengeli bir sonuçla yapıcı müzakereler gerçekleştirmeleri için gerekli koşulları sağlamaktır.

Müzakere sözleşmesi, diğer başka şeylerle beraber arasında, müzakerelerin takvimini, tarafsız bir makam aracılığıyla müzakerelerin başlatılmasını ve müzakerelerden çıkar sağlamak amacıyla endüstriyel eylem yapan tarafa bu eylemini geçici olarak durdurması için talimat verme gücüne sahip olan Sanayi Komitesi'nin yetkilerini belirler.

1997 Sanayi Sözleşmesi'nin tarafları, İsveç ekonomisi ve sanayisi için uluslararası perspektifin çok önemli olduğunda anlaştılar. Uygulamada, imal edilen tüm ürünler ulusal ve uluslararası pazarda, küresel rekabet kuralları içinde satılmaktadır. İsveç sanayisinin başarısı uluslararası rekabet koşullarına bağlıdır. Bu, enflasyon oranının düşük olmasını; yani her yıl % 2'nin altına düşmesini gerektirir. Bu çerçevede taraflar ayrıca, diğer ülkelere nazaran yüksek ücret artış oranının İsveç'te istihdamın azalmasına yol açacağı hususunda ve bu artırılmış gerçek ücretlerin, nominal ücretlerden daha az artması gerektiği konularında da anlaşmışlardır.

Bu açıdan, İsveç'te toplu sözleşme prosedürü doğal olarak ulusal bazda gerçekleşmekte olmasına ve kısmen politika ve ekonominin gereklerine dayanmaktadır. Toplu sözleşmeler işletme düzeyinde uygulanabilir, böylece en azından belirli bir sanayi kolunda, ücretlerin rekabet edebilirlikte önemli bir faktör olmaları engellenebilir. Bu bakımdan, işçi sendikaları da işgücünde ulusal belirlemesi karteli yaratmak için çabalamaktadırlar. Onların yükümlülüğü de, örneğin mevcut toplu sözleşme yürürlükte olduğu sürece endüstriyel eyleme başvurmama yönündeki taahhütleri gibi, uzlaşma yükümlülüğüdür.

1997 Sanayi Sözleşmesi'nin ekine göre taraflar, sanayi içerisinde toplu iş sözleşmesinin müzakere kurallarını belirleyebileceklerdir. Müzakere sözleşmelerinin amacı taraflara, endüstriyel eyleme başvurmaksızın, dengeli bir sonuçla yapıcı müzakereler gerçekleştirilmeleri için gerekli koşulları sağlamaktır.

Toplu sözleşmeye ulaşmak için müzakerelerle ilgili pratikteki uzlaşma, burada detaylı olarak incelenmeyecektir. Kısaca, müzakerelerin daha önce yukarıda anlatılan tarafsız makama gerek kalmaksızın, toplu sözleşmeye ulaşma arzusuyla, iki ay boyunca uzman komiteleriyle, alt komitelerle, çalışma gruplarıyla, üst düzey grupları gibi gruplarla çok sayıda toplantıdan oluştuğu söylenebilir. Ancak tarafsız makama gerek kalmadan sözleşme bağlanması isteği henüz hiç gerçekleşmemiştir ve Ocak-Şubat 2007 tarihlerindeki müzakereler de bunun istisnası olmamıştır. Nitekim, 2007 Mart ayının başlangıcında tarafsız makam oluşturulmuş, tarafsız makamın gayretleri ile sonuca gidilmiş ve endüstriyel eyleminin başlamasına yaklaşık bir hafta kala 2007 metal sanayi sözleşmesi imzalanmıştır.

İsveç'te Toplu Pazarlığın Geleceğindeki Zorluklar

Yukarıda anlatılan toplu sözleşme prosedürü, 1997 Sanayi Sözleşmesi'nin müzakere anlaşmasında belirtilen modeli ortaya koymaktadır. Usul açısından model, başarılı olarak değerlendirilmelidir. 2007 Metal Sanayi Sözleşmesi, diğer tarafı ödün vermeye zorlamak ya da sözleşmeyi imzalamak amacıyla bir endüstriyel eylem kararı alınmadan yapılan dördüncü üç yıllık sözleşmedir. Metal sanayinde işgücü piyasası son on yıldır sakindir ve bu durum en az üç yıl daha devam edecek gibi görünmektedir.

Bugüne kadar İsveç'te yapılan toplu sözleşme-

ler, işçi sendikalarının güçlü silahı olan endüstriyel eylemler ışığında değerlendirilmelidir. Sanayinin, karışıklıktan daima kolayca zarar gören bir yapısı vardır. Uzun zaman önce, endüstriyel eylem, işçiler ve işverenler açısından etkili bir silah olarak dikkate alınıyordu. Şimdi ise ulusal toplu sözleşmeler, işçi sendikalarının güç gösterisi yapabilmeleri ve işverenlerin de çatışmalardan kaçınabilme arzusu ilkesi üzerine şekillenmektedir. Ancak bu temel koşulların değişmesi olasılığı bulunmaktadır.

Küreselleşme, sermayenin serbest dolaşımı ve teknoloji, işletmelerin toplu sözleşmelerle oluşturulan ulusal ücret belirleme kartelinden kaçınmada daha büyük fırsatlara sahip olduğu anlamına gelmektedir. Bir başka anlamda, işletmeler başka seçeneklere sahip olmadıkça, ulusal işgücü piyasası artık işletmeler için bir işgücü piyasası olamayacaktır. Ücretler ve diğer çalışma şartları, bugün dünyada işletmeler arasındaki rekabetin bir kez daha esaslı unsurları haline gelmiştir. Bu gelişme, ulusal toplu sözleşmelerin artık sadece ücret belirleme kartel araçları olarak etkin olamayacakları, başka işlevleri de üstlenmelerinin zorunlu olduğu gibi kaçınılmaz bir sonuca sebep olmaktadır.

Batı dünyasındaki sanayi, yüksek fiyatlarla maliyet artışlarını telafi etmede gittikçe zorlanmaktadır. Ticari markalar, ülkelerle daha az özdeşleşmiştir, "İsveç'te üretilmiştir" ya da "Alman kalitesi" gibi etiketlerle daha yüksek fiyatları cazip kılmak mümkün olmamaktadır. Uluslararası rekabet, yeni piyasaların gelişmesi ve işletmeler üzerinde maliyetleri daha aşağı çekme yönündeki giderek artan baskı, sürekli yeniden yapılandırılmaya yol açmaktadır. Küreselleşmenin sonucu olarak işletmelerin yapabilecekleri şey, rekabet edebilmek için işlerini düşük maliyetli -ücret maliyetleri dahil- ülkelere taşımaktır. Fakat bu tek başına işletmenin başarıya ulaşması için yeterli değildir; esnek olmaya, yeni durumlara ve müşteri isteklerine uyum sağlamaya sürekli hazır olmaya da ihtiyaç vardır (AIAO- "Uyarla, Çaresini Bul ve Üstesinden Gel"). Bir işletme başarılı olsa dahi, başlangıçta kendi üretimini yapmadıkça ya da işletmenin kendi tasarımı olmadıkça, muhakkak ki bu başarı ülkeye yarar sağlamayacaktır. İsveç dahil batı ülkelerinde, yatırım düzeyleri düşüktür. Üretim için ilave hacim ve yeni kapasiteler çoğunlukla işletmenin kendi üretimini dışındadır.

Bu açıdan, İsveç toplu iş sözleşmeleri esnek olmalı ve işletmelerin ihtiyaçlarına göre uyarlanmalıdır. Aksi halde toplu sözleşme sistemi, işletmelerin işgücünü dışarıya taşımalarına, uzun vadede de, İsveç'teki fabrikalarını kapatmalarına sebep olacaktır. Bu yeni çevrede geniş bakış açısı nedeniyle toplu sözleşmeler, işçiler için temel güvenliği sağlamada kısıtlanmak zorunda kalacak ve taraflar arasındaki makul denge bozulacaktır. Bu nedenle toplu sözleşmeler taraflara kendileriyle ilgili belirli olguları işletme düzeyinde değerlendirme ve öngörebildikleri her koşulda anlaşmaya varabilmeleri imkânı vermelidir.

Ulusal toplu sözleşmelerin işlevi bugünün ücret belirleme kartel aracı olmaktan birtakım temel kurallara doğru bir değişim göstermelidir. Fakat bu olursa, toplu sözleşme yapmak için hangi nedenler kalacaktır? Acaba temel kuralları mevzuatla belirlemek ve tarafların - merkez sosyal taraflar karışmadan - uygun bazı farklılıklar konusunda anlaşmalarını sağlamak daha iyi olmayacak mıdır?

Böyle bir çerçevenin büyük ölçüde biçimlendirilebilmesi veya değiştirilebilmesi yerel taraflarca mümkün iken, iş piyasasında hukuki bir çerçeve oluşturmak stresli bir görevdir. Bunun için iyi ekonomik sebeplerin varlığı gerekir. Bir düzenleme aracı olarak ulusal toplu sözleşme, mevzuata nazaran daha esnektir. Bundan başka, düzenleme süreci, toplumsal yasama sürecini sıklıkla etkileyen rolünden ziyade, verimli çalışma amacıyla ortaya çıkabilir. İşletmeler ve işçilerin merkez sosyal tarafların onların istekleri doğrultusunda hazırladıkları ana hususların bu örgütlere üyelik için yeterli sebep teşkil edip etmeyeceği bu safhada tahmin edilemeyecektir. Bunun cevabı evet olsa bile, ekonomik problemler ortaya çıkacaktır. Taraf olmayanların ihtiyaçları doğrultusunda üyelik aidatı ödemeksizin sistemle oynamalarını engellemek, imkânsız değilse de, zor olacaktır. Eğer işçi sendikaları artık işletmeler arasında rekabete dayalı olarak ücretlerdeki farklılıkları ortadan kaldırmayı kendi işleri gibi görmezlerse, görevleri ne olacaktır? İşçi ve işveren sendikaları hiçbir amaca hizmet edemeyecekler midir?

Bu makaledeki birçok soru cevapsız kalarak artacaktır. Cevaplar kısmen, İsveç iş hukukunun modern dünya ekonomisinin gerçeklerine tama-

men uyum sağlayıp sağlamamasına bağlı olacaktır. Tek bir şey kesindir ki; o da, İsveç'teki toplu sözleşme prosedürünün gelecekte daha az merkezi bir yapıya kavuşacağı ve belirli işletmelerin karlılığı ve sürdürülebilirliğini daha yüksek derecede dikkate alacağıdır. Bundan sonra da, İsveç mühendislik sanayi ve diğer ihracatçı işletmeler küresel piyasada başarıyla rekabet etmek için daha gerçekçi fırsatlara sahip olacaklardır. Bu yüzden, İsveç'te gelecekte istihdam ve ticaret de güven altına alınacaktır.

Nağme N. HOZAR, LLM*

MESS Müşavir Avukatı

Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi

Schleswig Holstein Eyalet İş Mahkemesi¹

Karar Tarihi : 27.6.2006

Sayısı : 5 Sa 49/06

Olay :

Davacı, davalının yanında tekniker olarak çalışmakta ve çalışma süresini ağırlıklı olarak işletmenin dışında geçirmektedir. Davacı, işletmeyi davalının (G) şimdiki Genel Müdürü ile birlikte kurmuş ve halen işletmenin %50 oranında ortağıdır. G, davacıyı daha önceleri sayısız kez iş amaçlı kullanıma tahsis edilmiş olan İnternet bağlantısını özel amaçlı olarak kullanması üzerine uyarılmış ve yine iş amaçlı kullanmak üzere kullanıma sunulmuş olan cep telefonunu özel görüşmeleri için yoğun bir biçimde kullandığı gerekçesi ile dikkatini çekmiştir. Davacının Eylül 2004 döneminde üç gün içerisinde toplam 6 saat 45 dakika özel amaçlı olarak İnterneti kullanmış olması ve cep telefonunu özel amaçlı kullanmış olması nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshetmiştir.

İş Mahkemesine açılmış olan dava kabul edil-

miştir. Davalı, İş Mahkemesinin kararı aleyhine temyiz talebinde bulunmuş ve davacının İnternet ve cep telefonunu özel amaçları için kullanması sebebiyle iş yükümlülüklerini yerine getirmediği gibi aynı zamanda önemli sayılacak masrafların ortaya çıkmasına da neden oluşturduğunu beyan etmiştir. Davacının Ocak-Ekim 2004 tarihleri arasındaki cep telefonu faturasının G'ye oranla aynı dönemde 3.400 Euro daha yüksek olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucunda temyiz talebini reddetmiştir.

Gerekçe:

Medeni Kanununun 626. maddesinin 1. fıkrasında derhal fesih için öngörülmüş olan şartların oluşmadığı görülmektedir. Davacının davranışı esas itibarıyla derhal fesih için haklı bir neden oluşturmaktadır, ancak dava konusu olayda davacının daha önceden usulüne uygun olarak ihtar edilmesi gerekirdi.

Açık yada dolaylı bir biçimde daha önceden çalışma saatleri içerisinde yoğun bir biçimde özel amaçlı İnternet kullanımı derhal fesih için neden oluşturabilir. Bu durum özellikle;

- Özel amaçlı Internet kullanımının kesin olarak yasak olması halinde,
 - Özel amaçlı Internet kullanımı nedeniyle iş görme borcunun önemli oranda ihmal edilmesi halinde,
 - Internet'ten çok yoğun olarak dosyaların veya verilerin indirilmesi halinde,
 - Özel amaçlı kullanım nedeniyle önemli bir maliyet kalemin ortaya çıkması halinde,
 - veya pornografik yada ceza gerektirecek verilerin Internetten indirilmesi halinde, geçerlilik kazanmaktadır. Bu ilkeler esas itibarıyla özel amaçlı telefon kullanımı için de geçerlidir.
- Davacı, dava konusu olayda yükümlülüklerini iki şekilde ihlal etmiştir. Bir taraftan çalışma saatleri içerisinde yoğun bir biçimde özel amaçlı Internet ve cep telefonu kullanımı yoluyla iş görme borcunu aksatmış, diğer taraftan gerçekleştirdiği bu eylem nedeniyle önemli bir maliye-

tin oluşmasına neden olmuştur. Böyle bir durumda esasen ihtarda bulunulmasına gerek olmamaktadır. Çünkü işçinin, işverenin herhangi bir yaptırım olmadan bu yönde bir eylemi kabul etmeyeceğini bilmesi gerekir. Ancak dava konusu olayda özel bir durum söz konusudur. Buna göre, davalı, davacının uzun süreden beri Internet ve cep telefonunu özel amaçları için kullandığını bilmektedir. Davalı, davacının bu eylemine uzun zamandan beri gerçek anlamda sessiz kaldığından dolayı, davacı bu eylemini sürdürmesi halinde iş hukukundan kaynaklanacak herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalmayacağı izlenimine kapılmasına neden olmuştur. Özellikle, davacının diğer işçilerden farklı olarak işletmenin ortaklarından olması nedeniyle daha geniş haklara sahip olduğu yönünde kendisinde bir görüşün oluşmuş olması bu durumu da desteklenmektedir.

1. Karara Konu Olan Olay

Olayda, davacı, işletmenin kurucusu ve %50 oranında ortağı olup, işletmede, tekniker olarak çalışmaktadır. İşletme, iş icabı kullanım için tahsis edilen internet ve cep telefonunun özel amaçlarla kullanımını yasaklamıştır. Ancak bu yasağın, hangi yolla işçiye duyurulduğu ve söz konusu kullanımın işveren tarafından denetlendiğinin işçiye bildirilip bildirilmediği karardan anlaşılmamaktadır. Davalı, davacıyı iş amaçlı kullanıma tahsis edilmiş olan internet ve cep telefonunu özel amaçlı olarak kullanmış olması sebebiyle daha önce birçok kez uyarmıştır. Davacı, yasağa rağmen, eylül ayında üç gün, interneti toplam 6 saat 45 dakika özel amaçlı olarak kullanarak iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemiştir. Davacı, ayrıca iş icabı verilen cep telefonunu özel amaçlı görüşmeler için yoğun olarak kullanmış ve bunun neticesinde telefon faturasının yüksek gelmesine sebebiyet vermiştir. Davalı tarafından, söz konusu iki olaydan ötürü davacının iş sözleşmesi derhal feshedilmiştir.

Davacı işçinin açtığı davayı kabul eden iş mah-

kemesinin kararını davalı temyiz etmiş ancak eyalet mahkemesi temyiz talebini reddetmiştir.

Talebi reddeden eyalet mahkemesi gerekçesinde; davacının davranışının derhal fesih için haklı bir neden oluşturduğunu, ancak usulüne uygun olarak ihtar edilmediğini belirtmiştir. Olayda, her ne kadar davalı, işçiye “uyarmış” ve “dikkatini çekmiş” olsa da davalı tarafından yapılan söz konusu uyarıların “ihtar” niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır (İncelememizde, Alman hukukuna göre ihtarın nasıl yapılması gerektiği üzerinde durulmayacaktır zira, Alman hukukunda ihtarın geçerliliği birtakım sıkı kurallara bağlıdır). Mahkemeye göre; özel amaçlı internet kullanımının kesin olarak yasak olması, özel amaçlı kullanım nedeniyle işin önemli ölçüde ihmal edilmesi ve bu tür kullanım nedeniyle önemli bir maliyet kaleminin ortaya çıkması haklı nedenle fesih sebepleridir. Mahkemeye göre; aynı sebepler, cep telefonu kullanımı için de geçerlidir. Davacı, interneti özel amaçlı olarak kullanarak iş görme borcunu önemli oranda ihmal etmiş, aynı zamanda cep telefonunu da özel amaçlı kullanarak önemli bir maliyet kaleminin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Mahkemeye

göre; işçinin, işverenin herhangi bir yaptırımı olmadan bu eylemleri kabul etmeyeceğini bilmesi gerekir ve bu yüzden, işveren tarafından ihtar edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Ancak davalının, davacı işçinin bu eylemine uzun süredir sessiz kalması ve davacının şirketteki konumu gereği geniş yetkilere sahip olduğunu düşünmesi yani davacının, olaydaki özel durumu sebebiyle davalının, davacıyı iş sözleşmesinin fesihinden önce ihtar etmesi gerektiğini belirtip, temyiz talebinin reddetmiştir.

II. Kararın İncelenmesi

Karara konu olan olay, her ne kadar iş amaçlı kullanıma tahsis edilmiş olan internet ve cep telefonunun işçi tarafından, özel amaçlı kullanımı ile ilgiliyse de incelememizde sadece özel amaçlı internet ve konuyla bağlantılı olarak e-posta kullanımı üzerinde durulacaktır.

İnternet, birçok bilgisayar sisteminin birbirine bağlı olduğu, dünya çapında yaygın olan ve sürekli büyüyen bir iletişim ağıdır. İnternet, insanların her geçen gün gittikçe artan "üretilen bilgiyi saklama/paylaşma ve ona kolayca ulaşma" istekleri sonrasında ortaya çıkmış bir teknolojidir. Bu teknoloji yardımıyla pek çok alandaki bilgilere insanlar kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişebilmektedir². Elektronik iletişim ağı üzerinden gönderilen ve internette ya da kullanıcının bilgisayarında kaydedilebilen her türlü yazı, ses, resim ya da dil iletileri ise elektronik posta (e-posta) olarak adlandırılır³.

Sağladığı tüm bu kolaylıklardan ötürü internet, artık günlük hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline almıştır. İnternet ve e-posta servisleri, her türlü bilgiye en kısa sürede ulaşmayı kolaylaştıran, hızlı haberleşmeyi ve araştırmayı sağlayan etkin birer araç olmasından ötürü şirketler tarafından da

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara çalışanın uyup uymadığını denetleme yetkisini de beraberinde getirmektedir.

İşverenin yönetim hakkı işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin karakterinden doğar.

yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. İnternet ve e-posta sayesinde şirketler, haberleşme ve araştırma maliyetlerini azaltmakta, aynı zamanda müşteri isteklerine daha kolay cevap verebilmektedir.

T.C. Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından ilk defa gerçekleştirilen "Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanımı Araştırması, 2005"e göre⁴; 2005 yılı Ocak ayı içerisinde, girişimlerde, bilgisayar kullanımı %87,76, internet erişimi oranı ise %80,43 olarak tespit edilmiştir. TÜİK tarafından yapılan söz konusu araştırmaya göre; internet erişim oranı, girişimin büyüklüğü ile birlikte artış göstermektedir. 250 ve daha fazla çalışmanı olan girişimlerde internet erişimi %99,22 iken, 10-49 çalışmanı olan girişimlerde bu oran %77,97'dir. Ancak sağladığı tüm bu imkânlarla rağmen internet ve e-postanın, işyerlerinde şirket hedeflerine uymayan bir biçimde çalışanlar tarafından kendi özel amaçları doğrultusunda kullanılması iş ve zaman kaybına, verimsizliğe ve maliyetlerin artmasına sebep olmaktadır. Bu nedendir ki; şirketler ya internet ve e-postanın özel amaçlı kullanımını yasaklamakta ya da sınırlı olarak kullanımına izin vermektedir. Kullanıma ilişkin olarak getirilecek yasak veya sınırlamalar, ileride iş sözleşmelerinin fesihinde büyük önem arzedecektir. İşveren tarafından getirilebilecek söz konusu yasak ve sınırlamaların dayanağı işverenin yönetim hakkıdır.

III. İşverenin Yönetim Hakkı ve İnternet Kullanımına İlişkin Kuralları Belirleme Yetkisi

İş sözleşmesinin en temel özelliklerinden birisi de bağımlılık unsurunu içinde barındırıyor olmasıdır. Bu özellik, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmaktadır. İşçinin işverene bağımlı olması, işverenin emir ve talimatlarına göre ve onun denetimi altında çalışması demektir. İşverenin, vereceği talimatlarla, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere işin yürütü-

Çalışanlara, özel amaçla internet ve e-posta kullanımına ilişkin kurallara uyulması konusunun işyerinde kontrol edildiğinin bildirilmesi gerekir.

münü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir⁵. İşverenin yönetim hakkı işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin karakterinden doğar. Gerçekten, işçinin işverene karşı yapmakla yükümlü olduğu çalışmasıyla ilgili olarak bütün faaliyetinin ayrıntılı olarak belirtilmesi, bunların ne şekilde yapılacağına saptanması olanaksızdır. Bunların düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan yönetim hakkının işverene ait olduğu iş sözleşmesinin özelliğinden çıkmaktadır⁶.

İşveren, kendisine tek taraflı irade beyanıyla işyerinde mevcut çalışma koşullarını tespit etme hakkı tanıyan yönetim hakkını, Anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara aykırı olarak düzenleyemeyecektir.

İşyerinde internet ve/veya e-postanın

- sadece işyerinin amaçları doğrultusunda,
- sınırlandırılmış özel amaçlarla

çalışanların hizmetine sunulacağı konusunda karar verme yetkisi, işverenin yönetim hakkı çerçevesindedir.

İşveren tarafından getirilen özel amaçlı internet kullanımına ilişkin yasağa aykırı ya da belirlenen kullanım sınırlarını aşan bir durum söz konusu olduğunda, iş hukukuna ilişkin bir takım problemlerin ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenledir ki, işveren, yönetim hakkı sınırları içerisinde kalan internet ve e-posta kullanımına ilişkin kuralları yazılı hale getirilmelidir. İşyerlerinde internet kullanımına ilişkin kurallara, iş sözleşmesinin veya toplu iş sözleşmesinin bir maddesinde yer verilmesi ya da bu konuyla ilgili hükümleri içeren bir iç yönetmeliğin hazırlanarak çalışanlara imza karşılığında verilmesi ve bir nüshasının personel sicil dosyasında muhafaza edilmesi uygun olacaktır. Söz konusu

düzenlemelerde çalışanın işyerinde interneti özel amaçlı kullanıp kullanamayacağı, kullanıma izin veriliyorsa bunun sınırlarının net ve anlaşılabilir bir şekilde çizilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte internetin işyerinde çalışanlar tarafından özel amaçla mı, iş amacıyla mı kullanıldığı ayırt edilmesi kolay değildir. Özel amaçla internet ve e-posta kullanımının yasaklandığı ya da sınırlandırıldığı durumlarda, çalışanların internet ve e-posta kullanımı takip edilmelidir. Burada en önemli nokta ise çalışanlara, özel amaçla internet ve e-posta kullanımına ilişkin kurallara uyulması konusunun işyerinde kontrol edildiğinin bildirilmesi gerektiğidir. Özel amaçla internet ve e-posta kullanımı ile ilgili kuralların yazılı hale getirildiği dokümanda, söz konusu kullanımın işyerinde denetlendiği ve kurallara aykırı hareket edilmesi durumunda, çalışanın iş sözleşmesinin feshedileceği hususuna yer verilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara çalışanın uyup uymadığını denetleme yetkisini de beraberinde getirmektedir. Giderek öğretilen, işverenin yönetim hakkının karşısında yer alan talimata uyma borcunun bu boyutu, işverenin işçiyi “denetim hakkı” ve bunun karşısında işçinin de “denetime katlanma borcu” şeklinde ayrı başlık altında incelenmektedir⁷. Çalışanlar tarafından internet ve e-postanın işverenin talimatlarına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetimi çeşitli şekillerde yapılabilirse de bu konuda dikkat edilmesi gereken husus işverenin bu hakkını Anayasa’da yer alan eşitlik, kişi dokunulmazlığı ve özel yaşamın gizliliği gibi ilkeler, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da iş-

İşçi, çalışma saatleri içerisinde nasıl özel bir işleyle meşgul olamazsa, aynı şekilde söz konusu zaman diliminde özel amaçlı olarak interneti de kullanamayacaktır.

yeri iç yönetmeliklerine aykırı kullanamayacağıdır.

Örnek vermek gerekirse; işverenin işyerinde yapacağı kontroller pek tabidir ki eşit davranma borcu göz ardı edilerek yapılamaz. Şöyle ki; haklı bir neden bulunmaksızın işyerinde aynı durumda olan bazı işçilerin e-postalarının veya internette girdiği sayfaların izlenmesi, diğerlerinin ise bu denetimin dışında kalması eşit davranma borcuna aykırılık olabilecektir ancak ihbar, şikâyet ve şüpheli durum varsa belli bir çalışanın, bilgisayarının internet ve e-posta içeriği kontrol edilebilecektir.

IV. İşveren Tarafından Getirilen Sınırlamalar

a) İnternetin Özel Amaçla Kullanımının Yasaklanması

İşveren, yönetim hakkına dayanarak işyerinde iş amaçlı tahsis edilen internet ve e-posta adresinin özel amaçlı kullanımını yasaklayabilir. İşçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği işi yapmak ve işyerinin düzeni ile ilgili talimatlarına uymak zorundadır⁸. İşçi, çalışma saatleri içerisinde nasıl özel bir işiyle meşgul olamazsa, aynı şekilde söz konusu zaman diliminde özel amaçlı olarak interneti de kullanamayacaktır. İnternet ve e-posta kullanımına ilişkin getirilen bu sınırlama, çalışanın ara dinlenmesi saatinde de geçerli olacaktır. İşveren tarafından getirilen yasağın açık ve anlaşılır bir şekilde çalışanlara bildirilmiş olması önemlidir⁹.

b) İnternetin Özel Amaçla Kullanımına Sınırlı Olarak İzin Verilmesi

İşveren tarafından internetin özel amaçlı kullanılmasına izin verilmesi durumunda dahi, söz konusu bu iznin sınırsız olması düşünülemez. Öncelikle çalışanlar, işyerinin iş ahlakı prensiplerine, çalışma ilkelerine ve personel yönetmeliğine uygun şekilde hareket etmekle ve görevlerini verimli bir şekilde zamanında ve istenilen kalitede yerine getirmekle yükümlüdürler. İşveren tarafından verilen izin çalışanın; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmasına, gösterdi-

İşveren eğer çalışanın özel amaçlı internet ve e-posta kullanımına izin vermek istiyorsa, söz konusu bu iznin kullanım zamanına ilişkin sınırlamayı da belirtmelidir.

ği niteliklerden beklenenden daha düşük performans sergilemesine, işe yoğunlaşmasının giderek azalmasına, iş akışının veya iş ortamının olumsuz etkilenmesine sebep olacak biçimde internet kullanımına veya diğer kişilere e-posta göndermesine sebep olmamalıdır.

İnternetin özel amaçlı kullanımına verilen izne ilişkin sınırlamalar (kullanım zamanı, kullanım yeri ve kullanım şekli) yine işverenin yönetim hakkı çerçevesinde tespit edilecektir. Bu nedenledir ki; işveren tarafından internetin özel amaçlarla ne şekilde kullanılacağı açık bir biçimde belirtilmeli ve söz konusu bu sınırların çalışan tarafından bilinmesi sağlanmalıdır. Kural olarak işverenin çizdiği kullanım çerçevesini aşan özel amaçlı kullanım, işverene ek olarak bir külfet getirmese ve hatta çalışanın çalışma gücünü etkilemese bile yasaktır¹⁰.

İşveren eğer çalışanın özel amaçlı internet ve e-posta kullanımına izin vermek istiyorsa, söz konusu bu iznin kullanım zamanına ilişkin sınırlamayı da belirtmelidir. Örneğin; ara dinlenmeleri ya da çalışma saatleri içerisinde mi ya da herhangi bir zaman dilimi kısıtlaması yapmadan gün içerisinde 10, 15 dak. gibi belirli bir süreyle sınırlı olarak mı kullanılacağına ilişkin kural getirilebilir.

Eğer herhangi bir zaman kısıtlaması yoksa bu demek değildir ki çalışan, çalışma süresinin tümünü internette özel amaçlı geçirecektir¹¹. Çalışanlar işyerinin iş ahlakı prensiplerine, çalışma ilkelerine ve personel yönetmeliğine uygun şekilde hareket etmekle ve görevlerini verimli bir şekilde zamanında ve istenilen kalitede yerine getirmekle yükümlüdürler. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 321. maddesi de işçiye, işini özenle ifa borcunu yüklemiştir. Bu nedenledir ki verilen izin, çalışanın iş yapma yükümlülüklerini hiçbir surette ihlal etmeyecek şekilde kullanılmalıdır.

İşçiye özel amaçlı internet ve e-posta kullanımına ilişkin izin verilirken, söz konusu kullanımın çalışanın kendi bilgisayarından mı yoksa ortak kullanıma sunulmuş bir bilgisayar varsa bunun üzerinden mi yapılacağı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Uygulamada ağırlıklı olarak, çalışana iş için internet bağlantılı bir bilgisayar tahsis edilmişse, özel amaçlı kullanımın da bu şahsi bilgisayar üzerinden yapılmasına izin verilmektedir. Eğer çalışanın, internet bağlantılı şahsi bir bilgisayarı yoksa, bu durumda da işyerinin bir odası işveren tarafından bu amaçla kullanılmaktadır.

Her ne kadar işveren tarafından çalışana özel amaçlı internet ve e-posta kullanımı konusunda izin verilmişse de, çalışanın, verilen bu izni, serbestçe kullanması söz konusu olamaz.

Uygulamada çalışanların, şirket tarafından girişi yasaklanmış örneğin chat odaları, oyun, kumar, bahis, pornografik vb. gibi sitelere girdiklerinde söz konusu bu sitelere girişin yasak olduğuna dair bir uyarı ile karşılaştıkları, işyerlerinin bunun gibi belirli siteleri filtre ederek çalışanların girişini doğrudan engelledikleri görülmektedir.

V. İşveren Tarafından Getirilen Yasak veya Sınırlı Kullanıma İlişkin Kurallara Aykırılığın Hukuki Sonuçları

a) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenlerle Feshi

İşçinin, internet ve e-postayı işverence belirlenen kurallara aykırı kullanması, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshine yol açacaktır. Söz konusu kullanım neticesinde, İş Kanunu'nun 25. maddesinin "Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri" başlıklı 2. fıkrasının uygulanabileceği bazı ihtimaller şöyledir:

- Özel amaçlı internet veya e-posta adresi kullanımının kesin olarak yasak olması,
- İşyerinde işveren tarafından verilen özel amaçlı internet kullanımını neticesinde işçinin, işini aksatması ve yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi,
- Çalışanın işyerinde internet veya e-posta adre-

sini kullanarak işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması,

- Çalışanın işyerinde internet veya e-posta adresini kullanarak işverenin yahut aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması, işyerinin iş ilişkisi içinde olduğu kişi ve kuruluşlara karşı işverenin imajını olumsuz etkileyecek davranışlarda bulunması,

- Çalışanın internet veya e-posta adresini kullanarak işverene ait mesleki sırları yayması, varsa eğer internete giriş şifresini üçüncü kişilerle paylaşması ya da kendisine bir şekilde kullanım şifresi sağlaması,

- Çalışanın şirket bilgisayarlarına virüs bulaştırarak sistemin çökmesine veya yavaşlamasına yol açması ve bunun neticesinde ortaya çıkacak zararın otuz günlük ücret tutarıyla ödeyemeyecek seviyede olması,

- Devletin milleti ve ülkesi ile bölünmez bütünlüğünü zedeleyici ve anayasal düzene aykırı içerikli sitelere girilmesi ve/veya bu içerikte bilgi yollanması.

b) İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun Gerekçesi'nde işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerin, İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan haller dışında kalan, söz konusu bu sebepler kadar ağır olmamakla birlikte işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler olduğu belirtilmektedir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilecektir. İşyerinde özel amaçlarla internet kullanımının hangi hallerde çalışanın, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine yol açacağına ilişkin örneklerle bakacak olursak:

- İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebepler: İşveren tarafından işyerinde özel amaçlı internet veya e-posta kullanımına ilişkin verilen izin çalışanın; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmasına, gösterdiği nitelik-

lerden beklenenden daha düşük performans sergilemesine, işe yoğunlaşmasının giderek azalmasına, iş akışının veya iş ortamının olumsuz etkilenmesine sebep oluyorsa, o takdirde çalışanın iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir.

- İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler:

• Çalışanın internet veya e-posta adresini kullanarak;

- İşverene zarar vermesi (otuz günlük ücret tutarından daha az bir zarar olması gerekir) veya zararın tedirginliğini yaratması,

- Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması,

- İş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ya da davranışsal bir şekilde rahatsız etmesi (mobbing),

- İş görme borcunu aksatması ve işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz yapması,

• İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek şekilde e-posta ile haberleşmesi

hallerinde iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir.

Çalışanın belirsiz süreli iş sözleşmesi, davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilmek isteniyorsa, o takdirde fesihden önce hakkındaki iddialara karşı işçiden savunma almak gerekmektedir. Bunun tek istisnası, işverenin, işçinin iş sözleşmesini, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanarak feshetmesi durumudur. Bu halde, işçiden ayrıca savunma almaya gerek bulunmamaktadır. Kanun'da belirtilmiş olan hususların dışında işveren için, işçinin iş sözleşmesini feshederken uyması gerekli başkaca bir usul hükmü bulunmamaktadır.

Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda "ihtar" müessesesi bulunmamaktadır. Ancak, işçinin hatalı davranışından veyahut veriminden kaynaklanan bir feshin yapılması gerekiyorsa, işveren tarafından gösterilen gerekçe ve deliller büyük önem kazanmaktadır. İşçinin işverence hatalı görünen hareketi meydana geldiği veya verimsizliği tespit edildiği vakit harekete geçilmeli ve işçinin, yapmış olduğu hatalı harekete/verimsizliğe dikkat çekilmelidir. Bu yüzdendir ki; geçerli sebeple yapılan fesih öncesinde, işçinin, öncelikle hukukumuzda olmayan "ihtar" ile uyarılması fay-

dalı olacaktır. İhtarın sözlük anlamı, uyarma, herhangi bir konu, sorun üzerine ilgi veya dikkat çekme, uyarı demektir¹². İş hukukunda ihtar, çalışana, işyerinin ve işin yürütümünü olumsuz etkileyecek bir sonuç doğuran davranışta bulunması veya verimsizliği halinde verilen önemli bir ikazdır. Bu anlamda, ihtar, fesih bildirim öncesinde işçiye verilen bir nevi "sarı kart" niteliğinde görmek gerekir. Böylece, ihtar vermek, işverenin fesih hakkını iyiniyetle kullandığını, işçiyi hemen değil önce ihtar vererek uyarıp daha sonra işten çıkarmak zorunda olduğunu kanıtlaması bakımından faydalı olacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, ihtar verilmediği için işverence yapılan feshin geçerli olmayacağı gibi bir husus söz konusu olmayacaktır.

VI. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10.10.2006 tarih, 2006/19150 E. ve 2006/26792 K. sayılı kararda davacı işçi, 2003 yılından itibaren işyerindeki işverene ait bilgisayarı kullanarak günde birkaç kez internete girerek bahis oynamış ve bu suretle de aşırı borçlanmıştır. İşçi, davranışı nedeniyle daha önce uyarılmıştır. Yargıtay, davacının mesai saatleri içinde bahis sitelerine girmek üzere internet kullanımlarının bazı günler birkaç saati bulunduğu dikkate alındığında, davacının söz konusu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını belirterek iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2005 tarih, 2005/10904 E. ve 2005/37594 K. sayılı kararına konu olan olayda, işçinin iş sözleşmesi, eski genel müdür yardımcısına gönderdiği e-postada çalışanları küçük düşürücü beyanlarda bulunduğu gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Ancak Yargıtay, e-postanın davacı tarafından gönderilip gönderilmediğinin anlaşılacağı, ayrıca böyle kabul edilse bile e-postadaki ifadelerin haklı fesih nedeni sayılabilecek mahiyette olmadığı ancak geçerli fesih sebebi olduğu gerekçesiyle davacının ihbar ve kıdem tazminatlarının kabulü gerekirken reddini hatalı bulup bozmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.11.2005 tarih, 2005/32512 E. ve 2005/36421 K. sayılı kararında; işveren tarafından davacının işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş, ancak işçi tarafından işyerinde e-posta yazışmasında kullanılan "kick the ir ass baby" (k...larını tekmele bebeğim) ifadelerinin aşağılama, küçültme ve küfretme mahiyetinde kullanılmadığı gerekçesiyle yerel mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş, Yargıtay ise davacı tarafından e-postada kullanılan sözcüklerin her ne kadar küfür ve hakaret içermekte ise de, sert bir argo deyimi olduğu, işyerinde ve iş saati içerisinde işverenle bir konuda yapılan yazışmada bu şekilde argo kelimenin kullanılması her ne kadar İş Kanunu'nun 25/II. maddesi kapsamında haklı fesih halini oluşturmazsa da bu şekildeki bir davranışın işyerinde çalışma düzenini ve huzur bozucu nitelikte olduğundan hareketle feshin geçerli sebebe dayandığına karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin e-posta kullanımına ilişkin vermiş olduğu 10.02.2005 tarih, 2005/424 E. ve 2005/3763 K. sayılı kararında, işçinin, mesai saatleri içerisinde işvereni muhatap alan uygunsuz ifadeler içeren e-mail'i müdürünün bilgisayarına gönderip akabinde okunmasını önlemek maksadı ile ilgili müdürün masasına giderek izin almaksızın gönderdiği e-mail'i silmesine yönelik davranışını haklı nedenle fesih için yeterli değilse de iş akışını olumsuz etkileyen bir davranış olarak görülmüş ve geçerli feshin şartlarının oluştuğuna hükmedilmiştir.

Yargıtay'ın 16.12.2004 tarih, 2004/18435 E. ve 2004/28069 K. sayılı kararına konu olan olayda; işçi, işyerine ait bilgisayarı kullanarak çalışma saatleri içerisinde aynı yerde çalışan bir bayan arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren e-posta göndermiş, işveren de buna dayanarak işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshetmiştir. Yargıtay, iş sözleşmesinin feshinin haklı değil, geçerli nedenle dayandığına hükmetmiştir.

VII. Sonuç

Haklı nedenle fesih hakkının yasadaki salt bir tanım olarak düzenlendiği Alman hukukunda BGB § 626'ya göre; "Hizmet ilişkisi, somut olayın tüm ko-

şulları ve her iki tarafın çıkarlarının değerlendirilmesi sonucu fesheden taraftan fesih önelinin sonuna kadar veya kararlaştırılan sürenin bitimine kadar ilişkiye devam etmesini beklenemez kılan olguların varlığı halinde, önemli (haklı) nedenle bildirim süresine uyulmaksızın sona erdirilebilir". Bu hukuk sisteminde haklı fesih nedenleri ayrıntılı, kazuistik olarak sayılmamıştır. Madde hükmü hakime yollama yapmaktadır. Dolayısıyla haklı-geçerli fesih nedenleri bakımından yapılacak bir değerlendirme hakim yetkisindedir¹³.

Haklı fesih nedenleri bakımından İş Kanunumuz ise kazuistik yöntemi benimsemiştir. Bu sistemin hukuki açıklık, hukuk güvenliği noktalarında önem taşıdığı ve yararlı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, bazı nedenlerin özellikle hakimin somut olayın koşullarını dikkate alan bir takdir yetkisi kullanımına imkân bırakmayacak tarzda sayılmış olması, belli ölçüde katı bir yapıyı da beraberinde getirmektedir¹⁴. Nitekim, yukarıda internet ve e-posta kullanımına ilişkin verilmiş olan kararlardan, Yargıtay'ın haklı fesih nedenlerini oldukça dar yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir.

Örneğin, Yargıtay'ın 30.11.2005 tarih, 2005/10904 E. ve 2005/37594 K. sayılı kararında, "işçinin eski genel müdür yardımcısına gönderdiği e-postada çalışanları küçük düşürücü beyanlarda bulunması" İş Kanunu'nun 25/II maddesi kapsamında "işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması" olarak değerlendirilebilecekken geçerli neden olarak kabul edilmiştir. Zira, sataşmanın, muhakak ki fiziki olması gerekmemektedir. Bu yönde sözlü bir sataşma da aynı sonucu doğurmaktadır. Aynı şekilde Yargıtay'ın 16.12.2004 tarih, 2004/18435 E. ve 2004/28069 K. sayılı kararında işçinin, işyerine ait bilgisayarı kullanarak çalışma saatleri içerisinde aynı yerde çalışan bir bayan arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren e-posta göndermesi, kanaatimizce İş Kanunu'nun 25/II maddesi kapsamı uyarınca "işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması"dır. Ancak Yargıtay, burada da söz konusu davranışı geçerli neden olarak kabul etmiştir.

Ayrıca; işverence bu yönde kesin bir yasak ol-

masına rağmen işçinin, yasağı çiğneyip özel amaçlı internet ve e-posta kullanması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında düşünülmeli ve işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu'nun 25/II bendi kapsamında haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir.

İşçinin, işveren tarafından konulmuş olan özel amaçlı internet kullanımı yasağı ya da sınırlı kullanıma ilişkin kurallara uymaması ve işverence bu duruma bir süre ses çıkarılmaması, işverenin bu duruma örtülü bir şekilde izin verdiği anlamına gelmeyecektir. İşveren tarafından söz konusu kullanıma ilişkin yasak ya da sınırlamanın, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinin bir maddesinde ya da işyeri iç yönetmelikleriyle düzenlenmesi, işçinin işverenin getirmiş olduğu kurallara aykırı davranmasını baştan beri hiçbir şekilde kabul etmediği anlamına gelir. Öte yandan, Alman Eyalet Mahkemesi Kararı'nda olduğu gibi, kimi zamanlar, işçinin özel konumu da fesih değerlendirilirken göz önünde tutulabilecek bir husustur.

DİPNOTLAR

* Hukuk yüksek lisans derecesi

- 1 Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/1, s. 363-364'de yayımlanmıştır.
- 2 <http://www.po.metu.edu.tr/links/inf/css25/bolum1.html#1>
- 3 BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması, İnternet ve Hukuk, Bilgi Üniversitesi Yayınları, Ocak 2004, Derleyen: Yeşim M. Atamer, s. 23.
- 4 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=275>. (Araştırma sonuçları, TÜİK Haber Bülteni'nin 7 Haziran 2006 tarih ve 93 nolu sayısında yayımlanmıştır.)
- 5 ŞEN, Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s. 52.
- 6 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul 2004, s. 103.
- 7 SEVİMLİ, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Nisan 2006, İstanbul, s. 83 (Tunçomağ/Centel, Esaslar, s. 100-101)
- 8 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Ağustos 2006, İstanbul, s. 124.
- 9 Hessen Bölge İş Mahkemesi'nin 5 Sa 987/01 Esas, 4.7.2002 tarihli kararında; işverenin mesai saatleri içinde özel amaçla e-posta kullanma yasağı koyduğu, işçi, bu yasağa uymadığı için iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği ancak işveren tarafından böyle bir yasak konulacaksa, bu yasağın açık ve anlaşılır bir biçimde çalışanlara önceden bildirilmiş olması gerektiği, işçinin daha önce bildirilen yasakları ihlal etmesi durumunda işverence fesih için ihtar yapmanın zorunlu olmadığı, ancak olayda işverenin bu yasağı sözlü bir şekilde işçilere duyurduğu belirtilmektedir. Karar için Bknz. MESS-Akıllı Kitap İş Güvencesi, D2115/001.

10 OKUR, Zeki, a.g.e., s. 58 (Kramer, s.459.)

11 OKUR, Zeki, a.g.e., s. 60

12 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 1. Cilt, 9. Baskı, 1998 Ankara, s. 1053.

13 ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart'06, Sayı: 1, s. 75.

14 ALPAGUT, Gülsevil, a.g.e., s. 79.



ABONELİK SİSTEMİ

“SİCİL İş Hukuku Dergisi”



Türk endüstri ilişkilerinde ve çalışma hayatında yaptığı çalışmalar ile öncü olan MESS, üyeleri, hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları ile çalışma mevzuatının tüm uygulayıcıları için tartışma platformu oluşturmak üzere mesleki bir dergi yayımlanmakta: SİCİL.

Üç ayda bir yayımlanan Sicil Dergisi'nde, Bireysel ve Toplu İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Çalışma Ceza Hukuku, Mali Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku alanlarında makaleler ile Türk ve yabancı mahkemelere ait kararların incelemelerine yer verilerek çalışma hukukundaki gelişmeler değerlendiriliyor.

SİCİL İş Hukuku Dergisi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“SİCİL İş Hukuku Dergisi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :
Adres :
Tel. :
Faks :
e-mail :
İmza :

Sicil İş Hukuku Dergisi'ne abone olmak istiyorum:

10 YTL olan 2007 yılı ... sayısının/sayılarının maliyet bedelini ödedim. Bağış makbuzu ektedir.

- İletişim bilgilerinizin değişmesi durumunda 7 gün içinde MESS Merkez Büromuzun adresine posta ile veya 0 (212) 241 76 19 no.lu faksımıza iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No: 268, MESS
Şişli 34381 İSTANBUL
Tel: 0 (212) 232 01 04 (5 hat)

- Ödeme yapılacak bankalar:

Ziraat Bankası
Şişli Şubesi
33371255-5001

Yapı ve Kredi Bankası
Abide Şubesi
69919269

Garanti Bankası
Şişli Şubesi
6299510

İş Bankası
Teşvikiye Şubesi
314332

(İlgili bankaların havaalelerinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra bağış makbuzu tarafınıza gönderilecektir.)