

SİCİL

Aralık '07 • Yıl 2 • Sayı 8

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHİ
MESS Genel Sekreteri

Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

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

Baskı

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

Yayın Türü

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

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

31 Aralık 2007

M E S S

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

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

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.

BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı</i>	5
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	
<i>İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart</i>	13
Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT	
<i>İstibdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler</i>	22
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI	
<i>Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları</i>	41
Doç. Dr. Ufuk AYDIN	
<i>İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi</i>	55
Av. H. Argun BOZKURT	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi</i>	66
Prof. Dr. Halûk Hadi SÜMER	
<i>Fesibten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi</i>	74
Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaktan Vazgeçmesi</i>	80
Av. Vahap ÜNLÜ	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>2821 Sayılı SK ve 4688 Sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşımaları Gereken Nitelikler</i>	86
Doç. Dr. Hakan KESER	
<i>Örgütlenmenin Önündeki Engeller</i>	103
Av. Semih TEMİZ	
<i>Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Öngördüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı</i>	107
Av. Umur GÜRİŞ	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi</i>	110
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler 127
Doç. Dr. Nursen CANİKLİOĞLU

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Kısa Vadeli Sigorta Türlerinin Hukuki Durumunun İncelenmesi 140
Doç. Dr. Refik KORKUSUZ

SSK'dan Emeklilikte Son Olaylara Bakış 166
Ali TEZEL

Sosyal Güvenlik Reformu Üçüncü Kere Erteleniyor 169
Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI

KARAR İNCELEMESİ

Ücreti Ödenmediği İçin Çalışmamış Olan Sigortalının Hizmet Tespiti İsteği 178
Prof. Dr. Tankut CENTEL

MALİ HUKUK

Geçersiz Fesih Sonucunda Yapılması Gereken Ödemelerle İlgili Ücret Tespiti, Vergi ve Sosyal Sigorta Sorunları 186
Prof. Dr. H. Nüvit GEREK

İşe İade İşlemlerinde İhbar ve Kıdem Tazminatının Mahsubu Sırasında Ortaya Çıkan Vergisel Sorun 192
Prof. Dr. Veysi SEVİÇ

Asgari Geçim İndirimi Uygulama Esasları 196
Erdoğan SAĞLAM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

İtalyan İş Kanunu'nda Yer Alan Esneklik Hükümleri ve Bunların Rekabet Edebilirlik Üzerindeki Etkileri 200
Elio MINICONE

Milletlerarası (Uluslararası) Sözleşmelerin Türkiye Uygulaması 203
İhsan ÇAKMAK

Geçici İşçilerin Çalıştırılma Koşullarına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi Taslağı'nda Son Gelişmeler 209
Av. Şeyda AKTEKİN

**M E S S**

“Kapalı bir zihin ölmekte olan bir zihindir.”

Edna FERBER

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10 Haziran 2003'ten bu yana 4,5 yıl geçmesine rağmen uygulamada iş güvencesi müessesesine yönelik verilmiş olan bazı kararlar, icra kabiliyeti açısından düştürücüdür. Yargıtay'ın 2006 yılının sonlarına doğru vermiş olduğu bir karar uygulanabilirliği açısından beraberinde tartışmaları da getirmiştir. İşverence yapılan fesih geçersiz kabul edilmiş ancak uygulama esnasında işyeri kapanmışsa verilen hükümün nasıl uygulanacağı sorunu gündeme gelmiştir. Yargıtay, böyle bir durumda işçinin işe iadesine ve süresinde işe başlatılmaması halinde tazminat ödenmesine karar vermiştir. Kanun'da yanıtı yer almayan bu tür sorunlara katı bir şekilde yaklaşmak yerine olaydaki şartları ve taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate alarak karar vermek çözüm olarak düşünülmelidir. Esneklik, ülkemiz için önemli bir gereksinimdir ve söz konusu Kanun hükümlerini dar yorumlamamak gerekir.

İşverenler, üst düzey yöneticiliğe aday çalışanlarını daba donanımlı olmaları için tüm masraflarını kendileri karşılayarak gerek yurtiçinde gerekse yurtdışında uzun süreli eğitimlere göndermektedir. Çalışanına böylesi bir yatırım yapan ve emek harcayan işveren doğal olarak onu belirli bir müddet işyerinde istihdam etmek istemektedir. Bu yüzden ki uygulamada taraflar, aralarında “asgari süreli iş sözleşmeleri” yapmaktadır. Asgari süreli iş sözleşmelerinde, taraflarca saptanan en az süre içinde sözleşmenin bildirimli fesih olanağı bulunmamaktadır. Ancak bu tür sözleşmelerin geçerliliği doktrinde tartışılmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ayrıntılı bir düzenleme yaparak mülga Türk Ceza Kanunu kapsamında birçok suçtan mahkum olmuş çalışanların sendika kurucusu ve işyeri sendika temsilcisi olamayacağı esastını getirmiştir. Ancak, yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sendikalar Kanunu yeni

Türk Ceza Kanunu'na uyumlu hale getirilmediği için uygulamada bir takım problemlerle karşılaşılacaktır. Gerekli değişiklikler bir an evvel yapılmalıdır.

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin, Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca “itibari hizmetten” yararlanacaklara ilişkin maddede iptal kararı vermesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayımlanan Tebliğ'in de konuyla ilgili hiçbir açıklık getirmemiş olması tartışmaları başlatmıştı. Oluşan tereddütlere açıklık getirmesi bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayımlanan Genelgenin de her şeyden önce 506 sayılı Kanun'un ilgili maddesindeki düzenlemeyi genişletmesi kanunlar hiyerarşisine aykırıdır. Alt seviyede bir düzenlemeyle Kanun'un belirttiği esasların dışında ve üzerinde bir düzenleme getirilmesi hukuken mümkün değildir. Ayrıca 1 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe girecek olan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da, konuya ilişkin farklı bir düzenleme getirmektedir. Yeni Kanun'un ilgili maddesinde gerekli değişiklikler yapılarak, istisnai bir durum olan itibari hizmet uygulamasının kapsamının dar tutulması ve bu konuda işverenlerin prim oranını artırmayacak hükümleri içermesi hususunun dikkate alınması gerekmektedir.

Ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılması gereken değişiklikler, işe iade işlemlerinde ibbar ve kıdem tazminatının mabsubu sırasında ortaya çıkan vergi sorunları ve asgari geçim indiriminin uygulama esasları gibi güncel konu başlıkları dergimizin 8. sayısını oluşturmaktadır.

Sizlerden gelen Sicil Dergimize ilişkin “iltifat dolu” yazılarınız nedeniyle şükranlarımızı sunuyoruz.

Saygılarımla,
Av. İsmet SİPAHİ

YENİ YAYINLAR

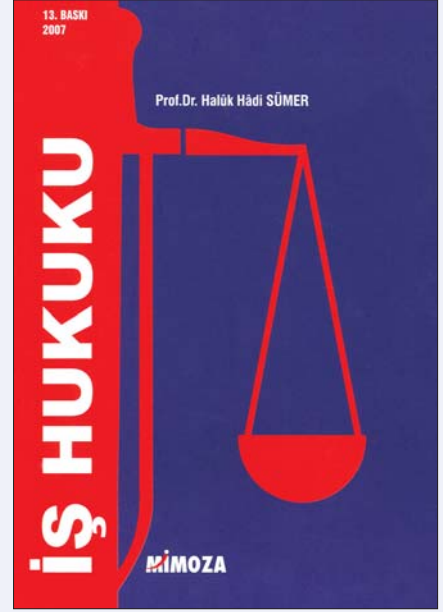


Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eserin 13. Baskısı Ağustos 2007 tarihinde yayımlanmıştır.

Bilindiği üzere, İş Hukuku dersi, hukuk fakültelerinin yanı sıra iktisat ve idari bilimler fakülteleri, mühendislik fakülteleri ve meslek yüksek okullarının çeşitli programlarında okutulmaktadır.

Kitabın temel amacı, hukuk fakültesi dışında diğer fakülte ve yüksek okullarda okutulan İş Hukuku dersleri için öğrencilerin ders notu ihtiyacını karşılamaktır. Bu nedenle de, kitabın hacminin genişlememesi için kitapta dipnotlara, Yargıtay kararlarına yer verilmemiş ve İş Hukuku'nun kavram ve kurumları genel esaslarıyla bir bütün olarak ele alınmıştır. Bireysel İş Hukuku bölümünde Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu hükümlerine de yer verilmiştir.

Üç kısımdan oluşan eserin ilk kısmı Genel Bilgiler, ikinci kısmı Bireysel İş Hukuku ve üçüncü kısmı ise Toplu İş Hukuku'na ayrılmıştır.



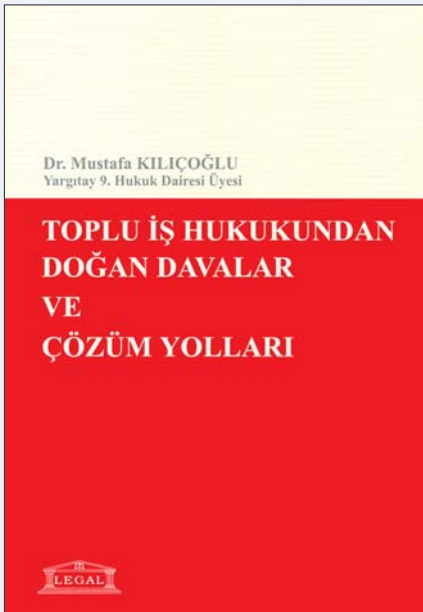
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Dr. Mustafa Kılıçoğlu tarafından hazırlanan “**Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları**” adlı kitap, Ekim 2007 tarihinde yayımlanmıştır.

Sendikal ya da toplu iş sözleşmelerinden doğan davalar gerek yapısal gerekse ekonomik sonuçları açısından önemli olduklarından, bu davaların uzama lüksü yoktur. Kitapta, Yargıtay kararları ışığında sorunlara somut çözümler getirilmiştir.

Kitapta; toplu iş sözleşmesinin imzalanmasını geciktiren dava türleri olan çoğunluk ve işkolu tespitlerine yapılan itirazlar ile toplu iş sözleşmesinden doğan eda ve yorum davalarına ilişkin Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

Eserde yukarıdaki konuların yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki iş güvenliği hükümlerinin toplu iş hukukuna yansımaları özel olarak irdelenmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın da yer aldığı eser, zaman kaybını önlemeye yönelik çözüm üretmeyi amaçlamaktadır.



Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı

(Değerli hukukçu ve güzel insan, merhum Mustafa Çenberci'nin aziz hatrasına)

A) İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NUN KISA TARİHÇESİ

Bugün yürürlükte bulunan, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunumuz 1950 tarihlidir. Bu Kanunun çıkarılış gerekçesi, özet olarak, işçi haklarının mahkemelerde çabuk, kolay ve ucuz şekilde temin edilmesidir¹.

Kısa bir Kanun olan ve yürürlükten kaldırılan hükümler, yürürlük ve yürütme ile ilgili maddeler dahil şeklen (toplam) 18 maddeden oluşan İş Mahkemeleri Kanunumuzun 2. maddesi, iş mahkemelerinin, bu iş için görevlendirilmiş yargıcın² başkanlığında bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilinden oluşacağını; işveren temsilcilerinin sanayi ve ticaret odası tarafından, işçi temsilcilerinin ise o yerde seçilmiş temsilci işçilerin seçecekleri oniki aday arasından Adalet ve Çalışma Bakanlıklarınca tayin olunacağını ve temsilcilerin görev süresinin iki yıl olduğunu; 3. maddesi, işçi ve işveren temsilcilerine Kanuna uyacakları ve tarafsız olacaklarına dair başkan tarafından yemin ettirileceğini; 4. maddesi, seçilecek temsilcilerde aranacak nitelikleri (Türk olmak, Türkçe konuşur, okur yazar olmak, otuz yaşını doldurmuş olmak vb); 6. maddesi, tem-

silci üyelerin reddini; 12. maddesi, temsilci üyelerin görevden çıkartılmalarını; 13. maddesi, temsilci üyelerin göreve gelmemeleri halinde uygulanacak para cezasını; 14. maddesi, temsilci üyelere verilecek ödenekleri düzenlemekte idi.

Ancak Kanunun, iş mahkemelerinde işçi ve işveren temsilcilerinin yer alacağı şeklindeki 2. maddesi ile buna bağlı diğer hükümleri (3, 4, 6, 12, 13 ve 14. maddeleri), Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 tarihli ve 63/38 sayılı kararıyla, Anayasa'nın "yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı" ilkesini kabul ettiği ve ayrıca Anayasa'nın hâkim olmayan kişilerin iş mahkemelerinde görev yapabilmesine dair bir hüküm içermediği gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir³.

Anayasa Mahkemesi, 1. maddenin III. ve IV. fıkraları hakkında iptal kararı vermemiş ise de, iptal edilen diğer hükümler nedeniyle bu fıkraların da pratik bir önemi kalmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının yanı sıra Kanunda, zaman içerisinde bazı değişiklikler de yapılmıştır. Bu cümleden olmak üzere: 11. maddeye, 12.11.1980 tarihli ve 2339 sayılı Kanunla bir fıkra eklenmiş; maddenin ilk fıkrası 21.11.1980 tarih

ve 2345 sayılı Kanun (m. 3) ile yürürlükten kaldırılmış; 8. madde, bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin kuruluşuna paralel olarak 2.3.2005 tarihli ve 5308 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve yine aynı Kanunla maddedeki değişikliğin ne zaman yürürlüğe gireceğine dair “geçici madde 1” kabul edilmiştir. Diğer yandan, 7. maddenin ikinci fıkrası da, burada eski İş Kanunu’nun atıf yapılan 179. maddesinin 275 sayılı Kanunla kaldırılması sonucunda konusuz kalmıştır.

Bugün itibariyle yürürlükte bulunan hükümlerden 1. madde, iş mahkemelerinin görevlerini; 5. madde, iş mahkemelerinin yetkisini; 7. madde, yargılama usulünü; 8. madde, iş mahkemesi kararlarına karşı gidilecek yasa yollarını; 9. madde, çalışma zamanını; 10. madde, idare makamları tarafından iş mahkemelerine gönderilecek uyuşmazlıkları; 11. madde, Türkçe bilmeyen yabancı uyruklu tarafları; 15. madde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na yapılan yollamayı (atfi); 16. madde, kaldırılan hükümleri; 17. madde, yürürlüğü; 18. madde, yürütmeyi düzenlemektedir.

B) İŞ MAHKEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ⁴

İş mahkemeleri, ülkemizde genel mahkemeler yanında görev yapan özel (uzmanlık) mahkemelerden biridir. Ülkemizde her yerde ayrı (müstakil iş mahkemesi) bulunmamakta olup yalnızca iş uyuşmazlıklarının yoğun olduğu yerlerde ayrı iş mahkemeleri kurulmuştur.

Ayrı iş mahkemesi kurulmamış bulunan yerlerde, iş davalarına da o yerdeki asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatı ile bakar. Bir yerde birden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, o yerdeki asliye hukuk mahkemelerinden birini iş davalarına bakmak üzere görevlendirir⁵.

Daha önce ayrı iş mahkemesi bulunmayan yerde bir iş mahkemesi kurulursa, o yerde iş davalarına bakan asliye hukuk mahkemeleri, görevsizlik kararı vermeden bakmakta oldukları iş davalarını kendiliğinden iş mahkemesine devrederler.

İş mahkemelerinin görevi (yani, hangi davalara bakacağı) İş Mahkemeleri Kanunu’nda (İMK) ve diğer mevzuatta gösterilmiştir. Buna göre iş mah-

kemeleri örneğin; İş Kanunu’na göre işçi sayılanlarla işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden doğan veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına (İMK m. 1, I); sendikaların açacağı veya sendikalara karşı açılan davalara (İMK m. 1, II/A) ve Sendikalar Kanunu’nun uygulanmasından doğan davalara (Sendikalar K. m. 63, II); Sosyal Güvenlik (Sosyal Sigortalar) Kurumu ile sigortalılar (veya onların yerine geçen hak sahipleri) arasındaki davalara (İMK m. 1, II/B); Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun uygulanması ile ilgili davalara (2822 s.K. m. 66, II) bakar⁶.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun kabulünden bu yana geçen (neredeyse altmış yıllık) zaman içerisinde başta iş mevzuatı (ki, bunlar arasında iş kanunları, sendikalar kanunları, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt kanunları, sosyal sigortalar-sosyal güvenlik kanunları gibi çeşitli kereler değiştirilen temel düzenlemeler vardır) olmak üzere çalışma hayatında çok büyük değişiklikler olmuş, özel veya kamu sektöründe çalışanların statüleri çeşitli kereler köklü değişikliklere uğratılmış ve son zamanlarda gündeme gelen özelleştirmeler gibi nedenlerle İş Mahkemeleri Kanunumuzun görevi belirleyen 1. maddesi yetersiz kalmıştır ve bunun sonucunda Kanun gereği gibi işletilememiştir⁷.

Buna bağlı olarak duyulan tereddütler ve verilen görevsizlik kararları, (Uyuşmazlık Mahkemesi de dahil) yüksek mahkemelere gitmiş ve bu sebeple iş uyuşmazlıklarında büyük gecikmeler meydana gelmiştir. Bu sakıncalı durumun bugün de halâ mevcut olduğu bir gerçektir. Görev gibi, kolaylıkla herkesin bilmesi ve sorun yaratmaması icap eden, tereddüt halinde davanın en başında basit bir şekilde çözümlenerek davanın önünün tıkanmasına sebebiyet vermemesi gereken ve (öneminin yanı sıra) esasında çok basit bir şekil kuralının bugün için ülkemizde davaların uzamasının en büyük nedenlerinden biri olarak ortaya çıkması düşündürücüdür. Yaşanan bu durum sebebiyle, olması gereken hukuk bakımından, iş mahkemelerinin görevlerinin, tereddütlere yer vermeyecek şekilde yeniden tanımlanmasına büyük ihtiyaç vardır.

İş mahkemelerindeki yetki kuralına göre her dava, davalının yerleşim yerinde veya işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede açılır (İMK m.

Adaletin tesisi açısından; en kötü sulh, en iyi hükme tercih edilmeli ve toplumda bu anlayışın yerleşmesine çalışılmalıdır.

5/birinci cümle; karş. HUMK m. 9 vd.); bu kurala aykırı yetki sözleşmesi yapılamaz⁸ (İMK m. 5/ikinci cümle). Çünkü buradaki yetki kuralı, işçi lehine getirilmiş bir hükümdür. Bu sebeple, iş mahkemelerinin yetkisi, kanımca kamu düzeni ile ilgilidir. Dolayısıyla, yetkisiz mahkemede dava açılması halinde mahkemenin bu hususu kendiliğinden göz önüne alması gerekir.

Ancak Yargıtay bu konuda değildir. Yargıtay'a göre, "Davanın yasal dayanağı 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesidir. Anılan madde hükmüne göre, iş mahkemesinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı yer mahkemesinde de bakılabilir. Öte yandan, HUMK'un 187/2. maddesinde yetki itirazının ilk itirazlardan olduğu, 23. maddesinde de davalıya tanınmış bir hak olduğu açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca, kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı söz konusu olduğu hallerde kendiliğinden, kamu düzenine ilişkin yetki kuralının söz konusu olmadığı hallerde ise, ilk itiraz olarak ileri sürüldüğü takdirde yetkisizlik kararı verilebilir. Sözlü yargılama usulü uygulanan iş mahkemesinde, ilk itirazlardan bulunan yetki itirazının HUMK'un 478. maddesi uyarınca en geç tayin olunan ilk oturumda esas davaya girilmezden önce bildirilmesi zorunludur. İtiraz edilmemesi halinde mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılır (HGK 12.12.1962, 4-155/108). Bu yönüyle dava konusu olayda, kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı olmadığına ve usulüne uygun yetki itirazı da bulunmadığına göre, mahkemenin kendiliğinden yetkisizlik kararı veremeyeceği ortadadır"⁹.

İş mahkemelerinde sözlü (şifahi) yargılama usulü uygulanır (İMK m. 7/birinci cümle). Bunun asıl nedeninin, yukarıda¹⁰ da belirtildiği üzere, iş mahkemesinin başlangıçta sulh hâkimi başkanlığında oluşan bir mahkeme olarak düşünülmesinden ve sulh mahkemesinde de (o tarih itibarıyla)

sözlü yargılama usulünün uygulanmakta olduğundan (HUMK m. 473, D) kaynaklandığı şeklinde değerlendiriyorum. Yine, o günler itibarıyla sulh mahkemesinin taraflar arasındaki (basit) uyuşmazlıkları hemen "çözüveren" bir mahkeme olarak algılanmış olması ve hatta bunun için (m. 474'ün lafzında da açıkça belirtildiği üzere) iki tarafın beraberce sözlü olarak sulh mahkemesine başvurarak uyuşmazlıklarının çözümünü isteme olanağının bulunması yolundaki düzenleme ile sözlü yargılama usulünün yazılı yargılama usulüne oranla daha pratik olması da bunu etkilemiş olabilir.

Sözlü yargılama usulüne yapılan atıf sebebiyle iş mahkemesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 473-491. maddeleri arasındaki hükümleri uygular. Kanun, mahkemenin ilk duruşmada tarafları sulhe teşvik edeceğini düzenlemiştir (İMK m. 7, I/ikinci cümle). Kanımca bu düzenleme, kanun koyucunun iş uyuşmazlıklarının öncelikle sulhen çözümlenmesini amaçlamasından kaynaklanmaktadır¹¹. Çünkü işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların uzlaşmayla çözümlenmesi, iş barışına hizmet eder. Aslında o tarihte yürürlükte olan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 79. maddesinde işçi ile işverenin aralarındaki uyuşmazlığı (davadan önce) mümessilleri aracılığıyla uzlaşma yoluyla çözümleri ve bunu bir tutanakla tespit etmeleri; anlaşamama halinde ise mahkemeye başvurulabileceği belirtilmekte idi¹².

Ancak uygulamada hâkimlerin, hemen hemen hiçbir zaman tarafları sulhe teşvik etmedikleri gözlemlenmektedir. Bunun başlıca nedenlerini, öncelikle mahkemelerin aşırı iş yükü sebebiyle sulh yapmaya zaman bulamamaları¹³ ve bunun yanı sıra, hâkimlerin sulh yaptırma (uzlaştırmaya vardırma) konusunda eğitilmemiş¹⁴ olmalarından kaynaklanan bilgi ve deneyim eksiklikleri ile sulhe teşvik halinde tarafsızlıklarını kaybedip gereksiz yere görüş bildirme (ihzası reyde bulunma) durumuna düşme tedirginliğine kapılmaları olarak düşünmekteyim.

Oysa, adaletin tesisi açısından; en kötü sulh, en iyi hükme tercih edilmeli ve toplumda bu anlayışın yerleşmesine çalışılmalıdır. Bunu yapacakların başında da hiç şüphesiz, uyuşmazlık halinde en son sözü söyleme yetkisi kendisine verilen hâkimler gelmektedir. Bu sebeple (diğerleri yanında özellikle), iş hâkimlerinin tarafları sulhe teşvik et-

me konusundaki emredici kanun hükümlerini ihmal etmemeleri gerektiğine inanmaktayım.

İş Mahkemeleri Kanunu (m. 7) iş mahkemelerinde uygulanacak olan yargılama usulünü, sözlü yargılama olarak belirtmiş ise de; İş Kanunu'nun 20. maddesi, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde açacağı davanın (işe iade davasının) ser'i muhakeme usulüne göre görülerek iki ay içinde sonuçlandırılacağını düzenlemektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken davanın ser'i yargılama usulü ile çok çabuk görüleceğini düşündüğü anlaşılmaktadır. Çünkü davanın bu yolla iki ayda bitirilebileceği hükme bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, kanun koyucunun ser'i yargılama usulünü belirlerken, bu usulün adında yer

ma yargılama süresinin 234-293 gün olduğu dikkate alındığında, ser'i yargılamada kanunen tasarruf edilen (3+5+5=) 13 günün herhangi bir anlamı yoktur. Kanımca iş mahkemelerinin asıl sorunu, diğerleri yanında aşırı iş yüküdür¹⁵. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 20. maddesinde yargılama usulünün ser'i yargılama usulü olarak belirtilmiş olmasının pratik bir anlamı yoktur. Kişisel kanımca asıl çözümün ilk adımı, mahkeme (hâkim) başına düşen iş sayısının azaltılmasını sağlayıcı tedbirlerin alınmasından geçmektedir¹⁶.

İş Kanunu'nun 20. maddesindeki düzenleme çerçevesinde; iş mahkemeleri ve onu takiben Yargıtay'ın, işe iade davalarını inanılmaz bir gayretle, olabildiğince süratli olarak karara bağlama yolunda çaba sarf ettikleri de uygulamada gözlemlenen bir gerçektir. Hatta Yargıtay işe iade davalarındaki hükümlere bir an önce kesinlik kazandırmak için,

Yargıtay işe iade davalarındaki hükümlere bir an önce kesinlik kazandırmak için, adeta istinaf derecesi gibi çalışmaktadır.

alan "ser'i" sözünü (lafzını) esas alarak hareket ettiği anlaşılmaktadır. Fakat, ser'i yargılama usulü, sözde hızlı (gibi algılanan) ve fakat özde hızlı olmayan bir usuldür. Çünkü ser'i yargılama usulü, asliye mahkemelerinde uygulanan yazılı (genel/adi) yargılama yöntemine oranla cevap süresinin (on gün değil) yedi gün, replik düplik sürelerinin (on gün değil) beş gün olduğu ve hâkimin duruşmayı en kısa süreye erteleyeceği yolundaki temenniye içeren (HUMK m.505) bir usulden ibarettir. Belirtilen istisnâ özellikler dışında, neredeyse yazılı yargılama usulünün tekrarı niteliğinde olan bir usuldür.

Esaslı bir faydası bulunmadığı zaman içerisinde anlaşıldığı içindir ki, bu usul neredeyse terkedilmiş vaziyette idi ve olması gereken hukuk bakımından kaldırılması düşünülmekte idi. Ancak son zamanlarda, nedenini kavrayamadığım şekilde, önce Bankacılık Kanunu'nda ve sonra İş Kanunu'nda, ser'i yargılama usulüne yapılan atıflar sayesinde, bu usul, gereksiz bir şekilde yaşamını yeniden sürdürebilme olanağını elde etmiştir!

Adalet Bakanlığı'nın (internet üzerinden) yayınladığı resmî istatistiklerine göre, 1986-2005 yılları arasındaki dönemde iş mahkemelerinin ortala-

adeta istinaf derecesi gibi çalışmaktadır¹⁷. Ancak, aşırı iş yüküne rağmen "acelecilik" içinde verilen kararların isabeti hususu, ihmal edilmemesi gereken asıl husustur. Konuya bu açıdan bakıldığında, (aşağıda belirtileceği üzere) Yargıtay'ın şeklen kesinleşen ve olağan kanun yolları tükenen kararları, "maddî hata" adı altında yeniden ele alıp bu kez farklı olarak bağlaması ile ilgili olayların giderek arttığını görmek, adalet adına düşündürücüdür.

İşe iade davasında ser'i yargılama usulünün kabul edilmiş olması ve böylece iş mahkemesinde farklı talepler hakkında ayrı ayrı usuller benimsenmiş bulunması, uygulamada (örneğin, objektif dava birleşmesi gibi hususlarda) çeşitli sorunlar da ortaya çıkartmaktadır¹⁸. Olması gereken hukuk bakımından, iş mahkemelerinde farklı davalarda ayrı ayrı yargılama usulleri uygulanacağına dair hükümler yeniden elden geçirilmeli ve gereksiz ikiliğe sona verilmelidir.

Bu vesileyle, iş uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesi yolunda 4857 sayılı İş Kanunu'yla getirilmiş bulunan 20. maddenin önemini altını çizmek ve tahkim konusundaki¹⁹ gerekli düzenlemelerin bir an önce yapılması gerektiğini belirtmek isterim. Bu yolla, hem devlet (iş) mahkemelerinin yükü

azaltılmış olacak hem de işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesine vesile olunacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunumuz (m. 10), dava açılması bakımından istisnaî bir hüküm içermektedir. Buna göre; iş mevzuatını uygulamakla görevli idarî merciler kendilerine yapılan başvuruları (on beş gün içinde) idarî yoldan sonuçlandıramazlar ve konunun iş mahkemesinin görevi içinde olduğunu görürlerse, ellerindeki dosyayı yetkili iş mahkemesine gönderirler. Mahkeme böyle bir durumda yapacağı değerlendirmede kendisine yapılan başvuruyu yerinde bulursa, kendiliğinden gün belirleyerek tarafları duruşmaya çağırır ve işçi davacı olduğunu bildirirse bunu tutanağa yazarak işçinin imzasını alır. Mahkeme, böylece açılan davaya da bakar²⁰.

Medenî yargı sistemimize yabancı olan bu hüküm, İş Mahkemeleri Kanunu'nun kabul edildiği dönemde, işçilerin iş mahkemesinde dava açma alışkanlığının bulunmaması gerekçesine²¹ dayanmaktadır.

Bugün için kabul gerekçesini kaybeden bu hükmün, olması gereken hukuk bakımından kandan çıkartılması gerektiği kanısındayım.

İş mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı temyiz yolu açıktır (bkz. HUMK m. 427) Temyiz süresi, tefhimden itibaren sekiz gündür (İMK m. 8, I)²².

Sekiz günlük süre, sulh hukuk mahkemelerindeki süreye (HUMK m. 437; karş. HUMK m. 432) paraleldir. Fakat buradaki sürenin başlaması tarihi, hükmün tefhim (sözle bildirilmesi) tarihidir. Bilindiği gibi, sulh mahkemelerinde de eskiden temyiz süresi tefhimden itibaren başlardı. Ancak daha sonra bu kural değişti ve sulh mahkemelerinde de temyiz süresi tebliğden itibaren başlaması esas kabul edildi (HUMK m. 437, I)²³.

İş mahkemesi kararlarının temyiz süresinin tefhimden başlaması uygulamada önemli bir zorluğa yol açmaktadır. Kararın gerekçesi, genellikle tefhimle bildirilmediğinden ve sekiz gün içinde yazılmadığından, taraflar sekiz gün içinde (maktu harç yatırmak suretiyle) hükmü temyiz etmek zorunda kalmakta ve ancak gerekçe bilinmediği için verilen temyiz dilekçesinde temyiz sebepleri gösterilememekte (ki, uygulamada bu dilekçeye, "süre tutum -müddeti muhafaza- dilekçesi" denilmektedir);

Olağanüstü yasa yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri bulunmadıkça, şeklen kesinleşen iş mahkemesi hükmünün yeniden ele alınabilmesi usulen olanaksızdır.

daha sonra gerekçeli kararın öğrenilmesini müteakip (harç da nispi oran üzerinden tamamlanmak suretiyle) gerekçeli dilekçe verilmek zorunda kalmaktadır. Mantıklı bir gerekçesi olmayan bu düzenleme, çeşitli hukukî karışıklıklara ve buna bağlı olarak hak kayıplarına yol açmaktadır²⁴.

Olması gereken hukuk bakımından temyiz süresinin, tefhimle başlayacağına dair hüküm kaldırılmalı ve iş mahkemesinin nihaî kararlarına karşı temyiz süresinin de her halükârda tebliğ ile başlayacağı yolunda kanun değişikliği yapılmalıdır.

Ayrıca, yapılacak olan değişiklikle, kısa olduğunu düşündüğüm sekiz günlük temyiz süresi, asliye mahkemelerinde olduğu gibi (HUMK m.432, I) on beş güne çıkartılmalıdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza (m. 433) göre, temyiz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilir ve karşı taraf bunun üzerine on gün içinde cevap dilekçesi verme hakkına sahiptir. Karşı taraf temyize cevap dilekçesinde, kendi cevaplarını vermekle yetinebileceği gibi, daha önce süresinde hükmü temyiz etmemişse (şimdi) temyiz talebinde de bulunabilir. Buna, "katılma yolu ile temyiz" adı verilir. Yargıtay bazı kararlarında, İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu konuda açıklık bulunmadığı gerekçesiyle iş mahkemelerinde katılma yolu ile temyizi kabul etmemektedir²⁵. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan, "Bu kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır" şeklindeki genel yollama sebebiyle, Yargıtay'ın görüşüne katılmıyorum. Kanımca, olması gereken hukuk bakımından yapılacak kanun değişikliği ile tereddütlere sebebiyet veren bu durum düzeltilmelidir.

İş mahkemesi kararlarının temyizi üzerine Yargıtay'ın verdiği kararlara karşı karar düzeltme (tasahi karar) yolu (HUMK m. 440-442/A) kapalıdır (İMK m. 8, III). Bu sebeple, Yargıtay'ın temyiz aşamasında verdiği onama kararı ile iş mahkemesinin

İş Mahkemeleri Kanunumuzun değiştirilmesi zamanı çoktan gelmiştir.

hükmü şeklen kesinleşmektedir. Bunun anlamı, şeklen kesinleşen iş mahkemesi hükmüne karşı artık olağan yasa yollarına gitmenin mümkün olmadığıdır. Dolayısıyla, olağanüstü yasa yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri (HUMK m. 445, 446) bulunmadıkça, şeklen kesinleşen iş mahkemesi hükmünün yeniden ele alınabilmesi usulen olanaksızdır.

Hal böyle olmakla birlikte yayımlanan çeşitli Yargıtay kararlarından da gözlemlendiği üzere, şeklen kesinleşen iş mahkemesi hükümlerinde zaman zaman, çeşitli şekillerde, maddî hataya düşülmesi olayları ile karşılaşılabilir. Yargıtay'ın bu tür maddî hataları, usul hukukuna egemen ilkelere ters düşecek şekilde düzelttiği görülmektedir. Örneğin:

“İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. maddesi uyarınca iş mahkemesince verilen kararlara ve buna bağlı Yargıtay ilamına karşı karar düzeltme yolu kapalıdır. Ancak, Yargıtay onama ve bozma kararlarında açıkça maddî hatanın bulunması hallerinde dosyanın yeniden incelenmesi mümkündür. Zira maddî yanılığa dayanılarak verilmiş olan onama ve bozma kararları ile hatalı biçimde hak sahibi olmak evrensel hukukun temel ilkelerine ters düştüğünden karşı taraf yararına sonuç doğurmamalıdır”²⁶.

Bu tür kararları, usul hukukçusu olarak, “içime sindirmekte zorlandığımı” öncelikle ifade etmek isterim. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bulunduğu adalet anlayışının özünü de anlama gayretindeyim. Kanımca, bu tür “garabet”in önüne geçilebilmesinin yolu, olması gereken hukuk bakımından, Yargıtay'ın iş yükünün²⁷ azaltılarak Yargıtay'ı diğer ülkelerdeki işlevine kavuşturmadan geçmektedir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 9. maddesi, iş mahkemelerinin çalışma zamanlarının ihtiyaca göre haftanın münasip günleri ve iş bakımından günün münasip saatleri nazara alınarak Adalet Bakanlığınca tespit olunacağını belirtmektedir. Anılan hükmün kabul gerekçesi, iş mahkemelerinin çalışma zamanlarını düzenlemeye yöneliktir. Bugün

için bu hükmün herhangi bir önemi ve değeri kalmamıştır. Olması gereken hukuk bakımından yürürlükten kaldırılmalıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesi hükmü, Türkçe bilmeyen yabancı uyruklu taraflarla ilgilidir. Ülkemiz, usul hukukunda modern dünyanın kabul ettiği belli başlı anlaşmaları taraf olarak imzaladığı için, İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki bu hükmün bir önemi kalmamıştır. Dolayısıyla, olması gereken hukuk bakımından bu hükmün muhafazasına gerek yoktur.

İş Mahkemeleri Kanunumuza (m. 15) göre, bu Kanunda açıkça düzenlenmeyen durumlarda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır²⁸.

C) YENİ İŞ MAHKEMELERİ KANUNU İHTİYACI

Yukarda yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere, 1950'de o günün koşullarına göre kabul edilmiş bulunan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunumuz, zamanla yetersiz hale gelmiş ve gerek Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları gerek yasa organının kabul ettiği yeni kanunlarla değiştirilerek bugüne gelinmiştir. Keza yukarda vurgulandığı üzere, bazı maddeler de uygulanamaz (ölü) hükümler haline gelmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunumuzun değiştirilmesi zamanı çoktan gelmiştir.

İş hukukunu ülkemizde en iyi bilenlerden biri olan ve eserleriyle halâ yolumuzu aydınlatmaya devam eden merhum Mustafa Çenberci, 1969 yılında yayımladığı İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi adlı eserinde şöyle demektedir: “İş Mahkemeleri Kanununun kendinden önceki aşamaya göre, o günün koşulları açısından olabildiğince sosyal bir anlayış içinde memleket gerçeklerine dönük, politik endişelerden kaçınan, cesur ve ilerici bir ruh taşıdığı söz götürmez. Lâkin zaman neyi eskitmez, neyi yetmez duruma getirmeyi? Gerçekten zamanın ve olayların akışı içinde görüldü ki Kanun artık ihtiyaçlara cevap verebilmekten uzaktır”²⁹.

Çenberci bunu yazdığı anda, İş Mahkemeleri Kanunu'nun kabulünden o yana yaklaşık yirmi yıl geçmişti. Çenberci'nin yazdığından bu yana ise yaklaşık kırk yıl daha geçti.

Bu nedenle, başka bir şey söylemeye gerek kalmaksızın ve zaman kaybetmeksizin, işçi/işveren

arasındaki uyuşmazlıkların evrensel iş hukuku kuralları çerçevesinde ve özellikle iş barışına hizmet eder tarzda çözümlenmesini sağlayan yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu yapmamızın gerektiğine inanıyorum.

Yapılacak olan yeni düzenleme açısından; bu konu, İş Kanunu'nun içinde özel bir bölüm olarak düzenlenebileceği gibi³⁰; bu konuda, ayrı (müstakil) bir kanun da kabul edilebilir. Nitekim, iş mahkemeleri konusunda şu anda zaten ayrı bir kanunumuz (5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu) vardır. Keza, aile mahkemeleri konusunda da 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun" kabul edilmiştir.

Bu konudaki tercihim, iş mahkemeleri konusunun (mevcut durumda olduğu gibi) ayrı bir kanunla düzenlenmesidir.

Yeni kanuna hazırlık olmak üzere, başta işçi ve işveren sendikaları temsilcileri olmak üzere uzman teorisyenler ve yargıçlar ile avukatlardan oluşan bir komisyon oluşturulmalı; bu komisyonun hazırlayacağı "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı" tartışmaya açılmalı ve bunun sonucunda oluşturulacak olan metin, yasalaşmak üzere ilgili makama sunulmalıdır.

Hazırlanacak olan çalışmada;

İş mahkemelerinin görevleri çok açık olarak belirlenmeli ve mahkemelerin verecekleri görevsizlik kararlarının davayı uzatıcı etkisinin önüne geçici hükümler kabul edilmelidir. Keza, iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olduğu açıklığa kavuşturularak hâkimin yetki hususunu kendiliğinden göz önüne alması olanak dahilinde sokulmalı ve (görevde söylenene paralel olarak) mahkemelerin verecekleri yetkisizlik kararlarının davayı uzatıcı etkisinin önüne geçici hükümler kabul edilmelidir. Mevcut Kanunda yollama yapılan sözlü yargılama usulü ile işe iade davalarında uygulanan ser'i yargılama usulü hükümleri bir yana bırakılarak, iş uyuşmazlıklarının çabuk, basit ve ucuz şekilde sonuçlanmasını sağlayıcı usul hükümleri benimsenmeli, hâkimin sulh yetkisi etkin hale getirilmeli ve bu arada tahkim yoluna işlerlik kazandırılmalıdır. İş uyuşmazlıklarının toplumsal yapının ağırlığı nedeniyle, iş mahkemelerinde ("tarafarca hazırlama ilkesi" değil), "kendiliğinden araştırma ilkesi" egemen olmalıdır. İş davalarında hâkim, bütün delilleri serbestçe değerlendirebil-

melidir. İş uyuşmazlıklarında bilirkişiliğin önemi sebebiyle, uygulamada karşılaşılan sakıncaları giderecek şekilde uzman bilirkişilerin en kısa zamanda bilirkişi raporu vererek mahkemelere yardımcı olmasını sağlayıcı düzenlemeler yapılmalıdır. Davaların uzamasının önemli nedenlerinden olan tebligat açısından, diğerleri yanında, davada olası bütün tebligatlar için başlangıçta avans yatırılmalı ve gerekirse tebligat giderlerinin ileride davayı kaybedene yüklenmek üzere Hazine'den karşılanmasını sağlayıcı tedbirler alınmalıdır.

Bu vesileyle bir kez daha altını çizerek belirtmek isterim ki; iş uyuşmazlıklarının, (yargılamanın amacı olan maddî gerçekliğe ve adalete uygun olmak şartıyla) çabuk bir şekilde karara bağlanabilmesi için, kanun değişiklikleri tek başına yeterli değildir. Bundan daha önemli olarak, mahkeme başına düşen dava sayısının mutlak suretle azaltılmasını teminen hâkim sayısının artırılmasının; (her alanda geçerli olduğu gibi adalet işinde de "insan unsuru"nun asıl belirleyici özeliğinden hareketle) iş mahkemelerine atanacak hâkimlerin, iş hukukunun önemi ile ülke ekonomisindeki yerinin ve sosyal politikaların bilincinde olan uzmanlar arasından seçilmesinin ve hâkimlerin ihtiyaç duyulan aralıklarla meslek içi eğitim yoluyla yeni bilgilerle donatılmalarının ön şart olduğunu değerlendirmekteyim.

DİPNOTLAR

- 1 "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ve Çalışma Komisyonu Mütalâası İle Adalet Komisyonu Raporu" (TBMM Tutanak Dergisi, 1950, cilt 23, S.Sayı: 131). Gerekeç'te ayrıca; işçilerin genel olarak dava açmaktan çekindikleri, çünkü davaların çok uzun sürdüğü ve işçilerin günü gününe karşılanacak ihtiyaçlarının adaletin uzun zamana bağlı gerçekleşmesini beklemelerine müsait olmadığı; yargılama gideri ödemekteki sıkıntıları ve alacaklarının çoğu zaman yargılama giderlerinden az olması yüzünden mahkemelere değil de idarî makamlara başvurma yolunu tercih ettikleri ve ancak bu yolun hakkın dağıtılmasına elverişli olmadığı gibi zaman kaybına ve aşımına yol açtığı; işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların uzmanlık istediği gibi hususlar yer almaktadır.
- 2 Ki, Kanunun Gerekeç'i'nde bu yargıcın "sulh yargıcı" olacağı yazılıdır. Ancak bugün için, iş mahkemeleri hâkimi, asliye hâkimi düzeyindedir!
- 3 Resmî Gazete, Ta. 16.11.1971, Sa. 14017; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 9, Ankara 1972, s.450-462. İşbu makalenin amacı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının isabeti üzerinde değerlendirme yapmaya elverişli değildir. Ancak belirtmek isterim ki, Alman İş Mahkemesi Kanunu (Arbeitsgerichtsgesetz §.14 vd) da, mahkemenin meslekten hâkim yanında meslekten olmayan bir işçi bir işveren temsilcisinden oluşacağını düzenlemektedir.

- 4 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mustafa Çenberci, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969; Turgut Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar ve Yargılama, Ankara 1980; Cevdet İlhan Günay, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.5, İstanbul 2001, s.5589-5655; Baki Kuru, İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözülmesi) (Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler) Ankara 1971, (Baki Kuru, Makaleler, İstanbul 2006, s.429-463); Fevzi Şahlanan, İş Yargılaması (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976/XLII/1-4, s.377-421).
- 5 Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 24.03.2005 tarihli ve 188 sayılı kararına göre; müstakil iş mahkemesi kurulmamış olan il merkezleri ile diğer ilçelerde, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'ndan kaynaklananlarla özel kanunlarında iş mahkemesince görüleceği belirtilen iş davalarına, yargı çevreleri asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresi ile aynı olmak üzere, a) Bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bu mahkemede, b) Birden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde, 1 numaralı asliye hukuk mahkemesinde bakılır.
- 6 Bkz. bu konuda; Kuru s. 5598 vd; Günay s.32 vd; Can Tuncay, İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerinde Düşünceler (İstanbul Barosu Dergisi 1988/4-6 s.221-235).
- 7 Çenberci s.3.
- 8 Bu açıdan ortaya çıkan görüş farklılıkları için bkz. Şahlanan s.400 vd; Günay s.197 vd.
- 9 21.HD 1.5.2006, 314/4450.
- 10 Bkz. yuk. dn.2.
- 11 Çenberci s.5-6, 80; Günay s.238.
- 12 Bugün yürürlükte bulunan İMK m.7,II'deki düzenleme de o tarihlerden kalmadır. Aslında bu hüküm, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 64. maddesindeki düzenleme sebebiyle konusuz kalmıştır (Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s.336, dn.6).
- 13 Hâkimin yaptıracağı sulh için, dava dosyasının önceden okunarak tarafların iddia ve savunmalarının öğrenilmesi, dosya üzerinde iyice hazırlanılması, tarafları anlaştıracak makul önerilerin üretilmesi ve tarafları sulh üzerinde ikna edici (ayrı ayrı veya bir arada ve hatta gerekirse gizli) görüşmelerin yapılması gibi zaman alıcı ön hazırlıkların yapılması gerekmektedir.
- 14 Buna karşılık, örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde ve alternatif uyuşmazlık çözümünü benimseyen ülkelerde hâkimler ve diğer hukukçular, bu konuda ciddi eğitimlerden geçirilmekte ve bu konudaki taktikleri öğrenmektedirler (bkz. Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s.72 vd, 247 vd).
- 15 Adalet Bakanlığının resmî istatistiklerine göre 2004 yılında iş mahkemelerine gelen dava sayısı, 189.159'dur. Bunun 87.080'i karara bağlanmış, 102.079'u müteakip yıla devredilmiştir. 2005 yılında iş mahkemelerine gelen dava sayısı, 230.165'dir. Bunun 102.794'ü karara bağlanmış, 127.821'i müteakip yıla devredilmiştir.
- 16 Bkz. Ejder Yılmaz, Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s.470-493); Ejder Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (Prof. Dr. Şakir Berkî'ye Armağan, Konya 1996. s.55-76).
- 17 Bkz. Ejder Yılmaz, İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler (Sicil, İş Hukuku Dergisi, 2006/4 s.20-31).
- 18 Bkz. Muhammet Özkes, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.131-170; Osman Güven Çankaya / İlhan Cevdet Günay / Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.193 vd.
- 19 Bkz. bu konuda: Müjgan Yücel, İş Güvencesi Kapsamında "Özel Hakem Şartı" (İş Kanunu madde 20) (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 2004/4 s.1346-1365); Çankaya / Günay / Göktaş, s.214 vd.
- 20 Bkz. Günay s.289 vd.
- 21 Hükümün kabul edilmiş gerekçesi şöyledir: "Memleketimizde işçilerin işverenlere ücret ve sair hak iddialarından mütevellit ihtilaflarının halli konusunda dava açmak külfetinden kaçınarak umumiyetle Çalışma Bakanlığı veya mahalli hükümet teşkilâtına veya diğer idarî mercilere dilekçe ile başvurmalarından ileri gelen bir durumu karşılamak ihtiyacına dayandığı verilen izahattan anlaşılmalı, vatandaşların bilgisizlik veya sair sebeplerle, ihtilaflarını karara bağlamaya yetkili olmayan idari mercilere müracaat etmeleri neticesinde bu işlerin geri kalması ve bazen idari teşebbüslerden semere alınsa bile birçok hallerde delillerin kaybolmasına ve zamaanaşımına yol açan durumlara mahal kalmamasını sağlamak bakımından, idareye yapılan müracaatların görevli mahkemelere resen intikal ettirilmesi yerinde görülmüş, ancak davanın açılmış sayılması için lazım gelen şekli muamelenin tamamlanması ve mahkemenin idarece vaki tevdi ile bağlı kalmayarak görevsizlik kararı vermek yetkisinin mahfuz bulunduğu belirtilmesi uygun görülmüş ve bu madde kabul edilmiştir" (bkz. yuk. dn.1'de anılan yer).
- 22 5308 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda; istinaf (bölge adliye) mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra iş mahkemesinin vereceği nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması ve istinaf mahkemesinin verdiği kararlara karşı da (belli sınırı geçme şartı ile) temyiz yoluna gidilebilme olanağı getirilmiştir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'na eklenen geçici m.1'e göre, istinaf mahkemelerinin fiilen faaliyete geçinceye kadar verilecek olan kararlara karşı, bugünkü mevcut temyiz hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır.
- 23 Ayrıca bkz. 7.11.1983 tarihli ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Resmî Gazete, Ta. 10.12.1983, Sa.18247).
- 24 Bkz. Kuru s.5641 ve devamında belirtilen kararlar; Günay s.252 ve devamında belirtilen kararlar.
- 25 Bkz. Kuru s.5649 ve devamında belirtilen kararlar.
- 26 HGK 6.11.2002, 21-806/877. Başka karar örnekleri için bkz. Günay s.252 vd.
- 27 Bkz. Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005.
- 28 Bu konudaki ihtimaller ve zengin uygulama örnekleri için bkz. Günay s.304 vd.
- 29 Çenberci s.2-3.
- 30 Ki, ülkemizde örneğin icra mahkemeleri, İcra ve İflâs Kanunu'nun; kadastro mahkemeleri, Kadastro Kanunu'nun; tüketici mahkemeleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un; fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun; denizcilik ihtisas mahkemesi, Türk Ticaret Kanunu'nun içinde düzenlenmiştir. Ceza yargılaması açısından da, çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemeleri, bugün için ayrı bir kanunda değil, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu içinde düzenlenmiştir; bu arada belirteyim ki, daha önce bu konuda ayrı (müstakil) Çocuk Mahkemeleri adlı bir kanun vardı.

Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart

1. Sözleşmenin Devamını Güvenceleme Gereksinimi

İş sözleşmesinin devamını güvence altına almak gerek işçi gerekse işveren bakımından önem taşımaktadır. Konu işçi bakımından işin korunması noktasında önemli olup, feshe karşı koruma hükümlerinin amacı ve işlevi bu hükümlere tabi işçiler bakımından anılan güvencenin sağlanmasıdır. Feshe karşı koruma hükümlerine tabi olmayan işçiler fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerden yararlanırken, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kural olarak mümkündür. Bu tür düzenlemelere; işçinin feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanmasını öngören veya feshin geçerli nedene dayanmaması durumunda cezai şart talep hakkı veren sözleşmesel kayıtlar örnek verilebilir.

İşveren açısından ise, özellikle nitelikli personelin edimini güvenceleme gereksinimi karşısında farklı hukuki araçlar tercih edilebilmektedir. İşe olan talebin arzdan fazla olmasına rağmen nitelikli perso-

nel teminindeki güçlük ve iş piyasasının bu kişilere yoğun talebi personelin sözleşme ilişkisinin daha sıkı koşullara bağlanması gereksinimini beraberinde getirmektedir. Gerçekten belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi bakımından salt bildirim sürelerine uyularak feshi mümkündür. İşçinin bildirim sürelerine uymamasının yaptırımını, ihbar tazminatının talep edilebilmesidir. İşverenin usulsüz fesih nedeniyle ortaya çıkan başka bir zararı varsa kural olarak bu zararını ve miktarını ispat suretiyle tazminini talep edebilir. Belirtmek gerekir ki; 1475 sayılı İş Kanunu mad. 13/son'da yer alan ve tarafların ihbar ve kötüniet tazminatı dışında ayrıca tazminat haklarının saklı olduğunu öngören hükme 4857 sayılı Yasa'da yer verilmemiş olması bu konuda engel oluşturmaz. İşveren genel hükümler uyarınca uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bu noktada; işverenin zararını talep edebilmesi; işçinin bildirim sürelerine uymamış olması ve işverenin de bu nedenle ortaya çıkan zararı ile miktarını ispat etmiş olmasına bağlıdır. Yine, edimin güvence altına alınması gereksinimi ve zarar olgusu bildirim önellerini aşan bir süre için söz konusu olabilecektir. Örneğin, işçinin sözleşmeyi feshi

Asgari süreli sözleşmenin kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermemesi, sona ermenin mutlaka bir fesih beyanını gerektirmesi karşısında bu tür bir sözleşme belirli süreli sözleşme niteliğini taşımaz.

üzerine üretim veya projenin tamamlanmasındaki gecikme, yeni bir iş bölümü nedeniyle üretim kaybı vb. Bu tür zararların ve miktarının ispatı ise oldukça güçtür. Dolayısıyla, işveren bakımından sıkı bağlılığın sağlanması; edimin güvence altına alınmasının yanı sıra, fesih sonucu ortaya çıkabilecek zararların giderilmesi noktasında da önem taşımaktadır.

İşverenin bu tür nitelikli personelin edimini güvence altına alabilmesinin yollarından biri belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasıdır. Ancak İşK. mad.11 ile belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasının objektif nedene bağlanması sonrası bu imkan daralmıştır. Yasadan kaynaklanan nedenler, işin niteliği itibarıyla belirli süreli veya işçiye olan gereksinimin belirli süreli olduğu haller dışında salt işçinin ediminin güvence altına alınması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması mümkün değildir. Bu noktada, işveren bakımından kullanılacak hukuki vasıtalarından biri asgari süreli iş sözleşmesinin kurulması, bir diğer seçenek ise, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin cezai şarta bağlanmasıdır. Gerek asgari süreli sözleşme gerekse cezai şart kurumu sözleşmenin feshinde her iki taraf bakımından da önem taşır. Bu çalışma çerçevesinde; asgari süreli iş sözleşmesinin niteliği ve hukuki sonuçları ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin cezai şarta bağlanması ve cezai şartın İşK. mad. 21/son hükmü karşısında geçerliliği değerlendirilecektir.

II. Asgari Süreli Sözleşme

1. Sözleşmenin niteliği ve geçerliliği

İş sözleşmesinin tarafları iş ilişkisinin devamı için asgari bir süre öngörebilirler. Örneğin iş sözleşmesi en az 01.01.2008'e kadar sürecektir gibi.

Belirli süreli iş sözleşmesinden farklı olarak asgari süre sözleşmesinin sona erme tarihini göstermez. Tarafların amacı kararlaştırılan süre içerisinde sözleşmenin süreli fesih hakkı ile sona erdirilmesini önlemektir. Kararlaştırılan sürenin bu işlevi nedeniyle sözleşmenin asgari süreye bağlanması gerçek olmayan sürelendirme olarak da adlandırılır¹.

Karlaştırılan süre içinde süreli fesih hakkı ber- taraf edildiğinden, bu tür bir sözleşme ilişkisinde süreli fesih hakkı en erken asgari sürenin sonunda kullanılabilir ve feshe ilişkin tüm hukuki hüküm ve sonuçlar uygulanır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, asgari süreli sözleşme özellikle belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için objektif neden gerekliliğini öngören İşK. mad. 11 karşısında belirli gereksinimlerin karşılanmasına hizmet eder. Bu bağlamda, işveren bakımından işçinin belirli bir süre ile ediminin garanti altına alınmasına imkan verirken, işçi bakımından da kararlaştırılan süre içinde sözleşmenin devamını güvenceler. Yönetici işçilerde olduğu gibi, işletme için kilit pozisyona sahip personel veya pilotlarda olduğu gibi nitelikli işgücü temininde güçlük çekilen sektörler bakımından bu uygulama önem taşır. Nitekim, özellikle üst düzey yöneticilerin karar ve uygulama mekanizmasında etkin bir rolü bulunduğundan, nitelikli bir yöneticinin kaybı işletme bakımından da ciddi kayıpları beraberinde getirebilmektedir. Yine nitelikli işgücü arzının düşük olduğu sektörlerde, yeni teknolojilerin ortaya çıktığı alanlarda piyasanın işgücüne talebi, işyerleri arasında sürekli bir değişimin yaşanması eğilimini beraberinde getirmektedir. Daha iyi şartların sunulması kuşkusuz işçiler bakımından bu eğilime uymada cazibe unsuru oluşturmaktadır. Bu bağlamda, objektif neden mevcut olmadığı için belirli süreli iş sözleşmesi kurulmadığı hallerde, asgari süreli sözleşme işveren bakımından bu işçilerin işyerinde tutulabilmesi, işçiler bakımından da bu süre içinde sözleşmenin devamı ile sona erme anında iş güvencesi de dahil, feshe ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanma imkanını getirmektedir.

Asgari süreli sözleşmenin sona ermesi belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki rejimine tabi değildir.

Asgari süreli sözleşme niteliği itibariyle fesih hakkının belirli bir süreyle bertaraf edildiği belirsiz süreli sözleşmeyi ifade etmektedir.

Asgari süreli sözleşmenin kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermemesi, sona ermenin mutlaka bir fesih beyanını gerektirmesi karşısında bu tür bir sözleşme belirli süreli sözleşme niteliğini taşımaz. Dolayısıyla asgari süreli sözleşme İşK. mad. 11'e tabi olmadığı gibi, madde hükmüyle öngörülen sınırlama (objektif neden gerekliliği) asgari süreli sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz². Zira, 11. maddede belirli süreli iş sözleşmesinin objektif nedenlere bağlı kılınmasının nedeni, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için tanınan yasal hüküm ve sonuçların belirli süreli iş sözleşmesinde uygulanmamasıdır. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminde kendiliğinden sona ermesi, bildirim sürelerinin, süreye uyulmaması durumunda ihbar tazminatının, iş güvencesi hükümlerinin, kıdem tazminatının ve askı kurumunun getirdiği hukuki korumanın belirli süreli iş sözleşmesinde uygulanmaması bu tür sözleşmelerin kurulmasının sınırlandırılması gereksinimini doğurmuştur. Oysa, asgari süreli sözleşmenin sona ermesi belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki rejimine tabi değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sürenin kararlaştırılması sözleşmenin devam edeceği asgari sürenin belirlenmesi amacına hizmet eder. Sözleşme kararlaştırılan sürenin bitiminde ancak bildirimli fesihle sona erdirilebilir. Dolayısıyla sözleşmenin sona ermesinde feshe ilişkin tüm sınırlama ve hukuki sonuçlar uygulanır. Bu bağlamda belirli süreli iş sözleşmesinde korunması gereken menfaatle, asgari süreli iş sözleşmelerinin gösterdiği özelliğin örtüşmediği belirtilmelidir³. Asgari süreli sözleşme niteliği itibariyle fesih hakkının belirli bir süreyle bertaraf edildiği belirsiz süreli sözleşmeyi ifade etmektedir⁴.

Sözleşmenin niteliği dikkate alındığında, bu tür sözleşmelerin kurulmasında değerlendirilmesi gereken sorun, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif nedenlere bağlanması değil, belirsiz süreli iş sözleşmesinde fesih hakkının sınırlandırılması sorunudur.

Sözleşme serbestisi uyarınca kural olarak geçer-

li olan asgari süreli sözleşmede BK. mad. 343 hükmü bir sınırlama oluşturur. BK. mad. 343 hükmünde, hizmet sözleşmesinin bir tarafın yaşadığı veya on seneden fazla bir süre için yapıldığı durumlarda işçiye, on seneden sonra her zaman ve bir aylık ihbar öneline uyulmak şartıyla tazminat verilmeksizin fesih hakkı tanınmıştır. Hükmün kabul edilmesindeki temel gaye, kişisel özgürlüğün korunmasıdır. Tarafların sözleşmeyle belirli bir süreden daha fazla bağlı kalmalarının kişisel özgürlüğün ve bununla bağlantılı olarak ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlandırılmasını oluşturduğundan hareketle fesih hakkı düzenlenmiştir⁵. Borçlar Kanunu Tasarısında da, belirli süreli iş sözleşmesinde taraflardan her birinin 10 yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak iş sözleşmesini feshedebileceği öngörülmüştür (mad.429). Alman hukukunda benzer bir hüküm içeren BGB § 624'ün içeriği "Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Yasa"ya da alınarak, istisnai nitelikteki fesih hakkı beş yılın dolmasından sonra sadece işçiye tanınmıştır (TzBfG § 15/4). Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'nun 334/III. maddesinde ise fesih hakkının en erken kullanılacağı süre olarak on yıl korunmuş ancak bu hak her iki tarafa da tanınmıştır.

Belirtmek gerekir ki, uzun süreli sözleşmelerde kişisel veya mesleki özgürlüğün korunması gereksinimi belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından fazla ortaya çıkmayacaktır. Zira, objektif nedenler hemen daima bir geçicilik unsuru içermektedir. Dolayısıyla uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin kurulması olasılığı azdır. Asgari süreli sözleşmelerde ise, BK. mad. 343 hükmünün yanı sıra, MK. mad. 2 hükmü bu noktada bir ölçüt oluşturabilecektir⁶.

2. Asgari sürenin etkisi

Asgari süreli sözleşmede bildirimli fesih hakkının bertaraf edilmesinin hukuki sonucu, bu süre içinde süreli fesih hakkının kullanılmamasıdır. Sözleşme kararlaştırılan süre içinde ancak haklı nedenle feshedilebilir. Sözleşmenin bu süre içinde haklı neden olmaksızın işveren tarafından feshi durumunda, işçi BK. mad. 325 uyarınca bakiye süreye ilişkin ücreti talep edebilecek ve asgari sürenin dolması ile işveren feshe ilişkin hukuki hüküm ve sonuçlarla sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu noktada, asgari süreli sözleşme işveren bakı-

mından işçinin edimini garantileme imkanı verirken, işçi bakımından da her iki tür sözleşme ilişkisinin yararlarını bir arada barındırır. Asgari süre içerisinde süreli fesih hakkının kullanılamaması - bu dönemle sınırlı olarak- sona erdirme rejimi bakımından belirli süreli sözleşmeyle benzerlik gösterir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, asgari süreden önce sözleşmenin feshi ile bir belirli süreli sözleşmenin süresinin bitiminden önce haksız feshinin hukuki niteliği farklıdır. Esasen her iki durumda da BK. mad. 325 hükmü uygulanmakla birlikte, her iki sözleşmenin niteliği ve taraf iradeleri bu farkı doğurmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshi doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda haksız fesihtir ve sözleşme fesihle sona erer. İşçi BK. mad. 325 uyarınca bakiye sözleşme süresine ilişkin ücreti tutarında tazminat talep edebilir⁷.

münün belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshinde kıyasen uygulanabilirliğinden söz etmek isabetli olacaktır⁸.

Asgari süreli sözleşmede ise, esasen tarafların iradeleri sözleşmenin bu süre içinde süreli fesihle sona erdirilememesi, en erken asgari sürenin sonunda yapılacak bir fesihle sona erdirilmesidir. Dolayısıyla, asgari süre içinde yapılacak bir fesihle sözleşmenin sona erdiği görüşü, esasen fesih hakkı bertaraf edilmiş belirsiz süreli sözleşme görüşü ile bağdaşmaz. Sözleşmenin fesihle derhal sona erdiği ve BK. mad. 325'den kaynaklanan alacağın bir tazminat olduğu varsayımında aynen belirli süreli sözleşmenin hukuki sonucu karşımıza çıkacaktır. Bu noktada asgari süre içinde yapılan feshin temerrüt hükümlerini ortaya çıkardığı ve işçinin asgari sürenin bitimine kadar ücret talep hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Taraf iradeleri ve sözleşmenin niteliği dikkate alındığında; asgari süreli sözleşmede kararlaştırılan

Asgari süre içinde yapılan feshin temerrüt hükümlerini ortaya çıkardığı ve işçinin asgari sürenin bitimine kadar ücret talep hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

BK. mad. 325 hükmü "iş sahibinin temerrüdü" başlığı ile işverenin temerrüdünü düzenleyen bir hükümdür. İşverenin temerrüdü belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinde işverenin işçinin edimini kabul etmediği veya edimin ifası için gerekli katılım fiillerini yapmadığı durumlarda ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda işçinin ücret talebi BK. mad. 325'e dayanır. Yine belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi bazı hukuk sistemlerinde işverenin temerrüdü olarak nitelendirilmekte ise de, Türk Hukukunda iş ilişkisinin özelliği ve hukuki sonuçlar dikkate alındığında haksız fesihle sözleşmenin sona erdiği ve işçinin bakiye süreye ilişkin talebinin tazminat niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir. Bu noktada belirli süreli sözleşmenin haksız fesihle sona erdiğinin kabulü, işçiye kıdem tazminatı talep hakkı verdiği gibi, esasen sürenin sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği dikkate alındığında haksız feshin temerrüt olarak nitelendirilmesinin pratik olarak bir yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, temerrüde ilişkin BK. mad. 325 hük-

süre içerisinde süreli fesih hakkı kullanılamayacaktır. İş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ancak asgari sürenin dolması ile fesih bildiriminde bulunabilecektir. Nitekim iş güvencesi hükümlerinin bulunmadığı 1475 sayılı Yasa döneminde, asgari süre içinde yapılan fesih bildiriminin geçerli, ancak feshin hüküm doğurma anının asgari sürenin sonuna ertelendiği savunulmuşsa da, bugün için anılan görüşün kabulü feshin hukuki sonuçları bakımından benimsenemez.

4857 sayılı Yasa döneminde de, asgari süreli sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğu ve süre zarfında haklı nedene dayanmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği ve bildirim önelerine uyulması gerektiği, feshin sonucu olarak iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre; asgari süre getirilmesinin tek yaptırımı, fesih işleminin tıpkı askıdaki iş sözleşmeleri gibi asgari sürenin dolması ile hüküm doğurmasıdır⁹. Bu görüş öncelikle taraf iradelerini dikkate almadığı gibi, aynı zamanda özellikle iş

güvencesi hükümleri bakımından ciddi sorunları beraberinde getirebilecektir. Öncelikle, tarafların amacı asgari süre içinde sözleşmenin devam etmesi -geçerli fesih nedeni bulunsun veya bulunmasın- süreli fesih hakkının kullanılamamasıdır. Süreli fesih hakkının bulunmadığı noktada iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından söz edilemez. İş güvencesi hükümleri, süreli fesih imkanı mevcut olmakla birlikte, hakkın kullanımı için geçerli neden bulunmayan veya yasal usule uyulmayan hallerde uygulama alanı bulur. Oysa asgari süre içinde süreli fesih hakkı bulunmadığından, feshin geçerli neden veya usul yönünden değerlendirilmesi mümkün değildir.

Anılan görüş uyarınca, süre içindeki haksız feshin süre sonunda hüküm doğuracağına kabulü durumunda, geçerli fesih hakkının bulunmadığı bir dönemde yapılmış feshin, İşK. 18'deki geçerli nedenler dahilinde değerlendirilmesi söz konusu olacak, işçi asgari süre içinde yapılmış bu

rilemez. Zira, askı belirsiz süreli iş sözleşmesinde, yani bildirimli fesih hakkının mevcut olduğu bir hukuki ilişkide ortaya çıkan geçici ifa imkansızlığı nedeniyle belirli bir süre süreli feshin hüküm doğurmaması, diğer bir ifadeyle bildirim sürelerinin işlememesi anlamını taşımaktadır.

Yargıtay'ın 2005 tarihli bir kararında taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinde sözleşmenin süresi asgari 3 yıl ve azami 5 yıl olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin üç yılın bitiminden önce işveren tarafından sona erdirilmesi üzerine işçi bakiye süreye ilişkin ücretin tahsilini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme sözleşmenin 3 yıl asgari süreli olarak yapıldığının sabit olduğu, bu itibarla bakiye süre ücretinin ödenmesi gerektiğini belirterek, BK. mad. 325/son uyarınca indirim yönünden gerekli araştırmanın yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰.

Yüksek Mahkemenin kararı; asgari süre içinde yapılan fesih sonucu temerrüt hükümlerinin uygu-

Azami süreli sözleşmede, sürenin bitiminde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, azami sürenin kararlaştırılabilmesi için bir objektif nedenin bulunmasını gerektirir.

feshe karşı bir ay içinde dava açacaktır. Fesihten itibaren geçen dört aylık süreye ilişkin ücret bakımından asgari sürenin bitimi esas alınacak dolayısıyla gerek asgari süreli sözleşmenin niteliği, gerek taraf iradeleri, gerekse iş güvencesi hükümleri ile uyumlu olmayan bir hukuki sonuç belirecektir. Örnek verilecek olunursa, 01.01.2008 tarihinden itibaren en az iki sene süreli olarak kurulan bir asgari süreli sözleşmede, 01.06.2008 tarihinde yapılan feshe karşı 01.07.2008'e kadar feshin geçersizliği iddiası ile dava açılacak, fesih 01.01.2010'da hüküm doğuracak, işveren kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe almakla yükümlü olacak, dolayısıyla davanın asgari süreden önce örneğin 01.01.2009'da sonuçlanması durumunda sona ermemiş bir sözleşme ilişkisinde iade gündeme gelecektir. Bu çerçevede özellikle iş güvencesi hükümlerinin kabulü sonrası anılan görüşün isabetli olduğundan söz edilemeyecektir. Öte yandan askı sürelerinin etkisi ile kurulan bağlantı da isabetli olarak nitelendi-

lanması noktasında isabetlidir. Gerçekten dava konusu olayda çifte sürelendirme olarak da adlandırılan (doppelbefristung) asgari ve azami süreli bir iş sözleşmesi mevcuttur.

Bu tür bir sözleşmenin özelliği, asgari süre içinde süreli fesih hakkının bertaraf edilmesi ancak asgari sürenin bitiminden sonra süreli fesih hakkının kullanılabilmesidir. Azami sürenin sonunda ise, sözleşme kendiliğinden son bulacaktır. Azami süreli sözleşmede, sürenin bitiminde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, azami sürenin kararlaştırılabilmesi için bir objektif nedenin bulunmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle, kural olarak ancak işin veya işçiye olan gereksinimin geçici olduğu durumlarda azami süre kararlaştırılmasının geçerli olduğu söylenebilecektir. Bunun hukuki sonucu ise, azami süreli sözleşmeye İşK. mad. 11'in uygulanmasıdır. Dolayısıyla çifte sürelendirmenin mevcut olduğu bir sözleşmede asgari sürelendirme kuralı olarak geçerli olmakla birlikte, azami süre bakımından bir objektif neden bulun-

madığı takdirde azami süre tespit eden sözleşme hükmü geçersiz sayılarak sözleşmeye salt asgari süreli sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Çifte süreli sözleşmenin geçerli olduğu sözleşme ilişkisi bakımından örnek olarak, işverenin beş yıl süreli bir projenin yürütülmesi için işçiyi istihdam etmesi ve sözleşmenin asgari iki yıl azami beş yıl olarak kurulması verilebilir. Yüksek Mahkemenin kararına konu olaydan anlaşıldığı üzere, davacı salt asgari sürenin sonuna kadar geçen süreye ilişkin ücret talebinde bulunduğu kararda azami sürenin geçerliliği konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Sözleşmenin asgari süre içinde işçi tarafından bildirimli fesihle sona erdirilmesi de mümkün değildir. İşçi bildirimli fesih hakkını en erken asgari sürenin bitiminde kullanabilir. Asgari sürenin bitiminden önce işçi tarafından açıklanan fesih iradesi hüküm doğurmayacağından iş sözleşmesi işveren tarafından İşK. mad. 25/II uyarınca haklı nedenle sona erdirilebilecek ve işveren uğradığı zararların tazminini İşK. mad. 26 uyarınca talep edebilecektir¹¹. Bu bağlamda asgari süreli sözleşme işçinin ediminin güvence altına alınması ile birlikte zararı ve miktarını ispat koşuluyla işverenin uğradığı zararın tazminine imkan verecektir. Zararın ve miktarının ispatı bakımından mevcut zorluk karşısında aşağıda incelenecek belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurularak cezai şartın öngörülmesi işveren bakımından daha tercih edilebilir bir yol oluşturmaktadır.

Asgari sürenin dolmasından önce işverence açıklanan fesih iradesine temerrüt sonucunun bağlanması nedeniyle, sözleşmenin sona erdirilmesi için işverenin asgari sürenin sonunda İşK. mad. 17 vd. hükümlerine göre fesih hakkını kullanması gerekir. Bu fesih iş güvencesi de dahil tüm hukuki hüküm ve sonuçlara tabi olacaktır.

İş sözleşmesinde özellikle işçinin ekonomik ve sosyal yönden bağımlılığı, tam bir taraf eşitliğinden söz edilememesi, cezai şartın işçi bakımından geçerliliği tartışmasını ortaya çıkarmıştır.

III. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Sınırlandırılması ve Feshin Cezai Şarta Bağlanması

İş sözleşmesinin tarafları belirsiz süreli iş sözleşmesinde fesih hakkını sınırlayarak, bunu bir cezai şarta bağlayabilirler. “Sözleşmenin 3 yıl içinde haklı bir neden olmaksızın işçi veya işveren tarafından feshi halinde, fesih bildiriminde bulunan, karşı tarafa 10.000 YTL ödeyecektir” örneğinde olduğu gibi. Belirsiz süreli sözleşmede tarafların bu tür hüküm getirmelerinin nedeni asgari süreli sözleşmede olduğu gibi; edimlerin garanti altına alınması, ortaya çıkacak olası zararların karşılanmasıdır. Bu noktada bir yandan cezai şartın sözleşmenin devamını sağlama bakımından baskı unsuru işlevi diğer yandan zararın giderimi işlevi ortaya çıkar.

İş sözleşmesinde özellikle işçinin ekonomik ve sosyal yönden bağımlılığı, tam bir taraf eşitliğinden söz edilememesi, cezai şartın işçi bakımından geçerliliği tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Cezai şartın işçi bakımından sakıncaları; öncelikle tazminat hukukuna ilişkin ilkelerin dolandırılması tehlikesi olarak belirir. Cezai şartın kararlaştırılması ile işveren işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlar, sözleşmesel yükümlere uyulmasını güvenceleme amacı güder. Bu bağlamda, işveren herhangi bir zarara uğradığını veya zararın miktarını ispatlamak zorunda kalmaksızın kararlaştırılan cezai şart tutarını talep edebilir. Cezai şartın zarar gerçekleşmediği halde talep edilmesi işveren bakımından bir zenginleşme ifade eder ve tazminat hukukunun zararın denkleştirilmesi işlevi ile bağdaşmaz¹². Bu noktada tazminat hukuku çerçevesinde cezai şart istisnai bir düzenleme oluşturur¹³. Yine, tazminat hukuku çerçevesinde zararın giderimini talep eden işveren zararını ve miktarını ispatlamak zorunda iken, cezai şartın talep edilmesi durumunda işçi borca aykırı davranışın bulunmadığını ispatla yükümlü olacaktır. Dolayısıyla bir anlamda ispat yükünün işçi aleyhine yer değiştirdiği görülmektedir¹⁴. Feshin sınırlanması ve cezai şarta bağlanmasının işçi bakımından doğurabileceği bir diğer sakınca mesleki gelişimin engellenmesidir. Özellikle uzun süreli bağlantının öngörülmesi durumunda işçinin iş ilişkisi ile bağlı kalarak mesleki ve kişisel gelişimine

hizmet edecek iş veya işyeri değişikliğini gerçekleştirememesi söz konusu olabilecektir. Bu sakınca cezai şartın işçiye verilen eğitimin karşılığı olarak kararlaştırıldığı durumlarda da ortaya çıkabilir.

Alman hukukunda tüm bu sakıncalar dikkate alınmakla birlikte; iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlaline ilişkin olarak cezai şart öngörülmesi geçerli kabul edilmektedir. Gerekçe olarak işverenin işin görülmesini talep hakkını güvenceleme bakımından geçerli bir yaptırıma sahip olmaması ileri sürülmüştür. İkinci gerekçe ise, sözleşmenin ihlali halinde işverenin zararını ispat zorluğudur¹⁵. Bununla birlikte, işçi bakımından ortaya çıkabilecek sakıncalar nedeniyle gerek miktar gerekse süre bakımından mahkeme içtihatları ile cezai şartta bir üst sınır konulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre iş ediminin değeri dikkate alındığında işverenin daha yüksek bir cezai şart talep etmesinde korunmaya değer menfaati bulunmadıkça, cezai şart tutarı bildirim süresi içinde işçiye ödenecek ücret tutarını aşamayacaktır¹⁶.

Türk hukukunda kural olarak iş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi geçerli görülmeyle birlikte, cezai şartın her iki taraf için getirilmiş olması aranmakta ve Yargıtay kararları ile tek taraflı işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın geçersizliğine hükmedilmektedir¹⁷. Doktrinde de benimsenen bu görüş uyarınca; iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin işveren karşısında ekonomik olarak zayıf durumda olması bu bağlamda işçinin pazarlık gücünün ve özgür iradesinin varlığından söz edilmesinin güçlüğü nedeniyle cezai şartın geçerliliği öncelikle iki taraflı olarak kararlaştırılması koşuluna bağlıdır¹⁸. Bununla birlikte; cezai şartın eğitim gideri karşılığı olarak kararlaştırıldığı durumlar farklı değerlendirilmektedir. Nitekim, gerek doktrinde¹⁹ gerekse yargı kararlarında²⁰ işverence işçiye verilen eğitimin karşılığı olarak yapılan giderin, sözleşmenin belirli bir süreden önce işçi tarafından haklı neden bulunmaksızın feshi halinde talep edilebileceğine ilişkin düzenleme kural olarak geçerli sayılmaktadır.

Eğitim karşılığı olarak yapılan giderlerin talep edilebilmesine ilişkin sözleşme hükmüyle güdülen amaç ve talep edilebilirlik bakımından yargı kararlarıyla getirilen sınırlamalar dikkate alındığında, bu tür kayıtların BK. mad. 158 vd. düzenlenen cezai şart kurumu ile örtüşmediği söylenebilir. Eğitim gi-

derinin talep edilebilmesi için Yargıtay'ın kararlarında öncelikle eğitimin verilmiş olması ve eğitim karşılığı yapılan giderin tam olarak ispatı aranmakta, daha sonra yapılan bu giderin, işçinin çalıştığı süreyle oranlanmak suretiyle tahsiline hükmedilmektedir.

Yargıtay'ın 14.06.2005 tarihli bir kararında, eğitim gideri karşılığı öngörülen cezai şartta yönelik olarak Yüksek Mahkemenin görüşü açıkça ortaya konulmuştur. Karara konu olayda "müşteri temsilcisi zorunlu hizmet sözleşmesi" başlıklı sözleşmede işçiye verilen eğitim giderleri karşılığı olmak üzere bir yıllık zorunlu hizmet süresi ve işçinin bu süre dolmadan iş sözleşmesini feshetmesi durumunda 2000 Amerikan Doları ödemesi öngörülmüştür. Yüksek Mahkeme iş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli feshi üzerine; verilen eğitim gideri kadar tutarın istenebileceğini belirterek bu tutarın çalışılan süre ile orantılanmak suretiyle tazminine hükmetmiştir²¹.

Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesi esasen tam bir zararın giderimi düşüncesinden hareket edildiği görüşünü ortaya koymaktadır. Eğitim giderinin miktarının tam olarak ispatlanması gereği, kararlaştırılan tutar üzerinden çalışılan süre ile orantılı indirim esası ve BK. mad. 161/son uyarınca indirime gidilmemesi yargı kararlarında bu tür kayıtlara cezai şart niteliği atfedilmediği görüşünü vurgulamaktadır. Cezai şartın zarardan bağımsız olması, talep edilebilirliği için zararı ve miktarını ispat yükümlülüğünün bulunmaması ve nihayet zarar miktarının üzerinde kararlaştırılabilmesi ve bu noktada baskı unsuru oluşturması eğitim gideri karşılığı olarak öngörülmüş cezai şartta ilişkin kabul edilen esaslarla bağdaşmamaktadır. Nitekim, Alman hukukunda da eğitim giderlerinin talep edilebilmesine ilişkin kayıtlar "geri ödeme kayıtları" başlığı altında cezai şarttan farklı hukuki koşullar altında değerlendirilmektedir²².

Belirtmek gerekir ki, asgari süreli sözleşme ile belirli bir zaman diliminin dolmasından önce yapılan fesih için cezai şart öngören sözleşme ilişkisi ilk bakışta adeta özdeş sözleşme ilişkileri görünümünü vermektedir. Her ikisinde de belirsiz süreli sözleşme ilişkisi mevcut olup fesih hakkının kullanımını bakımından özel kayıt getirilmiştir. Bununla birlikte; fark taraf iradeleri noktasındadır. Asgari süreli sözleşmede sözleşme ilişkisinin en az devam

edeceği süre belirlenir ve süre içinde fesih hiçbir suretle hesaba katılmaz, diğer bir ifadeyle bertaraf edilirken, diğerinde fesih hakkı sınırlanır ve aksine davranışa yaptırım öngörülür. Dolayısıyla, asgari süreli sözleşmede tarafların süreli fesih hakkı bulunmaz. Cezai şartın söz konusu olduğu sözleşmelerde süreli fesih hakkı tamamen bertaraf edilmiş, sınırlanarak kullanımı yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği gibi, asgari süreli sözleşmede işverence asgari süre içinde yapılan feshe temerrüt hükümleri bağlanır. Fesih hakkı en erken asgari sürenin sonunda doğar. Oysa, süreli fesih hakkının cezai şarta bağlandığı sözleşme ilişkilerinde feshin gerçekleştirilmesi tamamen bertaraf edilmemiş, fesih olasılığına karşı yaptırım öngörülmüştür. Yukarıda verilen örnek çerçevesinde örneğin işverenin 3 yıl içinde sözleşmeyi feshi durumunda temerrüt hükümleri uygulanmayacak, işçi 3.000 YTL cezai şart tutarını talep edebilecektir. Yine işçinin bu süre içinde haklı bir neden bulunmaksızın sözleşmeyi feshi halinde işveren 3.000 YTL cezai şart tutarını talep edebilecek ve her iki olasılıkta da sözleşme sona erecektir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus; öncelikle bu tür bir ilişkide işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kuşkusuz belirsiz süreli bir sözleşmenin varlığı nedeniyle işçi fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde işe iade davası açarak feshin geçersizliğinin tespitini talep edebilir. Değerlendirilmesi gereken ikinci husus, İşK. mad. 21/son hükmünün mutlak emredici niteliğinin cezai şartın geçerliliğine etkisi olup olmadığıdır.

Bilindiği gibi, İşK. mad. 21 uyarınca işe iade davası sonucu feshin geçersizliği tespit edildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Yine kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Maddenin son fıkrası ile 1, 2, ve 3. fıkra hükümlerinin sözleşmelerle hiçbir surette değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda feshin geçerli nedene dayanmaması durumunda cezai şart ödenmesini öngören düzenlemeler iş güven-

cesi hükümlerine tabi olmayan işçiler bakımından kural olarak 1475 sayılı Yasa dönemindeki gibi geçerli iken, iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler bakımından mutlak emredici nitelik engel oluşturmaktadır. Bu bağlamda, mutlak emredici nitelik taşıyan 21/son hükmü karşısında işe iade yerine tazminat ödeneceği kararlaştırılmayacağı gibi, işverenin işe başlatmaması durumunda ödenecek tazminat miktarını ve boşa geçen süreye ilişkin ücret tutarını belirleyen düzenlemeler bağlayıcı değildir. Dolayısıyla, sözleşmede feshin geçerli nedene dayanmaması durumunda örneğin 14 aylık ücret tutarında tazminat ve/veya 6 aylık ücretin ödeneceğine ilişkin düzenlemeler, işçinin işe iade davası açma hakkını engellemez.

İş sözleşmesinde tarafların belirli bir zaman dilimi içinde sözleşmenin feshi halinde cezai şart ödeneceğini öngörmeleri durumu, esasen mad. 21/son ile ilişkilendirilemez. 21/son'da doğrudan geçersiz feshin yasada belirlenen hukuki sonuçlarının aksine sözleşme yapılması imkanı bertaraf edilmiştir. Belirli bir süre tespit olunarak bu dönemde yapılan feshin cezai şarta bağlanmasında ise, cezai şart fesih hakkının kullanımına yöneliktir. Bu noktada amaç, tarafların sözleşme ile bağlı kalmasını sağlamak, baskı unsuru yaratmaktır. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde tarafların süreli fesih hakkının sınırlandırılmasının geçerli kabul edilebildiği hallerde, feshe karşı bu tür bir cezai şartın öngörülmesi geçerlidir. Bu olasılıkta cezai şartın kararlaştırılmış ve hatta ödenmiş olması, işçinin feshin geçersizliğine karşı İşK. mad. 20 uyarınca dava açmasına engel değildir. Dava sonucunda feshin geçersiz sayılması durumunda hem cezai şart tutarı hem de feshin geçersizliğine 21. maddede bağlanan hukuki sonuçlar uygulama alanı bulacaktır.

Her iki sözleşme tipi dikkate alındığında, asgari süreli sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonuna kadar sözleşmenin devamına yönelik taraf iradeleleri cezai şarta bağlanmış sözleşme ilişkileri karşısında bir ayırım kriteri oluşturmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmede kullanılan ifadeler (örneğin; sözleşme "en az 01.01.2008'e kadar sürer", "en az iki yıl süreyle feshedilemez" vb.) niteliğinin belirlenmesinde yorum bakımından önem taşıırken, feshe yönelik olarak bir cezai şart öngörülmesi kural olarak asgari süreli sözleşmenin bulunmadığını gösterir.

DİPNOTLAR

- 1 U. STREIFF/A. KAENELL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage, Zurich 1992, Art. 334 N.2; T. BRENDER, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, Zurich 1976, 4, 20.
- 2 ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek D., Ocak 2004, 75; M. EKONOMİ, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenilenme, LEGAL İHSGHD, 2006, S. 9, 31; S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, 2005, 211; M. GÜLER, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, LEGAL, İHSGHD 2005, S.5, 34; Aksi görüş: D. ULUCAN, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, 51-52
- 3 ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 75-76.
- 4 OĞUZMAN, Fesih 13, M. EKONOMİ, "Zincirleme Hizmet Akitlerinin Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşmeyeceği Haller ve Sonuçları", İHU, İşK. 9 (No.4); Aynı yazar; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenilenme, 31-32; Ü. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998, 179; D. ULUCAN, "Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi", REHBINDER/EKONOMİ, Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 104; SÜZEK, İş Hukuku, 211; ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 12-13.
- 5 W. HILLEBRECHT, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Auflage 1989, BGB § 624 RdNr.1; Ö. SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 141; Ayrıca bak. OĞUZMAN, Fesih, 161; F.H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 418; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 920; BRUHWILER, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1987, Art 336.No.1.
- 6 Yasada sözleşmenin süresi bakımından sınırlama getirilmeyen hallerde S. OKTAY, Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İHF, V. LV, S.3, 1997, 209 vd.
- 7 OĞUZMAN, Fesih, 149; SÜZEK, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul 1999; 71-79; M. EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 84; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2006, 257 ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, 181 vd.
- 8 ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, 183; Ayrıca bkz. SÜZEK, 535 Yazar madde hükmünün iş hukukunun özel karakterine, işçiyi koruyucu niteliğine ve İş Kanunu'nun sistemine aykırı düşmesi nedeniyle yargıç tarafından uygulanmayarak, ortaya çıkan boşluğun MK. mad.1 uyarınca hukuk yaratmak suretiyle doldurulacağını savunmaktadır.
- 9 GÜLER, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, S. 5, 35.
- 10 Y9HD., 27.09.2005, 7279/31416, Şahin ÇİL, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2007, 603.
- 11 Borçlar Kanunu Tasarısında işçinin işe başlamaması veya işi haksız olarak bırakması durumunda işverenin talep hakkı düzenlenmiştir. Buna göre anılan durumlarda işveren aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise hakim tazminatı indirebilir (mad. 438).
- 12 B. BEISENKOETTER, Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer Schadenersatz und Vertragsstrafe, Münster 1997, 119 vd. Amerikan Hukukunda cezai şartın tazminat hukuku karşısında gösterdiği özellikler nedeniyle, kurumun belirlenmiş tazminat prensibi çerçevesinde daha sıkı koşullara bağlanması suretiyle uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Ayça Akkayan YILDIRIM, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003, 387.
- 13 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1988, 6. Bası, 478.
- 14 BEISENKOETTER, 120.
- 15 C. BRORS, "Neue" Probleme bei arbeitsvertraglichen Vertragstrafklauseln, DB. 2004, 1778 vd. ve orada belirtilen Alman Federal İş Mahkemesi Kararları.
- 16 HANAU/ADOMEIT, 13. Auflage, München 2005, 207-208.
- 17 Y9HD., 26.03.1997, 1996/22876, 1997/6102, Tekstil İşveren D., Kasım 1997,15; Y9HD., 02.03.1998, 1997/215, 1998/2833, YKD Ekim 1998, 1483-1484; Y9HD., 27.09.2005, 8856/31431 ÇİL, 820; Y9HD., 30.05.2005, 2004/30380, 2005/19707, ÇİL, 828;
- 18 SÜZEK, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1998, 120; İş Hukuku, 547-548; ÇELİK, İş Hukuku, 189; CENTEL, İş Hukuku C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994, 199; Aksi Görüş için bkz. V. KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, 96 vd.; Belirli süreli iş sözleşmesinde tek taraflı cezai şartın geçerliliğine ilişkin görüş için bkz. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi 197 vd.
- 19 F. ŞAHLANAN, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, 167 vd, P. SOYER, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380; SÜZEK, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1998, 120; ÇELİK, 189; E. ÖZDEMİR, İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve Toplum D., S. 4, 2005/1, 148.
- 20 Y9HD., 29.03.2000, 507/4100 ve P. SOYER'in incelemesi için bkz. Çimento İşveren D., Eylül 2000,19-25 Y9HD., 16.04.2001, 1800/6392, Yasa Hukuk D., C. XX, S. 239/10, Ekim 2001, 1302.
- 21 ÇİL, 611.
- 22 M. REHBINDER, Die Rückzahlung von Ausbildungskosten, Münir Ekonomi 60 Yaş Günü Armağanı, 215 vd. Alman hukukunda cezai şart ile götürü tazminat arasında da ayırım yapılmaktadır. Her iki kurumu birbirinden ayırt eden unsurlar; öncelikle tarafların amacıdır. Tarafların sadece ispat kolaylığını hedeflediği kayıtlar götürü tazminat (pauschalierungabrede) olarak nitelendirilirken, esas itibariyle sözleşmeye temel oluşturan edimleri güvenceleme amacı güttükleri kayıtlar cezai şart oluştururlar. Götürü tazminatın en belirgin özelliği sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkacak zarar miktarından hareket edilmesidir. Bunun nedeni tipik tazminat işlevinin, zararın giderimi ile yerine getirilmesidir. Cezai şart ise, zarar miktarı ile bağlı değildir. Cezai şart tutarı ortaya çıkan zararı aşabilir. Şartın borçluyu ifaya zorlama ve baskı işlevi bu noktada ortaya çıkar. Götürü tazminatın zararın giderimini sağlama işlevi sonucu, talep edilebilirliği gerçek bir zararın varlığına bağlıdır (BIESENKOETTER, 78; V. KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, 65 vd.).

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler

Eşitlik çok yönlü ve soyut bir kavramdır ve tarihsel süreç içerisinde çok farklı içerik ve kapsamda tanımları yapılmıştır ve yapılmaktadır. Bunları tartışmak bu makalenin sınırlarını aşacağından bu hususlarla ilgili ayrıntılara girilmeyecektir.

Tarihsel süreç içinde eşitlik kavramı incelendiğinde, ilk tanımların biçimsel (şekli) eşitlik çerçevesinde yapıldığı, bunu fiili (maddi/gerçek) eşitlik tanımlarının izlediği görülmektedir. Nitekim Aristo, eşitliği bugün biçimsel eşitlik olarak adlandırdığımız biçimde tanımlamıştır. Aristo'ya göre eşitlik, "benzer olanlara benzer davranmak" demektir¹.

Biçimsel eşitlik modeli, aralarındaki farklılıkları dikkate almaksızın örneğin, kadınlarla erkeklerin, etnik azınlık gruplarıyla çoğunluktakilerin ve benzeri grupların eşit olduğu ve benzer şekilde muamele görmeleri esasına dayanmaktadır. Bu tür eşitlikte bireylere, ait oldukları gruplara ilişkin önyargısal varsayımlara göre değil, liyakatlarına göre bazı yararlar sağlanır, bir başka deyişle yararların dağıtımında liyakat ölçütü kullanılır². Bu model aynı zamanda serbest piyasa ekonomisine uygun bir eşitliği karakterize etmektedir. Bu anlayışta temel

amaç, işgücünde serbest ve eşit rekabeti sağlamak için gerekli herşeyi yapmak, ancak sosyal ve ekonomik kaynakların paylaşımını mümkün olduğu ölçüde az düzenlemeye tabi tutmaktır³.

Bu durum bazılarının, "gruplar"a ilişkin dezavantajların giderilmesi ihtiyacını savunmasına yol açmaktadır. Şöyle ki, kadınlar, etnik gruplar, eşcinseller ve engelliler grup olarak uzun yıllardır, daha radikal, grup temelli çözümler gerektiren dezavantajlar yaşamaktadırlar. Bu nedenle bireyin cinsiyet veya ırkını veya benzeri özelliklerini göz ardı eden bireysel bakış açısına karşılık, dezavantajlı grup temelli bakış açısı, bu etmenlerin göz önünde bulundurulmasını ve korunması gereken grupların gerçek durumlarına ilişkin kararlar alınmasını talep etmektedir⁴. Sonuçlarda veya çıktılarda eşitliği amaçlayan bu tür eşitlik "fiili eşitlik" olarak adlandırılmaktadır⁵. Fiili eşitliğin gerçekleştirilmesinde başvurulan yöntemlerden biri olumlu ayrımcılıktır.

Avrupa Birliği (AB) tarafından benimsenen diğer bir eşitlik modeli ise fırsat eşitliğidir. Bu biçimsel eşitlik ile fiili eşitlik arası bir modeldir. Fırsat eşitliği modeli, eşitlik önündeki engelleri kaldırma-

yı öngörmektedir. Bu model daha fazla fırsat yaratmakla birlikte, örneğin kadın veya azınlıkların bu fırsatlardan daha fazla yararlanmasını garanti etmemektedir. Çünkü bu grupların kapasiteleri, içinde buldukları sosyal dezavantajlar nedeniyle sınırlıdır⁶.

Cinsiyetler arası eşitlik açısından Türk hukuk mevzuatı incelendiğinde, mevzuatımızda düzenlemelerin eksik, temel olarak biçimsel eşitlik anlayışı ile ve bazı durumlarda kadın istihdamını engelleyici derecede korumacı olarak hazırlandığı görülmektedir. Ayrıca kamu politikalarının (makro ekonomik ve sosyal politikaların) belirlenmesinde, sosyal diyaloga katılımda ve mali kaynakların dağıtımında da biçimsel eşitlik anlayışı ile hareket edilmektedir. Nitekim biçimsel eşitlik anlayışı nedeniyle kadınlar, Anayasa (AY) m.49 ile güvence altına alınmış olan çalışma haklarını kullanamamaktadırlar. Türkiye, OECD ülkeleri arasında en düşük kadın istihdam eden ülkedir. Türkiye’de çalışabilir yaştaki kadınların %20’si ücretli olarak çalışmaktadır⁷. AB’de ise çalışabilir yaştaki kadınların % 56,3’ü çalışmaktadır⁸.

Oysa Türkiye; Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve Avrupa Konseyi’nin kadın erkek eşitliğini hedefleyen belgelerine taraf olmuş, AB’ye cinsiyetler arası eşitliği gerçekleştirmek konusunda taahhütlerde bulunmuş ve toplumsal cinsiyet eşitliğini ana akım politikalara dahil etmeyi ve cinsiyete dayalı bakış açısını bütün hukuksal düzenlemelerine, politika ve programlarına yansıtmayı kabul etmiştir. Türkiye’nin usulüne uygun olarak onaylamış olduğu BM, UÇÖ ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri, AY m.90 f.son uyarınca “...kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”. Bu sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda bu Sözleşme hükümleri esas alınır. Dolayısıyla bu Sözleşmeler, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar.

Aşağıda, Türk iş hukuku ve ilgili mevzuatta cinsiyetler arası eşitlikle ilgili düzenlemelerdeki durum ve istihdamda cinsiyetler arası fiili eşitliği sağlamak için mevzuatta ve kamusal politikalarda yapılması gereken değişiklikler üzerinde durulacaktır.

Aslında ideal olan bütün çalışanları kapsayan çerçeve nitelikte bir İstihdamda Kadın-Erkek Eşitliği Kanunu’nun çıkarılmasıdır. Ancak böyle bir düzenleme yapılıncaya kadar olan süreçte, AY, İşK, İşK ile ilgili yönetmelikler, çeşitli kanunların İşK ile bağlantılı düzenlemeleri, kadınların istihdama katılmalarını kolaylaştıracak ve artıracak bir niteliğe kavuşturulmak üzere değiştirilmelidir. Belirtmek gerekir ki bu makale yalnızca İşK kapsamındaki kadın işçileri kapsamaktadır.

1. Anayasa’nın Kadınlara Bakışı

AY’nın “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50. maddesi uyarınca, “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz (f.1). Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar (f.2).”

AY m.50 f.2 ile kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhî yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuştur. Dolayısıyla 2. fıkra AY’dan çıkarılmalı, bu maddeye eklenecek ayrı bir fıkrayla, çalışan kadınlara karşı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yasak olduğu, işin niteliğinin gerektirdiği hallerde yapılan ayrımcılığın ayrımcılık sayılmayacağı, kadınların yalnızca biyolojik nedenlerin zorunlu kıldığı hallerde korunacakları düzenlenmelidir⁹.

2. Hükümetin Kadınlara Bakışı

Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, Devlet Planlama Teşkilatı, ülkenin doğal, beşeri ve iktisadi her türlü kaynak ve imkânlarını tespit ederek, takip edilecek iktisadi, sosyal ve kültürel politika ve hedeflerin belirlenmesinde Hükümete müşavirlik yapan, hükümetçe belirlenen amaçlar doğrultusunda kalkınma planları ile yıllık programları hazırlayan bir kuruluştur. Ancak, DPT 9. Beş Yıllık Kalkınma Planı’nda (2007-2013) pek çok özel ihtisas komisyonları (örneğin çocuk ve gençlik özel ihtisas komisyonları) kurulmuş olmasına rağmen, önceki yıllardan farklı olarak kadın konusunda özel ihtisas komisyonu kurulmamıştır. Dolayısıyla kadın ve erkek eşitliği konusunda hiçbir plan ve program, strateji belirlenmiş değildir. Oysa bu Ko-

misyon'un varlığı, kadın-erkek eşitliği bakış açısının ve kadın-erkek eşitliği konusunda politikaların varlığı ve Devletin bu konuya verdiği önemin ortaya konması açısından son derece önemlidir. Bu nedenle DPT'nin sonraki dönem Beş Yıllık Kalkınma Planlarında mutlaka kadın komisyonları kurulmalıdır¹⁰.

3. Mesleki Eğitim

Kadınların eğitim düzeyleri veya mesleki beceri ve yeterlilikleri ile istihdamı paralellik arz etmektedir¹¹. Erkeklerin hemen hemen her işte çalışmaları kabul gördüğünden, eğitim düzeylerinin düşüklüğü veya mesleki beceri ve yeterlilik sahibi olmamaları istihdam edilmelerine engel değildir. Eğitim düzeyleri veya mesleki beceri ve yeterlilikleri düşük olan kadınlar ise, ikincil işgücü olarak görüldükleri veya bazı işlerin kadınlar için uygun olmadığı yönündeki önyargılar nedeniyle ya işverenler tarafından tercih edilmemekte ya da istihdam edildikleri işlerde erkeklerden daha kötü koşullarla (örneğin kayıtdışı ve/veya düşük ücretle) çalıştırılmaktadırlar. Kötü koşullarla çalışmak istemeyen kadınlar ise çalışmaktan vazgeçebilmektedirler.

Kadınların istihdama katılmalarını sağlamak için, uzun vadede, kadınlara yönelik olarak yaygın eğitim düzeyinin ve kalitesinin artırılması¹² ve kadınlara yönelik önyargıların bu konuda farkındalık yaratılarak ortadan kaldırılması; kısa dönemde ise, kadınlara beceri kazandırmaya yönelik kısa dönemli kursların artırılması gerekmektedir¹³. Bu hedefin gerçekleştirilmesi için,

a. Çıraklık okullarının sayısı artırılarak genç kızlar çıraklık okullarına yönlendirilmeli ve

b. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu ve Sendikalar Kanunu'nda yapılacak değişikliklerle bu kuruluşların mesleki eğitim verme zorunluluğunu düzenleyen hükümlerine, kadınlara mesleki eğitim verme ve ayrıca eğitim bütçelerinin belirli bir oranını kadınlara ayırma zorunluluğuna ilişkin fıkralar eklenmelidir¹⁴.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m.12, f.2 (b) uyarınca,

“Odalar başka mevzuat hükümleri çerçevesinde; ... Milli Eğitim Bakanlığının izin ve denetiminde ticaret, denizcilik ve sanayi ile ilgili kursları açmak, açılan kurslara yardımda bulunmak, yurt için-

de ve dışında ihtiyaç duyulan alanlar için öğrenci okutmak ve stajyer bulundurmak; meslekî ve teknik eğitim ve öğretimi geliştirme ve yönlendirme çalışmaları yapmak, kendi üyelerinin işyerleriyle sınırlı olmak üzere, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu kapsamına alınmamış meslek dallarında bu uygulamaya ilişkin belgeleri düzenleme...., görevlerini de yaparlar.”

Aynı Kanun'un 56. maddesinin (z) bendi,

“Sanayinin ihtiyaç duyduğu nitelikli iş gücünün yetişmesini sağlamak amacıyla üniversiteler, yüksekokullar, meslekî ve teknik eğitim kurumları kurmak, kurulmuş bulunanlara iştirak etmek, işbirliği yapmak; ilgili kuruluşlarla işbirliği halinde görev tanımları yapmak, bu görev tanımlarına uygun öğretim programları hazırlanması ve uygulanmasını teşvik etmek; odalarca sürdürülen çıraklık ve meslekî eğitim hizmetlerinin uyumlu yürütülmesini teminen uygulamalara rehberlik etmek; oda ve borsaların yönetici ve personeline yönelik hizmet içi eğitim programları hazırlamak, uygulamak, bu amaçlarla gerektiğinde bir meslekî eğitim merkezi kurulmasını sağlamayı TOBB'nin görevleri arasında saymaktadır.

Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu, mesleki eğitim ve finansmanı konusunda esnaf ve sanatkarlar kuruluşlarına önemli görevler yüklemektedir. Madde 74 uyarınca,

“Esnaf ve sanatkârlar meslek kuruluşları bu Kanunda belirtilen meslek eğitimine ilişkin görevleri yerine getirmek için, katılma paylarının hesaplanmasında kullanılan yöntem esas alınarak, yıllık gayri safi gelirlerinin % 5'ini ayırmak suretiyle eğitim bütçesi yapmak zorundadırlar.”

Sendikalar Kanunu m.33/6 uyarınca,

Sendikalar ve konfederasyonların sosyal faaliyetleri arasında “Üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak” görevi yer almaktadır. Ayrıca işçi sendika ve konfederasyonları “gelirlerinin en az yüzde onunu üyelerinin eğitimi ile mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak için kullanmak zorundadırlar” (m.44/2)¹⁵.

4. Mesleki Eğitimin Denetimi

Çıraklık kurumunun kötüye kullanılmasını engellemek ve çıraklık eğitiminde kız ve erkek çocuk ve gençler arasında ayrımcılığı engellemek için, çı-

raklık mevzuatına (Meslek Eğitimi Kanunu'na ve ilgili yönetmeliklere) ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin eklenmesi ve işyerlerinde Milli Eğitim Bakanlığı müfettişlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleriyle işbirliği içinde etkin bir denetim gerçekleştirmeleri sağlanmalıdır¹⁶.

5. Mesleki Yönlendirme

Mesleki eğitim konusunda en önemli hususlardan biri de mesleki yönlendirmedir (rehberliktir).

Örneğin 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda çırak adaylarının ilgi, istek, yetenek ve yeterlilikleri ölçüsünde ve doğrultusunda başarılı olabilecekleri en uygun mesleği seçmelerine yardımcı olmayı amaçlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Çırak öğrenci olmak için izlenen süreç de böyle bir desteğe olanak vermemektedir. Çünkü genç, önce çalışacağı işyerini bulmakta, daha sonra sözleşme imzalayarak çırak öğrenci statüsünü kazanmaktadır. Bu nedenle Mesleki Eğitim Kanunu'na, genç kız ve erkeklere hiçbir ayrımcılık yapılmadan mesleki yönlendirme hizmetlerinin verilmesine ilişkin hükümler eklenmelidir¹⁷.

Çıraklık eğitimi bir meslek eğitimidir. Öğrencilerin bu eğitime başlamadan, en üst düzeyde başarılı olabilecekleri ve durumlarına en uygun mesleği seçmeleri gerekmektedir. Bu konuda öğrenciye gerekli yardımı sağlamak ilköğretim kurumlarına düşmektedir. Ancak, ilköğretim kurumlarındaki yönlendirme hizmetlerinin yetersizliği, çırak öğrencilerin bilinçsiz meslek seçmeleri sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle İlköğretim Kanunu'na mesleki yönlendirme hizmetlerinin kimler tarafından ve nasıl verileceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler konmalıdır¹⁸.

6. Tarımda Çalışanlar

Türkiye'de tarımdaki çözülmeye ve tarımda çalışanların sayısında ciddi düşüşler kaydedilmesine rağmen, hala kadınların en yoğun istihdam edildikleri işlerden biri tarım işleridir. Tarım işleri için özel bir kanuna ihtiyaç olmasına rağmen, böyle bir kanun çıkarılmış değildir.

İşK m.4/b uyarınca, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Bu düzenleme uyarınca, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde Borçlar Kanunu, 50'den fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde İşK uygulanacaktır.

Oysa tarım ve orman işlerinde çalışan kadınların yapılan işin niteliğine bağlı olarak farklı sorunları vardır ve bu nedenle bir Tarım İş Kanunu çıkarılmalıdır¹⁹.

7. Evde Çalışanlar

Evde çalışanlar, İşK kapsamında olmalarına rağmen, çalışma koşulları nedeniyle iş ve sosyal güvenlik mevzuatının koruyucu hükümlerinden yararlanamamakta ve ciddi mağduriyetler yaşamaktadırlar. Bu nedenle Borçlar Kanunu Taslağı'nda evde çalışanların çalışma koşullarına uygun düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Hükümetin ilk döneminde yasalaşmayan bu Taslak'ın, Taslak'la ilgili çalışmalar tamamlanır tamamlanmaz yasalaşması gerekmektedir²⁰.

8. İşe Almada Pozitif Ayrımcılık İhtiyacı

Türkiye'de istihdam edilen kadın ve erkek oranları arasındaki büyük uçurumun giderilmesi, mevzuatta yalnızca yasaklayıcı hükümlerin getirilmesiyle olanaklı görünmemektedir. 2000 yılı Mart ayında toplanan AB-Lizbon Avrupa Konseyi, sosyal politika alanında önemli taahhütlerin verildiği ve uzun dönemli bir vizyonun ortaya konulduğu bir platform oluşturmuştur. Lizbon'da Avrupa Birliği'nin, 2010 yılına kadar, daha çok istihdam ve sosyal uyum yoluyla, dünyada sürdürülebilir ekonomik büyüme kapasitesine sahip en rekabetçi ve en dinamik bilgi ekonomisi olma hedefi saptanmıştır. Hedefler arasında 2010 yılı itibariyle toplam ortalama istihdam oranının %70'e, kadın istihdam oranının %60'a ve 55-64 yaş arası kişilerin istihdam oranının da %50'ye çıkarılması yer almıştır. Türkiye'nin 2010 yılına kadar kadın istihdam oranında %60 standartına ulaşabilmesi için, kadın istihdam oranını hızlı bir biçimde yaklaşık üç kat artırması gerekmektedir. Bu nedenle istihdamda kadın erkek eşitliği sağlanıncaya kadar kadın istihdamını artırmaya yönelik teşvik edici geçici, bir başka deyişle pozitif ayrımcılık oluşturan, önlemlere ihtiyaç vardır.

Bu yükümlülüğün denetiminin yapılabilmesi için, işverenlere yıllık cinsiyet eşitliği planları yapma ve kadın ve erkek çalışan oranlarına ilişkin verileri tutma zorunluluğu da getirilmelidir.

9. İş Duyurularında, İş Sözleşmesi Görüşmelerinde ve İş Sözleşmesi Yapılırken Ayrımcılık²¹

2003 tarihli 4857 sayılı İşK, işçilerle doğrudan ilgili mevzuat içinde en yeni tarihli olanı, kapsamındaki kadın işçiler için en geniş korumayı sağlayan ve AB mevzuatına uyum iddiasıyla çıkarılmış olmasına rağmen, kadınların istihdama katılımını kolaylaştıran bir niteliğe sahip değildir. Bu Kanun'da, cinsiyet eşitliği konusunda daha önce hiçbir iş kanununda yer almayan düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerde önemli eksiklikler ve uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatına aykırı hususlar mevcuttur.

"Eşit davranma ilkesi"ni düzenleyen İşK m.5 f.1 ve f.2 uyarınca;

"İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz".

Bu düzenleme, 1475 sayılı İşK'nda mevcut değildi. 1475 sayılı İşK'nda yalnızca ücret açısından cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmıştı. Bu düzenleme ilk defa 2003 yılında 4857 sayılı İşK ile Türk Pozitif Hukuku'na girmiştir. Eşit davranma ilkesini düzenleyen bu düzenlemede ciddi problemler söz konusudur. Şöyle ki,

- Bu maddede ayrımcılık tanımı eksiktir²²,

- Bu maddenin 1. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında ayrımcılık yasağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla 1.fıkra, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında ayrımcılık yasağı dahil edilmelidir.

- 1 ve 2. fıkralarında iş duyurularında ayrımcılıktan hiç söz edilmemektedir. İş duyurularında ayrımcılık yasağı her iki fıkraya dahil edilmelidir.

- İşK'na eklenecek bir düzenlemeyle ayrımcı iş ilanları veren işverenlere idari para cezası yaptırımını öngörülmelidir.

- Türk Ceza Kanunu'na (TCK) eklenecek bir düzenlemeyle ayrımcı iş duyurularına yer veren basın organlarına cezai yaptırım öngörülmelidir.

10. İş Duyurularında, İş Sözleşmesi Görüşmelerinde ve İş Sözleşmesi Yapılırken Ayrımcılık Hallerinde Cezai Yaptırım²³

2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK'nda ilk defa, işe girmede ayrımcılık yaptırımı bağlanmıştır. "Ayrımcılık" başlıklı TCK m.122 uyarınca,

"(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a)...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

...

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir".

İş hukukundaki cezai yaptırımlar günümüzde artık idari para cezalarına dönüştürülmüş durumdadır. Oysa işe alınmada cinsiyet ayrımcılığı, TCK ile hapis veya adli para cezası yaptırımına bağlanmıştır. İşK'nda iş duyurularında, iş sözleşmesi görüşmeleri ve iş sözleşmesi yapılmasında yaptırım öngörülmemiş olması, bu sonuca yol açmıştır. İş duyurularında ve işe girişte ayrımcılık, İşK ile yaptırımı bağlanır ve ayrımcılık halinde öngörülen idari para cezasının miktarı (İşK m.99) artırılırsa veya ayrımcılık yapan işverenler için işyeri kapatma cezası öngörülürse ve ayrıca TCK'nda ayrımcılık yapan işverenlere güvenlik tedbiri olarak eşitlik (ayrımcılık yasağı) eğitimi alma zorunluluğu getirilirse, bu düzenlemeye ihtiyaç kalmayacaktır.

11. İş Duyurularında, İş Sözleşmesi Görüşmelerinde ve İş Sözleşmesi Yapılırken Ayrımcılık Hallerinde Yaptırım²⁴

"Eşit davranma ilkesi"ni düzenleyen İşK m.5 f.6 uyarınca,

“İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır” (m.5, f.6).

İş ilişkisinin devamında ve işin sona ermesinde işveren eğer dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparsa bir yaptırım (işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat) öngörülmüş, fakat iş duyurularında, iş sözleşmesi görüşmeleri ve iş sözleşmesi yapılmasında yaptırım öngörülmemiştir.

Dolayısıyla İşK'nun bu maddesinde yapılacak değişikliklerle iş duyurularında, iş sözleşmesi görüşmelerinde ve iş sözleşmesi yapılırken ayırıcılık hallerinde de yaptırım öngörülmelidir.

12. İş İlişkisinde Ayırıcılık Tazminatı Üst Sınırı²⁵

“Eşit davranma ilkesi”ni düzenleyen İşK m.5 f.6 uyarınca,

“İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır” (m.5, f.6).

İşK m.5, f.6'da ayırıcılık tazminatına ilişkin üst sınır (işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat) kaldırılmalıdır. Çünkü bu düzenleme, 76/207/EEC sayılı Kadınlara ve Erkeklere İşe Girişte, Mesleki Eğitimde, İşte Yükselmeye ve İş Koşulları Konusunda Eşit Davranma Temel İlkesinin Geliştirilmesi Hakkında AB Yönergesi'ne aykırıdır²⁶.

13. Ücrette Ayırıcılıkta İdari Para Cezası

Ücrette ayırıcılık İşK m.5 ile yasaklanmış olmasına rağmen eşitsizlik devam etmektedir. “Yapılan bir amprik çalışmada Türkiye’de kadınların erkeklerle göre % 42 daha az ücret geliri elde ettiği tespit edilmiştir. Kadının çalışması halinde elde edeceği ücret, ev işleri ile çocuk ve yaşlı bakımında çalışacak olan kişinin ücretini ya da kreş

masraflarını karşılamamakta ve kadın işgücüne katılmaktan vazgeçmektedir”²⁷.

İşK m.99 uyarınca, ücrette ayırıcılık halinde işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir. Kanımca İşK'ndaki idari para cezasının artırılması veya ayırıcılık yapan işverenler için işyeri kapatma cezasının öngörülmesi, ücrette ayırıcılık yanında işe alınmada, iş ilişkisinde ve iş sözleşmesinin feshinde ayırıcılığı önlemede de caydırıcı olabilir.

14. Kadınların Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılmasına İlişkin Yasaklar

a. İşK ile Öngörülen Yasaklar²⁸

İşK m.72 uyarınca, “maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”.

Her yaştaki kadının maden ocaklarının yer altı işlerinde çalıştırılmasının yasaklanmasına ilişkin İşK'ndaki düzenleme, Türkiye tarafından 9.6.1937 gün 3229 sayılı Kanun'la kabul edilen 1953 tarihli Kadınların Her Türlü Maden Ocaklarının Yeraltı İşlerinde Çalışması Hakkında 45 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi'ne dayanmaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, her yaştaki kadının her türlü maden ocağının yer altı işlerinde çalıştırılması yasaktır. Öte yandan 45 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinde, bedensel işler yapmayan yönetici kadınların, sağlık ve sosyal hizmetleri yapan kadınların, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağında yer altı işlerinde staj görmelerine izin verilen kadınların, bedensel nitelikte olmayan işler için zaman zaman maden ocaklarının yer altı kısımlarına inmek zorunda kalan kadınların, ulusal mevzuatla yasak kapsamının dışında bırakılabileceği öngörülmüş olmasına rağmen, İşK'nda bu istisnalar getirilmiş değildir. Ancak bu istisnalara yer verilmemiş olması, yasaklamanın amacına ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü staj yapanlar hariç, yerüstü faaliyetleri ağırlıklı olan bu gruplara, yeraltı faaliyetlerinin tamamen yasaklanmasının haklı bir gerekçesi yoktur²⁹.

Nitekim, İş Sağlığı Hizmetleri Hakkında 161 sa-

yılı UÇÖ Sözleşmesi ve 171 sayılı Tavsiye Kararı ile Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında 176 sayılı UÇÖ Sözleşmesi ve 181 sayılı Tavsiye Kararı, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm işçilerin madenlerde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak ve madenlerde yapılan çalışma için sağlık ve güvenlik önlemlerini oluşturmak ve uygulamak amacıyla uygun olarak çıkarılmışlardır³⁰.

b. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ile Öngörülen Yasaklar³¹

İşK m.85 uyarınca, “onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir”.

Bu maddeye dayanılarak çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği (AğTİY) ağır ve tehlikeli işlerin tanımını yapmamakta ancak m.4/2 uyarınca,

“EK-1 deki çizelgede, karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınlar ve (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler çalıştırılmaz”.

Ağır ve Tehlikeli İşlere Ait Çizelgede (Ek-1) kadınların yapabileceği veya yapamayacağı işler gösterilmiştir.

İşK m. 86 ve AğTİY m. uyarınca, ağır ve tehlikeli işlerde kadınlar dahil çalıştırılacak işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince de bu işlerde çalıştırılmalarında bir sakınca olmadığının 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler için en az 6 ayda bir, diğerleri için de en az yılda bir defa hekim raporu ile tespiti zorunludur. Sağlık raporu alınmamış herhangi bir işçinin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaktır.

Öte yandan AğTİY m. 6 uyarınca,

“Kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu günlerin sayısı 5 gün olarak hesap edilir. Daha fazlası için hekim raporuna göre hareket edilir.”

Türk iş hukukundaki ağır ve tehlikeli işlerde kadınlar için öngörülen çalıştırma yasakları ve sınırlamalar, kadınların, özellikle kadın mühendislerin istihdamını önemli ölçüde etkilemekte ve cinsiyet ayrımcılığına yol açmaktadır. AğTİY’deki yasaklar, kadınların sanayiide çalışabileceği alanları son derece kısıtlamaktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin teknolojik ve bilimsel gelişmeler dikkate alınarak, Avrupa hukuku ve uluslararası hukuk ışığında gözden geçirilmesi ve kadın istihdamını daraltıcı gereksiz yasakların kaldırılması gerekmektedir.

Yapılacak yeni düzenlemelerde şu hususlar göz önünde bulundurulmalıdır:

ba. Teknolojik gelişmeler sonucu bedensel güç gerektiren işlerde azalma olduğundan ve teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinde önemli mesafeler katedildiği için, bazı işler kadınlar için ağır ve tehlikeli olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle ağır ve tehlikeli işlere ilişkin yeni bir liste oluşturulmalıdır.

bb. Hem kadın hem erkeği eşit olarak olumsuz etkileyen ağır ve tehlikeli işlerdeki çalıştırma yasakları kaldırılmalıdır. Bu tür işlerde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri artırılarak hem kadın hem erkek işçiler korunmalıdır. Bu tür işlerde çalışıp çalışmayacağına, sağlığı söz konusu işi yapmaya elverişli olan kadınlar kendileri karar vermelidir, yasakoyucu değil. Aksi durum ayrımcılık oluşturur ve eşitlik ilkesini ihlal eder.

bc. Yalnızca, bilimsel çalışmalarla biyolojik ve fizyolojik özellikleri nedeniyle kadınların sağlığını özel olarak olumsuz etkisi olduğu saptanmış olan ağır ve tehlikeli işlerde kadınların çalıştırılması yasaklanmalıdır.

bç. Kadınları özel olarak olumsuz etkileyen ve yasak olan ağır ve tehlikeli işlerde de, bedensel işler yapmayan yönetici kadınların, sağlık ve sosyal hizmetleri yapan kadınların, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla staj görmelerine izin verilen kadınların yasak kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir.

bd. Öte yandan AğTİY’deki kadınların ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde 5 gün süreyle çalıştırılmayacakları ve bu sürenin hekim raporuyla uzatılabileceği yönündeki düzenleme (m.6) bilimsel çalışmalar ışığında yeniden gözden geçirilmelidir. Çünkü bu düzenleme de, kadın istihdamı-

nı daraltıcıdır. Hiçbir işveren her ay 5 gün çalıştıramayacağı bir işçiyi işe almak istemeyecektir. Dolayısıyla kadın işçilerin özel günlerinde ayda 5 gün çalıştırılmayacağına ilişkin genel bir kural yerine, özel günlerinde çalışmasının sakıncalı veya zor olacağı ağır ve tehlikeli işler, bilimsel çalışmalar ışığında tek tek saptanmalı ve bu işlerde özel günlerde çalıştırma yasaklanmalıdır³².

15. Gebe ve Emziren ve Aile Yükümlülükleri Olan Kadınlara İlişkin Düzenlemeler

a. Analık İzni³³

“Analık halinde çalışma ve süt izni”ni düzenleyen İşK m.74, f.1 ve f.5 uyarınca,

“Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir (f.1).

İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (f.5)”.

İşK’nda ebeveyn izni düzenlenmemiştir. İşK’nun da ebeveyn izninin düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu haktan yalnız çocuk sahibi olanlar değil, evlat edinenler de yararlanmalıdır.

Eşlere ayrıca, hasta, engelli ve yaşlı bakımı için de izinler öngörülmelidir.

b. Kreş ve Yaşlı Bakım Evleri

Ülkemizde çocuklar için kreş ve gündüz bakım evleri, yaşlı ve engelliler için hizmet merkezleri veya bakım hizmetleri yetersizdir. Bu durum ailedeki çocuk, yaşlı veya engellilere bakmak zorunda olan genç kız veya kadınların çalışmasına engel oluşturmaktadır. Dolayısıyla aile yükümlülükleri olan kadınların istihdama katılmasını sağlamak için, kreş ve gündüz bakımevlerinin, yaşlı ve engelliler için gündüz hizmet merkezlerinin veya bakım hizmetlerinin artırılması gerekmektedir. Aşağıda bu konuda mevzuatta yapılması gereken değişikliklere ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

ba. Kreş ve Gündüz Bakım Evleri Açma Yükümlülüğü³⁴

Gebe ve Emziren Kadınlar Yönetmeliği (GebeEKY) m.15, işverenlere, emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak bu yükümlülük, yalnızca kadın işçi sayısı esas alınarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık oluşturan bu madde uyarınca,

“Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur (m.15/1).

Eğer işyerlerinde yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150’den çok kadın işçi çalıştırılıyorsa, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması ve bakılması, emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunludur.

Yurt açma yükümlülüğünde olan işverenler yurt içinde anaokulu da açmak zorundadırlar.

Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa, işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (m15/2).

Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın işçilerin toplam sayısı dikkate alınır (m.15/4)”.

- GebeEKY’deki ”oda ve yurt” sözcüğü”, Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu mevzuatıyla uyum sağlanması için, “kreş ve gündüz bakım evi” olarak değiştirilmelidir.

- GebeEKY’de, işverenin emzirme odası ve bakım yurdu açması için, yalnızca kadın işçilerin sayısının esas alınması (m15/ 1 ve 2), işverenlerin bu yükümlülüğünden kaçınmak için kadın işçi sayısını öngörülen rakamların altında tutmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla kadınların çalışma olanakları kısıtlanmaktadır. Bu nedenle işverenin emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü, kadın ve erkek işçi sayısının toplamı dikkate alınarak belirlenmelidir³⁵.

- Toplam (kadın ve erkek) işçi sayısı esas alınarak emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getirilen işverenlere vergi muafiyeti sağlanmalıdır³⁶.

bb. İşverenlerin Ortaklaşa Kreş ve Gündüz Bakım Evleri Açmaları³⁷

GebeEKY m.15 f.3 uyarınca,

“İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, bu Yönetmelik'te öngörülen nitelikleri taşıyan yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler (m.15/3)”.

Bu düzenlemeye ek olarak Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu m.20 f.1'e eklenecek bir cümleyle Organize Sanayi Bölgelerinde çalıştırılan işçi sayısına bakılmaksızın, kreş ve gündüz bakım evleri, yaşlı ve engelli hizmet merkezleri açma yükümlülüğü getirilmelidir.

“Alt yapı tesisleri kurma, kullanma ve işletme hakkı” başlıklı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu m.20 f.1 uyarınca,

“OSB'lerin ihtiyacı olan elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz, arıtma tesisi, yol, haberleşme, spor tesisleri gibi alt yapı ve genel hizmet tesislerini kurma ve işletme, kamu ve özel kuruluşlardan satın alarak dağıtım ve satışını yapma, üretim tesisleri kurma ve işletme hakkı sadece OSB'nin yetki ve sorumluluğundadır. Ancak, atıkların ortak arıtma tesisinin kabul edebileceği standartlara düşürülmesi amacıyla münferiden ön arıtma tesisi yapılması gerekir”.

bc. Kreş ve Gündüz Bakım Evlerinden Yararlanabilenler³⁸

GebeEKY m.16 uyarınca,

“Oda ve yurtlardan, kadın işçilerin çocukları ile erkek işçilerin annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar. Odalara 0-1, yurtlara 0-6 yaşındaki çocuklar alınır (m.16/1)”.

Bu hüküm eleştiriye açıktır. Bu hak, erkek ve kadına eşit olarak sağlanmalıydı. Çünkü, annenin işyerinde emzirme odası veya yurt olmaması durumunda, çocuk, babanın işyerindeki olanaklardan yararlanabilmelidir³⁹. Bu düzenleme de, kadınların çalışma yaşamında eşit fırsatlara sahip olma hakkı önünde engel oluşturmaktadır.

bc. Belediyelerin Kreş ve Gündüz Bakımevleri ve Yaşlı Bakım Hizmetleri Açmaları⁴⁰

“Belediyenin görev ve sorumlulukları”nı düzenleyen Belediye Kanunu (BelK) m.14 uyarınca,

“Belediye, kanunlarla münhasıran başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki her türlü görev ve hizmeti yapar veya yaptırır, gerekli kararları alır, uygular ve denetler.

Belediye öncelikle imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım,

kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, evlendirme, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.

Belediye, okul öncesi eğitim kurumları açabilir; Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir, bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir.

Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, belediyenin malî durumu ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak belirlenir.

Belediye hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur. Hizmet sunumunda özürlü, yaşlı, düşkün ve dar gelirli durumuna uygun yöntemler uygulanır”.

Anayasa Mahkemesi, Belediye Kanunu'nun, 14. maddesinin, 1. fıkrasını ve 4. fıkrasında yer alan “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir...” ibaresini iptal etmiştir (6 Haziran 2007).

Büyükşehir Belediyesi Kanunu (BBelK) m. 7 bent (v) uyarınca,

“v) Sağlık merkezleri, hastaneler, gezici sağlık üniteleri ile yetişkinler, yaşlılar, engelliler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik her türlü sosyal ve kültürel hizmetleri yürütmek, geliştirmek ve bu amaçla sosyal tesisler kurmak, meslek ve beceri kazandırma kursları açmak, işletmek veya işlettmek, bu hizmetleri yürütürken üniversiteler, yüksek okullar, meslek liseleri, kamu kuruluşları ve sivil toplum örgütleri ile işbirliği yapmak.

İlçe ve ilk kademe belediyelerinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile birinci fıkrada sayılanlar dışında kalan görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

...

d) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerden; otomatik spor, dinlenme ve eğlence yerleri ile parkları yapmak; yaşlılar, özürsümler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik sosyal ve kültürel hizmetler sunmak; mesleki eğitim ve beceri kursları açmak; sağlık, eğitim, kültür tesis ve binalarının yapım, bakım ve onarımı ile kültür ve tabiat varlıkları ve tarihî dokuyu korumak; kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin geliştirilmesine ilişkin hizmetler yapmak.

...

Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda yapılacak yeni düzenlemelerle, belediyelere kreş ve gündüz bakım evleri, yaşlı ve engelli hizmet merkezleri açma yükümlülüğü getirilmelidir.

bd. Sendikaların Kreş ve Gündüz Bakım Evleri, Yaşlı ve Engelli Hizmet Merkezleri Açması⁴¹

"Sendika ve Konfederasyonların Sosyal Faaliyetleri" başlıklı Sendikalar Kanunu (SenK) m.33 uyarınca,

"Sendika ve konfederasyonlar tüzelkişi olarak genel hükümlere göre sahip oldukları yetkilerden başka, aşağıda belirtilen faaliyetlerde de bulunabilirler:

...3. İşçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertipleme; sağlık ve spor tesisleri, kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri kurmak, işçilerin boş zamanlarını iyi ve nezih şekilde geçirmeleri için imkânlar sağlamak,

...

8. (Değişik 12/4/2005-5332/1) Üyelik şartı aranmaksızın, nakit mevcutlarının % 25'ini aşmamak kaydıyla ve yönetim kurulu kararıyla, ilgili bakanlıklara devretmek üzere eğitim, sağlık, rehabilitasyon veya spor tesisleri kurmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak, yurt içinde veya yurt dışında yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla afet bölgesinde konut, eğitim, sağlık veya rehabilitasyon tesisleri yapmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak".

- Bu bentlere, kreş ve gündüz bakım evleri, yaşlı ve engelli hizmet merkezleri açma yükümlülüğü de eklenmelidir.

- Sendika ve konfederasyonlardan, her yıl yeni-

lenecek somut birer "cinsiyet eşitliği planı" hazırlamaları ve kendi bünyelerinde ve işyerlerinde eşitliği sağlamak için yaptıklarını çalışma raporlarına dahil etmeleri istenmeli ve bunlar denetlenmelidir.

- Sendika ve konfederasyonlara, üyelerine cinsiyet eşitliği konusunda düzenli olarak bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü getirilmelidir.

- Sendika ve konfederasyonların zorunlu organlarında kadınların yer alabilmeleri için, kota uygulaması zorunlu hale getirilmelidir.

be. Devletin Kreş ve Gündüz Bakım Evleri Açması⁴²

Sosyal devlet olmanın gereği olarak, SHÇEK'den MEB'na devredilecek olan, kreş ve gündüz bakımevlerinin sayısı artırılmalıdır.

bf. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin Kreş ve Gündüz Bakım Evleri, Yaşlı ve Engelli Hizmet Merkezleri Açması⁴³

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun "Kamulaştırma, şirket ve vakıf kurma" başlıklı 80. maddesi uyarınca,

"Odalar, borsalar ve Birlik amaçlarını gerçekleştirmek ve faaliyet konuları ile sınırlı olmak şartı ile yetkili organlarının kararı ve Bakanlığın izni ile kamulaştırma yapabilirler. Kamu yararı kararı Bakanlıkça verilir.

Odalar, borsalar ve Birlik, bu Kanunda öngörülen ekonomik nitelikli görevlerini yapmak, meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak ve mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amaçlarıyla sınırlı olarak ve Bakanlığın izni ile kurulmuş veya kurulacak şirketlere iştirak edebilirler. Odalar, borsalar ve Birlik, amaçlarına uygun olarak eğitim ve öğretim kurumları kurmak üzere vakıf kurabilirler".

Bu maddede yapılacak değişiklikle TOBB'a, kreş ve gündüz bakım evleri, yaşlı ve engelli hizmet merkezleri açma yükümlülüğü getirilmelidir.

16. Ailevi Yükümlülükleri Nedeniyle İzin Kullanan veya İşten Ayrılanların Yeniden Eğitimi⁴⁴

Türk hukukunda ailevi yükümlülükleri nedeniyle işten ayrılanların çalışma yaşamına dönmele-

ri için yeniden eğitilmelerini öngören özel bir düzenleme mevcut değildir.

Türkiye İş Kurumu Kanunu'na buna ilişkin özel bir düzenleme konmalıdır.

17. İş ve Aile Yükümlülüklerinin Bağdaştırılması⁴⁵

“Kısmî Süreli Çalışma” başlıklı İşK m.13/son uyarınca, “İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli tam süreliye veya tam süreli kısmî süreliye geçirme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur”.

Bu düzenlemeye, çocuk, hasta, yaşlı veya engelli bakım yükümlülüğü gibi aile yükümlülükleri olan işçilere, istekleri halinde, tam süreli kısmî süreliye geçirilmede öncelik tanınacağı ibaresi eklenmelidir.

18. Kadınların Sağlıklı, Dengeli, Elverişli Bir Atmosfer ve Ortamda Çalışmalarının Sağlanması

İşyerinde cinsel taciz veya genel olarak işyerinde şiddet, kadının işgücüne katılımı önünde önemli engellerden bir tanesidir. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün yaptırdığı bazı araştırmalarda, büyük oranda kadın ya işe ilk girişinde tacize maruz kaldığı için çalışmaktan vazgeçtiğini veya tacize uğrama korkusuyla çalışmak istemediğini veya tacize uğrayabileceği endişesiyle eşinin veya erkek kardeşinin veya babasının çalışmasına izin vermediğini ifade etmektedir⁴⁶.

Bu nedenle işverenin işçilerinin kişilik haklarına saygı gösterme ve kişilik haklarını koruma, sağlıklı, dengeli, elverişli bir atmosfer ve ortamda çalışmalarını sağlama borcu dahil gözetme borcu İşK'da düzenlenmelidir.

İşyerinde psikolojik yıldırma (mobbing) TCK'da yaptırıma bağlanmalıdır.

İşyerinde cinsel taciz⁴⁷ ilk defa 2003 yılında İşK'da, 2005 yılında da TCK'da teknik anlamda düzenlenmiştir.

“İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı”nı düzenleyen İşK m.24 uyarınca;

“Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden

önce veya bildirim süresini beklemeden feshedebilir:

...

II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

...

b. İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.

...

d. İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.”

“İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı”nı düzenleyen İşK m. 25 uyarınca,

“Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeden feshedebilir:

...

II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

...

b. İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.

c. İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması”.

4857 sayılı İşK'da, ne yazık ki, işyerinde cinsel tacizle ilgili özel bir madde düzenlenmemiş, işyerinde cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğuna yer verilmemiş, işyerinde cinsel tacizin ve taciz biçimlerinin (cinsel rüşvet/gözdağı tacizi ile düşmanca ortam yaratan taciz) tanımı yapılmamıştır⁴⁸. Yalnızca işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği haller ve işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği haller içinde, cinsel taciz durumunda işçi ve işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Sonuçta sadece işten çıkma ve çıkarılmayla ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Halbuki önemli olan, cinsel tacizi önlemektir. Yaptırıma bağlamak önemli olmasına rağmen, öncelikli olan işverenlere işyerinde cinsel tacizi önleyici önlemler alma ve mekanizmalar oluşturma yükümlülü-

ğü getirilmesidir. Ayrıca işverenlere, her işyerine giren işçi veya işçilere işyerinde cinsel taciz konusunda eğitim verme yükümlülüğü getirilmelidir.

Öte yandan İşK m.24/II (d)'deki "İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa" biçimindeki düzenleme de sorunludur. Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. İşverenin tacizi bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde şikâyet koşulu aranmamalı, şikâyet bunun dışındaki hallerde aranmalıdır.

"Cinsel taciz"i düzenleyen TCK m.105 uyarınca;

"(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz".

Bu maddenin 1. fıkrası sorunludur. Çünkü bu fıkra uyarınca, bir davranış niteliği gereği cinsel bir davranış olsa bile, cinsel amaç güdülmemişse cinsel taciz oluşturmayacaktır. Bu düzenlemede, mağdur değil, fail esas alınmaktadır. Failin saikine bakılmaktadır. Fail, cinsel amaç gütmemişse, cezası daha hafif olan hakareten yargılanacaktır. Bu nedenle bu fıkradaki "cinsel amaçlı" ibaresi çıkarılmalıdır⁴⁹.

19. İş Sözleşmesinin Feshinde Ayrımcılık

a. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki Kadınlara Fesih Halinde Ödenecek Ayrımcılık Tazminatı⁵⁰

İş güvencesi kapsamı dışındaki kadınların belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine, örneğin cinsel taciz veya cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle, idari veya adli makamlara başvurması veya bu hususta başlatılmış sürece katılması nedenleriyle; cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülük-

leri, hamilelik, doğum ve benzeri nedenlerle; 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi; veya hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık nedeniyle fesih halinde, hem İşK 5. maddeye göre cinsiyet ayrımcılığı, hem de İşK 17. maddeye göre kötüniyetli fesih söz konusu olur. İşçi bu durumda seçimlik bir hakka sahiptir. Bir başka deyişle ya 5. maddeye ya da 17. maddeye dayanarak dava açabilir.

İşK m.5/3 uyarınca, "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin...sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz". İşK m.5 uyarınca dava açıldığında, işçi, ayrımcılık tazminatı olarak dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat talep edebilir (İşK m.5/6).

İşK m.17 uyarınca kötüniyetli fesih iddiasıyla dava açıldığında ise işçi kötüniyet (ayrımcılık) tazminatı olarak bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat talep edebilir (İşK m.17/8).

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi üç yıla kadar sürmüştse, İşK m.5 uyarınca dava açması talep edilebileceği tazminat açısından lehine bir sonuç doğururken; üç yıldan fazla sürmüştse İşK m.17 uyarınca dava açması lehinedir.

Çünkü İşK. m.17 f.2 uyarınca, iş sözleşmeleri;

"a. İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b. İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c. İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d. İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Feshedilmiş sayılır".

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilirdiğinden (İşK m.17/2), bu sürelerin sözleşmelerle artırıldığı hallerde, artırılan süreler dikkate alınarak hangi madde çerçevesinde dava açmanın lehte olacağına saptanması gerekir.

Aynı davranışın iki ayrı düzenlemeyle farklı tazminatlarla yaptırıma bağlanmış olması ve aşağıda

görüleceği gibi ispat yükünün farklı biçimlerde düzenlenmiş olması, eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle İşK m.5'deki düzenleme esas alınarak, İşK m.17 yeniden düzenlenmelidir.

b. İş Sözleşmesinin Feshinde Ayrımcılık Halinde Tazminat Üst Limiti⁵¹

ba. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler

“Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı İşK m.21 f.1 uyarınca, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur”.

bb. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçiler

“Sürelili feshi” başlıklı İşK m.17 f.1 uyarınca, “Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

İş sözleşmeleri;

a. İş altı aydan az sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b. İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c. İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d. İş üç yıldan fazla sürmüştür işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra,

Feshedilmiş sayılır”.

Bu maddenin 5. fıkrası uyarınca,

“...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.”

Bu fıkraya göre, iş güvencesi kapsamı dışındaki kadın işçilerin iş sözleşmelerinin ayrımcılık nedeniyle feshi, kötüniyetli fesih oluşturacak ve kötüniyetle iş sözleşmesi feshedilen kadın işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenecektir.

İşK m.21 f.1'da öngörülen (işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat) ve İşK m.17 f.1'de öngörülen (bildirim süresinin üç katı tutarında tazminata ilişkin) düzenlemeler kaldırılmalıdır. Çünkü ayrımcılık tazminatına ilişkin üst sınır, 76/207/EEC sayılı AB Yönergesi'ne aykırıdır⁵².

bc. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki Kadınların Cinsiyete Dayalı Fesihle Ayrımcılığı İspat Yükü⁵³

Yukarıda da belirtildiği üzere, iş güvencesi kapsamı dışında çalışan kadınların belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine, örneğin cinsel taciz veya cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle, idari veya adli makamlara başvurması veya bu hususta başlatılmış sürece katılması; cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve benzeri nedenlerle; 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi; veya hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık nedeniyle feshedilmesi halinde, hem İşK 5. maddeye göre cinsiyet ayrımcılığı, hem de İşK 17. maddeye göre kötüniyetli fesih söz konusu olur.

İşK m.5 uyarınca dava açılması halinde ispat yükü açısından İşK m.5/son uygulama alanı bulur. Bu fıkra uyarınca, “20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur”.

Ayrımcılık hallerinde kötüniyetli fesih iddiasıyla İşK m.17 uyarınca dava açıldığında ise, Medeni Kanun (MK) m.6 uyarınca, ayrımcılık iddiasını işçi ispat etmek zorundadır. MK m.6 uyarınca, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”.

Ayrımcılık hallerinde kötüniyetli fesih iddiasıyla dava açıldığında ispat yükünün işçide olması yükümlülüğü, 15 Aralık 1997 tarihli Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükü Hakkında 97/80/EC sayılı AB Yönergesi'ne⁵⁴ aykırıdır. Dolayısıyla, ayrımcılığa dayalı kötüniyetli fesih halinde de ispat yükü, İŞK m.5'deki gibi düzenlenmelidir.

bç. İş Güvencesi Kapsamındaki Kadınların Cinsiyete Dayalı Fesih İspat Yükü⁵⁵

İŞK m. 20/2 uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iade davası açtığı anda, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Bu düzenlemeyle ispat yükü, işverenin iddiasının aksini ileri süren, örneğin ayrımcılık iddiasında bulunan işçiye yüklenmiştir. Bu düzenleme, 97/80/EC sayılı AB Yönergesi'ne aykırıdır. Dolayısıyla, bu maddedeki ispat yükü, İŞK m. 5'deki gibi düzenlenmelidir.

bd. İş Güvencesi Kapsamındaki Kadınların Cinsiyete Dayalı Fesih İşe İade Davası Açma Zorunluluğu⁵⁶

İŞK m.18 uyarınca, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak; cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve benzeri nedenler; 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek; hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık iş güvencesi kapsamında olup belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan kadınlar için geçerli birer fesih sebebi değildir.

İŞK m.20/1 uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir.

Bu düzenlemede, işçiye geçersiz veya ayrımcı-

lığa dayalı fesih halinde, sadece işe iade davası açma olanağı tanınmakta, işe geri dönmek istemeyen işçiye tazminat talep etme olanağı tanınmamaktadır.

Oysa işverene geçersiz veya ayrımcılığa dayalı fesih halinde seçimlik bir hak tanınmıştır. İŞK m. 21/1 uyarınca, "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur".

İşverene işçiyi isterse işe alma, istemezse onun yerine tazminat ödeme olanağı tanınmışken, işçiye bu olanağın tanınmaması adil değildir. Kanımca işçiye de seçimlik hak tanınmalıdır. Çünkü işten çıkarılma aşamasında, örneğin psikolojik şiddete maruz kalan kadın işe dönmek istemeyebilir. Yalnızca uğradığı ayrımcılığa karşı tazminat talep etmek isteyebilir.

20. Cinsiyete Dayalı Fesih Halinde İdari Yaptırımlar

İŞK m.99 uyarınca, İŞK'nun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir.

Bu maddedeki para cezası miktarı, yukarıda da belirtildiği gibi caydırıcı değildir. Bu nedenle artırılmalıdır⁵⁷.

21. İşten Çıkarılmayı Teşvik

İŞK'nın kıdem tazminatını düzenleyen ek 14/2 maddesi uyarınca,

"Kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş sözleşmesini sona erdirmesi hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir".

Bu düzenleme, kadınların eşleri tarafından işten çıkarılmasını teşvik eden bir düzenleme olmasına rağmen, kadınlar çocuk doğurduklarında çocuk bakım hizmetlerinden yararlanma olanakları yoksa işten ayrılabilirliklerinden, bu düzenleme

kadınların bakım ve aile yükümlülüklerini hafifleten mekanizmalar oluşturuluncaya kadar korunmalıdır.

22. Sivil Toplum Kuruluşlarının Kadın Üyelerini Temsil Edebilme İhtiyacı

76/207/EEC sayılı Kadınlara ve Erkeklerle İşe Girişte, Mesleki Eğitimde, İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşulları Konusunda Eşit Davranma Temel İlkesinin Geliştirilmesi Hakkında Yönerge'yi değiştiren 2002/73/EC sayılı AB Konsey Yönergesi m.6/3 uyarınca, Yönerge hükümlerinin uygulanmasında meşru çıkarı olan dernek, kuruluş ve sair oluşumlar, her türlü adli ve idari eylemde şikayetçinin onayıyla şikayetçi adına hareket edebilir veya ona yardımcı olabilir.

Türk hukukunda yalnızca Sendikalar Kanunu'nda (m.32/3) sendikalara üyelerini ve hak sahiplerini temsilen dava açabilme ve açılmış olan davaya müdahale edebilme olanağı tanınmaktadır. STK'ların kadın üyelerini temsil edebilmeleri için İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

23. Sosyal Güvenlik Mevzuatı

a. Aile Yardımları Sigortası⁵⁸

Aile yardımlarının amacı, bir toplumdaki aileler arasındaki dikey ve yatay adaleti sağlamaktır. Şöyle ki gelir durumu düşük olanlara yapılan ödemeye bu ailelerin yoksulluğu azaltılarak veya engellenerek dikey adalet; çocuklu ailelere yapılan ödemeye çocuklu ve çocuksuz aileler arasındaki yatay adalet sağlanmak amaçlanmaktadır. Çünkü çocuk sahibi olmak, ailenin masraflarını artırır. Aile yardımı, toplumda sosyal adaleti ve dengeyi sağlamaya yönelik kurumlardan biridir. Aile yardımlarının hukuksal temelleri Anayasamızda mevcuttur. Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir Devlettir. 5. maddesi uyarınca, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldır-

Vergi ve sigorta indirimlerinin özellikle genç kadın işsizler ile çocuk sahibi olması nedeniyle işten ayrılan kadınları kapsayacak biçimde uygulanması, işgücüne katılım oranını artıracaktır.

maya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevlerindedir. 41. maddesi uyarınca, "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır (f.1). Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar (f.2)". 60. maddesi uyarınca, "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir (f.1). Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar".

Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki UÇÖ Sözleşmesi'nde yer alan 9 sigorta kolundan bir tanesi de aile yardımları sigortasıdır.

Türkiye'de aile yardımlarından toplumun geneli veya bütün çalışanlar yararlanmamaktadır. Türk sosyal güvenlik hukukunda aile yardımları, ebeveynlerin çalışma statüleriyle ilişkilendirilmiştir. Bir başka deyişle aile yardımları, yalnızca memurlara, 1965 tarihli Devlet Memurları Kanunu ile tanınmış olan bir haktır. Devlet, işçilere ve bağımsız çalışanlara aile yardımı ödemekle yükümlü değildir. Kuşkusuz ki toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçiler, toplu iş sözleşmelerinde hüküm varsa, işveren tarafından ödenecek olan aile yardımlarından yararlanabilirler.

Oysa çocuk için aile yardımları ödeneği, kadınların işgücüne katılımını teşvik etmenin aracıdır. Ancak bunun çocuk doğurmayı da teşvik edebileceği endişesi nedeniyle ve Türkiye'de doğum oranı, genç nüfus ve genç nüfus içinde işsizlik oranı yüksek olduğu için, hükümetler ne aile yardımlarının kapsamını genişletmek ne de Devlet Memurları Kanunu'nda çok sembolik olan aile ödeneği tutarını artırmak niyetindedir. Nitekim, her ne kadar aile yardımlarının doğum oranı üzerindeki etkisine

ilişkin veri bulunmamakla beraber, 17.12.2004 tarihli Sosyal Yardımlar ve Primsiz Ödemeler Kanunu Tasarısı, yalnızca çocuklu yoksul aileleri kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Tasarı, çalışanları kapsamamaktadır. Oysa en çok iki çocuk için aile yardım ödeneği ödenecek biçimde bir düzenleme yapılabilir.

b. Yaşlılara Yönelik Bakım Sigortası Kurulması ve Evde Bakım Hizmetlerinin Yaygınlaştırılması

Ülkemizde bakım hizmetlerine ilişkin bir sigorta kolu bulunmamaktadır. Evde bakım hizmetleri ise pahalı ve yetersizdir. Kurulacak bakım sigortası ya da evde bakım hizmetlerinin mevcut hastalık sigortasından sağlanması ile yaşlı bakımı sağlanabilir⁵⁹.

c. Kadınların Emeklilik Sürelerinin Kısaltılması

Aile yükümlülükleri nedeniyle çalışmaya belli bir süre ara veren kadın sayısı yüksektir. Bu da sigortalı çalışan kadınların sigorta primlerinin sürekli ödenmesi önündeki engellerden biridir. Ayrıca kısmi süreli işlerde çalışanların veya iş güvencesinin bulunmadığı küçük işletmelerde çalışanların çoğunluğu da kadınlardır. Bunun sonucunda kadınlar yasal süreleri dolduramadıkları için emekli olamamakta ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanamamaktadır. Bu nedenle kadınlar kayıtdışı çalışmaya razı olabilmekte veya çalışmak istememektedirler. Türkiye’de yaşlılık aylığı alabilmek için mevcut şartlarda kadınların 58, erkeklerin ise 60 yaşını doldurması ve 7000 gün sigorta primi ödemiş olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla kadın olma nedeniyle erken emekli olma olanağı sadece iki yıla sınırlıdır. Üstelik kadınlar emekli olabilmek için erkekler gibi 7000 gün sigorta primi ödemek zorundadır. Oysa çocuk ve yaşlı bakımı nedenleriyle erkekten işgücü piyasasından ayrılan kadının emekli olabilmek için 7000 gün gibi yüksek bir gün sayısını doldurması zordur. Anayasa Mahkemesi tarafından bazı maddeleri iptal edilen ve yeniden düzenlenmesi ve uygulanması seçim sonrasına ertelenen Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, kadının özel durumunu dikka-

te almamakta ve biçimsel eşitlik anlayışıyla prim ödeme gün sayısı, erkeklerinki gibi, ağırlaştırılmaktadır. Oysa olması gereken, kadının erkeğe göre erken emekli olması ve yaşlılık aylığına daha çabuk kavuşmasının sağlanmasıdır. Nitekim yaşlanan nüfusuna karşın Avrupa kıtasındaki 46 ülkenin sadece 16’sında kadın ve erkeğin emeklilik yaşı aynıdır. Otuz ülkenin çoğunda ise kadınlar erkeklere göre 5 yıl erken emekli olma hakkına sahiptirler. Emeklilik gibi bir hakkın zorlaştırılması, kadının kayıtdışı çalışmasını körüklemekte veya işgücü piyasasına katılımını düşürebilmektedir⁶⁰.

24. İşverenleri Kadınları Sigortalı Olarak Çalıştırmaya Teşvik

Sigortasız çalıştırılan kadın sayısı erkeklere kıyasla daha yüksektir. Bunun engellenmesi için önerilebilecek yollardan biri, işverenleri kadınları sigortalı çalıştırmaya teşvik edici önlemler almaktır. Çeşitli sektörlerde kadınlara yönelik vergi ve sigorta prim indirimleri işverenleri hem kadın çalıştırmaya hem de sigortalı olarak çalıştırmaya teşvik edecektir. Vergi ve sigorta indirimlerinin özellikle genç kadın işsizler ile çocuk sahibi olması nedeniyle işten ayrılan kadınları kapsayacak biçimde uygulanması, işgücüne katılım oranını artırabilecektir⁶¹.

25. İşsizlik Dönemlerinde Gelir Güvencesi

Kadınlar daha çok güvencesiz işlerde çalıştıkları veya kısmi süreli işlerde çalıştıkları veya çocuk, hasta, engelli yaşlı bakımı nedeniyle çalışmaya belli dönemlerde ara vermek zorunda kaldıkları için, iki iş arasındaki geçiş döneminde ekonomik olarak desteklenmeleri gerekmektedir. Bu nedenle İşsizlik Sigortası Kanunu’nda yapılacak değişikliklerle işsizlik sigortası hak etme koşulları ve düzeyinin yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

26. İş Aramanın Kolaylaştırılması

Sosyal ortaklar ve istihdam hizmetlerinin desteği ile işsiz kadınların aktif olarak iş aramaları kolaylaştırılmalıdır.

27. İstihdamda Eşitliğin İzlenmesi ve Denetimi⁶²

İstihdamda kadın-erkek eşitliğiyle ilgili mevzuatın uygulanmasının sağlanması için, söz konusu mevzuatın uygulanmasının izlenmesi ve denetimi son derece önemlidir. Bunun için,

- TBMM Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu kurulmalıdır. Bu Komisyon'un kurulması için TBMM Tüzüğü'nde değişiklik yapılmalıdır. Bu komisyon, istihdamda eşitliğin uygulanmasını izleyerek yıllık raporlar yayımlamalı ve aksayan hususlarda öneriler önermelidir.

Ayrıca,

- Özerk İstihdamda Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu'na ve
- Özerk Kadın-Erkek Eşitliği Ombudswomanı'na (kadın kamu denetçiliği birimine) ihtiyaç vardır.
- Bu birimler kuruluncaya kadar ÇSGB bünyesinde Kadın İş Müfettişliği Birimi kurulmalıdır.

28. İstihdamla İlgili Mekanizmalarda Kadınların Temsili İhtiyacı⁶³

İstihdamda kadın-erkek eşitliğinin Türkiye'deki istihdamla ilgili politikaların odağında yer alabilmesi ve geliştirilen makro ekonomik ve sosyal politikaların toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetebilmesi için istihdamla ilgili politikaları belirleyen bütün mekanizmalarda kadınlar temsil edilmelidir. Bu amaçla;

- Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında, toplumsal uzlaşma ve işbirliğini sağlamak, sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak istişari mahiyette ortak görüş belirlemek için kurulmuş olan Ekonomik ve Sosyal Konsey'de kadın üyelerin bulunması ve kadın istihdamıyla ilgili bir kurul kurulması zorunlu hale getirilmelidir.

- Ayrıca Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te değişiklik yapılarak Üçlü Danışma Kurulu'nda kadın üyelerin bulunması ve Kurul'da ka-

dın istihdamıyla ilgili araştırma ve inceleme yapmak, görüş bildirmek ve raporlar hazırlamak üzere bir kadın komisyonu kurulması zorunluluğu getirilmelidir.

29. Kadınların İstihdamını İlgilendiren Konularda Koordinasyonun Güçlendirilmesi İhtiyacı

İstihdamla ilgili hukuksal düzenlemeler hazırlanırken kadın istihdamıyla doğrudan ilgili üç bakanlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personelinden Sorumlu Devlet Bakanlığı, Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı ve ÇSGB'ye bağlı birimler, TÜİK, DPB, KSGM ve DPT'nin birlikte çalışmamasından ve bunlar arasında eşgüdümü sağlayacak bir üst kurulun olmasından kaynaklanan sorunlar vardır. Bu nedenle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'de değişiklik yapılarak, ÇSGB, KSGM ve DPB bünyesinde kadın istihdamını artırmayı hedefleyen özel birimler oluşturulmalıdır.

Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı bütün bu birimlerin çalışmalarını koordine etmelidir.

Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, bu birimlerle ve konunun uzmanlarıyla birlikte beşer yıllık İstihdamda Ulusal Eylem Planları hazırlamalı ve Plan'ın uygulamasını izlemelidir.

30. İstatistik Verilerin Tutulmasının Önemi⁶⁴

Kadın istihdamı konusunda geleceğe yönelik politikaların geliştirilmesi, planlamaların yapılabilmesi ve önlemlerin alınabilmesi için, mevcut durumun ne olduğunun ve gelişmelerin bilinmesi büyük önem taşımaktadır. Bu konuda toplanacak istatistik veriler ve göstergeler, kanun koyucu, uygulayıcılar, kamu kurum ve kuruluşlarının yetkili organları, özel kuruluşlar ve araştırmacılar için yol gösterici olacaktır. Bu nedenle Türkiye İstatistik Kurumu kadın istihdamı konusunda gün-

cel, güvenilir, tarafsız ve uluslararası standartlara uygun istatistikler üretmeli ve kullanıma sunulmalıdır.

31. Kadınların Siyasete Katılımının Sağlanması⁶⁵

Kadın-erkek eşitliğinin gerçekleştirilebilmesi için kadınların siyasette yer alması şarttır. Bunun gerçekleştirilebilmesi için, Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Kanunu'nda değişiklikler yapılarak,

- siyasi partiler bünyesinde demokrasinin yerleşmesi sağlanmalı,

- siyasi partilere adaylık başvurularında paranın değil liyakatin önemli olduğu bir sistem getirilmeli,

- parti içinde yükselmenin önündeki engeller kaldırılmalı,

- uluslararası hukuk ve AY'da karşılığı olan (AY m.10) kadınlar için geçici teşvik edici önlem (kota) uygulaması düzenlenmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 (Westen, Peter (1982), "The Empty Idea of Equality", Harvard Law Review, Vol.95.
- 2 Ellis, Evelyn (2005), EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, Oxford; Mac Kinnon, Catherine (1987), Feminism Unmodified-Discourses on Life and Law, Harvard University Press, Cambridge, Mass.; MacKinnon, Catherine (1991), "Reflections on Sex Equality Under Law", Yale Law Journal, Vol. 100.
- 3 Deakin, Simon/Morris, Gillian (2005), Labour Law, Hart Publishing, Oxford.
- 4 Fenwick, Helen/Hervey, Tamara (1995), "Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice", CMLRev., Vol. 443.
- 5 Barnard, Catherine/ Hepple, Bob (2000), "Substantive Equality", CLJ, Vol. 59.
- 6 Fredman, Sandra (1999), "A Critical Review of the Concept of Equality in UK Anti-Discrimination Law", Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation. Working Paper No.3, Working Paper No.3, (Cambridge Centre for Public Law and Judge Institute of Management Studies), November.
- 7 Bkz.www.tuik.gov.tr.
- 8 Europe in figures, Eurostat Yearbook 2006-07.
- 9 Bakırcı, Kadriye, (2007), "1961, 1982 Anayasaları ve Anayasa Önerisi'nde Sosyal Haklar", Yayımlanmamış Makale; Bakırcı, Kadriye (2007), "Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler", İş Dünyasında Kadın, Türkonfed Yayını, İstanbul.
- 10 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).

- 11 TÜİK Hane Halkı İşgücü Anketi verileri, kadının eğitim seviyesi yükseldikçe işgücüne katılım oranının arttığını göstermektedir. İlkokul mezunu kadının işgücüne katılım oranı %11,30 iken meslek lisesi mezunu kadının işgücüne katılım oranı %28,30'a, üniversite mezunu kadının işgücüne katılım oranı ise %60,9'a yükselmektedir" (Yılmaz, Hakan/Karadeniz, Oğuz (2007), "Türkiye'de Kadının İstihdama Katılımını Artıracak Mali Kolaylıklar ", İş Dünyasında Kadın, Türkonfed Yayını, İstanbul).
- 12 Yılmaz/Karadeniz.
- 13 Yılmaz/Karadeniz.
- 14 Yılmaz/Karadeniz.
- 15 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 16 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 17 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 18 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 19 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 20 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 21 Bakırcı, K. (2006), "İşçi Kadınların İnsan Hakları", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 3-7 Ocak 2006; Bakırcı, Kadriye (2007), "Türkiye'de Kadın Emeği ve İstihdamı İle İlgili Varolan Yasaların Değerlendirilmesi", Kadın Emeği ve İstihdamı, İstanbul, Friedrich Ebert Stiftung Derneği ve Kadınlarla Dayanışma Vakfı; Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 22 Bkz. 2002/73/EC sayılı Konsey Yönergesi ile değiştirilmiş 76/207/EEC sayılı Kadınlara ve Erkeklerle İşe Girişte, Mesleki Eğitimde, İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşulları Konusunda Eşit Davranma Temel İlkesinin Geliştirilmesi Hakkında Yönerge.
- 23 Bakırcı, (İşçi Kadınların İnsan Hakları); Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emeği ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 24 Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emeği ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 25 Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emeği ve İstihdamı).
- 26 ATAD, 2.7.1993, M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.
- 27 Yılmaz/Karadeniz.
- 28 Bakırcı, Kadriye (2007), Ağır ve Tehlikeli İşlerde Kadınlar İçin Öngörülen Çalıştırma Yasakları ve Ayrımcılık", Yayımlanmamış Makale; Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 29 Bakırcı, Kadriye (2004), Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul; Bakırcı, (Ağır ve Tehlikeli İşler).
- 30 Bakırcı, (Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması); Bakırcı, (Ağır ve Tehlikeli İşler).
- 31 Bakırcı, (Ağır ve Tehlikeli İşler); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).

- 32 Bakırcı, (Ağır ve Tehlikeli İşler); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 33 Bakırcı, Kadriye (2006), "Protection of Women Employees Before and After Childbirth in Turkish Employment Law", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 22, Issue 4, December; Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı).
- 34 Bakırcı, (Protection of Women Employees); Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı).
- 35 Süral, Nurhan (2002), *Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye*, KSGM, Ankara.
- 36 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 37 Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı).
- 38 Bakırcı, (Protection of Women Employees); Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı).
- 39 Süral.
- 40 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 41 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 42 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 43 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 44 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 45 Bakırcı, Kadriye (2006), "Reconciliation of Paid Work and Family Responsibilities Under Turkish Law", *Joint Project on Gender Equality in the Labour Market by the Ministries of Employment of Turkey and Netherlands*, 3rd Seminar on Policies to Reconcile Work and Caring Responsibilities, Possibilities for Implementation in Turkey, Istanbul, 6-7 March; Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 46 Bakırcı, Kadriye (2000), *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz*, İstanbul, Yasa Yayınları.
- 47 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 48 Bakırcı, Kadriye (1998), "Sexual Harassment in the Workplace in Relation to EC Legislation", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol.3, No.1; Bakırcı, (İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz).
- 49 Bakırcı, K. (2001), "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı", *İstanbul Barosu Dergisi*, S.1, Mart; Bakırcı, (İşçi Kadınların İnsan Hakları); Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 50 Bakırcı, (Protection of Women Employees); Bakırcı, K. (2006), *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.2, Haziran.
- 51 Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 52 ATAD, 2.7.1993, M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.
- 53 Bakırcı, (Sexual Harassment in the Workplace in Relation to EC Legislation); Bakırcı (Protection of Women Employees); Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 54 Bakırcı, (Sexual Harassment in the Workplace in Relation to EC Legislation).
- 55 Bakırcı (Protection of Women Employees); Bakırcı, (Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 56 Bakırcı, (Türkiye'de Kadın Emegi ve İstihdamı); Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 57 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 58 Bakırcı, K. (2005), "Family Allowances in Turkish Social Security Law", the VIIIth European Congress of the International Society for Labour and Social Security Law, Bologna (İtalya), 20-23 Eylül; Bakırcı, K. (2006), "Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Aile Yardımları", *Hukuk ve Adalet*, Yıl:2, S.8, Nisan.
- 59 Yılmaz/Karadeniz.
- 60 Yılmaz/Karadeniz.
- 61 Yılmaz/Karadeniz.
- 62 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 63 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 64 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).
- 65 Bakırcı, (Kadının İşgücüne Katılımının Artmasını Sağlayacak Hukuksal Düzenlemeler).

Doç. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları

1. GENEL OLARAK

20. yüzyılın son çeyreğinde tüm dünyada yaşanan dönüşüm ve globalleşme süreci iletişim olanaklarının da gelişmesiyle çalışma ilişkilerini kökten etkilemiştir. Artık üretim yerel değil ulusal, hatta global düzeyde; tüm dünya ile rekabet eder şekilde gerçekleşmekte, istihdam koşullarını çoğu zaman piyasa koşulları belirlemektedir. Böylesi bir yapılanmada, klasik tam günlük tipik çalıştırmayı öngören iş hukuku kuralları işletmelerin rekabet gücünü zayıflatmakta; işletmeler piyasa koşullarının gereği olarak daha esnek iş ilişkileri talep etmekte ve bunlara yönelmektedirler¹. Bugün çalışma yaşamı ve çalışma ilişkileri ekonomik, toplumsal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak önceki dönemden çok farklı bir görünümündedir. Klasik iş hukuku kalıpları güncel gerekleri karşılayamamakta, özellikle kriz dönemlerinde çözüm üretmemektedir. Bu anlamda katı iş hukuku hükümlerinin yerini kaçınılmaz biçimde daha esnek iş hukuku düzenlemeleri ve mekanizmaları almaktadır.

İş hukukunda esneklik genelde çalışma süreleri, istihdam türleri, ücret ve işyerindeki işçi sayısı/iş güvencesi bakımından sayısal esneklik şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmanın konusuyla yakından ilgili olan iş sürelerinin esnekleştirilmesi, taraflara tanınan hukuki araçlarla iş sürelerini çeşitli ihtiyaçlara cevap

verebilmek üzere değişik şekillerde düzenleyebilme olanağı tanıyan esnek bir sistemin oluşturulmasıdır. Esneklikle var olan katı kurallar ortadan kaldırılmakta ya da emredici kurallara istisnalar getirilerek tarafların irade ve sözleşme özgürlüğü alanları genişletilmektedir².

Esnekleştirmeden işçi ve işverenlerin beklentileri birbirinden farklıdır. İşverenler işletmeyi korumak amacıyla işçileri değişen ekonomik ve teknolojik şartlara göre değişken şekilde çalıştırmayı hedeflerken; işçiler, çalışma koşul ve biçimlerinin kendilerine daha çok serbest zaman kalmasını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesini, ama belli bazı güvenceleri de korumayı arzu etmektedirler. Bu yaklaşımla esnekleşme bir yandan işletmelerin üretim kapasitesinin, piyasa ve rekabet şartlarına uyumunu sağlamak, diğer yandan işçilerin sosyal ihtiyaçlarına daha fazla cevap vermek amacıyla oluşturulan bir çalışma sisteminin benimsenmesini ifade eder³.

Çağrı üzerine çalışma da böylesi bir sistemin araçları arasında yer almakta ve son yıllarda giderek artan bir uygulama alanı bulmaktadır. Çağrı üzerine çalışma ile işverenler işgücünden ihtiyaçları ölçüsünde ve gerektiği kadar yararlanmakta; işçiler ise kendilerine daha çok zaman ayırarak sosyal ihtiyaçlarını karşılayabilmektedirler.

Çağrı üzerine çalışma, iş sürelerinin ve istihdam biçimlerinin/iş sözleşmelerinin esnekleştirilmesinin

Çağrı üzerine çalışmada işçiye sürekli bir iş yükü garanti edilmemekte, işçi bu sözleşmeye bağlı olarak, çağrıldığında işyerine gidip iş görmek zorunda kalmaktadır.

oldukça özgün bir biçimdir. Ancak çağrı üzerine çalışma iş hukukunun kapsamı içinde yer almakta, dolayısıyla iş hukukunun işçiyi koruma ve işçi yararına yorum gibi temel ilkeleri bu çalışma biçimi bakımından da geçerli olmaktadır.

Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu ile giderek artan bir şekilde uygulanan, özellikle sağlık, eğitim, otel, eğlence gibi sektörlerde ekstra işçi adı altında ve bu sözleşme ile çalıştırılan işçilerin durumu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

2. ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMA KAVRAMI VE UYGULAMASI

A. Çağrı Üzerine Çalışma Kavramı

İngilizce literatürde on-call work ya da work on-call olarak ifade edilen çağrı üzerine çalışma çeşitli biçimlerde tanımlanmaktadır.

ILO'nun bir çalışmasına göre çağrı üzerine çalışma işçilerin sadece ihtiyaç duyulduğunda çağrılıp çalıştırılması esasına dayanan bir çalışmadır. Bu tür çalışma işyerinin iş yükündeki dalgalanmalara bağlı olarak gerçekleşmekte ve işçiler belli bir dönem için çağrılarak çalıştırılmaktadırlar. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile işçilerin asgari ve azami çalışma süreleri ile çağrının ne zaman ve ne şekilde yapılacağı önceden belirlenmekte ve işçiye sürekli asgari bir çalışma süresi ve ücreti garanti edilmektedir⁴. Çağrı üzerine çalışmada işçiye sürekli bir iş yükü garanti edilmemekte, işçi bu sözleşmeye bağlı olarak, çağrıldığında işyerine gidip iş görmek zorunda kalmaktadır. Ancak çağrı üzerine çalışma nöbet anlamına gelmemekte; çağrı üzerine çalıştırılan işçi de acil durumlarda çağrılıp çalıştırılan nöbetçi (icapçı) işçi niteliğini taşımamaktadır. Zira, nöbet uygulaması bakımından standart bir iş sözleşmesine nöbetle ilgili özel hükümler konulurken, çağrı üzerine çalışmaya dayalı

iş sözleşmesi bundan farklı ve özel nitelikli, kısmi süreli bir iş sözleşmesidir⁵.

Bir başka incelemede çağrı üzerine çalışma, “işçinin işyerinde bulunmamasına rağmen çağrıldığında işe hazır ve uygun olmasını öngören çalışma” biçiminde tanımlanmaktadır. Buna göre, çağrı üzerine çalışan işçi işyerine genellikle işverence kararlaştırılan koşullarla bağlanmakta; önceden belirlenen yöntemle işyerine çağrılmakta ve yine önceden belirlenmiş koşullarla, süre ve ücret düzeyiyle çalıştırılmaktadır⁶. Başka bir inceleme ise çağrı üzerine çalışmayı, “işçinin fiziksel olarak işyerinde bulunmadığı ama işverenin uygun araçlarla ve uygun sürelerde yaptığı çağrı üzerine çalışmasını öngören çalışma biçimidir” şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

ABD dışında, Avrupa orijinli bir başka tanıma göre ise çağrı üzerine çalışma işçinin haftanın, ayın ya da yılın belli zamanlarında aralıklarla ve işverence çağrıldığında çalıştırılmasını öngören bir çalışma türüdür⁸.

Alman hukukunda çağrı üzerine çalışma kapasiteye bağlı değişken iş süresi olarak adlandırılmaktadır. Alman İstihdamı Teşvik Kanunu çağrı üzerine çalışmayı “...tarafarca önceden belirli bir süre içinde işçinin toplam çalışma süresinin saptanması ve işverene işçinin işgörme edimini yerine getireceği zamanı belirleme yetkisi veren çalışma” biçiminde ifade etmektedir (Besch F.G. Art. 14. f.1)⁹.

Çağrı üzerine çalışmanın genel olarak iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde işçi ve işveren yaptıkları iş sözleşmesi ile çalışılacak süreyi belirlemekte ve böylece işçi çalışacağı süreyi bilmekte ancak bu çalışmanın ne zaman gerçekleşeceğini bilmemektedir. İkinci tür çağrı üzerine çalışmada ise hem çalışılacak süreyi ve hem de çağrının ne zaman yapılacağını belirleme yetkisi işverene bırakılmakta bu hususlarda işçinin söz hakkı bulunmamaktadır¹⁰. Alman Federal İş Mahkemesi bunlardan ikinci tür çağrı üzerine çalışmayı işçinin feshe karşı korunmasını düzenleyen hükümlerin dolanımı saymış ve geçersiz kabul etmiştir¹¹. Benzer bir sonuçta henüz 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilmeden Türk İş Hukuku bakımından ulaşıldığını söylemek mümkündür¹². Kanımızca, o dönemki sonuç bugün de geçerlidir.

Bu bağlamda bir genelleme yapmak gerekirse

Kısmi süreli iş sözleşmelerinde işçilerin çağrılmalarına gerek olmaksızın çalışmaları söz konusu iken; çağrı üzerine çalışmada, adından da anlaşılacağı gibi çağrı olmadan çalışmak mümkün değildir.

çağrı üzerine çalışma, taraflarca önceden belirli bir çalışma süresinin kararlaştırıldığı (garanti edildiği) ve işverenin önceden belirlenen koşullarla ve ihtiyaç duyduğunda işçiyi çağırıp çalıştırdığı; işçi çalışması dahi garanti edilen ücretin ödendiği bir çalışma türüdür.

B. Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesinin Benzerlerinden Ayrılması

Çağrı üzerine çalışma kısmi süreli çalışmanın, buna bağlı iş sözleşmesi ise kısmi süreli iş sözleşmesinin bir türüdür. Nitekim, çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu m.14 hükmü de (f.1) bu hususu açıkça belirtmektedir. Ancak çağrı üzerine çalışmada işçi üstlendiği işi ihtiyaç duyulduğunda ve çağrıldığında gerçekleştireceğinden taraflar sadece belli zaman dilimi içindeki toplam çalışma süresini kararlaştırmaktadırlar. Oysa kısmi süreli çalışmayı öngören iş sözleşmesinde işçinin ne zaman işe gelip, ne zaman ayrılacağı ve dolayısıyla ne kadar süre çalışma yapacağı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde bellidir. Öte yandan kısmi süreli iş sözleşmelerinde işçilerin çağrılmalarına gerek olmaksızın çalışmaları söz konusu iken; çağrı üzerine çalışmada, adından da anlaşılacağı gibi çağrı olmadan çalışmak mümkün değildir¹³.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile benzer nitelikler taşıyan bir diğer iş sözleşmesi mevsimlik iş sözleşmesidir. Mevsimlik iş sözleşmesinde işçinin çalışacağı dönemler belirliyken, çağrı üzerine çalışmada bu belirlilik bulunmamaktadır¹⁴. Mevsimlik iş sözleşmelerinde işçi yılın belirli dönemlerinde tam ya da kısmi süre ile çalıştırılmakta; bir kez çalışmaya başlayan işçi artık çağrıya ih-

tiyaç duyulmaksızın mevsim sonuna dek çalışmaktadır. Buna rağmen mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılması, çağrı usulü gibi konularda her iki sözleşme türünün birbiriyle benzerlik gösterdiği söylenebilir. Ayrıca mevsimlik işçinin faal sezon olan çalışma döneminde çağrı üzerine çalıştırılması da mümkündür¹⁵.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, sıfır saatli/zamanlı iş sözleşmeleriyle (zero-hours contract) de benzerlik göstermektedir. Her iki tür iş sözleşmesinde de işçi çağrı üzerine işyerine gelip çalışıyor olmasına rağmen; sıfır saatli/zamanlı iş sözleşmesinde işçiye belirli bir çalışma süresi/zamanı ve ücreti garanti edilmemişken; çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde işçiye çağrı yapılmaya bile belirli bir çalışma süresi ve dolayısıyla ücreti garanti edilmektedir¹⁶.

Çağrı üzerine çalışmaya benzer bir hal işçinin işe hazır ve nöbetçi/icapçı olarak acil ve beklenmedik durumlarda çağırılmasını öngören iş sözleşmesi hükümlerinin bulunması halinde ortaya çıkar. Bu tür hükümlere dayalı çalışmada işçi işverence belirlenen sınırlamalara tabi olarak işe her an hazır beklemekte; fiilen iş yapmıyor olmasına rağmen işverenin ulaşabileceği konumda bulunmaktadır. Örneğin işveren işçinin işyerinden belli bir mesafe dışına çıkmamasını, evde bulunmasını, telefon ya da çağrı cihazı taşımamasını şart koşmakta ve işçi ihtiyaç duyulduğu acil ve beklenmedik durumlarda çağrılarak işgörüme borcunu yerine getirmektedir. Bu tür çalışmada işçinin işe hazır konumda beklediği aktif ve çağrının yapılmayacağı pasif dönemler bulunmaktadır. İşçi aktif dönemde her an çağrılmaya hazır olarak beklemekte dolayısıyla işini yapmasa bile zamanını özgürce kullanamamaktadır. Pasif zamanda ise işçinin çağırılması mümkün olmamaktadır¹⁷.

İngilizce literatürde çağrı üzerine çalışmanın (on-call work) bir türü kabul edilen ve nöbetçi/icapçı (stand-by) olarak emre hazır bekleme koşulunu içeren iş sözleşmesi hükümleri Avrupa Adalet Divanının¹⁸ ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin¹⁹ birçok kararına konu olmuştur. Her iki merci de, bu tür hükümler içeren iş sözleşmelerinde nöbetçi bulunulan aktif zamanın çalışma süresinden sayılmasına ve fakat ücret hesabının normalden farklı bir şekilde yapılabileceğine hükmetmiştir. Avrupa Birliği, 1993 tarihli Çalışma Süreleri Di-

rektifinde bu tür çalışmaya ilişkin bir değişiklik yapmayı planlarken²⁰; konu birçok toplu iş sözleşmesinde gündeme gelmiş ancak bu tür (normal çalışmaya ek) nöbet hükümleri genellikle işçiler tarafından kabul görmemiştir²¹. Emre hazır nöbette (stand-by) bekleme koşulunu taşıyan iş sözleşmesi hükümleri acil durumlarda acil çağrılarını içermesi ve çağırılmadığı dönemlerde dahi işçiyi meşgul etmesiyle çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinden ayrılırken; bu tür çalışma genellikle yangın söndürme, tıbbi hizmetler vb. işlerde çalışanların iş sözleşmelerine eklenen hükümlerle gerçekleştirilmektedir.

Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm yer almamakta; "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreleri" iş süresinden sayan İş K.m.66/c hükmü ise emre hazır nöbetçi/icapçı olarak beklemeyi öngören bir düzenleme olmayıp, işçinin işyerinde arazi bir şekilde boş geçen zamanlarının çalışma süresinden sayılacağını ifade etmektedir.

C. Çağrı Üzerine Çalışmanın Avantaj ve Dezavantajları

1986 yılında yapılan bir araştırmaya göre Almanya'da kısmi süreli çalışanların %10'una tekabül eden toplam 1,4 milyon kişinin çağrı üzerine çalıştığı saptanmıştır²². 2001 tarihli bir başka çalışmaya göre ise İngiltere'de tüm çalışanların %8'i, İspanya'da %7,8'i, Finlandiya'da %5,9'u, İsviçre'de %4,9'u ve Hollanda'da %4,7'si çağrı üzerine çalıştırılmaktadır²³. Yine 2003 tarihli bir başka araştırmaya göre çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin sayısı her yıl muntazam olarak artmaktadır²⁴. 2005 tarihli bir araştırmaya göre çağrı üzerine çalışma restoranlar, hazır yemek endü-

strisinde; sağlık/tıp ve rekreasyon hizmetlerinde, ticaret, ulaşım ve kültür faaliyetlerinde giderek yaygınlaşmaktadır²⁵. 2006 tarihli bir başka araştırma ise çağrı üzerine çalışmanın en çok talebin dalgalı olduğu hizmet sektörü ile eğitim sektöründe; ayrıca büyük firmalarda vasıflı olmayan işgücü ihtiyacının karşılanmasında kullanıldığını göstermiştir. Aynı çalışmada elde edilen bir başka bulgu, esnek saatlerle çalışmak isteyen tam zamanlı işçile-

Çağrı Üzerine Çalışmanın Taraflar Bakımından Avantaj ve Dezavantajları

İşveren Yönünden

Avantajlar	Dezavantajlar
Çağrı üzerine çalışma ile dönemsel işgücü ihtiyaçları karşılanabilir. Bu esnek yöntem sayesinde iş yükü düzensizliklerinde, çağrılan işçiler optimal çözümler sağlar.	İşçilerin işletme felsefesine entegre olmasını zorlaştırır.
Gün ya da hafta içinde işin en yoğun olduğu saatlerde ya da iş yoğunluğunda beklenmedik artışların yaşandığı durumlarda önemli bir katkı sağlar.	Yüksek işgücü devrine yol açar.
Hastalık, izin ya da ailevi nedenlerle işe gelemeyecek tam zamanlı/düzenli işçilerin yol açtığı boşlukların doldurulmasına yarar.	İş kalitesinde düşüşe yol açar.
Sürekli bir işçi tarafından gerçekleştirilecek işlerde geçici boşluklar, özellikle sürekli bir işçi istihdam edilene kadar bu yolla doldurulabilir.	Personelin motivasyonunu düşürebilir.

İşçi Yönünden

Avantajlar	Dezavantajlar
Değişken ve daha kısa çalışma süreleri özellikle öğrenciler bakımından avantajlı olabilir.	Bu tür çalışmada iş güvencesi zayıftır.
Başka yolla iş piyasasına giremeyenler bu yolla çalışma imkânı bulabilir.	Önceden bilinmeyen ve düzenli olmayan çalışma süreleri uzun dönemli plan yapmayı engeller. Bu tür çalışma düşük iş tatminine yol açar.
İşçi, boşta kalan zamanı dilediği gibi kullanma avantajını elde eder.	Bu tür çalışma düşük ücrete ve yüksek ücret belirsizliğine yol açar.
	Sosyal yardımlardan ve özellikle sosyal sigortalardan düşük düzeyde yararlanma ya da hiç yararlanmama söz konusudur.

Kaynak: ILO, *On-Call Work...*, s.2.

rin de çağrı üzerine çalışmaya ciddi biçimde ilgi gösterdikleridir²⁶.

Genel bir yaklaşıma göre atipik istihdam işçiden çok işverenin yararınadır. Zira bu tür çalıştırmada işverenlerin yeni işçi alma veya mevcut işçileri işten çıkarma maliyetleri ya çok düşüktür ya da hiç yoktur. Bu genel yaklaşım çağrı üzerine çalışmaya uyarlandığında da benzer sonuçlara ulaşılabilir²⁷. Ancak kanımızca doğru yanları olmakla beraber çağrı üzerine çalışmanın işçi bakımından da bazı yararları bulunmaktadır. Örneğin çağrı üzerine çalışma ile çalışma yaşamına başka türlü giremeyecek olanlara istihdam olanağı sağlanabilir. Gençlerin çalışma yaşamına girişinin önü açılabilir. İşçiler kendilerine boş zaman ayırabilir ve bu zamanı diledikleri gibi kullanabilirler²⁸. Özetle çağrı üzerine çalışma, amacına uygun biçimde kullanıldığında hem işçi ve hem işveren yönünden olumlu sonuçlar doğurabilir.

Bütün bunların ışığında çağrı üzerine çalışmanın işçi ve işverenler yönünden olumlu ve olumsuz yanlarını belirlemek mümkündür.

D. Çağrı Üzerine Çalışmaya İlişkin Bazı Avrupa Ülke Uygulamaları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AB'nin çalışma sürelerini düzenleyen 1993 tarihli İş Süreleri Direktifi, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak, gelişen çalışma ilişkileri, artan esneklik ihtiyacı ve yaygınlaşan uygulamalar, söz konusu Direktifte değişiklik yapılması düşüncesine yol açmıştır²⁹. Bugün için Direktifte herhangi bir yasaklama bulunmadığından birçok ülke, temel sınırlamalara uyarak çağrı üzerine çalışmayı mevzuatlarına almıştır.

Almanya'da 1985 tarihli İstihdam Olanaklarını Geliştirme (İstihdamı Teşvik) Kanunu 4. Bölümünde çağrı üzerine çalışmayı, 5. bölümünde ise iş paylaşımını düzenlemiştir³⁰. Alman Federal İş Mahkemesi hem çalışma süresinin ve hem de çalışma zamanının işveren tarafından saptanmasını öngören çağrı üzerine çalışmayı işçinin feshe karşı korunmasının bir dolanımı olarak gördüğünden; söz konusu Kanun sadece taraflarca önceden belirli bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süre çalışacağını (çalışma süresini) belirledikleri türde çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi yapabilmelerine olanak tanımıştır³¹.

Almanya İstihdamı Teşvik Kanunu'na göre, taraflarca farklı bir kararlaştırmada bulunulmamışsa çağrı üzerine çalışmaya dayanan iş sözleşmesinin tarafı işçi haftada 10 saat çalıştırılmış kabul edilecektir. Başka bir ifadeyle işveren ve işçi tarafından aksi kararlaştırılmadığı sürece işçiye (çalıştırılsın ya da çalıştırılmasın) en az 10 saat/hafta ücret ödenmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, eğer sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işçi her çağrılmada en az 3 saat üst üste çalıştırılmak ya da çalıştırılmasa bile ücretlendirilmek zorundadır. Nihayet, çağrı üzerine çalışmada işçi göreceği işin çıkmasından işverenin çağrısı ile haberdar olacağından, ülkemizde olduğu gibi, işçinin işe çağrılmasının en az dört gün önceden yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre, işveren işçinin çalışma zamanını her seferinde en az dört gün önceden bildirmede işçi işgörmeye borcunu ifadan kaçınabilmektedir. Bu durumda işçi aleyhine herhangi bir yaptırım uygulanmaz³².

İtalya'da ise iş hukuku alanında büyük bir dönüşümü sağlayan Biagi Reformu 2003 tarihli ve 30 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Kanun, iş hukukunun esnekleştirilmesinde yeni istihdam hizmetleri yanında yeni iş sözleşmelerine de yer vermiştir. Biagi Reformu'yla getirilen iş sözleşmelerinden biri de çağrı üzerine çalışmaya dayanan iş sözleşmesidir. İtalya'da bunun yanında sıfır saatli/zamanlı iş sözleşmeleri de kabul görmektedir. İtalya sisteminde çağrı üzerine çalışmanın her iki türü de kanuna uygundur. Yani tarafların sözleşmeyle kabul etmesi durumunda işveren çalışma süresini belirleyebileceği gibi; hem çalışma süresini ve hem de çalışma zamanını belirleyebilmektedir. Her iki tür sözleşme de Reformun temel amacı olan yeni istihdam olanaklarını yaratmaya hizmet etmekte ve 25 yaş altı ile 45 yaş üstü işsizleri hedef almaktadır. İtalya'da 2003 tarihli Kanuna göre, iş sağlığı ve güvenliği alanında yeterlik belgesi bulunmayan işverenler çağrı üzerine çalıştırma yöntemiyle işçi çalıştıramazlar. Öte yandan grev sırasında ve toplu işçi çıkarımından sonraki 6 ay içinde (toplu iş sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmamış ise) çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri yapılamaz. Çağrı üzerine çalıştırılan işçiye, emsal işçi ücretlerine uygun bir ücret ödenmesi zorunludur. İşçi çağrılmadığı dönemlerde ücrete hak kazanamaz³³.

Hollanda'da 1999 yılında kabul edilen Esneklik

Ülkemizde çağrı üzerine çalışma ve buna dayalı iş sözleşmesi ilk kez 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlemiştir.

ve Güvence Kanunu işverenlere iş ilişkilerinde daha esnek istihdam ile geçici işçi çalıştırma olanaklarını sunarken; işçilere de bazı iş güvencesi olanakları tanımıştır. Kanun esnek-güvence (flexicurity) anlayışının da temel taşlarından. Esneklik ve Güvence Kanunu bir yandan çağrı üzerine çalışmayı hukuki bir temele oturturken, diğer yandan ciddi sınırlamalara tabi tutmuştur. Şöyle ki, bu Kanundan önceki dönemde çağrı üzerine çalışmaya dayalı, belirsiz süreli ve sıfır zamanlı iş sözleşmeleri yapılabiliyorken, Kanun sıfır zamanlı dönemi 6 ay ile sınırlandırmış; altı ayın sonunda artık işçi çalışmaya dahi ona ücret ödenmesini öngörmüştür. Ödenecek ücret ise son üç ayda ödenen ücret ortalaması üzerinden hesaplanacaktır.

Hollanda Esneklik ve Güvence Kanunu, işçinin her çağrıda en az üç saatlik ücretle ücretlendirilmesi kuralını da getirerek önemli bir ücret güvencesi sağlamıştır. Kanun ayrıca art arda üç ayda en az 20 saat çağrı üzerine çalışan işçilerin sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğini belirtmiştir. Diğer güvence önlemleriyle beraber bu sınırlamalar da dikkate alındığında Hollanda'da çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde düşüş yaşanmıştır. 1997 yılında tüm çalışanların %13'ü belirli süreli iş sözleşmeleriyle ve bunların da %13'ü çağrı üzerine çalışırken; aynı rakamlar 2002 yılında sırasıyla %15 ile %5 düzeyinde gerçekleşmiş; belirli süreli iş sözleşmeleri artarken, çağrı üzerine çalışmada düşüş gözlenmiştir³⁴.

3. TÜRK İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMA

A. 4857 Sayılı İş Kanunu Öncesi Dönem

Ülkemizde çağrı üzerine çalışma ve buna dayalı iş sözleşmesi ilk kez 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ile (m.14) düzenlemiştir. Ancak, bu tarih-

ten önceki dönemde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun bu tür sözleşmeleri yasaklamadığı kabul edildiği için, 2003 yılından önce de çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri görülmüştür. Hatta denilebilir ki, kısmi süreli iş sözleşmesinin özel bir türü olan bu sözleşme türü 1475 sayılı Kanun'da kısmi süreli sözleşmeler bakımından 4857 sayılı Kanun'daki sınırlamalar olmadığından (örneğin İş K. m.11-14) işverenler yönünden bugün olduğundan daha elverişli ve esnek imkanlar sağlamıştır.

Ülkemizde çağrı üzerine çalışmanın iş hukuku ile ilgilenenlerin gündemine işveren kesimince getirildiği söylenebilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun iş sözleşmeleri bakımından getirdiği katı hükümler ve 1990'ların sonlarında işverenlerce dile getirilen esneklik taleplerinden bir kısmını zaman esnekliği ve iş sözleşmesi türlerinde esnekleşme oluşturmuştur. Bu bağlamda özellikle Alman Hukuku örnek alınarak yeni iş kanununda çağrı üzerine çalışmaya yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) 1999, 2002 ve 2003 tarihli üç ayrı yayınında, çalışma yaşamında esneklik gereksiniminden söz ederken, önerileri arasına çağrı üzerine çalışmayı da almıştır³⁵.

Bu dönemde çağrı üzerine çalışma, kısmi çalışmanın ve esnekleşmenin özel bir türü olarak öğretinin de gündemine girmiş; özellikle Almanya uygulamasının ana hatlarına yer veren akademik çalışmalarda, ülkemizde iş hukukunun esnekleşmesi bakımından çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin gerekliliği ifade edilmiştir³⁶.

Yargıtay da 2000'lerin başında ve henüz 4857 sayılı Kanunun kabul edilmesinden önce verdiği kararlarda çağrı üzerine çalışmanın türlerini ve uygulama esaslarını gösteren kararlar vermiştir. Kanımızca bunlardan iki tanesi bugün de önemli ve anlamlı kararlardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003 tarihli bir kararında çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin türlerinden söz etmiş ve bu sözleşmenin kanunlarımızda düzenlenmemiş olmasına rağmen (Almanya ve İsviçre örneklerinden yararlanılarak) bunu engelleyen bir hükmün de bulunmadığını; dolayısıyla bu tür sözleşmelerin geçerli olduğunu belirtmiştir³⁷.

Yargıtay'ın 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde verdiği ve hatta bir değerlendirmeye³⁸ de konu

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin yazılı yapılmaması geçersizlik sonucunu doğurmamalıdır.

olan kararı³⁹ çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin feshine ilişkindir.

Karara konu olayda çağrı üzerine çalışmayı kabul eden işçi, her ay belli sayıda gün çalıştırılırken, 2 ay çağrı almaması üzere ihtar çekerek durumunu sormuş; işverenin, sözleşmenin devam ettiği beyanına rağmen, işçi iş sözleşmesinin işverence feshedildiği iddiasıyla kıdem ve ihbar tazminatlarını talep etmiştir. Yargıtay ise işçinin (iki aya yakın bir süre ve mevcut uygulamayla bağdaşmayacak ölçüde) uzunca bir süre çağrılmamasının iş koşullarında esaslı bir değişiklik ve başkalaşma anlamına geldiğine ve bu sebeple iş sözleşmesinin işçi tarafından (1475 s. İş K. m.16/II-f) feshedildiğinin kabulü ve kıdem tazminatı hakkının doğduğuna karar vermiştir.

Değerlendirmede, bu kararın 1475 s. İş K. m.61'in, iş sürelerinin haftanın günlerine eşit dağıtılmasını öngören hükmüne aykırılık dolayısıyla geçersizlik yaptırımına tabi bir iş sözleşmesine ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Ancak, iş hukukunda geçersizlik yaptırımını geçmişe yürütülemeyeceğinden işçinin geçmiş dönem haklarının korunması gerektiği belirtilmiş; karara iki üye muhalefet etmiş; karar değerlendirmesinde ise Yargıtay'ın vardığı sonuç isabetli bulunmuştur⁴⁰. Ancak karar isabetsiz bulanlar dahi iş hukukunda esneklik ihtiyacından ve (diğer esnek iş sözleşmesi türleri yanında) çağrı üzerine çalışmanın da yeni iş kanunu ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir⁴¹.

B. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çağrı Üzerine Çalışma

4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde çağrı yerine çalışmanın kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir uygulanma şekli olduğu; bu uygulamanın yargı kararlarına da yansıdığı ve sayısının giderek arttığı ifade edilmiş; bu tür sözleşmeler hakkında kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin kanun hükmündeki (tasarıda m.14; kanunlaşan metinde m.13) ilkelerin uygulanacağı ifade edilmiştir⁴².

4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı'nın TBMM'ye sevk edilen ilk halinde getirilen çağrı üzerine çalışma hükmü ile (m.15); kanunlaşan hükümde bazı farklar da (m.14) bulunmaktadır. Bunlar yeri geldiğinde ele alınacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 14. maddesine göre, "Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde işgörme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir" (m.14, f.1).

Dikkatle incelenirse, Kanununun 1. fıkrası hükmünde bir ifade bozukluğu olduğu görülür. Kanımızca doğru ifade "İşçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde işgörme ediminin yerine getirilmesinin kararlaştırıldığı iş ilişkisine çağrı üzerine çalışma; bu ilişki üzerine kurulan iş sözleşmesine, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi denir. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesine kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır." biçiminde olmalıdır.

İş Kanunu m.14, f.1 ile getirilen ve çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesine ilişkin hükümde yer alan yazılılık koşulunun ispat koşulu mu, geçerlilik koşulu mu olduğu tartışmalıdır. Ancak doktrinde, yazılılık koşulunun ispat koşulu olduğu görüşünün benimsendiği söylenebilir⁴³. Kanımızca da madde hükmündeki yazılılık koşulunun ispata ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin yazılı yapılmaması geçersizlik sonucunu doğurmamalıdır.

4857 sayılı Kanuna göre, "Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süre ile çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır" (m.14, f.2).

4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında 20 saatlik süre "10 saat" olarak yer almakta idi. Meclis'te yapılan görüşmeler sonucu kabul edilen metinde ise 10 saatlik süre 20 saate çıkarılmış⁴⁴; böylece işçiye önemli bir koruma sağlanmıştır. Zira bu hükümle, işçi çalıştırılmasa dahi haftalık 20 saatlik ücrete hak kazanabilecek ve böylece zaten işçinin mağduriyetine yol açabilecek çağrı üzerine çalışmanın bu et-

Ardı ardına birkaç günlük çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda, sadece bir kez çağrı yapılması yeterli olacak; her gün için ayrı ayrı çağrı yapılmayacaktır.

kisi kısmen de olsa önlenebilecektir. Doktrinde işçiye garanti edilen 20 saatlik sürenin çok olduğu bunun yerine daha düşük bir çalışma süresinin garanti edilmesinin daha doğru olacağı da ifade edilmektedir⁴⁵. Ancak, işçiye daha fazla güvence sağladığından 10 saatlik sürenin 20 saate çıkarılmasını olumlu karşılamaktayız.

Bu noktada belirtelim ki, çağrı üzerine çalışmaya dayanan iş sözleşmesinde taraflarca 20 saat/hafta esasının altında bir kararlaştırma anlamlı olmayacaktır. Zira, işçi çağrılmasa ve çalıştırılmasa dahi 20 saat/hafta ücrete hak kazanacağından, bu tür sözleşmelerde kural olarak 20 saat/hafta çalışma süresinin yer alacağını kabul etmek yanlış olmaz⁴⁶.

Öte yandan, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.6 hükmüne göre, kısmi süreli çalışma işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılabilir (m.6). Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ise kısmi süreli bir iş sözleşmesidir (İş K. m.14, f.1). O halde çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde tarafların haftalık çalışma süresini (45 x 2/3=) 30 saat/hafta esasının üzerinde belirleyememesi gerekecektir.

4857 sayılı Kanunun 14. maddesinin son fıkrasına göre, "İşçiden işgörmeye borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalıştırılacağı zamandan en az 4 gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi işgörmeye edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az 4 saat üst üste çalıştırmak zorundadır."

Kanunun bu hükmündeki ifadeler, bir bütün olarak 14. maddenin kendisi ve çağrı üzerine çalışmanın atipik niteliği uygulamada bir takım sorunlar yaratacak niteliktedir. Belirtilen sorunlara bu

çalışmanın amacına uygun; Kanunun lafzından uzaklaşmayan ve rasyonel çözümler getirmek zorunludur.

4. ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMAYA İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI

A. İş K. m.14'ün Anayasaya Uygunluğu Sorunu

4857 sayılı Kanunun kabulünden hemen sonra Ana Muhalefet Partisi (CHP) Kanunun bazı hükümlerinin iptali amacıyla Anayasa Mahkemesinde dava açmıştır. 11.07.2003 tarihli dava dilekçesinde İş Kanunu'nun birçok hükmü yanında çağrı üzerine çalışmaya ilişkin 14. maddesinin de Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir⁴⁷.

Ana Muhalefet Partisi iptal isteminin gerekçesinde özetle: Çağrı üzerine çalışanların ücretlerinin asgari ücretin altında kalacağı; bu kimselerin yaptıkları işe uygun adaletli ücret alamayacakları, çağrı üzerine çalışanların emeklilik haklarından yararlanabilmesinin fiilen imkansız olduğu; çağrı üzerine çalışanların örgütlenme ve sendikal çalışmalara katılma haklarından yeterince yararlanamayacakları; dolayısıyla İş Kanunu'nun çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 14. maddesinin Anayasa'nın (2, 5, 11, 13, 55, 56 ve 60.) maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise konuya ilişkin kararında özetle: Çağrı üzerine çalışmanın esnek çalışma türlerinden birisi olduğunu, uygulamanın 1475 sayılı Kanun döneminde de Yargıtay içtihatlarıyla fiilen kabul edilmiş bulunduğunu, çağrı üzerine çalışanların sendikalara üye olmak ve sendikal faaliyete katılmak konusunda diğer işçilerle bir farklarının bulunmadığını, çağrı üzerine ve normalden az çalışan işçinin daha düşük ücret almasının ücrette adalet ilkesinin bir gereği olduğunu; çağrı üzerine çalışanların, yeterli primin ödenmiş olması halinde hastalık sigortasından yararlanabileceklerini; bu kimselerin emeklilik haklarından yararlanmaları konusunun ise İş K. m.14 hükmü ile değil sosyal güvenlik mevzuatı ile ilgili olduğunu ifade ederek İş Kanunu'nun 14. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir⁴⁸.

B. Çağrının Şekli

4857 sayılı Kanununun 109. maddesi, “Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir.” hükmünü içermektedir. Madde gerekçesinde ise, bildirimlerin yazılı yapılmasının ispat yönünden getirildiği ifade edilmiştir⁴⁹.

Kanımızca bu hükmün çağrı üzerine çalışma bakımından da geçerli olması ve işverenin özellikle ispat yönünden çağrı bildirimini yazılı olarak yapmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Çağrının çalışma başlamadan en az dört gün önce yapılmasına ilişkin hükmün nispi emrediciliği konusunda aşağıdaki görüşümüz çerçevesinde, çağrı ile ilgili acil/beklenmedik bir durum söz konusu olmayacağından, yazılı çağrı bildirimini hususunda herhangi bir zaman darlığı yaşanmayacağı; çağrı dört gün önceden yapılacağı için işçinin de kendini çalışmaya hazırlayacağı rahatça ileri sürülebilecektir. Ekleyelim ki, bildirim adı yazılı şekilde yapılması yeterli kabul edilmeli; örneğin noter yoluyla yapılacak çağrı maddi bir külfet yükleyeceğinden tercih edilmemelidir. Önerilebilecek başka bir yöntem, (mümkünse telefonla uyardıktan sonra) işçiden haftanın belirli günlerinde işyerine uğrayarak varsa çağrı bildirimini yazılı biçimde tebliğinin sağlanması; bu mümkün olmazsa işyerinde ilan yoluyla tebligat yapılması ve buna ek olarak diğer iletişim olanaklarından da yararlanılması ama mutlaka yazılı ispat koşulunun gözetilmesidir. Yazılı bildirimle, zaten oldukça esnek olan çağrı üzerine çalışma ilişkisinde fesih halinin ve feshi kimin uyguladığının saptanmasında da kolaylık sağlanacaktır.

Ekleyelim ki, ardı ardına birkaç günlük çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda, sadece bir kez çağrı yapılması yeterli olacak; her gün için ayrı ayrı çağrı yapılmayacaktır.

C. Çağrı Üzerine Çalışmaya İlişkin Kanun Hükümlerinin Niteliği

Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin İş Kanunu m.14 hükmü ile ilgili en çok tartışılan konu bu hükümlerin yedek/tamamlayıcı hukuk kuralı mı; nispi emredici hukuk kuralı mı olduğuna ilişkindir. Başka bir ifade ile tarafların, çağrının dört gündün önce; örneğin bir ya da iki gün önce yapıp yapıla-

mayacağını kararlaştırabilmeleri veya işçinin her çağrıda 4 saatten az örneğin 1 ya da 2 saat çalıştırılıp çalıştırılmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Bazı yazarlara göre işverenin işçiyi çalışma zamanından en az dört gün önce çağırmasına ilişkin hüküm nispi emredici değil, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Dolayısıyla sözleşmeyle işçinin dört gündün daha kısa bir süre önce çağrılması mümkün olmalıdır. Benzer şekilde işçinin her çağrıda günlük dört saatin altında ya da üstünde çalıştırılacağına ilişkin düzenlemeler de geçerli olmalıdır⁵⁰.

Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin hükümler nispi emredici niteliğe sahip bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, maddedeki düzenlemelerin aksi, ancak işçi lehine ise kararlaştırılabilir. Bu bağlamda tarafların 20 saat/haftalık süreyi, çağrının yapılmasına ilişkin dört günlük süreyi ya da dört saat/gün üst üste çalışmaya azaltan düzenlemeleri geçerli olmayacaktır⁵¹.

Ekleyelim ki, Anayasa Mahkemesinin çağrı üzerine çalışmayı da içeren (ve bu tür çalışmayı Anayasa'ya aykırı bulmayan) kararında tarafların İş K. m.14 hükmündeki kuralların aksini kararlaştırabilecekleri ifadesi yer almakta ise de, bu kararlaştırmanın yedek hukuk kuralı anlamında işçi lehine ve aleyhine mi; yoksa sadece işçi lehine mi olduğu anlaşılmamaktadır⁵².

Kanımızca İş Kanunu'nun çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 14. maddesinde yer alan süreler hükmün ifadesi gereği “nispi emredici” nitelik taşımaktadır. Her ne kadar esnek bir çalışma ilişkisi niteliğini taşımak ve bu alandaki ihtiyacı karşılamak amacıyla getirilmiş olsa da, Kanunun ifade biçimi karşısında bir yandan işçiyi koruma, diğer yandan lafızdan uzaklaşmama kaygısı ile söz konusu hükmün nispi emredici olduğunu kabul etmek gereklidir.

Dikkat edilirse İş K. m.14 hükmünde üç tür süreye düzenlenmiştir. Bunlar haftalık çalışma süresi (20 saat); çağrı süresi (4 gün) ve günlük çalışma süresidir (üst üste 4 saat).

Bilindiği ve yukarıda ifade edildiği gibi çağrı üzerine çalışma işverenlerce esnek çalışmanın bir türü olarak talep edilmiş ve Kanunda yer bulmuştur. Esnek düzenlemelerin işçilerin ücret, iş ve sendikal güvenceleri bakımından yarattığı sakıncalar, bu tür düzenlemelerle beraber işçilere bazı güvenceler getiren hükümlerle desteklenmelidir. Bu hü-

kümler bazen açık güvenceler getirirken bazen nispi emredici nitelik taşıyarak dolaylı güvenceler sağlamaktadır.

İş Kanunu m.14, f.2'de yer alan ve haftalık çalışma süresini (tarafarca önceden bir belirleme yapılmadığı taktirde) 20 saat kabul eden düzenlemeyi bu kapsamda nispi emredici kabul etmek; böylece genel olarak sınırlı bir gelire sahip çağrı üzerine çalışan işçiye hiç değilse haftalık asgari 20 saatlik bir gelir güvencesi sağlamak kanımızca adil olacaktır. Zira, burada işçinin lehine olan düzenleme asgari haftalık sürenin 20 saat olarak kabulü ya da bu sürenin üzerine çıkılması olacaktır. Sürenin daha kısa şekilde belirlenmesi ise, yapılan işin azaltılması ile beraber, ücretin de azalması sonucunu doğuracaktır. Ücretin azalmasının ise işçinin lehine bir sonuç olmayacağı açıktır⁵³. Öte yandan, işverenin işçiye geçici bir süre ihtiyaç duymayarak onu çalıştırmaması ortalama çalıştırma borcunda geçici bir temerrüt anlamına gelir. Bu yaklaşımla da işçiye çalışmamaktan dolayı en az 20 saat/haftalık ücretin ödenmesi gerekir⁵⁴.

Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin 20 saat/haftalık sürenin nispi emredici olduğuna ilişkin olarak ileri süreceğimiz diğer iki gerekçeden ilki İş Kanunu Tasarısındaki 10 saat/haftalık sürenin Meclis'te 20 saat/hafta'ya çıkarılmasıdır. Eğer 20 saat/haftalık sürenin yedek/tamamlayıcı olduğu kabul edilirse, bu değişikliğin anlamı kalmaz. Zira, mevcut hüküm yedek/tamamlayıcı gören yaklaşıma göre 10 saat/hafta hükmü de aynı netlik taşıyacak ve değişiklik anlamsız kalacaktır. İkincisi, 20 saat/haftalık süreyi yedek/tamamlayıcı saymak, haftalık çalışma süresinin 10 saat veya 5 saat olarak belirlenmesine, hatta giderek sıfır saatli/zamanlı iş sözleşmelerinin yapılmasına olanak tanınması sonucuna yol açacaktır. Oysa ki, İş Kanunu'nda böyle bir sözleşmenin hedeflenmediği açıktır.

Dolayısıyla kanımızca, çağrı üzerine çalışmada işçi çalışsın ya da çalışmasın en az 20 saat/haftalık ücrete hak kazanmış sayılmalı; hatta aşağıda ele alacağımız gibi sosyal sigorta işlemleri de bu süre esas alınarak gerçekleştirilmelidir.

İş K. m.14'de yer alan çağrı süresinin 4 gün; günlük çalışma süresinin 4 saat olduğuna ilişkin hükümlerin nispi emredici olduğu sonucuna Kanunun lafzından hareket ederek ulaşmak da mümkündür. Zira söz konusu düzenlemeye göre; "... iş-

veren bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır... Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır". Hüküm dikkatle incelendiğinde, tarafların çağrı süresini dört günden farklı biçimde; günlük çalışma süresini de dört saatten farklı biçimde belirleyebilecekleri sonucu çıkmaktadır. Hatta hükümde en az ifadesinin yer almamış olması halinde bu sürelerin yedek/tamamlayıcı nitelik taşıdığı dahi ileri sürülebilir. Bunlara karşın Kanun metnin yer alan "en az" ifadeleri karşısında hükmün nispi emrediciliğini kabul etmek lafzın açık bir gereğidir. Bu bağlamda, kanımızca taraflarca çağrı süresi 5-6-7 gün olarak kararlaştırılabilecek ama bu süre 4 günün altına inemeyecek; çağrılan işçi günde art arda 5-6-7 saat çalıştırılabilecek ama bu süre de 4 saatin altına inemeyecektir. Dolayısıyla tarafların bu süreleri azaltan anlaşmaları geçerli olmayacağı gibi; hangi uzunlukta belirlenmiş olursa olsun, işçiye yapılan çağrı sonucu işçi bu süre içinde çalıştırılmasa dahi çalışmış kabul edilip ücretlendirilecektir⁵⁵.

D. Çağrı Üzerine Çalışanların Tatil ve İzinleri

İş Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamasıyla beraber, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne göre, kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanırlar. Bu esaslara göre izne hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konusunda bir ayırım yapılamaz (m.13). Aynı Yönetmeliğe göre, kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanlara; izin dönemlerine rastlayan çalışması gereken sürelerle ilişkin ücretleri, yıllık izin ücreti olarak ödenir (m.21, f.5).

Görüldüğü gibi, tam ve kısmi süreli çalışanlar arasında ayırımcılığı yasaklayan İş Kanunu m.13, f.2 hükmüne uygun olarak, Yönetmelikte kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanların yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanacakları düzenlenmiştir. Bu işçiler yıllık ücretli izinlerini çağrılmaları gereken/beklenen işgünlerinde ça-

lışmayarak kullanacaklardır. Bu bağlamda haftalık çalışma süresinin belirlendiği durumlarda (bu tür çalışmada, aşağıda ele alınacağı gibi hafta tatili uygulaması olmadığından) her haftanın 7 gün ve her ayın 30 gün kabul edilerek, örneğin 1 yıldan fazla hizmet süresi bulunan işçilerin 2 hafta (14 gün) çağrılmayarak yıllık ücretli izin kullanmaları ve bu dönemde çalışmaları elde edecekleri ücretlerinin kendilerine yıllık izin ücreti olarak verilmesi⁵⁶ mantıklı bir çözüm olabilecektir. Bu yol aynı zamanda Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin m.21, f.5 hükmüne de uygun bir çözüm olacak; çalışma süresinin aylık olarak belirlendiği durumlarda da kıyasen uygulamaya gidilebilecektir.

Ekleyelim ki, farklı işlem yapmama ilkesi gereği, çağrı üzerine çalışanların yıllık ücretli izne hak kazanabilmeleri için sadece fiilen çalışılan günlerin toplamı değil, iş sözleşmesinin devam süresi göz önünde tutulmalıdır⁵⁷.

Yıllık ücretli izne ilişkin bu uygulamaya karşılık, çağrı üzerine çalışan işçiler tatil gününden önce İş Kanunu'nun 63. maddesinde belirlenen iş günlerinde ve haftalık normal çalışma süresine uymaksızın kısmi süreli olarak çalıştırıldıklarından bu işçilere hafta tatili ücreti ödenmemelidir⁵⁸. Benzer biçimde bu işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günü ücretine hak kazanmadıkları da kabul edilmelidir. Ancak, bir ulusal bayram ya da genel tatil gününde dinsel ya da milli duyguları yaşamaktan mahrum kalacak şekilde çağrılan ve çalıştırılan işçiye bu çalışmasının karşılığında İş K. m.47'de yer alan zamlı ücretin ödenmesi düşünülebilir.

Yargıtay'a göre, "... çağrı esasına göre çalışan işçi hafta tatillerinde ve bayramlarda çalıştığını kanıtlayamadığından bu günlere ait ücret alacağı isteklerinin reddi gerekir"⁵⁹. Kanımızca kararın bayram (genel tatil) ücretlerine ilişkin kısmi görüşümüze örtüşürken; hafta tatillerine ilişkin kısmi, işçinin kanıtlanmasına gerek olmaksızın ve işçinin hafta tatiline hakkı bulunmadığı gerekçesine dayanmalı idi.

E. Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi ve Sonuçları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri belirsiz süreli olabi-

leceği gibi; objektif yönden esaslı bir nedenin bulunması koşuluyla (İş K. m.11) belirli süreli olarak da yapılabilir. Yargıtay da bir kararında bu hususu vurgulayarak, "Çağrı üzerine çalışmada da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren esaslı bir neden aranmalıdır" ifadesine yer vererek, bu tür nedenlerin bulunmaması halinde çağrı üzerine çalışmaya dayanan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğuna karar vermiştir⁶⁰.

Bir kez çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabilen kısmi süreli iş sözleşmeleri olduğu kabul edildikten sonra; bu iş sözleşmelerinin ne şekilde son bulacaklarını iş hukukunun temel ilkelerinden hareketle saptamak mümkündür. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin işverenin ölümü, tarafların uzlaşması, sözleşme belirli süreli ise saptanan sürenin dolması gibi genel sebeplerle⁶¹ sona erebileceği; ayrıca bu sözleşmelerin İş K.m.17 vd.'de yer alan hükümlere göre süreli, m.24-25 hükümlerine göre derhal fesih edilebileceği açıktır.

Bu bağlamda çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde İş K.m.18'de yer alan koşulların bulunması halinde işçinin iş güvencesinden yararlanması da gerekir; şu kadar ki, ilgili hükümde aranan 6 aylık sürenin hesabında işçinin fiilen çalıştığı günlerin değil iş sözleşmesinin devam ettiği sürenin tamamı dikkate alınmalıdır⁶².

Belirtmek gerekir ki, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin haftalık ya da aylık çalışma sürelerinin "yazılı" sözleşmeyle belirlenmesi; asgari 20 saat/hafta süreye ait ücrete çağrılmamasına veya çalıştırılmamasına rağmen hak kazanabilmesi hükmü karşısında (İş K.m.14, f.2) yukarıda incelediğimiz eski tarihli Yargıtay kararının⁶³ artık geçerliliğinin bulunmadığı; işveren iş sözleşmesinin feshini bildirmediği sürece çağrı yapmasa bile sözleşmenin son bulmuş sayılmaya çağrı ve dönemsel olarak (çağrılmayan işçiye) ücretini ödemek zorunda olduğu ileri sürülebilir. Bu aşamada (eğer işverence ödeme yapılmamışsa) ücretin ödenmemesi gerekçesine bağlı olarak işçinin İş K.m.24/II-e hükmüne göre derhal feshe başvurması mümkün sayılmalıdır.

Bunların dışında "...süreye uygun çağrı üzerine işçi işgörme edimini yerine getirmek zorundadır"

(İş K. m.14, f.3) hükmü karşısında iş sözleşmesinin işverence İş K.m.25/II-g, h hükümlerine göre derhal fesih edebileceği de açıktır.

İş sözleşmesinin sona ermesi halinde bunun sonuçları; özellikle kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanma ve bunların hesabı önem taşımaktadır.

Doktrinde savunulan görüşlerin tersine Yargıtay uzunca bir dönem kısmi süreli (ve dolayısıyla çağrı üzerine) çalışmalarda kıdem hesabında fiilen çalışılan süreleri dikkate almıştır. Ancak Yüksek Mahkemenin özellikle 2000'li yıllarda verdiği çok sayıda kararda, kısmi süreli (ya da çağrı üzerine) çalışmalarda kıdem süresinin hesabında iş sözleşmesinin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki çalışılan ve çalışılmayan ayırmayı yapılmaksızın tüm süre dikkate alınmıştır⁶⁴.

Çağrı üzerine çalışmada bu şekilde belirlenen kıdem (ya da bildirim süresine ait ihbar) tazminatının hesabında ise, son yılda bu işçilere ödenen ücret ve sair haklar toplanmalı ve elde edilen miktar 365'e bölünerek bulunan günlük ücret ihbar ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır⁶⁵.

Belirtelim ki, çağrı üzerine çalışanların kıdem tazminatlarının hesaplanmasında iş sözleşmesinin devam süresinin nazara alınması tam süreli çalışanlara göre eşitsizlik ve hakkaniyete aykırılık yaratmayacaktır. Zira, bu tür sözleşmelerle çalışanların ücretleri çoğunlukla tam süreli çalışanlara göre daha düşüktür. Bu durum da kıdem tazminatının düşük olmasına yol açacaktır⁶⁶.

F. Çağrı Üzerine Çalışanların Sendikal Hakları

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre; işçi, hizmet akdine (iş sözleşmesine) dayanarak çalışanlara denir (m.2). Aynı Kanuna göre, işçiler işçi sendikası kurucusu (m.5) ya da üyesi (m.20) olabilirler. Sendikalar Kanunu'nda iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlara işçi denileceği sözü karşısında, tam veya kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan ayırımı yapılmaksızın bütün işçilerin sendikal haklardan yararlanacakları açıktır⁶⁷. Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararı da bu görüşü desteklemektedir⁶⁸.

Öte yandan 2822 sayılı TİSGLK'ya göre "Toplu iş sözleşmesi hizmet akdinin (iş sözleşmesinin) ya-

pılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere... yapılan sözleşmedir" (m.2, f.1). Kanun herhangi bir ayırımda bulunmadığına göre, kendine özgü koşulları ve niteliği dikkate alınarak, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin durumlarının da toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenebileceği ve bu işçilerin de TİSGLK m.9 çerçevesinde toplu iş sözleşmelerinden yararlanmalarına herhangi bir engel bulunmadığı söylenebilir.

G. Çağrı Üzerine Çalışanların Sosyal Sigorta Hakları

Çağrı üzerine çalışanların sosyal sigorta hakları konusunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamakla beraber, İş Kanunu'nun gerekçesinde belirtildiği⁶⁹ ve doktrinde de kabul edildiği gibi⁷⁰ bu tür sözleşmelere kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Bu husus çağrı üzerine çalışanların sosyal sigorta hakları bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, çağrı üzerine çalışanların sosyal sigorta hakları bakımından Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kısmi süreli çalışanlar için getirilmiş esasların uygulanması gerekir.

Sosyal Sigortalar Kurumu, yayınladığı 16-318 Ek Sayılı Genelge ile⁷¹ kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların sosyal sigorta primlerinin nasıl hesaplanacağını belirlemiştir. Buna göre kısmi süreli iş sözleşmesine (ve çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesine)⁷² istinaden yapılan çalışmalarda ay içerisinde her (7,5) saatlik çalışma süresi (1) gün kabul edilecek ve Aylık Prim ve Hizmet Belgesi, 506 sayılı Kanun'un 78. maddesine göre belirlenen kazançların alt ve üst sınırları dikkate alınarak hesaplanacaktır (Genelge, V/2-3-4).

O halde aynı çözümün çağrı üzerine çalışanlar bakımından benimsenmesi doğru olacak; çağrı üzerine çalışanlar için sözleşmede kararlaştırılan (ve kanımızca haftalık 20 saatin altında olmayan) çalışma süresi için işçi çalıştırılın ya da çalıştırılmıyın, prim ödenecektir. Kuşkusuz işçinin çalışması sözleşme ile garanti edilen (asgari 20 saatin) üzerinde ise hesaplamada fiili çalışma dikkate alınacak; çalışmanın her (7,5) saati (1) gün olarak kabul edilecektir.

Bu düzenlemeye ilişkin yaygın bir eleştiri çağrı üzerine çalışanların koşulları sağlayarak yaşlılık aylığına hak kazanmasının neredeyse imkansız ol-

duğudur. Yukarıda ele alınan Anayasa'ya aykırılık iddiası ve iptal talebine de yansıyan basit bir hesaba göre;

- Haftada 20 saat çalışan işçi 52 haftada 1040 saat çalışabilecektir.

- 1040 saat (1040/7,5=) Yılda 138.7 gün prim ödenmesi anlamına gelir.

- Yaşlılık aylığına hak kazanmak için aranan 7000 gün prim koşulunun (SSK m.60) sağlanması için ise (7000/138,7=) 50,47 yıl çalışmak gerekir⁷³.

Ciddi ve haklı bir eleştiri olarak kabul edilebilecek bu soruna, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun kısmi bir çözüm getirdiği söylenebilir. Söz konusu Kanunun "isteğe bağlı sigortalılığı" düzenleyen hükmüne göre "... ay içerisinde 30 günden az çalışanlar" isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir (5510 s.K.m.50, a). Çağrı üzerine çalışanlara azımsanmayacak bir sigorta olanağı getiriyor olmasına rağmen; bu tür çalışanların zaten düşük gelire sahip olmaları karşısında isteğe bağlı sigorta primini ödemelerinin güç olacağını söylemek ve hükmün amacına ulaşmasından kuşku duymak mümkündür.

DİPNOTLAR

- 1 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Genel Esaslar, İş Akdi, Ankara, 2002, s.19-20 (SÜZEK, 2002); Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir, 2007, s.20-21.
- 2 Öner EYRENCİ, "İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, İş Hukukunun Ulusal ve Uluslar arası Temel ve Güncel Konuları", Kamu-İş Yayını, Ankara, 1993, s.228-229.
- 3 A.Can TUNCAY, "İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme: Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul, 2000, s.154; C.İlhan GÜNAY, "Çalışma Sürelerinde Esneklik", Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş Yayını, C.7, S.3, Ankara, 2004, s.176-177.
- 4 ILO, On-call Work and Zero-hours Contracts, Conditions of Work and Employment Programme, Information Sheet, No: WT:15, May, 2004, s.1.
- 5 David BELL-Peter ELIAS, "The Definition, Classification and Measurement of Working Time Arrangements", ILO, Conditions of Work and Employment Series, No: 4, Geneva, 2004, s.36.
- 6 Elizabeth D.FEIGN, "Achieving Justice for On-Call Workers: Amending the Fair Labor Standarts Act", Iowa Law Review, Vol.84, No: 355, 1998-1999, s.355.
- 7 Eric PHILLIPS, "On-Call Time Under the Fair Labor Standarts Act", Michigan Law Review, Vol.95, 1996-1997, s.2633.
- 8 Michele TIRABOSCHI, "The Italian Labour Market After The Biagi Reform", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol.21-2, Summer 2005, s.188.

- 9 EYRENCİ, s.233; GÜVEN-AYDIN, s.68; ayrıca Aysen TOKOL, Endüstri İlişkileri ve Yeni Gelişmeler, Bursa, 2001, s.156; Nedim MERİÇ, "Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma", Legal İSGHD, S.8, 2005, s.1560.
- 10 EYRENCİ, s.233; TOKOL, s.156-157, MERİÇ, s.1560.; ayrıca bkz. Yarg.HGK, T.12.3.2003, E.2003/21-143, K.2003/159, (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hkg_2003_21_143.htm)
- 11 EYRENCİ, s.233-234; MERİÇ, s.1561.
- 12 Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, B.3, Ankara, 2003, s.124.
- 13 GÜVEN-AYDIN, s.68; İhsan ERKUL-Nuray KARACA, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir, 2004, s.89.
- 14 Öner EYRENCİ-Savaş TAŞKENT-Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul, 2005, s.75; Bektaş KAR, "Mevsimlik İş", SİCİL, Aralık 2006, S.4, s.71.
- 15 KAR, s.72.
- 16 ILO, On-Call..., s.1.
- 17 Ayrıntılı bilgi için bkz. FEIGN, s.355 vd.; PHILLIPS, s.2634 vd.
- 18 Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice-ECJ) önüne gelen bir olayda işyerinde emre hazır nöbette beklemeyi öngören bir iş sözleşmesiyle çalışan hekimin işini yapmadan geçirdiği süreleri iş süresinden saymıştır. Olayda hekim işyerine gelmekte emir gelmediği sürece kendisine tahsis edilen odada bulunmakta, hatta dilerse tahsis edilen yatakta uyumaktadır. Kararda ayrıca işyerinde bulunulmuyup işverenin emrine hazır biçimde geçirilen süreler de işverenin emrine hazır biçimde geçirilen süreler de iş süresinden sayılmıştır. (Bkz. Landeshauptstadt Kiel V Norbert JAEGER, ECJ, Case C-151/02, 9 September 2003 http://curia.europa.eu/jurisp/cgi_bin/gettext.pl?lang=en&num=79969090C19020151, (T.20.11.2007); ayrıca bkz. "ECJ Rules on-call working is working time", <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/10/inbrief/eu0310202n.htm>, (T.19.11.2007). İspanyada temel sağlık hizmeti sunan hekimlerle ilgili benzer bir karar için bkz. SIMAP v Consellaria de Sanidad y Consumo de la Genariledad Valenciana, ECJ, Case C-303/98, T.03.October 2000.
- 19 Amerikan Yüksek Mahkemesinin emre hazır nöbette beklemeye ilişkin hükme dayalı olarak çalışan yangın söndürme görevlilerinin emre hazır bekledikleri sürelerin iş süresinden sayılacağına ilişkin kararı için bkz. Skidmore V. Swift&Co, 323, US.126, 1944, PHILLIPS, s.2638.
- 20 Bkz. "European Parliament Votes to end Opt-out From Working Time Directive", <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/05/feature/eu0505205f.htm>, T.18.11.2007.
- 21 Bkz. "On-Call Jobs Rejected by Electrolux-Zanussi Workes", <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/200007/feature/it0007159f.htm>, T.26.11.2007.
- 22 EYRENCİ, s.233.
- 23 ILO, "On-Call...", s.1'den Eurostadt-Work Organization: A Dimension of Job Quality Data From the Ad-Hoc Module of the 2001 Labour Force Survey in the EU, Brussels, 2002.
- 24 Andrew S.HARWEY-Jonathan GERSHUNY, Statistics on Working Time Arrangements Based on Time-use Survey Data, Conditions of Work and Employment Series-ILO, No:3, Geneva, 2003, s.2.
- 25 Marloes de Graaf-ZIJL, "Compensation of On-Call and Fixed-Term Employment: The Role of Uncertainty", Tinbergen University Discussion Papers T.2005, 120/3. <http://www.tinbergen.nl> (13.11.2007).

- 26 Marloes de Graaf-ZIJL, "Non-Standart Work Arrangements as a Means to Reduce Adjustment Costs: A Conjoint Analysis", http://www.hecer.fi/seminars/documents/labor_turnover/de_Graaf_Zijl.pdf, s.25 (12.11.2007).
- 27 de Graaf-ZIJL, "Non-Standart...", s.28.
- 28 Michele TIRABOSCHI, "The Italian Labour Market After the Biagi Reform", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol.21, No: 2, 2005, s.159.
- 29 "Commission Proposes Amendments to Working Time Directive", <http://www.eufound.europa.eu/eiro/2004/10/feature/eu0410205f.htm> (12.11.2007).
- 30 Manfred WEISS-Marlene SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, B.3, Kluwer, 2000, s.54.
- 31 EYRENCİ, s.233.
- 32 WEISS-SCHMIDT, s.54-55; EYRENCİ, s.234; MERİÇ, s.1561; TOKOL, s.156-157; GÜVEN-AYDIN, s.68.
- 33 TIRABOSCHI, s.188-189.
- 34 de Graaf-ZIJL, "Compensation...", s.14-16.
- 35 Bkz. TİSK, *Çalışma Hayatında Esneklik*, Ankara, 1999, s.37-38; TİSK, *Çalışma Hayatında Çağa Uyum Semineri*, Abant, Mart, 2002, s.114-115; TİSK, *İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları*, Ankara, Nisan, 2003, s.45.
- 36 Örneğin; EYRENCİ, s.233-234; TOKOL, s.156-157; Tankut CENTEL, *Kısmi Çalışma*, İstanbul, 1992, s.35-37; Münir EKONOMİ, *İş Hukukunda da Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler*, Ankara, 1995, s.25-26.
- 37 Yarg.HGK, T.12.3.2003, E-2003/21-143, K.2003/159, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk_2003_21_143.htm
- 38 Sarper SÜZEK, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Kararlar", *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2001) Semineri*, Ankara, 2002, s.18 vd. (SÜZEK; "Ferdî...")
- 39 Yarg.9.H.D., T.17.04.2001, E.2001/1039, K.2001/6436, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd_2001_1039.htm
- 40 SÜZEK, "Ferdî...", s. 18-19.
- 41 Bkz. SÜZEK, "Ferdî...", s.18-19; ayrıca bkz. aynı değerlendirmeye ilişkin genel görüşmede Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN'ın (s.70) görüşü.
- 42 Bkz. İş Kanunu Ön Tasarısı m.15 gerekçesi.
- 43 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.40; Murat DEMİRCİOĞLU, *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası*, İTO.Ya.No:2007-49, İstanbul, 2007, s.77; ayrıca bkz. MERİÇ, s.1560 dn.98'deki yazarlar. Karşı görüş için bkz. MERİÇ, s.1560, dn.97'deki yazarlar.
- 44 Bkz. İş K. Ön Tasarısı m.15 metni.
- 45 Fevzi ŞAHLANAN, "Yeni İş Kanunu'nun Getirdikleri", *Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri*, TİSK Yayını, Temmuz 2003, İzmir, s.39-40.
- 46 Aynı görüş Nurhan SÜRAL, "The Issue of Flexibility Under the New Turkish Labour Act", *IÜ İktisat Fakültesi Mecmuası*, C.55, S.1, (Toker Dereli'ye Armağan), İstanbul, 2006, s.459; aynı yönde bkz. EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.75.
- 47 Aynı görüş Müjdat ŞAKAR, *İş Hukuku Uygulaması*, B.5, İstanbul, 2003, s.113-114.
- 48 AYM. T.19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72 (R.G. T.24.11.2007, S.26710).
- 49 Bkz. İş K. Ön Tasarısı m.114 gerekçesi.
- 50 Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, B.2, İstanbul, 2005, s.223 (SÜZEK, 2005); Ercan AKYİĞİT, *İş Hukuku*, B.3, Ankara, 2003, s.124-125; Nuri ÇELİK, *İş Hukuku Dersleri*, B.20, İstanbul, 2007, s.97; Fevzi DEMİR, *İş Hukuku ve Uygulaması*, B.4, İzmir, 2005, s.50; Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-E.Tuncay Kaplan SENYEN, *İş Hukuku*, B.2, Ankara, 2007, s.94-95.
- 51 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.75-76; ERKUL-KARACA, s.90.
- 52 Bkz. AYM. 19.10.2005 T. Kararı (R.G. T.24.11.2007, S.26710).
- 53 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.75; aksi görüş: SÜZEK, 2005, s.223; AKTAY-ARICI-SENYEN, s.94; ÇELİK, s.97; DEMİR, s.50.
- 54 AKTAY-ARICI-SENYEN, s.94.
- 55 Aynı görüş EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.76; ERKUL-KARACA, s.90.
- 56 SÜZEK, 2005, s.658.
- 57 ÇELİK, s.355; SÜZEK, 2005, s.652; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.193; ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, "Yargıtay...", s.78.
- 58 GÜVEN-AYDIN, s.242; ayrıca bkz. Tankut CENTEL, "Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti", *SİCİL*, Haziran 2006, s.334.
- 59 Yarg.9. H.D., T.02.02.2006, E.2005/21516, K.2006/2130, *Legal İSGH Dergisi*, S.10, 2006, s.690.
- 60 Yarg. 9.H.D., T.22.05.2006, E.2006/5115, K.2006/14969, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd_2006_5115.htm
- 61 Bkz. GÜVEN-AYDIN, s.131-136.
- 62 SÜZEK, 2005, s.440; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.134-135; ÇELİK, s.215-216.
- 63 Bkz. Yarg. 9.H.D. T.17.04.2001, E.2001/1039, K.2001/6436. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2001-1039.htm>).
- 64 Yarg. 9.H.D.T. 27.09.2000, E.2000/8184, K.2000/12733, GÜNAY, s.944; Aynı yönde; Yarg.9.H.D. T.21.05.2001, E.2001/6063, K.2001/8620, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.60-61; Yarg.HGK, T.12.03.2003, E.2003/21-143, K.2003/159, *Legal İSGH Dergisi*, S.2, 2004, s.594-597. Ayrıca bkz. ÇELİK, s.304-305; SÜZEK, 2005, s.571-572.
- 65 Yarg. 9.H.D., T.17.03.2005, E.2004/16933, K.2005/8693 (DEMİRCİOĞLU, "Yargıtay...", s.78'den naklen).
- 66 SÜZEK, 2005, s.572.
- 67 İbrahim AYDINLI, "Çalışma Hayatında Geçici İşçilik ve İş Hukuku Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu", *TÜHİS*, Şubat-Mayıs 1999, s. 48; aynı görüş ÇELİK, s. 421.
- 68 Bkz. yukarıda AY M. 19.10.2005 tarihli kararı.
- 69 Bkz. İş Kanunu Ön Tasarısı m.15 gerekçesi.
- 70 Örneğin bkz. GÜNAY, s.304; DEMİR, s.45 vd.; ERKUL-KARACA, s.90; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.75; SÜZEK, 2005, s.223.
- 71 Genelge T. 13.05.2004, <http://www.sgk.gov.tr>
- 72 Yargıtay'a göre "kısmi çalışma olgusu kuruma bildirilmemişse tam çalışma bulunduğu kabulü gerekir" (Yarg. HGK, T.23.06.2004, E.2004/21-369, K.2004/371; http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk_2004_21_369.htm
- 73 SÜRAL, s.460; ŞAKAR, s.113-114; ayrıca bkz. yukarıda Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005 tarihli kararı.

Av. H. Argun Bozkurt

Ankara Barosu Avukatı

İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi

Giriş

Bu yazımızda iş mahkemeleri ve yargılama usulüne kısaca bir göz gezdireceğiz.

Yazıda önce iş mahkemeleri daha sonra iş yargısının en temel kavramları (görev, yetki, usul, deliller ve ispat, davalar ve temyiz) ele alınacaktır.

Konu ile ilgili olup da daha fazla bilgi sahibi olmak isteyen kişilerin kaynakçada gösterilen eserlerden yararlanması olanaklıdır.

1) İş Mahkemeleri Nedir?

İş mahkemeleri 5521 sayılı İş Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulünü Düzenleyen Kanun ile kurulmuş mahkemelerdir. 5521 sayılı Kanun hem bir mahkeme kuruluş kanunudur; hem de bir yargılama yöntemi kurallarını içeren tipik bir usul kanunudur.

İş mahkemesi, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili sorunları çözümler. İş mahkemeleri kuruluş tarihinde toplu bir mahkemeydi. 3 kişiden oluşmaktaydı. Birisi işçi sendikası temsilcisi, diğeri işveren sendikası temsilcisi üçüncü kişi ise hakim sınıfından başkandan oluşmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi hakim sınıfından olmayan kişilerin yargılama sürecinde yer almasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti.

Bugün iş mahkemeleri tek hakimlidir ve uzmanlık esasına dayalı olarak kurulmuş mahkeme-

lerdir. Ancak her yerde iş mahkemesi bulunmamaktadır. Dava açacağımız yerde ayrı bir iş mahkemesi yoksa asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla uyuşmazlıkları çözer.

Asliye hukuk mahkemesinde dava açılacaksa mutlaka dava dilekçesine, davaya bakacak mahkemenin iş mahkemesi sıfatıyla davaya bakmasına ilişkin talebimiz yer almalıdır.

Ayrıca davaya bakacak mahkemenin de bu sıfatla davaya baktığını tensip zaptında belirtmesi şarttır. Aksi halde karar görev yönünde Yargıtay'ca bozulmaktadır.

İş davalarına genel olarak baktığımızda bu davaların acele davalardan sayıldığını görürüz. Gerçekten de, iş davaları acele davalardandır. Bunun sonucu olarak iş davaları adli tatilde dahi görülür. Gerek yasal gerekse hakimın verdiği süreler adli tatilde dahi işlemeye devam eder. Yine aşağıda da değineceğimiz gibi, bir iş davasının 2. alacaklılar toplanmasını bekleme zorunluluğu da bulunmamaktadır.

2) İş Mahkemelerinde Görev

İş mahkemesi işçi, işveren, işveren vekili arasındaki hizmet akdinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları çözer. 5521 sayılı Kanun madde 1, mahkemelerdeki görevi belirler.

Hepimizin bildiği gibi hizmet akdinden kaynak-

lanan uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülür. Ancak bazen öyle uyuşmazlıklar olur ki hizmet akdinden kaynaklanır ancak idareyi de ilgilendirir. Uyuşmazlık özel hukuka ilişkin ise iş mahkemesi görevi alanına girecektir. Yani görevli mahkemenin iş mahkemesi olması için, uyuşmazlığın hizmet akdinden kaynaklanan ancak mutlaka özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olması gereklidir.

Bunun yanı sıra bazı özel kanunlarla da (506 sayılı SSK, 2822 sayılı TSGLK, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu gibi) iş mahkemeleri görevli kılınmıştır. Örneğin 506 sayılı Yasa madde 134, iş mahkemesine atıf yapar. Buna göre, 506 sayılı Yasadan kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülecektir.

506 sayılı Yasaya dayalı olarak çıkarılan tüzük ve yönetmelikler vardır. Sigortalı ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında çıkan uyuşmazlık bu tüzük ve yönetmelik hükümlerinin yorumundan kaynaklanıyorsa, düzenlemeler bu tüzük ve yönetmeliklerde yapılmışsa da, taraflar arasında doğan uyuşmazlıkta görevli mahkeme iş mahkemesi olmaktadır.

Çok istisnai olarak 506 sayılı Kanun'da Danıştay'a görev yönünden atıf yapılır. Örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın çıkardığı genelge, tüzük ve yönetmeliklerin iptali için dava açarsak bu davanın doğrudan Danıştay'da açılması gereklidir. Çünkü burada düzenleyici işlemin iptali istenmektedir ve bu da idari yargıyı ilgilendirmektedir.

İş mahkemelerinde açılacak davalara bir örnek vermek gerekirse, işçilerin hangi yıllar arasında çalıştığına ilişkin açtıkları ve eksik hizmetlerin sigortalı hizmetlerine eklenmesine yönelik hizmet tespiti davasında görevli mahkeme iş mahkemesidir. Diğer yandan, bir sağlık yardımından yararlanmak istemli talebi reddedilen sigortalının veya hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açacakları dava da yine iş mahkemesi görev alanına girmektedir.

Aynı şekilde sosyal güvenlik kuruluşunun oluşturduğu işlemin iptali davasının konusu ya da bu uyuşmazlığın çözümü, 506 sayılı Yasa'dan kaynaklanıyor ve çözümü bu yasada aranacaksa görevli mahkeme iş mahkemesidir. Örneğin yaşlılık aylığı iptal edilen bir sigortalı Kurumun bu işlemini hukuka aykırı buluyorsa, bu yönde açacağı dava iş

mahkemesinde görülecektir. Oysa biz biliyoruz ki, eski SSK veya Bağ-Kur Genel Müdürlükleri, şimdi ki Sosyal Güvenlik Kurumu birer kamu tüzel kişisidirler. Kamu tüzel kişileri ise, hukuksal hayatta idari işlem ve idari eylemlerle var olurlar ve SSK veya Bağ-Kur Kanunu uygulamasında, sosyal güvenlik kurumu, yaşlılık aylığını reddederken veya kişinin bir talebini geri çevirirken (örneğin protez yardımı isteyen bir sigortalıya bu yardımdan yararlanamayacağını belirtmesi gibi) hep bir idari işlem oluştururlar. Ancak 506 sayılı Yasa'nın 134. maddesindeki bu düzenleme gereğince bu dava bir idari dava değildir. Bu dava bir iş davasıdır.

Sözleşmeli personel atama tasarrufu ile çalışan kişidir. Sözleşmeli personelin açacağı davada iş mahkemesi görevli değildir. Bu davalar idari yargı alanını ilgilendirir. Çünkü idari bir sözleşme söz konusudur, işveren idare tüzel kişisi olduğu gibi ayrıca arada hizmet akdi vasfında bir istihdam ilişkisi yoktur. Atama tasarrufuyla çalışma olgusu da bu davaların iş mahkemesinde görülmesine engel teşkil eden bir diğer yöndür.

Görev kuralları ele alınırken karşımıza istisna akdi- vekalet akdi ilişkilerinin hizmet akdi ile iç içe geçtiği haller de çıkar. Bu konu ile ilgili bir örnek vermek gerekirse, özel hastanede çalışan doktora ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda (taraflar arasındaki ilişki hizmet akdi ise) muhtemelen o kişinin istisna akdiyle çalıştığı veya sözleşmeli personel olduğu ve bu sebeple çalışmasının hizmet akdi çerçevesinde değerlendirilemeyeceği iddia olunacaktır. Ancak bu iddia geçersizdir. Çünkü burada çalıştıran kamu tüzel kişisi değildir. İşverenin kamu tüzel kişisi olmaması durumunda zaten sözleşmeli personel ilişkisi de yoktur. Bu konuda tereddüt olduğunda istihdam eden kuruluşun kuruluş kanunlarına bakılmak suretiyle sonuca varmalıyız. Sözleşmeli personel davalarında-idari bir tasarruf, atama tasarrufu yoksa-yapılan hizmet akdi olduğundan, çalışan, İş Kanunu'na tabidir.

Yine bu kişinin istisna akdi veya hizmet akdiyle çalışıp çalışmaması da görev kurallarının tayininde etkili bir diğer yöndür. Bu kişi tek bir hastanın bakımı ve sadece bu iş için hastaneye gelen bir kişi ise, arada hizmet akdi yoktur. Ancak doktor, haftanın belli gün ve saatlerinde çalışırken, hastanenin verdiği işleri ayırım gözetmeksizin yapıyor ise, arada artık istisna akdi yoktur ve kısmi süreler-

le çalışsa dahi bu doktor ile hastane arasında hizmet akdi vardır. Tarafların aralarında yaptıkları iş sözleşmesine verdikleri ismin de bir değeri yoktur. Hukuki niteleme yargıca ait olmakla, yargıç ilişkisinin hizmet akdine yönelik olduğunu saptadığında davayı bir iş davası olarak görmek durumundadır.

Yargıtay'ın son kararlarında serbest makbuz kesen ve kendine ait özel bürosundan şirket işlerini takip eden, ancak her ay serbest meslek makbuzu kesen ve şirketin tüm veya birçok işlerini devamlılık ve görece uzun bir süre takip eden kişinin de hizmet akdiyle çalıştığına, İş Kanunu'ndan kaynaklanan haklara sahip olduğuna karar verilmektedir.

Eğer avukat serbest çalışmakla birlikte, şirketin tek bir işi veya bir çok işi ama sınırlı sayıda işini yapıyorsa, süreklilik arz eden bir hukuksal hizmet vermiyorsa, aldığı davalar karşılığı ücret makbuzu kesmişse bu işler yıllarca devam etse dahi ilişki vekalet akdi olarak kalacaktır.

İhtiyati Haciz-Delil Tespiti-İhtiyati Tedbir ve Görev Kuralları

Elimizde bir iş mahkemesi kararı olduğunu düşünelim. Eda davası kararının icraya konması ve icra işlemlerinin hemen başlatılması alacağın tahsili için önem arz eden bir durumun doğduğunu varsayalım. İşverenin kaçma ihtimaline binaen ihtiyati haciz talebimizin olması durumunda görevli mahkeme hangisidir? Bu soruya hemen cevap vermek gerekirse bu konuda görevli mahkeme genel mahkemelerdir (asliye hukuk, sulh hukuk, ticaret mahkemeleri).

Bilindiği gibi ihtiyati haciz İİK 257-268 maddeleri arasında düzenlenir. İhtiyati haciz hizmet akdine bağlı (kuruluş, işleyiş, sona eriş hak ve borçlar vb. yönleriyle) bir sorun, hizmet akdini ilgilendiren edimlerle alakalı da değildir. İcra İflas Kanunu, iş mahkemelerine görev vermemiştir. Bu nedenlerle sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemesine başvurulabilir. Karşı taraf tacirse ticaret mahkemesine de ihtiyati haciz için başvurulabilir.

Görev kuralları içinde delil tespiti, ihtiyati tedbir konusu da önemlidir

Delil tespiti, HUMK m. 370 uyarınca, davanın açılmış olması durumunda asıl davanın görüldüğü mahkemeden dava dilekçesi ile birlikte ya da davanın her aşamasında istenebilecektir. Delil tespitine örnek olarak bordro örneği çıkarma, işyerinde

bir konunun tespit ve incelenmesi, defterlerin incelenmesi, yurtdışına gidecek tanığın dinlenmesi vb. olabilmektedir. Bu anlamda delil tespitini ancak iş mahkemesinden isteyebiliriz. Bu alanda sulh hukuk mahkemelerinin veya asliye hukuk mahkemelerinin görev yetkisi bulunmamaktadır.

İhtiyati tedbirde asıl davayı gören mahkeme görevlidir. Dava açmadan önce veya dava dilekçesi ile birlikte veya davayı açtıktan sonra gerekli olan herhangi bir aşamada ihtiyati tedbir talep edilebilir. İşveren mali sıkıntıda ise ve hileli muameleler yapıyorsa ihtiyati tedbir talep edilebilir. İhtiyati tedbir kararını alabilmek için sadece şüphenin belirtilmesi yeterli değildir. İş mahkemelerinden ihtiyati tedbir almak için şüpheyi kanıtlayacak durumların belgelenmesi aranmaktadır. Şirketin icra takiplerine maruz kalması, protesto edilmesi, hileli işlemlerle mallarını kaçırma ve devretme girişimleri sergilemesi gibi hususların belgeleriyle mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu alanda Medeni Kanun 6 ncı maddesindeki, yani "herkes iddiasını ispatla yükümlüdür" kuralı geçerlidir.

İhtiyati tedbir kararı almak için dava açmadan da iş mahkemesine müracaat edilebilir. Bu halde talebimiz "Değişik İş" olarak kayda alınır. Bu şekilde yapılan müracaattan ve alınan ihtiyati tedbir kararından itibaren 10 gün içerisinde esas dava açılmalıdır. Aksi takdirde tedbir kararı düşer.

Yabancı bir ülkeye ait iş mahkemesi kararının tanınmasının da iş mahkemesinden yapılması gereklidir. Bu alanda iş mahkemesi bulunan yerlerde asliye hukuk mahkemeleri görevsizdir.

İflas Etmiş Bir Şirkete Karşı, Bir İşçi Alacağı Var İse Ne Olacaktır?

İflas etmiş bir şirketten işçi alacağı iş mahkemelerinden dava yolu ile istenemez. Bu durumda ancak, iflas masasına yazdırılmalı, sıra cetveline kaydının kabulü istenmelidir. Kabul edilmemesi halinde ticaret mahkemesinde sıra cetveline itiraz davası açılmalıdır. Ancak önce iş mahkemesinde dava açılmış, fakat sonra iflas gerçekleşmişse iş mahkemesi görevsiz hale gelmez, görevi sürer. Çünkü iş davaları acele davalardandır. Arkadan gelen iflas kararına karşı, dava 2. alacaklılar toplantısını da beklemeyecektir. Davanın iflas idaresine ihbarının yapılması yeterlidir.

Davada Taraf Ehliyeti

İş davalarında işçi, işveren veya işveren vekili ile sosyal güvenlik kurumu dava açabilir ve bu kişiler birbirleri aleyhine dava açabilirler. Bunun bir istisnası ise işçi sendikasının da iş mahkemesinde işçiyi temsilen dava açabilmesidir.

Ayrıca, işçinin veya sigortalının ölmesi halinde, işverene karşı açılacak alacak davaları (kıdem-ihbar tazminatı, ücret, fazla mesai vb.) veya Sosyal Güvenlik Kurumu'na açılacak davalar hak sahipleri tarafından iş mahkemesinde açılabilmektedir (5521 sayılı Kanun 1 nci madde).

Örneğin sigortalının ölmesi halinde hizmet tespiti davası veya dul ve yetim maaşı bağlanmasına dair bir davada iş mahkemeleri görevlidir. Yine işçinin ölmesi üzerine destekten yoksunluk nedeniyle açılacak maddi tazminat ve manevi tazminat davası da hak sahipleri tarafından iş mahkemesinde açılabilecektir.

İşçi, toplu iş sözleşmesi uygulanması için sendikadan işverene karşı dava açılmasını talep edebilir. Sendikayı temsile yetkili olan kişi davaya bakabilir. Bu Avukatlık Kanunu'nun istisnasıdır. Sendika üyesi işçinin adına işveren aleyhine, sendika yetkilisi veya onun tuttuğu avukat vasıtasıyla dava açılabilmesi için, işçinin sendikaya yazılı talepte bulunması ve dava konusu uyuşmazlığın toplu iş sözleşmesi ile ilgili olması gereklidir.

3. kişilere karşı iş mahkemesinde dava açılabilmesinin ön koşulu, bu davada işverenin de yer almasıdır. Eğer bir davaya (örneğin iş-trafik kazası olayında, karşı yöndeki 3. kişiye ait aracın kaza sonucu, işverene ait araçtaki işçinin yaralanmasına maluliyetine neden olması halinde) 3. kişi ve işveren birlikte neden olmuşsa, bu durumda işçi her ikisine karşı iş mahkemesinde dava açabilir. Ancak işçi sadece 3. kişiye dava açarsa bu dava artık iş yargısını ilgilendirmez. Bu dava iş mahkemesinde değil, genel mahkemelerde açılır. Uygulanacak yasa da İş Kanunu olmaz.

İdari Para Cezalan

İdari para cezası mesleki açıdan önemli bir konudur ve iş mahkemelerinin konusu içine girmez. Bunlar, İş Kanunu'ndan, Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan doğan bazı yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenden alınan cezalardır. Örneğin işveren işçisine vermesi gereken ücret hesap pusula-

sını vermemiş olabilir. Bunun yaptırımı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. İşe giriş bildirgesinin SSK'ya zamanında verilmemesi ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan kaynaklanan bir idari para cezasıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi idari para cezalarını ikiye ayırarak incelemekte yarar vardır. A) İş Kanunu'ndan kaynaklanan idari para cezaları B) 506 sayılı SSK'dan kaynaklanan idari para cezaları.

İş Kanunu'ndan kaynaklanan idari para cezası gelirse (hükümlü çalıştırmamak, bordro tanzim etmemek, kayıtları iş müfettişlerine vermemek vb.) tebligatı aldıktan itibaren 7 gün içinde 4857 sayılı İş Kanunu'na göre idare mahkemesinde dava açılmalıdır. Buradaki süre hak düşürücü süredir. İdare mahkemesinde bütün deliller gösterilmeli, gerekirse celbi istenmelidir. İdare mahkemesi gerekli görürse bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu tip itirazlar duruşmasızdır. Karar kesindir. Temyizi yoktur. Kaybedilirse para cezası ödenmelidir.

Uzun hukuksal gelgitlerden sonra gelinen son noktaya göre 506 sayılı Yasa'dan kaynaklanan bir para cezası varsa Kurumun ilgili ünitesine 15 gün içinde itiraz edilmelidir. Ret cevabı verilirse, reddin ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açılır.

Ancak bu saptamaya kolay ulaşılmamıştır. Yasa koyucu sürekli sulh ceza mahkemelerinin görevde kalmasını isterken, Anayasa Mahkemesi aksine düşünmüş ve iki kez sulh ceza mahkemesinin görevli olduğuna dair düzenlemeleri iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne götürülen bir anayasa aykırılık iddiası üzerine 2003 yılında Anayasa Mahkemesi bu tip davalarda sulh ceza mahkemelerinin görevli olmayacağına karar vermiştir. Kararın sonuçlarını değerlendiren Anayasa Mahkemesi bu kararının 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Bu itibarla 506 sayılı Yasa'dan kaynaklanan idari para cezasına itiraz davası 26.2.2004 tarihine kadar sulh ceza mahkemesinde, 26.2.2004 tarihinden sonrası için ise idare mahkemesinde açılacağı şeklinde bir sonuç doğmuşsa da, yasa koyucu bu karara uygun bir düzenleme yapmış ancak daha sonra, 506 sayılı Yasanın 140. maddesinde 8.2.2006 tarihli 5454 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle yaptığı değişiklik sonucunda tekrar sulh ceza mahkemesini görevli kılmak istemişse de, bu husus Danıştay'ın 10. Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne mür-

5521 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bir iş davası, işçinin işini gördüğü yer yönünden yetkili iş mahkemesi veya davanın açıldığı tarihteki davalının ikametgâhı mahkemesinde açılabilir.

caat etmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi'nce bir kez daha iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2006/75 Esas, 2006/99 Karar sayılı kararında 17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin, 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oy çokluğu ile 4.10.2006 gününde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 6.4.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu iptal kararı sonrasında, yasa koyucu 5655 sayılı Kanun'la yaptığı düzenlemede, 506 sayılı Yasa'dan kaynaklanan idari para cezalarına karşı 15 gün içerisinde kurumun ilgili ünitesine itiraz edilmesini bu itiraz reddedildiğinde ise 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması kuralını getirmiştir.

Uygulamada biz hukukçuları zorlayan bir durum daha vardır. Hem idari para cezası hem de borç ödeme belgesi aynı anda gelirse, öncelikle bu ikisini birbirinden ayırmak gerekecektir. Örneğin işçinin işe giriş bildirgesi verilmemişse, işçinin sigortası yapılmamışsa bununla ilgili borç tebligatla gelir. Prim borcu 506 sayılı Yasa'dan kaynaklanır.

Prim borcu tebligatlarına karşı Kurumun ilgili birimine (yani prim alacağı tebligatı yapan kurumun ilgili ünitesine) 1 ay içinde itiraz edilir. Kurumun ilgili ünitesi, kendi kararını gözden geçirir. Kurumun ilgili ünitesi itirazı kabul ederse artık dava açmaya gerek yoktur. Ancak Kurum itiraza ret cevabı verirse kişinin 1 ay içinde iş mahkemesinde dava açması gereklidir. (Dava her yerde açılabilir, genel müdürlük ya da şubenin bulunduğu yer yetkili iş mahkemesinde)

Prim alacağı olmadığı yönündeki menfi tespit

davası özel hukukla ilgili bir davadır. Prim alacakları ve nasıl ödeneceği hususları da 506 sayılı Yasa'da düzenlenmiş olmakla bu davalara 506 sayılı Yasa'nın 134. maddesindeki açıklık gereğince iş mahkemesinde bakılacaktır.

Menfi tespit davası devam ederken işveren prim borcunu ödemişse davaya istirdat davası olarak devam edebilir. Ya da işveren prim borcunu ödeyip arkadan istirdat davası açabilir. Bu alanda işverenin seçimlik hakkı bulunmaktadır.

Kesinleşmiş prim borçlarına karşı, Kurum, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili hakkındaki Kanun çerçevesinde icra takibi başlatırsa, 7 gün içinde ödeme emrinin iptali için iş mahkemesine başvurulur. Buradaki yetkili mahkeme işlem yapan SSK şubesinin bulunduğu yer iş mahkemesidir. Genel müdürlüğün bulunduğu yerde ya da başka sigorta bölgesine göre yetkili iş mahkemesinde bu dava açılmaz.

3) İş Mahkemelerinde Yetki Kuralları

5521 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, bir iş davası işçinin işini gördüğü yer yönünden yetkili iş mahkemesi veya davanın açıldığı tarihteki davalının ikametgâhı mahkemesinde açılabilir. Burada işçinin veya işverenin seçimlik hakkı vardır.

Burada bir örnek vermekte yarar görüyorum. Bir A işverenin, işinin Ankara, Konya ve Eskişehir'de devam ettiğini düşünelim. Bu işçi A işverenin sadece Ankara ve Konya'daki yerlerinde çalışmışsa, bu işçi bu davayı sadece Ankara veya Konya'da açabilir. İşverenin Eskişehir'de aynı işin devamı tarzında işi devam etmiş, orada işyeri, şantiyesi vb. bulunuyor olsa dahi işçi orada çalışmadığı için, A işverene karşı Eskişehir'de dava açamaz.

Ancak, çalıştığı yerler bakımından tercih de tamamen işçiye aittir. Örneğin fazla mesai alacakları talepli bir davada, fazla mesailer hep Ankara işyerinde gerçekleşmiş olsa dahi bu davayı isterse çalıştığı yerlerden biri olan Konya İş Mahkemesinde de açabilir.

5521 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son cümlesine göre ise bunlara aykırı olarak yapılan yetki sözleşmesi geçersizdir. Ancak, işveren böyle bir yetki sözleşmesine dayanarak davayı açarsa ve işçi ilk itiraz olarak bunu ileri sürmez ise yetkisiz

mahkeme yetkili hale gelir. Yani Yargıtay'a göre 5521 sayılı Kanun'un 5/2. maddesindeki yetki sözleşmesi yasağı kamu düzeninden değildir. Bu husus da eleştiriye açık bir Yargıtay yorumudur.

Bunun yanı sıra özellikle sosyal güvenlik kurumlarına açılacak davalarda ya da banka ve kamu kurumları, bakanlıklar aleyhine açılacak davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

Keza haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi de yetkilidir. İş kazasının gerçekleştiği yer mahkemeleri de iş davalarında yetkili kılınmışlardır. Davalılardan birinin bulunduğu yer mahkemesi de dava çeşitlerine göre yetkili olabilmektedir. Ancak burada davacının bu hakkını kötü niyetle kullanmaması asıldır.

4) İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü

İş mahkemesinde uygulanan yargılama usulü 5521 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre iş mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda sözlü yargılama yöntemi uygulanır. 5521 sayılı Yasa madde 15'e göre sözlü yargılamaya ilişkin hüküm yoksa yazılı yargılama yöntemi uygulanacaktır.

Ancak hiçbir zaman unutulmamalıdır ki, 5521 sayılı Yasa, temel usul yasasıdır. Zirvede olan ve öncelikle uygulanması gereken ilk kural eğer 5521 sayılı Kanun'da hüküm varsa 5521 sayılı Yasa'nın ilgili hükmü olmak zorundadır. Daha sonra HUMK'da düzenlenen sözlü yargılama usulü kurları burada hüküm yoksa 5521 sayılı Yasa'nın 15. maddesi gereğince yazılı yargılama usulü kuralları olacaktır.

Sözlü yargılama usulünde cevap ve ilk itirazların ilk duruşmaya kadar verilmesi zorunludur. İlk duruşmadan itibaren iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı başlar. Ayrıca zamanaşımı def'i gibi def'ilerimizi de yine ilk duruşmaya kadar ileri sürebiliriz. Daha sonra ileri sürülecek zamanaşımı def'i, davacının muvafakatine bağlıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi zamanaşımı def'inin ilk duruşmada ileri sürülmemesi halinde ancak davacının açık veya zımni muvafakati ile daha sonra ileri sürülebileceğini, bu alanda ıslahla dahi zamanaşımı def'ine geçerlilik verilemeyeceğini söylerken, son kararlarında zamanaşımı def'inin ıslahla ve davacının mu-

İş davalarının ayrı uzman bir mahkeme tarafından ele alınması davayı kısa sürede sonuçlandırmak içindir.

vafakati aranmaksızın ileri sürülebileceğine karar vermiştir.

İş davalarından işe iade davalarının seri yargılama usulüne tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu 4857 sayılı yeni İş Yasası'nın 20/3 maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle gerek 4857 sayılı Yasa'ya tabi bir işçi tarafından açılacak işe iade davaları gerekse sendika işyeri temsilcisinin açacağı işe iade davalarında seri yargılama yöntemi uygulanacaktır.

Seri yargılama usulüne tabi davalarda uygulanacak yargılama yöntemi ise HUMK 501-506. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Seri yargılama usulüne ait davalarda, cevap süresi 7 gündür. Bu davalarda replik ve düplik aşamaları bulunmakta olup, süreleri 5 gündür ve yargıç taraflara ancak bir kez delil bildirmek için süre verebilir.

İş davalarının ayrı uzman bir mahkeme tarafından ele alınması davayı kısa sürede sonuçlandırmak içindir. Ancak bazı kanun hükümleri dolayısıyla bu mümkün olmaz. Ör: Hakim kesin süre vermedikçe her aşamada delil gösterilebilir. Bunu önlemek için hakim kesin süre vermesini sağlamak gerekir. HUMK m. 482'ye göre sözlü yargılama usulünde yargılama bitene dek taraflar delil sunabilirler. Kesin mehil verildiği takdirde ve sonuçlarının hakim tarafından anlatılmasından sonra, sürenin sonunda artık bir daha delil sunulamaz. Taraf duruşmaya gelmiyorsa müzekkereye delil için kesin süre verildiği yazılmalıdır. Delillerin karşı tarafa tebliğine gerek yoktur (HUMK m.487). Sözlü yargılamada amaçlanan budur.

Sözlü yargılamada sözlü olarak dava açmak mümkündür. İş davasında bilirkişi raporundan sonra ıslah ile müddeabih arttırılabilir. İş davalarında esasa cevap ve ilk itirazda (derdestlik, yetki vs.) bulunma süresi ilk duruşmaya kadardır. Karşılık dava da esasa cevap süresi içinde yani ilk duruşmaya kadar açılabilir. Anayasa mahkemesi ıslah -yazılı ya da sözlü- yoluyla müddeabihin arttırılmayacağı hükmünü (HUMK m. 87) iptal etmiştir. Yani dava içinde davanın konusu, müddeabih,

arttırılabilmektedir. Eskiden, dava açma süresi içerisinde ek dava açılıyordu ve ek dava, dava açmanın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece birkaç kez açılabilirdi. Tabii ıslah bir kez yapılabilir ve bu yolla daha kısa sürede dava sonuçlanmaktadır.

İş davası açılırken fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmalıdır. Aksi halde kısmi davanın ardından açılacak olan davada bunlar talep edilemez. Ek dava açılması yerine ıslah yolu ile de müddeabih değiştirilebilir. ıslah, duruşmada, sözlü olarak da yapılabilir. Bir davada en fazla bir kez ıslah yapılabilir. Bilinmesi gereken bir diğer yön ise ıslah ile dahi manevi tazminatın artırılmayacağıdır. Yargıtay uygulaması bu yönde gelişmektedir.

Yargıtay'a göre; kısmi dava ile -yani fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu dava- ile istenilen miktar için zamanaşımı kesilir ve temerrüt o kısım için gerçekleştirilir. Bunun için temerrüt ihtarnamesi gönderilmesi gerekmektedir.

İlk duruşmaya kadar dava dilekçesi değiştirilebilir. İlk duruşmada dava dilekçesi okunduğu andan itibaren artık dava dilekçesi değiştirilemez. Savunmanın genişletilmesi yasağı ilk duruşma ekseninde odaklanır (Tabii karşı tarafın muvafakati ve bir defaya mahsus olan ıslah hali ayırık olmak üzere).

İdari Dava Açma Hali

İdari dava açma hali 5521 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmiştir.

İşçi tarafı işvereni bölge çalışma müdürlüğüne şikâyet edebilir. Gerekli incelemeler yapılır. Rapor hazırlanır. Şu haklarınız vardır: İşverene başvurduğunuz işçi doğrudan iş mahkemesine gidebilir ya da çalışma müdürlüğüne benim yerime davayı siz açın diyebilir. İş müfettişi, işçi adına iş mahkemesinde davayı açar. Bu idari bir başvurudur. Hakim tarafları dinleyerek dilekçeyi esas defterine kaydeder ve dava açılmış sayılır. Çalışma Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nün mahkemeye yaptığı İdari baş-

İş davası açılırken fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmalıdır.

Aksi halde kısmi davanın ardından açılacak olan davada bunlar talep edilemez.

vuru ile dava açılmış sayılmayacağından zamanaşımı da kesilmez.

İş Müfettişlerinin Raporları

İş müfettişinin veya sigorta müfettişinin yaptıkları inceleme sırasında tuttuğu tutanaklar aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir.

İş veya sigorta müfettişi işçinin şikâyetten yaptığı başvurudan sonra veya re'sen işyerinde tetkik yapar. İşyerine gider işvereni dinler. Diğer çalışanları dinler. İşyeri kayıtlarını ister. Örneklerini alır. Şikâyetle ilgili kayıtları tutanağa geçirir. İşçinin şikâyetini haklı gösteren deliller varsa tutanağa bunlar geçirilir. İşveren bunu imzalarsa artık bağlayıcı hale gelmiştir. Bu nedenle tutanaklar dikkatle okunmalı varsa itirazlar belirtilmeli veya ihtirazı kayıt düşülerek imzalanmalıdır. Aksi takdirde bu tutanaklara sonradan yapılan itirazlar fazla değer taşımaz. Tutanağa imzası olan kişi veya şirket, tutanakların aksini veya imzalama sırasında hataen veya hile nedeniyle imzaladığı yönünde bir itirazı olursa bunları aynı nitelikte bir belge ile ispat etmelidir.

5) İş Mahkemelerinde Deliller ve İspat Yükü

İşverenin işçisine karşı bir takım yükümlülükleri vardır. İşçiye ödeme yaparken işçinin imzasını almalıdır, duyuruları yazılı yapılmalıdır. Hesap pusulası düzenlemeli, bordrolar işçinin imzasını taşımalıdır. Her işçinin şahsi sicil dosyası (özlük dosyası) vardır. Ayrıca her işçinin SSK tarafından tutulan ve saklanan, işçinin işkolunu, çalışmasının nasıl olduğunu, prime esas kazancını vs. gösteren sigorta sicil dosyası vardır.

Yani, işçinin şahsi sicil dosyasının, ücret bordroları, vizite kâğıtları, varsa iş güvenliğinin anlatıldığına dair tutanaklar, yıllık ücretli izin defterleri (işveren, işçinin izin kullandığını ancak yıllık izin defterinde imzası olması koşuluyla ispat edebilir), puantaj kayıtları (işçinin fazla mesai alacağı çalışmasından az hesaplanmışsa işçi, ihtirazi kayıt koyarak imzalamalıdır), çalışma müfettişlerinin tutanakları, tanık bilirkişi incelemesi iş yargılamasında önem arz eder. Delillerin gerekirse celbi istenmelidir.

İşçi, iddialarını, işverenin aksine, her türlü ka-

nıta ispatlayabilir. Ancak mahkeme kural olarak (re'sen araştırma yetkisi bulunan durumlar hariç) gösterilen delillerle sınırlı inceleme yapar. Mahkeme HUMK 74 ve 75. maddeleri gereğince, iddia ve taleplerle bağlıdır.

Çalışma sürelerine ilişkin olarak (işçi sigortaya geç bildirilmiş olabilir), işe giriş bildirgesinin aksi tanık beyanlarıyla vs. ispat edilebilir. Ancak Yargıtay, hizmet tespiti davalarında ya da Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı açılmış sair davalarda, sigortalının imzasının olmasını önemsemektedir. İmzası inkar edilmemişse veya inkar edilmiş olmasına rağmen sigortalıya ait olduğu anlaşılan bildirme ve bordrolardaki imzaların aksine bir iddiasında bulunuluyorsa, davacı bu iddiasını eş değer delil ile kanıtlamak zorundadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi müfettiş belgelerinin aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir. İşveren bu raporları ihtirazi kayıtsız imzalamışsa işvereni bağlar.

Kamu düzeninden olan davalara örnek olarak, Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı açılan davaları gösterebiliriz. Bu davalarda sulh, ibra, feragat, kabul, mahkeme dışı ikrar veya mahkeme içi ikrarın hukuksal bir değeri yoktur. Hakim re'sen delil toplar ve gerekli hususlarda incelemeyi derinleştirebilir. Bu davalarda, delil bildirme yönünde taraflara kesin süre de verilemez.

Kamu düzeninden sayılmasa da, örneğin bir kıdem tazminatı davasında ise mahkeme itiraz edilen hususlarda gerekli gördüğü belgeleri getirtmekle yükümlüdür. SSK kayıtları, toplu iş sözleşmesi, noter belgeleri vs.

İş güvencesi yasası işverenlere ispat konusunda bazı yükümlülükler getirilmiştir. Örneğin; fesih yazılı olmalı ve fesih gerekçesi belirtilmelidir. Davranışı veya verimsizliği nedeniyle işten çıkarılacak olan işçinin savunması mutlaka alınacaktır. Ayrıca bu davada ispat yükü de işverendedir. İşveren işçinin haksız işten çıkartılmadığını veya geçerli neden olduğunu ispat etmek zorundadır.

İş davalarında hızlı bir yargılama için (sigorta veya alacak davası açılınca) şu belgeler getirilmelidir:

- İşçinin sigorta dosyası,
- İşverendeki işçinin özlük dosyası,
- Ücret bordroları, fazla mesai bordroları, çizelgeler,
- Varsa toplu iş sözleşmesi,

- Varsa hizmet akdi,
- İşyerinin SSK ve Çalışma Bakanlığı'ndaki kayıtları,
- İşyerinde yapılan müfettiş denetimleri ile ilgili belgeler,
- SSK dönem bordroları,
- Emsal mahkeme dosyaları.

Ayrıca dava sırasında tanıklar dinlenir, bilirkişi incelemesi yapılır, gerektiğinde keşif yapılır. Hakim gerek gördüğünde başkaca delillerin celbine de karar verebilir.

6) Hizmet Tespiti Davaları

Bu davalar işveren ve SSK'ya (hizmet tespiti davalarında SSK'nın da işveren yanında hasım olarak gösterilmesi mecburidir) ya da Bağ-Kur'a karşı açılan davalardır. Özel hukuk uyuşmazlığı gibi değerlendirilmemektedir. Bu davalar, kamu düzenindedir ve hakim delillere bağlı olmaksızın re'sen (mhk) delil toplayabilmektedir. Kabulün, ikrarın davayı neticelendirici etkisi yoktur. Feragat geçersizdir. Çünkü sosyal güvenlik hakkı anayasal bir haktır. (Hizmet tespiti davalarında, tanık beyanları ve "bordrolar" çok önemli delillerdir tanıklar mümkünse bordroda yazılı kişilerden seçilmelidir.

Hizmet tespiti davalarında hak düşürücü süre vardır. Bu süre dava şartıdır. 506 sayılı Kanun'un 79. maddesine göre; hizmetin sona erdiği tarih itibari ile taraflar 5 sene içinde hizmet tespiti davası açabilir (İşe giriş bildirgesinden önceki süreler için 5 yıllık bu hak düşürücü süre vardır).

7) Alacak Davaları

İş mahkemelerinin görev alanında yer alan pek çok tip alacak davası (eda davası) vardır. Bunlar işçilik haklarından kaynaklanan eda davalarıdır. İhbar-kıdem tazminatı davaları, hafta tatili, zamlı ücret alacak davası, fazla mesai ücretlerinin talebini içeren davalar, ücret alacağı ve benzeri eda davaları birer alacak davası çeşididir.

Alacak davalarında re'sen delil toplama ilkesi geçerli değildir. Kabul, yemin, ikrar, feragat gibi kesin deliller bu davalarda etkin sonuçlar doğururlar.

Alacak davasında davaların kısmi açılması neredeyse bir gelenektir. Alacak davasının işçi ya da sendika üyesi ise sendikası tarafından açılması olağanı da vardır.

Alacak davalarında zamanaşımı süreleri vardır. İhbar-kıdem tazminatı talepleri 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Ücret, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili alacakları ise hakkın doğduğu tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Yıllık ücretli izin alacağı ise akdin sona erdiği tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Eğer dava bu beş yıllık süre içinde açılırsa, davacının tüm çalışmasına göre kullanmadığı izinlere ait tüm alacakları hüküm altına alınabilir. Örneğin, davacı 1990–2005 yılları arasında çalışmış ise ve davasını 2007 yılında açmışsa, fakat davacı hiç izin kullanmamışsa, davacı 15 yıllık izin parasını işvereninden isteyebilecektir. Demek ki, burada zamanaşımı, hak edilen tarihten değil, iş akdinin sona eriş tarihinden başlamaktadır.

Bunda da, yıllık ücretli izin parasının çalışırken istenememesi, bu yönde dava açılmaması etken olmuştur.

8) Delil Sözleşmesi, Tahkim Sözleşmesi, Yetki Sözleşmesi ve İşçinin Hakları

Yargıtay uygulamasına göre işçi ile işveren arasında yapılan delil sözleşmeleri geçersizdir. İşçilerden iş akdi kurulurken veya devam ederken ya da iş akdinin sona ermesi sırasında alınan delil sözleşmeleri geçerli kabul edilmemektedir. Bunda da işçilerin çalışma ilişkisi içinde, bu tarz belgelere imza atarak, hak arama özgürlüklerinin kısıtlanacağı, baskın taraf olan işverenin bu tip belgeleri işçiye kolaylıkla imzalatabileceği düşünülmüştür.

İşçi ile işveren arasında yapılan tahkim şartı da geçersizdir. İşveren ile işçi arasında kurulacak bir hakem sözleşmesi yukarıda belirtilen gerekçelerle geçersizdir. Ancak Anayasa Mahkemesi 4857 sayılı Yasa'nın 20 nci maddesinde düzenlenen tarafların anlaşması halinde özel hakem yoluyla işe iade talebinin karara bağlanabileceği hükmünü iptal etmemiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılan özel hakem şartı geçersizken, tarafların (akdin feshinden sonra anlaşılacak gerekir) anlaşmalarıyla ortaya çıkarılacak hakem sözleşmesine geçerlilik tanınmıştır.

Ancak işveren sendikası veya işveren ile işçi

sendikası arasında yapılan tahkim sözleşmesi veya delil sözleşmesinin geçerli olduğu açıktır. Çünkü bu kişiler toplumsal hayatın denk iki gücüdür ve müzayaka hali bu kişilerin aralarında kuracakları akitlerde söz konusu edilemez. Ancak bu kişiler arasında akdedilen hakem sözleşmesi veya delil sözleşmesine dayalı olarak kurulacak hüküm işçiyi bağlamaz. İşçi sendikasının kaybettiği bir davaya rağmen dava açarak aynı konuda mahkemeye müracaatla hakkını arayabilir.

Yetki sözleşmesi yasağı konusunda yukarıda yapılan açıklamalar burası için de aynen geçerlidir.

9) Temyiz

Temyiz konusunda istinaf mahkemeleri kurulup göreve başlayınca kadarki uygulama biz hukukçular tarafından bilinmektedir. Yılların oturmuş bir uygulaması vardır. Ancak istinaf mahkemeleri temyiz hususunda yeni uygulamalar getirecektir. Bu alanda 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5308 sayılı Kanun ile 5521 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde değişikliklere gidilmiştir. Ancak bu değişiklikler istinaf mahkemelerinin göreve başlamasına kadar ertelenmiş durumdadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na eklenen geçici 1. maddeye göre; "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanunu'nun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır."

İstinaf mahkemelerinin göreve başlamasından sonra ise, 5308 sayılı Kanun'la 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde aşağıdaki biçimde yapılan değişik hüküm uygulanacaktır.

Buna göre iş mahkemelerinde temyizi düzenleyen 8. maddesi şu şekilde değişikliğe uğramış olacaktır.

"İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki

kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren sekiz gündür.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beş bin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvurulmuş kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır.

Yargıtayın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz.”

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi şu anki uygulamaya göre hâlâ tek temyiz mercii Yargıtay'dır.

5521 sayılı Yasa madde 8'e göre: "Kararın tefhiminden itibaren 8 gün içinde taraflar, kararı temyiz edebilir. Ancak, duruşmada tefhim edilen kısa karar yeterince açık değil ise yani kısmen kabul, kısmen ret olarak açıklanmış bir kısa karar ise bu halde 8 günlük süre tefhimden değil; kararın tebliğinden itibaren başlar.

Kısa karar usule uygun ise gerekçeli karar yazılıncaya kadar süre geçebileceğinden, öncelikle, harç yatırılıp, duruşma günü tebligat masrafı verilerek süre tutum dilekçesi verilmelidir ve eğer duruşma talep ediliyorsa, bu husus süre tutum dilekçesinde muhakkak belirtilmelidir.

Temyiz dilekçesi tebliğ edilmediği için dosyanın Yargıtay'a sevki özel olarak takip edilmelidir. Dileyen kişinin temyiz dilekçesine cevap verme hakkı vardır.

İş yargısında katılma yoluyla temyiz yoktur. Yani biz temyiz edeceksek karşı tarafın kararı temyiz etmesine endekslememeliyiz. Karşı tarafın temyiz etmesi bize yazılı yargılama usulünde olduğu gibi 15 günlük ya da iş yargısında olduğu gibi 8 günlük ek bir temyiz süresi vermeyecektir.

İş yargısında karar düzeltme yolu da bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından onanan kararlar kesinleşir.

Maddi hataların düzeltilmesi yolu açıktır. Ayrıca Yargıtay hükmünün açıklanması da istenebilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi alacak davalarına, 10. Hukuk Dairesi SSK davaları ve hizmet tespiti, rücu,

Bağ-Kur aleyhine açılmış davalara ve 21. Hukuk Dairesi ise iş kazaları, iş kazası rücu, hizmet tespiti, SSK ve Bağ Kur davalarına bakmaktadır.

10) İş Yargısında İstinaf Mahkemeleri

İş yargısına istinaf mahkemeleri yukarıda belirtilen 5308 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler doğrultusunda girecektir.

İstinaf Mahkemeleri ise ayrı yasalarla düzenlenmiştir. İstinaf mahkemeleri olarak da tabir edilen bölge adliye mahkemelerini kapsayan ve bu mahkemelerin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen 5235 ve 5236 sayılı Kanunlar 26.9.2004 tarihinde kabul edilmiştir ve 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5235 sayılı Kanun istinaf (bölge adliye)mahkemelerinin kurulmasını öngörmektedir. Ancak bu Kanunun geçici 2. maddesine göre, Adalet Bakanlığının, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 2 yıl içinde bölge adliye mahkemelerini kuması gerekmektedir, Adalet Bakanlığı bunu ancak kâğıt üzerinde gerçekleştirmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu, yargı çevreleri Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 5 Haziran 2007 tarihindeki Resmi Gazete'nin 26543 nolu sayısında yayınlanan 15.5.2007 karar tarih ve 206 sayılı kararıyla belli olmuştur.

Buna göre Bölge Adliye Mahkemeleri aşağıdaki illerde kurulmuştur.

5235 sayılı Adli Yargı ilk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre Adalet Bakanlığı'nca kurulmuş bulunan Bölge Adliye Mahkemelerinden;

1) İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; İstanbul, Kırklareli, Edirne, Tekirdağ, Kocaeli, Sakarya ve Düzce,

2) Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Bursa, Çanakkale, Balıkesir, Kütahya, Bilecik ve Yalova,

3) İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin Yargı çevresi; İzmir, Manisa, Uşak, Aydın, Denizli ve Muğla,

4) Konya Bölge Adliye Mahkemesinin yargı

çevresi; Konya, Afyonkarahisar, Isparta, Burdur, Antalya, Aksaray ve Karaman,

5) Adana Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Adana, Mersin, Niğde, Kayseri, Hatay, Osmaniye, Kahramanmaraş, Adıyaman, Gaziantep, Malatya ve Kilis,

6) Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Ankara, Eskişehir, Bolu, Zonguldak, Karabük, Bartın, Kastamonu, Çankırı, Çorum, Kırıkkale, Kırşehir, Nevşehir ve Yozgat,

7) Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Samsun, Sinop, Amasya, Tokat, Sivas, Ordu, Giresun, Gümüşhane, Trabzon, Rize ve Artvin,

8) Erzurum Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Erzurum, Erzincan, Bingöl, Muş, Ağrı, Iğdır, Kars, Ardahan ve Bayburt,

9) Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi; Diyarbakır, Elazığ, Tunceli, Şanlıurfa, Mardin, Batman, Siirt, Bitlis, Van, Şırnak ve Hakkari.

Ayrıca, yukarıda anılan kararlar illerinin mülki hudutlarını kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinin Görevleri

5235 sayılı Kanun'un 36. maddesinde hukuk dairelerinin görevleri sayılmıştır. Bunlar:

- Adli yargı ilk derece hukuk mahkemelerinden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılan başvuruları inceleyip karara bağlamak

- Adli yargı ilk derece mahkemesi olarak; yargı çevresi içerisindeki adli yargı ilk derece mahkemesi hakimleri aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre açılan tazminat davalarına bakmak

- Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece hukuk mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek.

- Yargı çevresindeki yetkili adli yargı ilk derece hukuk mahkemesinin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, o davanın bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek.

- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Bu hükümle mevcut sistemde bazı değişiklikler

öngörülmüştür. Öncelikle adli yargı ilk derece mahkemelerinden verilen ve kesin olmayan kararlara karşı tarafların başvurabilecekleri ilk kanun yolu olarak temyiz değil istinaf yolu olmuştur. İkinci olarak şu anda uygulanan sistemde adli yargı ilk derece mahkemesi hakimleri aleyhine HUMK'a göre açılacak tazminat davaları için farklı görevli ve yetkili mahkemeler belirtilmişken, bu düzenlemeyle bu görev sadece bölge adliye mahkemelerine adli yargı ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmiştir. Bundan başka, mevcut sistemde hukuk mahkemeleri arasındaki olumsuz yetki ve görev uyuşmazlıklarının çözümü temyiz incelemesi sırasında Yargıtay tarafından yapılmasına rağmen, yeni düzenlemeyle bu görev de bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerine verilmiştir.

Temyiz incelemesi esasa ilişkindir, bu nedenle yetki ve görev meseleleri gibi esasa ilişkin olmayan hususlar hakkındaki uyuşmazlıkların çözümünün istinaf merciine verilmesi son derece isabetli olmuştur.

KAYNAKÇA

- H. Argun Bozkurt- İş Yargılaması Usul Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- H. Argun Bozkurt- İş Davaları, Adil Yayınevi, Ankara, 2001.
- Mustafa Çenberci - İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, 1969, Ankara.
- Doç Dr. Cevdet İlhan Günay- İş Kanunu Şerhi 2 cilt, Yetkin Yayınevi, 2004, Ankara.

Prof. Dr. Halûk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/35881

Karar No : 2007/9896

Tarihi : 09.04.2007

DAVA

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

Mahkemece, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının 14.11.2000 tarihinde iş kazası geçirdiğini, 02.07.2005 tarihine kadar 31 kez viziteye çıkarak toplam 502 gün istirahatli kaldığını, son olarak 23.01.2006 tarihli viziteye çıkan davacıya Meslek Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunca 63 gün istirahat verildiğini ve Kurşun İntoksikasyonuna bağlı plinoropati tanısı konulduğunu, kurşunsuz bölümde çalışması gerektiğini belirtildiğini, işyerinin kurşun-asit akümülatör tesisi olması nedeni ile üretim işçisi olan davacının üretim dışında yemekhane ve büroda istihdam eksikliği bulunmaması nedeni ile çalıştırılmayacağı için iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1,b maddesi uyarınca feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, en son raporun geçici rapor olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1,b maddesindeki fesih nedeni için, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması gerektiği, bu koşulların oluşmadığı, sağlık kurulunca bu konu-

da karar verilmediği, davalı işverenin kesin rapor alınana kadar kurşunsuz bölüm dışında çalıştırabileceği, alternatif bölüm bulması gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen haklı nedenler olduğu gibi, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin sık sık rapor alması, yasanın gerekçesinde bu nedenler içinde sayılmıştır. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenebileceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.

Dosya içeriğine göre, işyerinde üretim içinde çalışan davacının 2000 yılında iş kazası geçirdiği, işverenin iş güvenliği önlemleri kapsamında maske takılması gerektiğini bildirdiği, davacıya 2000 ve 2002 yıllarında maske takmaması nedeni ile disiplin cezası verildiği, davacının 02.07.2005 tarihine kadar sık sık rahatsızlığı nedeni ile 31 kez toplam 502 gün istirahat raporu aldığı, bu tarihten sonra da tedavi için doktora gittiği ve en son 23.01.2006 tarihli rapor ile Meslek Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunca 63 gün istirahat verildiği ve Kurşun İntoksikasyonuna bağlı plinoropati tanısı konulduğu, kurşunsuz bölümde çalışması gerektiğinin belirtil-

diği anlaşılmaktadır. Meslek hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığı belirlenmemiştir. Ayrıca davacının son istirahatli günleri önel süresi ve ilave olarak 6 haftayı geçmediğinden, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1,b maddesine feshi, anılan kurala uygun değildir. Ancak davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında, iş görme ediminden davalı işverenin yararlanmadığı ve sonuç olarak işyerinde olumsuzlukların yaşandığı sabittir. 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler mevcuttur. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenebilir hal almıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

- 1- Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 - 2- Davanın REDDİNE,
 - 3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 - 4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30.00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsil ile davalıya ödenmesine,
 - 5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450 YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 - 6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 09.04.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Davacı işçi 14.11.2000 tarihinde iş kazası geçirmiş, 2.7.2005 tarihine kadar 31 kez viziteye çıkarak toplam 502 gün dinlenme izni almıştır. Son olarak da 23.1.2006 tarihinde viziteye çıkan davacıya Meslek Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunca 63 gün dinlenme izni verilmiş, kendisine kurşun intoksikasyonuna bağlı plinoropati tanısı konul-

muştur. Ayrıca raporda davacı işçinin kurşunsuz bölümde çalışması gerektiği belirtilmiştir.

Davalı işveren, işyerinin kurşun-asit akümülatör tesisi olması ve üretim işçisi olan davacının üretim dışında yemekhane ve büroda istihdam eksikliği bulunmadığı için çalıştırılmaması nedeniyle, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25/1, b'de yer alan haklı nedene dayalı olarak feshetmiştir.

Hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığının tespiti, iş sözleşmesinin fesih tarihi esas alınmak suretiyle belirlenmelidir.

İşçi, bunun üzerine açtığı davada iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, en son raporun geçici rapor olması, İş Kanunu'nun 25/1,b hükmüne göre sözleşmenin feshedilebilmesi için, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması gerektiği, bu koşulların oluşmadığı, sağlık kurulunca bu konuda karar verilmediği, davalı işverenin kesin rapor alınmaya kadar kurşunsuz bölüm dışında çalıştırılabileceği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.

Kararın temyizi sonucunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Yerel Mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme, işçinin sık sık rapor almasını işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep olarak nitelendirmiştir. 9. Hukuk Dairesi'ne göre işçinin, koruyucu maske takmaması nedeniyle 2000 ve 2002 yıllarında disiplin cezası verilmiş olması, sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında iş görme ediminden davalı işverenin yararlanmadığını ve işyerinde olumsuzluklar yaşandığını gösterir. Yargıtay'a göre iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenemez hal almıştır ve iş sözleşmesinin feshinde hukuka aykırılık yoktur.

2. Yukarıda kısaca özetlediğimiz dava konusu olayda çözülmesi gereken işverenin, iş sözleşmesini sağlık sebeplerine dayanarak hangi durumlarda bildirimsiz feshedebileceği ve sağlık sebeplerinin hangi koşullarda geçerli sebep sayılacağı konularıdır. Bu nedenle öncelikle kararda da sözü edilen İş Kanunu'nun 25/1,b hükmünü kısaca açıklamayı, ardından da sağlık sebeplerinin hangi koşullarla geçerli sebep olarak değerlendirilebileceğini açıklamayı yerinde görüyoruz.

a) İş sözleşmesinin işçinin tedavi edilemeyecek hastalığa tutulması nedeniyle bildirimsiz feshi

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda, işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İşK.25/1,b). Bu hükme göre işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz feshedebilmesi için şu üç unsurun bulunması gerekir:

- *Hastalık tedavi edilemeyecek nitelikte olmalıdır.* Tedavi edilemeyecek nitelikte hastalık, tıp tarafından henüz çaresi kesin olarak bulunmamış hastalık demektir. Türlerine göre değişmekle beraber, kanser hastalıkları ile AIDS hastalığının bu nitelikte olduğu söylenebilir. Çok uzun süreli tedaviyi gerektiren ve sonucunda da kesin bir iyileşme ihtimalinin düşük olduğu hastalıklar, örneğin başta şizofreni olmak üzere psikoz grubundan ruhsal hastalıklar da bu alt bent kapsamında tedavi edilemeyecek hastalıklardan kabul edilmelidir. Hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığının tespiti de iş sözleşmesinin fesih tarihi esas alınmak suretiyle belirlenmelidir¹.

- *İşçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmalıdır.* Başka bir ifade ile işçinin işyerinde çalışması hastalığın ağırlaşması, diğer işçilere bulaşması gibi tıbbi sakıncalar veya iş güvenliği gibi işyeri bakımından sakıncalar ortaya çıkmasına sebebiyet vermelidir².

- *Bu hususlar sağlık kurulunca saptanmış olmalıdır.* Bu nedenle işveren sağlık kurulu raporu dışında başka bir rapora dayanarak iş sözleşmesini feshedemez³.

Yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde, işveren işçinin iş sözleşmesini bildirimsiz feshedebi-

İşyerine devamsızlığı olmayan, ancak hastalığı geç anlaşılan, bununla birlikte işyerinde çalışmaya devam etmesinde sakınca bulunan işçinin iş sözleşmesini işveren feshedebilir.

Bir sağlık sebebinin geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, ortaya çıkan sebebin İşK.25/I'de belirtilen ve haklı sebep olarak düzenlenen sağlık nedenlerinin dışında kalması gerekir.

lir. Ayrıca hastalığın oluşmasında işçinin kusurunun bulunması aranmaz.

Acaba yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin belirli bir süre işyerine devam edememiş olması da gerekir mi? Öğretide bu konuda tespit edebildiğimiz tek görüş Akyiğit'e aittir. Yazara göre, çalışmayı engelleyen, tedavi edilemeyen bir hastalığa tutulan ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu bir sağlık kurulu raporu ile saptanmış olan işçinin, yine İş K.25/b-2'deki süre kadar devamsızlıkta bulunması gerekir⁴. Yani kıdemine göre belirlenecek bildirim süresini altı hafta aşan bir süre işyerine gelememiş olmalıdır. Kanaatimizce, yukarıda belirttiğimiz üç koşulun oluşması ile birlikte işverenin fesih hakkı doğar, ayrıca belirli süre devamsızlık yapmış olmak aranmaz. Gerçekten bazen hastalıkların teşhisinde çok geç kalınmış olabilir. İşyerine devamsızlığı olmayan, ancak hastalığı geç anlaşılan, bununla birlikte işyerinde çalışmaya devam etmesinde sakınca bulunan işçinin iş sözleşmesini işveren feshedebilir.

b) İş sözleşmesinin sağlık nedenlerine bağlı olarak geçerli nedenlerle bildirimli feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1. maddesine göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Hükümde üç grup sebep belirtilmiştir. Bunlar:

- İşçinin yeterliliği,
- İşçinin davranışları,

- İşletme, işyeri veya işin gerekleri.

4857 sayılı Kanun hangi sebeplerin fesih sebebi olduğunu somut olarak düzenlememiş ve bunun belirlenmesini yargıya bırakmıştır. 18. maddenin gerekçesine göre, "İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirlenilecektir". Yargıtay, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar konuyla ilgili çok sayıda karar vermiştir⁵.

İş Kanunu'nun 18. maddesine ilişkin gerekçe de hangi sebeplerin geçerli sebep olarak kabul edilebileceğine ilişkin örnekler de verilmiştir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında "sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işin gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık" da sayılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, bir sağlık sebebinin geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, ortaya çıkan sebebin İşK.25/I'de belirtilen ve haklı sebep olarak düzenlenen sağlık nedenlerinin dışında kalması gerekir. Gerekçe de bu husus açıkça belirtilmiştir: "İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir". Ayrıca yine gerekçede de belirtildiği üzere, "İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz"⁶.

Görüldüğü üzere, bazı sağlık sebepleri işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebepler arasında düzenlenmiştir. İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen haklı nedenler kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinin normal işleyişini bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, işçinin, işin gerektirdiği biçimde yapılmasında yeterli olamamasından kaynaklanan sebeplerdir. Burada belirleyici olan ise, işçinin yeteneklerinin ve

Sağlık sebeplerinin işçinin davranışları ile değil; yeterliliği ile ilgili bir geçerli sebep olarak değerlendirilmesi gerekir.

özelliklerin iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu yerine getirmesini imkânsız kılmasıdır⁷.

İnceleme konusu yaptığımız kararda Yargıtay, işçinin sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesini davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep olarak tanımlamıştır. Oysa sağlık sebeplerinin işçinin davranışları ile değil; yeterliliği ile ilgili bir geçerli sebep olarak değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten işçi, elinde olmayan sebeplerle (örneğin hastalık gibi) üretimi olumsuz etkilemiş ve işyerinde engelleyici bir konuma gelmişse, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler vardır. İşçi farklı davranmak elindeyken, bundan kaçınarak işyerinde işin görülmesini engeller bir konuma gelmişse, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepten söz edilir⁸.

Sağlık sebeplerinin hangi koşullarla geçerli sebep olarak kabul edilebileceğinin belirlenmesinde cevaplanması gereken bazı sorular vardır.

Bunlardan ilki, işverenin sağlık sebeplerine bağlı olarak bildirimli fesih hakkını kullanabilmesi için, işçinin sağlık sebepleri dolayısıyla belirli bir süre devamsızlıkta bulunması gerekir mi? Bu konuda öğretilerdeki görüşler farklıdır. Bunlardan bazıları şöyledir:

Süzek bu soruya olumlu cevap vermektedir. Yazara göre, “İş Kanunu’nun 18. maddesinin “f” fıkrasında da geçerli nedenle fesih hakkının doğumunda da aynı devamsızlık süresine bağlanmasıyla, sadece haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için değil, süreli fesih hakkının kullanılabilmesi için de aynı sürenin geçmesi gerekecektir. İşçinin hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlığı belirtilen askı süresini aşmıyorsa işverence yapılan süreli fesih geçersiz sayılır. Bu durumda anılan süreler dolduktan sonra işveren süreli fesih yerine haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanmayı tercih edebilir”⁹.

Ekonomi haklı nedenlerle fesihdeki devamsızlık süresi ile geçerli nedenle fesihdeki devamsızlık süresinin farklı olması gerektiği düşüncesindedir. Ya-

zara göre, batı ülkelerinde yalnız sık sık hastalanma değil, uzun süreli hastalık da bir geçerli sebep olarak kabul ediliyor. İşveren zaten İş Kanunu madde 25/I uyarınca bildirim süresi artı altı haftayı bekledikten sonra derhal fesih yetkisini kullanabilir. Bu durumda yeni bir ölçüt bulunması gerekir. Alman hukukunda kabul edilen altı haftalık sürenin Türk Hukuku bakımından uygulanması yerinde olur. Bu süre geçtikten sonra işveren iş sözleşmesini geçerli sebebe bağlı olarak bildirimli feshedebilir¹⁰.

Mollamahmutoğlu, sık sık hastalanma ve bu nedenle devamlı olmamakla birlikte sık sık işe gelmeme, hastalığı veya rahatsızlığı nedeniyle işe geç gelme, zihni ve fiziki güç azalması sonucu işe yoğunlaşamama, aynı çalışma temposunu sürdürmememe, spontan dikkatsizlik gibi hallerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturduğu görüşündedir¹¹.

Ulucan’a göre, “Bu durumda yukarıda (İşK.25/1,b’de) sayılan hallerin dışında kalan ve sorumlu tutulamamasına karşın objektif olarak işçinin kendisinden kaynaklanan ve işin sürdürülmesini engelleyen hallerin, fesih için geçerli olacağını kabul etmek gerekir... Aslında salt hastalık halinin bir fesih nedeni olmaması gerekir, ancak hastalık dolayısı ile sık aralıklarla veya uzunca bir süre işe gelememesinin işyerine olumsuz etki yaptığı veya işçinin işini gereği gibi yerine getirmesini engellediği durumlarda hastalığın geçerli nedenle feshe engel oluşturmadığı kabul edilmektedir. Burada sık hastalanma, uzun süreli iş görme yeteneğini yitirme, hastalık nedeni ile işi gereği gibi yapamama ve uzun süreli hastalık halleri söz konusu olacaktır”¹².

Yargıtay bir kararında, “Davacının davalı işyerinde çalışırken çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı, bu süre içerisinde 164 çalış-

Sağlık nedenleri ile devamsızlığın geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için İşK.25/1, b-2’de düzenlenen bildirim süresi+6 haftalık sürenin aranmaması gerekir.

ma günü çalıştığı diğer sürelerde de izinli olduğu, bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı, daha önceki tarihlerde bu konularda kendisinden savunma da istendiği, davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü, bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşıldığından davasının reddi... “ gerektiğine hüküm vermiştir¹³. Bir başka kararda da Yüksek Mahkeme, davacının Mayıs 2004 tarihinde dört kez sağlık sorunları sebebiyle viziteye çıkmasını geçerli neden olarak kabul etmiştir¹⁴. Yargıtay işçinin sağlık sebepleriyle devamsızlığının İşK.25/1 (b) hükmünde belirtilen bildirim süresi+altı haftalık süreyi aştığı takdirde sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği görüşündedir¹⁵.

Kanaatimizce, sağlık nedenleri ile devamsızlığın geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için İşK.25/1,b-2’de düzenlenen bildirim süresi+6 haftalık sürenin aranmaması gerekir. Bu süre bildirimsiz fesih için öngörülmüştür. Oysa geçerli nedenle fesihte, haklı neden kadar ağırlıklı olmayan ancak

gerekecek midir? Öğretide bir görüşe göre, son çare ilkesi, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihler yanında, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle sınırlı olarak, işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle yapılması düşünülen fesihler için de geçerlidir¹⁷. Bir başka görüşe göre, Kanunun gerekçesinde feshin, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin sebeplerin bulunması halinde en son çare (ultima ratio) olarak düşünülmesi gerektiği belirtilmekle birlikte işçinin yetersizliği ve davranışına ilişkin nedenler halinde de bir başka işte çalıştırılması mümkün olduğu takdirde fesih yoluna gidilmemesi gerekir¹⁸. Bizce, son çare ilkesini işçinin sadece uyumu ve performansına bağlı nedenlerle sınırlandırmamak gerekir. İşverenin sağlık sebepleri ile bir işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce onu sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığını araştırması hem feshin son çare olması ilkesinin gereğidir hem de işverenin işçiyi gözetme borcunun gereği olarak işverenin işçiyi sağlık koşulları

İşçinin sağlık durumu, işçinin işini gerektiği gibi yerine getirmesine engel olduğu ve işyerinde olumsuzluk yaratacak nitelik kazandığı takdirde, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceği kabul edilmelidir.

işyerinde olumsuzluklara yol açan bir süreyi aramamız gerekir. Bu nedenle her somut olayda işçinin devamsızlığının işyerinde olumsuzluk yaratacak uzunlukta olup olmadığı tespit edilmelidir. İşçinin sağlık durumu, işçinin işini gerektiği gibi yerine getirmesine engel olduğu ve işyerinde olumsuzluk yaratacak nitelik kazandığı takdirde, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceği kabul edilmelidir.

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru işçinin sık sık hastalanması halinin geçerli sebep oluşturması için belirli bir süre işe devamsızlık aranacak mıdır? İşçinin sık sık hastalanması, işçinin işgörüme edimini gerektiği gibi yerine getirmesini devamlı olarak olumsuz etkiliyor ve işyerinin normal işleyişini bozuyorsa, işveren iş sözleşmesini bildirimli fesih yolu ile sona erdirebilir¹⁶.

Bu konudaki bir diğer soru ise işverenin sağlık sebepleri ile bir işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce son çare (ultima ratio) ilkesine uyması

na uygun işte çalıştırma yükümlülüğünün sonucudur. Ancak işyerinde işçinin sağlığına uygun bir iş bulunmaması veya bulunan işi işçinin kabul etmemesi halinde, işveren fesih hakkını kullanabilir¹⁹. Bu durumda işyerinde işçiye uygun iş bulunmadığı veya önerilen işin işçi tarafından kabul edilmediği hususunun işveren tarafından ispat edilmesi gerekir.

Yargıtay, kararlarında sağlık sebeplerine bağlı fesihlerde son çare ilkesinin uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır: “Dosya içinde mevcut sağlık Kurulu raporunda davacının bir yıl süre ile ağır işlerde çalışmaması geçici olup, iş akdinin feshini gerektirecek bir rahatsızlığı mevcut değildir. Başka bir anlatımla, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı etkileyen bir hastalık söz konusu olmadığından feshin son çare olması ilkesi gereği fesihten önce hafif işlerde çalışması gibi diğer yollar denendikten sonra fesih yoluna başvurulmalıydı. Mevcut olgulara gö-

Yargıtay'ın sağlık sebeplerini işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep nitelenmesi doğru değildir.

re feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir"²⁰.

Son olarak üzerinde düşünülmesi gereken husus, işçinin sık sık hastalanmasında ya da çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işin gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığın ortaya çıkmasında kusurlu olması dikkate alınmalı mıdır? Yukarıda da belirttiğimiz gibi sağlık sebeplerinin geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için, işçinin sağlık durumunun üretim sürecini olumsuz etkilemesi ve işçinin iş görme borcunu tam olarak yerine getirmesine engel teşkil etmesi gerekir. Böyle bir sağlık sebebi işçinin hiçbir kusuru olmaksızın da ortaya çıkmış olabilir. Hatta incelediğimiz kararda olduğu gibi işçinin sağlık sorunu bir meslek hastalığına da bağlı gelişebilir. İşçinin sağlık sorununun bir meslek hastalığına bağlı olması halinde değerlendirmenin daha esnek yapılması görüşü menfaatler dengesine daha uygun gelmektedir²¹.

3. Dava konusu olayda işveren iş sözleşmesini, İş Kanunu'nun 25/1,b hükmüne göre feshettiğini iddia etmektedir. Kararda, işçiye tanısı konulan plinoropati hastalığının tedavisinin imkânsız olduğuna ilişkin bir sağlık kurulu kaydına dair açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle de iş sözleşmesinin İşK.25/1,b hükmüne göre feshedilebilmesinin koşulları oluşmamıştır. Ayrıca işçinin aldığı son rapordaki istirahat süresi 63 gündür. Bu da yaklaşık 8 haftalık süredir. İşçinin İşK.25/1,b-2'de öngörülen bildirim süresini altı hafta aşan devamsızlığı gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar ışığı altında işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih yolu ile sona erdirilmesi yerinde değildir. Sonuç olarak sözleşmeyi bildirimsiz feshettiğini iddia eden işverenin yaptığı fesih haksız fesih hükümlerine tabidir.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde, bildirimli feshe ilişkin sonuçlar ortaya çıkar. İş güvencesinin kapsamında yer aldığı anlaşılan işçi açısından feshin geçersiz sayılması ve işe

iadesine karar verilebilmesi için işverenin dayandığı sebebin geçerli sebep de teşkil etmemesi gerekir. Eğer işverenin dayandığı sebep geçerli sebep olarak kabul edilirse, fesih hükümlerini doğuracak, ancak işçi mahrum kaldığı ihbar tazminatını isteyebilecektir. Mahkemenin, işverenin dayandığı sebebin geçerli sebep de olmadığı kanaatine ulaşması halinde, feshi geçersiz sayacak ve işçiyi işe iade kararı verecektir.

İşverenin dayandığı sebebin İşK.25'e göre haklı sebep olmadığını saptadıktan sonra yukarıda da açıkladığımız üzere bunun geçerli sebep olup olmadığını araştırmamız gerekir. Olayda işçi 14.11.2000 tarihinde iş kazası geçirmiştir. Bu tarihten 2.7.2005 tarihine kadar 31 kez viziteye çıkmış ve 502 gün rapor almıştır. Son kez aldığı rapor süresi de 63 gündür. Bu bilgiler işçinin sık sık hastalandığını ve işgörme borcunu tam olarak yerine getirmediğini göstermektedir. Ancak işçinin sağlık durumunun işyerinde üretim sürecini olumsuz etkileyip etkilemediği, işyerinde yapılacak bir bilirkişi incelemesi ile anlaşılacaktır. Eğer böyle bir inceleme sonucunda işçinin sağlık durumu nedeniyle işgörme borcunu tam olarak yerine getirmemesinin, işyerindeki üretim sürecini olumsuz etkilediği sonucuna ulaşılması halinde, işverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebileceği kabul edilebilecektir.

Yargıtay sonuç olarak işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceğini ancak işçinin sağlık durumunun fesih açısından geçerli bir sebep teşkil ettiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme incelediğimiz kararda işçinin bir başka işte çalıştırılıp çalıştırılmayacağını araştırılmasını istememiştir. Başka bir deyişle "son çare ilkesi" ne uyulup uyulmadığını denetlememiştir. Oysa Meslek Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulu, raporunda işçinin kurşunsuz bölümde çalıştırılabileceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın öncelikle işyerinde işçinin çalıştırılabileceği uygun iş olup olmadığını araştırması gerekirdi. İşverenin böyle bir iş olmaması veya uygun iş olması halinde de bunu işçiye önermesi, ancak işçi tarafından işin kabul edilmemesi halinde sözleşmeyi feshedebileceğinin kabul edilmesi uygun çözüm olurdu.

II. SONUÇ

Yargıtay'ın işçinin sık sık hastalanmasını ve

İşK.25/1,b-2 öngörülen bildirim süresi+6 haftalık süreyi aşmayan sağlık sebepleriyle devamsızlığını, işyerinde üretim sürecini etkilemiş ve olumsuzluklara yol açmış olması kaydıyla, geçerli sebep saymasını yerinde buluyoruz. Ancak Yargıtay'ın sağlık sebeplerini işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep nitelenmesi doğru değildir. Böyle bir sebep ancak işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebep teşkil edebilir. Yargıtay'ın yerel mahkeme kararını bozarken, işçiyi başka bir işte çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığını araştırılmasını istememesini önemli bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz. Böylelikle feshin son çare ilkesi olması da sağlanmış olurdu.

DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, 494.
- 2 Mollamahmutoğlu, 494.
- 3 Mollamahmutoğlu, 494.
- 4 Akyiğit, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, 137.
- 5 Örnekler için bkz. Güven, Ercan/Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 2.B., Eskişehir 2007, 148-152.
- 6 Haklı sebep-geçerli sebep ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. Süzek, Sarper, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A.Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayını, İstanbul 2005, 565 vd.; Odaman, Serkan, Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı, Kamu-İş, C.7, S.2, (Prof.Dr. Kamil Turan'a Armağan), 587 vd.
- 7 Ulucan, Devrim, İş Güvencesi, 2.B., İstanbul 2003, 45; Süzek, İşçinin, 569.
- 8 Ulucan, 46. Alman ve Fransız Hukukunda hastalık halinin hangi koşullarla geçerli sebep kabul edilebileceği hakkında bkz. Güzel, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul 204, 50 vd.
- 9 Süzek, Sarper, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005, 453.
- 10 Ekonomi, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren, Özel Sayı, Mart 2003, 9.
- 11 Mollamahmutoğlu, 576.
- 12 Ulucan, 48. Ayrıca bkz. Bilgili, Abbas, İş Güvencesi Hukuku, Adana 2004, 40.
- 13 Y9HD., 28.04.2005, 31892/14992, Çalışma ve Toplum, S.2, 2005, 199.
- 14 Y9HD., 28.2.2005, 2061/6417, Çankaya/Günay/Göktaş, 429.
- 15 "Davacının hizmet akdinin feshinin 4857 sayılı Yasa'nın 25/I maddesi gereğince rapor sürelerinin aynı yasanın 17. maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşması nedenine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının ardi ardına aldığı rapor 130 günün üzerindedir. Dosya içeriğinden davalının feshinin Yasanın 25/I maddesindeki koşullara uygun düştüğü anlaşılmaktadır. Böyle olunca aynı Yasanın 18-21 maddelerinin
- olayımıza uygulanma koşulları mevcut değildir", Y9HD., 29.1.2004, 500/1490, Bilgili, 41.
- 16 Süzek, işçinin sık sık hastalanmasını ise hastalık nedeniyle uzun süren devamsızlıktan ayırmaktadır: "Buna karşılık, işçinin sık sık hastalanması konusunda uzun süren hastalıktan farklı olarak İş Kanununda bir düzenleme bulunmadığından, sık sık hastalanma iş görme edimini gerektirdiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkiliyor, işyerinde normal işleyişi bozuyorsa, işveren geçerli olarak süreli fesih hakkını kullanabilir. Bu hakkın doğup doğmadığını olayın özelliğini göz önünde tutarak yargıç belirleyecektir", İşçinin, 571. Aynı görüşte olan Ekonomi'ye göre, "Sık sık hastalanma, işçi örneğin üç defa hastalandı, dördüncü hastalanması sonucu eğer işyerinde işin yürütümünde bir aksama meydana gelecekse, işverene bunun sonucunda daha fazla yük geliyorsa yani o süreler için optimum sayıda çalışan işveren dışarıdan geçici işçi almak zorunda kalıyorsa, bunu yapmak yerine 13. maddeye göre hizmet akdini yine sürelerine uymak suretiyle fesih etme imkânını kazanabilecektir", 9.
- 17 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2006, 169; Çelik, Nuri, İş Hukuku 20.B., İstanbul 2007, 223.
- 18 Mollamahmutoğlu, 578. Aynı görüşte olan Güzel'e göre, "Ultima ratio ilkesinin hukukumuzda da kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi, bir başka işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiyeye önerme yönünde bir yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan fesih, geçerli bir neden mevcut olsa bile, ultima ratio ilkesini ihlali nedeniyle geçersiz bir fesih sayılacaktır. İşverenin bu yükümlülüğü hem işçinin yetersizliğinden veya işe uyum güçlüğü hallerinde, hem de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih hallerinde uygulama alan bulacaktır", Güzel, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayını, İstanbul 2005, 71.
- 19 Süzek, 454.
- 20 Y9HD., 29.1.2007, 30032/1228, www.kazanci.com.tr
- 21 Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, 215.

Yrd. Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/27396

Karar No : 2006/34577

Tarihi : 25.12.2006

KARAR ÖZETİ

Davacının iş sözleşmesinin "işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler" gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildirimini yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibarı ile yeni işçi aldığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibarı ile geçerli bir

fesihten söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi ge-

reken tazminat ile boшта geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, ekonomik nedenlerle 2004 yılı başından itibaren personel azaltılmasına girdiğini, bu kapsamda davacının iş sözleşmesinin tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu işyerinin kapandığı, kapatma işleminin İş Kanunu'nun 29. maddesine uygun olduğu, işçinin çalıştırılacağı işyerinin kapanması nedeni ile işçinin çalıştırılacağı yerin kalmadığı, verilecek işe iade kararının bir anlamının kalmayacağı, işyerinin kapanması nedeni ile davanın konusuz kaldığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesinin "işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler" gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildirimini yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesihten söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boшта geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır. Mevcut olgulara göre da-

vacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-) Bakırköy 1. İş Mahkemesinin 28.7.2006 gün ve 31-1447 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3-) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4-) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,

Davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alaktan mahsubuna,

5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 450 YTL.-vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7-) Davacı tarafından yapılan 175,00 YTL.-yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, 25.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir

işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin dayanabileceği geçerli sebepler arasında işçinin yeterliliği ve davranışları yanında işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri de bulunmaktadır. Kanun koyucu 18. mad-

denin gerekçesinde her üç geçerli sebebin içeriğini de örneklerle açıklama yolunu seçmiştir. Bu çerçevede işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramını da iki başlık altında ele almış ve bu geçerli sebebi; işyeri dışından kaynaklanan sebepler ve işyeri içi sebepler olarak nitelendirmiştir. Bu durumlara bakıldığında sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi nedenler işyeri dışından kaynaklanan sebepler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi nedenler ise işyeri içi sebepler örnekleyici olarak sayılmıştır.

Söz konusu geçerli sebebi işçinin kişiliği ile ilgili olan yeterlilik ve davranışlardan ayırmak gereklidir. Nitekim 4857 sayılı Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasında “hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez” hükmü getirilerek, söz konusu sebeplerin işletme, işyeri veya işin gerekleriyle yapılan fesihle farklı bir yapıda olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de bu durumda işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, işletmesel gereklere bağlı olarak işçinin çalışmaya devam olanağının kalmaması nedeniyle ortaya çıkan işgücü fazlasının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi söz konusudur, burada geçerli bir sebebin bulunması için işletme gerekleriyle fesih arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹. Bir başka deyişle burada aranan, işin daha az işçiyle yapılabilmesi ihtimalinin doğmuş olması neticesinde geçerli sebeple feshe yönelmiş olunmasıdır².

Bu noktada tartışılması gereken ilk husus; işverence alınan “işçi sayısının azaltılması”na ilişkin işletmesel kararın, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta mahkeme tarafından denetlenip denetlenemeyeceğidir. Rekabetin her geçen gün daha da şiddetlendiği, yurt içi ve dışında yeni rakiplerin ortaya çıktığı bir ortamda firmalar hassas dengeler üzerinde ilerlemektedir ve firmanın rekabet edebilirliğini koruması, bunu yaparken de işçilerine olumsuz gelişmeleri yansıtmaması son derece zordur. Bu firmalarda siparişler öylesine değişkenlik gösterebilmektedir ki, firmanın önünü görmesi ve geleceğini programlayabilmesi mümkün olma-

maktadır. Sınırlı sayıda bir dönem fazla mesai ihtiyacı bile ortaya çıkmakta, ancak hemen sonrasında işçi sayısının azaltılabilmesi gereği görülebilmektedir. Bir başka deyişle, firmalar faaliyet alanları gereği esnek bir mevzuata ihtiyaç duyabilmektedirler ve iniş çıkışların görülmesi her zaman ihtimal dahilinde olabilmektedir. Örneğin bazı firmaların sevkiyat miktarlarında kayda değer bir düşüş gözlenmekte, sevkiyat miktarları doğal olarak ciroyu da etkilemekte ve cirolar taban seviyede seyredebilmektedir. Bu durum da işçi sayısında azalmaya yol açabilmektedir. Bu feshlerin en önemli nedenlerinden birisi de işyerinde yeni teknolojilerin ve çalışma şekillerinin uygulanması, işyerinde bazı bölümlerde daraltılmaya gidilmesi olmaktadır. Bu dönemde işgücünün yeniden yapılandırılması faaliyetleri yürütülebilir, pazar payı arttırılmaya çalışılabilir ve bu amaçla işgücü maliyetlerini azaltma yoluna gitmek gerekli olabilir. Bütün bunlar işletmesel karar kavramı içerisine girmektedir. İşletmesel karar verme yetkisi ise yatırım riskini alan işverene aittir. Bu anlamda doktrinde de işletmesel kararların yargı denetimine tabi tutulması kabul edilmemektedir³. Bu nedenle işverenin işyerinde mevcut olumsuzlukları önleyici bir program oluşturmuş ise bunun işletmesel bir karar olduğunu ve yargı denetimine tabi tutulmayacağını kabul etmek gerekir. Ancak işletmesel karar neticesinde fesih en son başvurulacak yoldur. İşletmesel kararlar fesihle başka bir yol izleniliyorsa, bu durumda geçerli nedenden bahsedilemeyecektir. Böylece işverenin keyfi kararları yargı denetimine tabi olacaktır⁴. İşverenin yargı denetimine tabi tutulabilecek bir işletmesel kararı da işletmenin kapatılması kararıdır. Zira, belirtilen işyeri dışından kaynaklanan sebeplerden biri ya da işyeri içi sebepler söz konusu olduğunda yaşanabilecek ekonomik sıkıntının boyutu öyle bir noktaya gelebilir ki işveren işyerini kapatmak zorunda kalabilir. İşte bu durum da diğerleri gibi işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep kavramı içinde değerlendirilebilecek, ancak söz konusu gerekçe de yargı denetimine tabi olabilecektir.

Elbette işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeniyle bazı işçilerin iş sözleşmelerinin feshi yoluna giden işverenin yeni işçi alma ihtiyacı da bulunmaması gerekir. Gerçekten de, işverenin dayanabile-

ceği “geçerli sebep” kavramına uygun yorum yapılırken, sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması öngörülmektedir⁵. Bu anlamda mahkeme işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple feshe gidilmeden önce işverenin fazla çalışmaları kaldırmasına, işçinin rızası ile çalışma sürelerini kısaltmasına, esnek çalışma yöntemlerini uygulamasına, işin zamana yayılmasına, işçinin ödünç işçi olarak şirketler topluluğu ya da holding içinde bir başka işe geçirilip geçirilmediğine bakacak, bir başka deyişle feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığını inceleyecektir. Ekonomik olarak güçlük yaşayan ve işletme gerekleriyle işçi çıkarmak yoluna gitmek zorunda kalan işverenin doğal olarak yeni işçi alması eşyanın tabiatına aykırıdır.

Diğer yandan, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshinde usulü düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu md. 19’da işverenin geçerli sebeple feshe yönelirken fesih bildirimini yazılı olarak yapmak zorunda olduğu ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek durumunda bulunduğu ifade edilmiştir. Önemle eklemek gerekir ki, işveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlı olacaktır ve fesih nedenini sonradan değiştiremeyecektir. Bu nedenle işe iade davasında sadece bildirimde belirtilen sebep üzerinde durulmalıdır⁶. Gerçekten de bu husus, işçi tarafından açılacak olan işe iade davasında, feshin geçerli sayılıp sayılmayacağı açısından önemlidir. Fesih nedeninin sonradan yazılı olarak açıklanması mümkün değildir⁷. Fesihten sonra vuku bulmuş bir olay feshe dayanak yapılarak ilk başta belirtilmiş olan sebep değiştirilemez⁸. Süzek’in de isabetle belirttiği üzere; işveren fesih sebebini yazılı olarak bildirirken muğlak ifadelerle yetinmemeli, örneğin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebeple geçerli sebeple fesih yoluna gittiğinde çok genel ifadeler kullanmamalı, feshin hangi ekonomik gerekçeyle yapıldığını açıklamalıdır⁹. Mollamahmutoğlu da sözleşmenin feshedildiği ifadesi yanında fesih nedeninin de belirli, somut bir olay veya durum olarak tartışmaya yol açmayacak açıklıkta ve kesinlikte gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰. Gerçekten de, geçerli sebeple fesih esnasında fesih sebebini belirtmesi bir geçerlilik koşuludur. Eğer işverenin birden fazla nedeni varsa, ancak sadece birini bildirmiş ise artık diğer sebeplere baş-

vuramayacaktır, bu noktada işveren bildirmiş olduğu nedenle bağlı olacaktır¹¹.

Yine 4857 sayılı İş Kanunu md. 20/2 uyarınca “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. Bunun ardından gelen 21. madde hükmünde ise geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları belirtilirken, “işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır...” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Görüldüğü üzere işveren feshe karar verdiğinde yazılı olarak ve açık bir şekilde belirterek fesih bildirimini yapacak, belirtmiş olduğu fesih sebebiyle bağlı kalacak, daha sonra bu sebebi değiştiremeyecek, işçinin işe iade davası açması halinde mahkeme bu sebebi dikkate alarak inceleme yapacak, başka bir sebebin incelenmesi ise ancak işçinin başka bir sebebin varlığını iddia etmesi halinde söz konusu olacaktır.

İncelememize konu olan olayda davacının iş sözleşmesinin “işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler” gerekçe gösterilerek işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle işveren fesih bildirimini yaparken açık ve kesin bir şekilde bu hususu gerekçe olarak ifade etmiştir. Bu nedenle, yukarıda muhtelif Yüksek Mahkeme kararlarıyla da ifade edildiği üzere işverenin bu aşamadan sonra yeni bir fesih nedenini iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep yapması mümkün değildir, bir başka deyişle söz konusu sebeple bağlı kalacaktır.

Ancak karardan anlaşıldığı üzere fesihden 4 ay sonra, bir başka deyişle işe iade davası devam ederken işyeri kapatılmıştır. Ne var ki, fesih bildiriminde işyerinin kapatılması gerekçe yapılmamıştır, kaldı ki fesih tarihinde işyeri açık durumdadır ve faaliyetlerine devam etmektedir. Oysa böyle bir durum olsaydı, bunu feshe sebep yapmak isteyen işveren bu sebebi açık ve kesin bir şekilde belirterek iş sözleşmesini feshedebilirdi. İşyerinin kapatılmış olmasının açık bir gerçek olduğu düşüncesiyle, artık bu sebebin açık ve kesin bir şekilde yazılı fesih bildiriminde bulunmasının gerekli olma-

diğini ileri sürmek ise doğru değildir. Çünkü her ne kadar işyerinin kapanması, artık orada işçi çalıştırılmayacağını açık bir şekilde gösterse de, bir başka deyişle, işyerinin kesin ve sürekli olarak kapanması halinde ortada artık ne işçinin çalışabileceği bir işyeri, ne de iş kalmasa da, işyerinin kapanması halinde de iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyecek, işverenin fesih yönünde irade açıklamasında bulunması gerekecektir¹².

Karardan anlaşıldığı üzere iş sözleşmesi feshedilirken işyerinin kapanması söz konusu bile olmamıştır. Gerçekten de işe iade davasında mahkemenin İş Kanunu md. 21 çerçevesinde geçerli olup olmadığını inceleyeceği sebep, işverenin fesih bildiriminde belirttiği ve o tarihteki koşullardır. Bir başka deyişle daha sonra işyerinin kapatılmasının, iş sözleşmesinin feshinin geçerli-geçersiz olup olmadığına bir etkisi bulunmamaktadır. Oysa, yine karardan anlaşıldığı üzere mahkeme işçinin çalıştırılacağı işyerinin kapanması nedeni ile işçinin çalıştırılacağı yerin kalmadığını belirtmiş, bu nedenle de verilecek olan bir işe iade kararının bir anlamının kalmayacağına, işyerinin kapanması sonucunda davanın konusuz kaldığına ve karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Ancak bir davanın konusuz kaldığından bahsedebilmek için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararı kalmamış olmalıdır¹³. Bu anlamda, davanın taraflardan biri için konusuz kalması diğeri için de aynı durumun ortaya çıkmasını gerektirmez. Bu halde davaya devam edilmeli ve esas hakkında karar verilmelidir. İncelememize konu olayda ise davaya devam edilmesi ve fesih bildiriminde belirtilen sebebin geçerli olup olmadığına belirlenmesinde davacı işçinin kuşkusuz hukuki yararı bulunmaktadır. Zira davanın işçinin lehine sonuçlanması halinde işçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurabilecektir. Böylece belki de işine geri dönebilecektir. İşveren kendisini bir ay içinde işe iade etmezse de, işçiye en dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olacak, ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da işçiye ödenecektir. Görüldüğü üzere davaya devam edilmesi ve

esas hakkında karar verilmesinde işçinin tartışmasız hukuki bir yararı bulunmaktadır. Bu nedenle kanımızca karara konu olayda davanın konusuz kaldığından bahsedilemeyecektir.

Yargıtay kararında da isabetle ifade edildiği üzere, işe iade davasında incelenmesi gereken sadece işverenin fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde belirttiği sebeptir. Yoksa fesihden sonra dava devam ederken işyerinin kapatılmış olmasının mahkemenin incelemesine herhangi bir etkisi yoktur. Belirtilen sebebin geçerli olup olmadığına gelince, yukarıda da ifade edildiği üzere işverenin işletmesel kararlarının yargı denetimine tabi olması kabul edilmektedir. Ne var ki, işletmesel olarak verilecek bir kararla fesih yolunu izlemek en son başvurulacak yoldur. İşletmesel kararlarla fesihden başka bir yol izlenebiliyorsa, bu durumda geçerli nedenden bahsedilemeyecektir. Böylece işverenin keyfi kararları yargı denetimine tabi olacaktır. Oysa kararda davalı işverenin fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibariyle yeni işçi aldığı dosya kapsamında anlaşıldığı ifade edilmektedir. Bu durumda kararda da isabetli bir şekilde belirtildiği gibi fesih tarihi itibariyle geçerli bir fesihden söz edilemeyecektir. İşe iade davasında sadece işverenin fesih bildiriminde dayandığı ekonomik nedenler dikkate alınıp mahkemece değerlendirileceğinden ve fesihden sonra işyerinin kapatılmış olmasının mahkemenin incelemesine bir etkisi olmayacağından, kanımızca Yüksek Mahkemenin ulaştığı sonuç isabetlidir.

Yine kararda belirtildiği gibi, fesihden sonra işyerinin kapanmış olması, işe iadeye ilişkin hükümün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, daha sonra açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır. Gerçekten de bu husus bir başka davanın konusu olacaktır. Çünkü işe iade kararını alan işçi işverene işe iade edilmek için başvuruda bulunacak, ancak yargılama esnasında işyeri kapanmış olduğu için işverenin işçiyi istihdam edeceği bir işyeri bulunmayacaktır. Kanımızca mevcut bir işyeri olmadığından işçinin başvuru imkânının olmadığını söylemek ise doğru değildir. Böyle bir yer olmasa da işçi işverenin geçerli bir adresine yasal başvurusunu yapmalıdır. Aksi halde işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve

işveren sadece bunun hukuki sonuçlarıyla sorumlu olacaktır (İş Kanunu md. 21/5). İşe iade davası seri yargılama usulüne göre görülür ve sonuçlandırılırken, işe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabi olacaktır. Bu sebeple, işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği durumlarda, bu davaların ayrılmasına karar verilecektir¹⁴. İşte söz konusu davada işçinin şartları oluşmuşsa talep edebileceği ihbar ve kıdem tazminatları dışında işveren işçiye en dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olacak, ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da işçiye ödenecektir. Bir başka deyişle işverenin işçiyi çalıştırabileceği bir işyerinin artık bulunmaması, davanın esası hakkında verilen hükmü etkilemeyecek, kapanma olayı hiç yaşanmamış gibi mahkeme kararının sonuçları doğacaktır. Çünkü bu noktaya getiren süreç işverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshiyle başlamıştır ve o esnada işveren işyerinin kapanmasını geçerli sebep yaparak fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde belirtmemiştir. Bu nedenle işyerinin fesihden sonra kapanmış olmasının söz konusu ikinci davaya herhangi bir etkisi olmayacaktır.

SONUÇ

Tüm bu yukarıda ayrıntılı bir şekilde sayılan nedenlerle, Yargıtay kararına konu olayda işverenin yapmış olduğu feshin geçersiz olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu kararda belirtilen sebeplerle davanın konusuz kalması da mümkün değildir ve davaya devam edilerek esasa ilişkin karar verilmelidir. Bu kararın işçi lehine olması halindeyse, işyerinin fesihden sonra kapatılmış olması işçinin işverene işe iade için başvurmasını engellemeyecek, işyeri artık olmadığı için doğal olarak işçiyi yeniden çalıştıramayacak olan işveren ise geçersiz fesihle sonuçlanan tipik bir işe iade davasında işçiyi işe başlatmayan işverenin karşı karşıya kaldığı sorumlulukları üstlenmek durumunda olacaktır. Bu nedenlerle Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararın tümüyle isabetli olduğu kanısındayız.

DİPNOTLAR

1 Süzek, S.: İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 2005, s.444.

- 2 Alp, M.: "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi "Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi" 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2002, s.97-98.
- 3 Ekmekçi, Ö.: "Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2004, Sayı 1, s.167.
- 4 Yargıtay 9.HD., 12.01.2005, E.12373, K.522, İşveren Dergisi, Temmuz-2005 Ek, s.15-16.
- 5 Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, İzmir, 2005, s.207.
- 6 Yargıtay 9.HD., 13.12.2003, E.28790, K.27501, Çankaya, O.G./Günay, C.İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.103; Yargıtay 9.HD., 09.12.2004, E.2004/11367, K.2004/27384, Çankaya/Günay/Göktaş, s.361-362; Yargıtay 9.HD., 11.10.2004, E.2004/10587, K.2004/22804, Çankaya/Günay/Göktaş, s.364-365; Yargıtay 9.HD., 12.01.2005, E.2004/12486, K.2005/531, Çankaya/Günay/Göktaş, s.366.
- 7 Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2006, s.172.
- 8 Yargıtay 9.HD., 06.12.2004, E.2004/7178, K.2004/26665, Çankaya/Günay/Göktaş, s.370.
- 9 Süzek, s.469.
- 10 Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, Ankara, 2005, s.584.
- 11 Mollamahmutoglu, s.584.
- 12 Köseoğlu, A.C.: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004, s.171 ve dn.95'teki Yargıtay kararları; "Bir tüzel kişilik, belirli bir süre için veya belirli bir gayeye erişmek için kurulmuşsa, sürenin sonu veya gayenin gerçekleşmesiyle kendiliğinden infisah edeceğinden, yapmış olduğu iş sözleşmeleri de aynı zamanda sona erer.....Tüzel kişilik infisah etmeyip de genel kurul kararıyla fesholunursa, iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fesih kararını yerine getirecek organ iş sözleşmelerini usulüne göre feshetmelidir." Köseoğlu, s.175-176.
- 13 Süzek, s.483-484.
- 14 Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 20.Bası, İstanbul, 2007, s.235 ve dn.280'deki kararlar.

KAYNAKÇA

- Alp, M.: "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi "Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi" 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2002.
- Çankaya, O.G./Günay, C.İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 20.Bası, İstanbul, 2007.
- Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, İzmir, 2005.
- Ekmekçi, Ö.: "Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2004, Sayı 1.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2006.
- Köseoğlu, A.C.: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004.
- Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, Ankara, 2005.
- Süzek, S.: İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 2005.

Vahap ÜNLÜ

MESS Müşavir Avukatı

İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaktan Vazgeçmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/21601**Karar No** : 2007/29856**Tarihi** : 09.10.2007

DAVA

Taraflar arasındaki, sendikal tazminat, boşta geçen süre ücreti ve kıdem tazminatı farkının ödenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle reddine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 09.10.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davacı adına Avukat ... geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2. Davacı işçi açmış olduğu bu davada, işe başlatılmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını ve kıdem tazminatı farkını talep etmiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı işçi, işe iade davası sonucu yasal süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre ve mahkemenin de kabul ettiği üzere davacı işçi işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiştir. Bu durumda, davacı işçi yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir. Bilirkişi raporunda bu yönde yapılmış olan hesapla-

ma bir değerlendirmeye tabi tutularak anılan isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı se-

bepten BOZULMASINA, davacı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükseltilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

1. Karara Konu Olaya İlişkin Tespitler ve Hukuki Sorun

İncelemeye konu karardan anlaşıldığı üzere; davacı işçi, iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesi ile, daha önce bir işe iade davası açmış ve söz konusu dava lehine sonuçlanmıştır. Davacı işçi bunun üzerine işe başlamak için süresinde işverene başvuruda bulunmuş ve davalı işveren de, süresi içinde, işçiyi işe başlaması için davet etmiştir. Davacı işçi işyerine gittiği halde, işe başlamaya dair belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiştir.

Davacı işçinin yerel mahkemece reddedilen; “boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar”, “işe başlatılmama tazminatı” ve “kıdem tazminatı farkına” ilişkin alacak talepleri göz önüne alındığında, işçinin işe başlamamak konusunda kendisini haklı gördüğü, veya işe başlatılmak konusunda davalı işverenin üzerine düşen yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği, ya da davalı işverenin kendisini işe hiç başlatmadığı, düşüncesinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira davacı işçinin talepleri, bir feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrasında işçinin süresi içinde başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı durumda talep edilebilecek alacaklardır. Davacı işçinin bu taleplerinin yerel mahkemece reddedilmesi üzerine, davacı kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu olaya ilişkin yaptığı incelemede; dosyadaki bilgi ve belgelere göre ve yerel mahkemenin de kabul ettiği üzere, davacı işçinin işe başlamaya dair belgeyi imzalamaktan imtina ettiğini ve işe başlamaktan vazgeçtiğini belirterek, bu durumda davacı işçinin, süresinde işverene başvurmuş olması nedeniyle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar doğmuş

bulunan ücret ve diğer haklarının” kabulüne karar verilmesi gerekirken bu talebin reddedilmesini hatalı bulmuş ve yerel mahkeme kararını bu yönüyle bozmuştur.

Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere, davacı işçiyi işe başlatmak konusundaki davetine rağmen, işverenin davacı işçiyi işe başlatmak konusunda üzerine düşen yükümlülükleri ihlal ettiğine ya da işçiyi hiç işe başlatmadığına veya işçinin işe başlamamak konusunda haklı bir sebebi olduğuna yönelik herhangi bir neden bulunmamaktadır. Zira davacı işçinin; “boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara”, “kıdem tazminatı farkına” ve “işe başlatılmama tazminatına” yönelik üç talebi birlikte yerel mahkemece reddedilmişken, Yargıtay, yasal süre içerisinde işe başvurmakla davacının “boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara” hak kazandığı gerekçesiyle, “anılan isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddedilmesini” hatalı bularak, davacı işçinin sadece “boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakları” yönünden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Böylece Yargıtay somut olayda, davacı işçinin sadece “boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara” hak kazanacağını, “işe başlatılmama tazminatı” ve “kıdem tazminatı farkına” hak kazanamayacağını tespit etmiş olmaktadır. Eğer olayda işçinin işe başlamamasını haklı kılacak veya işçinin davalı işveren tarafından işe başlatılmadığı sonucuna yol açacak bir sebep bulunmuş olsa idi, Yargıtay'ın davacı işçinin reddedilen diğer talepleri yönünden de yerel mahkeme kararını bozacağı kuşkusuzdur. Zira böyle bir durumda, işveren işçinin işe başlatılması konusunda kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemiş sayılacak ve geçersiz feshin sonuçlarından sorumlu olacaktır¹.

Olayımızda işçinin, süresinde davet edilmesine rağmen işe başlamaktan vazgeçtiği halde, İş Kanu-

nu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında "boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara" hak kazandığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay kararında davacı işçinin bu alacağa hak kazanmasının gerekçesi; "işçinin yasal süresi içinde işverene başvurusu" olarak ifade edilmiştir.

Yazımızda üzerinde duracağımız hukuki sorun; "feshin geçersizliği ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş gibi devam etmesine ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımı karşısında" ve genel olarak, işe iade davasını kazanan işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren yasal süresinde işverene başvurusuna ve işverenin de süresinde işe başlatmak istemesine rağmen, işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışının nasıl yorumlanabileceği, buna bağlı olarak incelenen kararda ifade edildiği gibi, 'boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara' hak kazanıp kazanamayacağı konusu olacaktır.

II. Feshin Geçersizliği ve İş Sözleşmesinin Hiç Bozulmamış Gibi Devam Etmesi Konusu

İşverenin işe başlatmak istemesine rağmen, işçinin işe başlamaktan vazgeçmesinin nasıl değerlendirilebileceği konusu, yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine ilişkin karar sonrasında, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin kesilmeksizin devam edip etmediği, devam ediyor ise "hangi aşamanın bu sonucu başlattığı", başka bir deyişle; taraflar arasındaki iş sözleşmesinin "ne zaman canlanmış sayılacağı" konusu ile doğrudan ilgilidir. Feshin geçersizliği kararı sonrasında (aşağıda belirtilen koşulun gerçekleşmesiyle), taraflar arasındaki iş sözleşmesi hiç kesilmemiş gibi devam etmiş sayılmaktadır. Sözleşmenin devam etmiş sayılacağı hususu yargı kararlarında da sıklıkla ifade edilmektedir. Buradaki temel sorun, bunun hangi şartlar altında gerçekleşmiş sayılacağı yani, sözleşmenin ne zaman hiç feshedilmemiş gibi devam ettiğinin kabul edileceği noktasındadır.

Bizim de katıldığımız, öğretide ileri sürülen bir görüşte de ifade edildiği üzere; feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren, işçinin yasal süre olan 10 işgünü içinde işverene başvurusu ile taraflar arasındaki sözleşme hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkmaktadır². İş

Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçinin yasal süre içinde işverene başvurmaması halinde, geçersizliğine hükmolunan fesih geçerli sayılacak ve işveren geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olacaktır. Bu durumda mahkemece karar verilen "feshin geçersizliği hükmü", işçinin yapacağı başvuru anına kadar sonuçlarını doğurmayıp, askıda kalmaktadır. İşçi, süresinde başvuru yapmaz ise, geçersiz olduğu tespit edilen işveren fesih geçerli sayılacak ve fesih yapıldığı tarih itibarıyla hukuki sonuçlarını doğuracaktır. İşçinin süresinde işverene başvurusu ile geçersizliğine hükmolunan fesih ortadan kalkacak ve taraflar arasındaki iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam eder hale gelecektir.

Feshin geçersiz sayılması üzerine sözleşmenin devam ettiğinin kabulü, "sözleşmenin ne kadar süre için devam etmiş sayılacağı" sorusunu da beraberinde getirmektedir. Yargıtay'ın bazı kararları ile bu konuda tereddüt yaratan bir durum ortaya çıkmıştır.

Kararın kesinleşmesine kadar en çok dört ayla sınırlı çalıştırılmayan sürenin kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izin süresine eklenmesi konusundaki bazı Yargıtay kararlarında;

"...Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır...Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağının hesabında nazara alınması..." gerekliliği ifade edilmiştir³.

Yasal düzenleme karşısında, Yargıtay'ın söz konusu kararlarda ifade ettiği üzere, çalışılmayan döneme ilişkin en çok 4 aylık sürenin kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izin süresinden sayılması isabetlidir. Ancak ilgili kararlarda, "feshin geçersiz sayılması ile hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı" ifa-

de edilmesine rağmen; bir yandan “sözleşmenin 4 ay devam ettiği”, diğer yandan “feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiğinin kabul edilmesi”, taraflar arasındaki sözleşmenin ne kadar süre için devam etmiş ve buna bağlı olarak hangi tarihte sona ermiş sayılacağı konusunda tereddüde yol açar niteliktedir.

Nitekim anılan kararlardan biri öğretilerde de inceleme konusu olmuştur⁴. Söz konusu incelemede, anılan durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Yargıtay’ın kararında; ‘...feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir...’ şeklindeki ifadeye de yer vererek, sözleşmenin devam süresi konusunda, işverenin işe başlatmama tarihine hukuki bir değer atfediyor gibi görünse de, kararın bütünü dikkate alındığında, Yargıtay’ın, feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde, sözleşmenin sona erme tarihinin 4 aylık boşta geçen sürenin sona erme tarihi olarak kabul ettiği sonucu çıkartılabilecektir...”

Yargıtay, aynı konuda, daha sonraki zamanlarda verdiği kararlarında, ‘sözleşmenin 4 ay daha devam ettiği’ ifadesini kullanmamış ve aşağıdaki şekilde hüküm kurmuştur⁵:

“...Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiği saptanmış bulunmaktadır...Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle, iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir...”

Bu anlamda Yargıtay, sözleşmenin sona erme tarihi açısından ilk kararlarında ortaya çıkan çeliş-

kili durumu ortadan kaldırmış ve “işçinin işe başlatılmadığı tarihte” sözleşmenin sona ermiş kabul edileceğini açıklığa kavuşturmuş ve dolayısıyla sözleşmenin bu tarihe kadar devam etmiş sayılacağını da kabul etmiştir.

Nitekim birçok kararda görüldüğü üzere, Yargıtay’ın istikrar kazanmış ve içtihat haline gelmiş görüşü; “feshin geçersizliği ve işçinin işine iadesine karar verilmekle iş sözleşmesi kesintisiz devam etmiş sayılacağından, feshin geçersizliği ve işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmadığı tarihin fesih tarihi, başka bir deyişle; taraflar arasındaki sözleşmenin sona erme tarihi”, olduğudur⁶. Her ne kadar Yargıtay kararlarında; “feshin geçersizliği ve işçinin işine iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam etmiş sayılacağı” ifade edilmekteyse de, kararın kesinleşmesinin ve kesinleşen kararın tebliği üzerine işçinin yasal süresinde işverene başvurusunun olması gerektiği açıktır.

“İşe başlatmamanın” işverence yapılan fesih olarak kabul edilmesi ve “işçinin işe başlatılmadığı tarihte” sözleşmenin sona ermiş sayılmasının sonucu olarak, Yargıtay, kıdem tazminatı farkının bu tarihteki emsal ücret üzerinden hesaplanmasını ve kıdem tazminatı tavanı olarak bu tarihteki tavanın dikkate alınmasını, başta ödenmeyen kıdem tazminatına bu tarih itibarıyla faiz yürütülmesini kabul etmiştir⁷.

Yasal süresinde başvurusuna rağmen işçinin “işe başlatılmamasının” iş sözleşmesini sona erdiren fesih olarak kabul edilmesi, sözleşmenin sona erdiği tarihte halihazırda devam eden mevcut bir sözleşmenin varlığını da gerekli kılmaktadır. Eğer işe başlatmama tarihinde taraflar arasında devam etmekte olan bir sözleşme bulunmamakta ise, işe başlatmamayı sözleşmeyi sona erdiren fesih olarak kabul etmek güç olacaktır. Bu bağlamda; “işe başlatmamayı” iş sözleşmesini sona erdiren fesih olarak kabul ettiğimizde, yukarıda değindiğimiz üzere; işçinin yasal süresi içinde işverene başvurması ile birlikte geçersizliğine karar verilen feshin hükümsüz hale geldiğini, bu durumda iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş sayılarak sözleşmenin devamlılığının sağlandığı görüşünü de kabul etmek, kanımızca tutarlı bir yaklaşım olacaktır. Zira, kesinleşen kararın tebliği sonrasında, işçinin yasal süresi içindeki başvurusuyla “feshin geçersizliği” etkin gelmekte, yapılan fesih hükümsüz olmakta ve

ortadan kalkmakta, taraflar arasındaki iş sözleşmesi devam eder hale gelmektedir. Bu durumda, ortadan kalkmış bir fesih ve devam eden iş sözleşmesi karşısında “işe başlatmama” sözleşmeyi sona erdiren bir fesih olarak değerlendirilebilecektir. Böylelikle işçinin yasal süresi içinde işverene başvurması ile taraflar arasındaki sözleşmenin devamlılığı sağlanmış olacağından, “işe başlatmama” ile oluşan fesih tarihinde mevcut olması gereken, devam eden bir iş sözleşmesinin varlığı ihtiyacı da, karşılanmış olacaktır.

Bu açıklamalar neticesinde, işverence davet edilmesine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışını değerlendirecek olursak; işçinin yasal süre içinde başvurusu ile önceki feshin hükümsüz hale gelmesi ve sözleşmenin kesilmeksizin devam ediyor olması karşısında, işverenin işçiyi işe davet etmesine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışının “istifa” olarak kabul edilmesinin, “feshin geçersizliği ve iş sözleşmesinin devamı noktasında”, isabetli olacağını düşünmekteyiz⁸. Böyle bir durumda, işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacak, kendisine bunlar daha önce peşin olarak ödenmiş ise iade ile yükümlü olacaktır.

Yargıtay’ın; “feshin geçersizliği ve işçinin işine iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam etmiş sayılması nedeniyle, feshin geçersizliği ve işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmamasını fesih tarihi” olarak kabul ettiği istikrar kazanmış görüşünün de, bizi aynı sonuca götürmesi gerektiği kanısındayız. Zira, işçinin işe başlatılmamasının sözleşmeyi sona erdiren fesih olarak kabul edildiği bir durumda, bu tarihe kadar sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği kabul edilebiliyorsa, işverenin çağrısına rağmen işçinin çalışmaktan vazgeçtiği durumda da, aynı şekilde, sözleşmesinin kesintisiz devam ettiğini kabul etmek ve işçinin çalışmaktan vazgeçmesi nedeniyle de bu davranışını istifa olarak değerlendirmek, tutarlı bir sonuç olacaktır⁹.

III. En Çok Dört Aylık Ücret ve Diğer Haklar Açısından Durum

İş Kanunu’nun 21. maddesinin beşinci fıkrası gereğince, yasal süresi içinde işverene başvurmayan işçinin, üçüncü fıkrada belirtilen, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok

dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları talep edebilmesi mümkün değildir. Zira, işçi süresinde başvurmaz ise, fesih geçerli sayılacağından, işveren sadece kıdem, ihbar tazminatı ve varsa diğer işçilik alacaklarından sorumlu olacaktır.

Yargıtay, işçinin çalıştırılmadığı döneme ilişkin en çok dört ayla sınırlı süreye ait ücret alacağını, işçinin yasal süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olacağına karar vermiştir¹⁰. Feshin geçersizliğine bağlanmış bu alacağa, kanaatimizce de, işçinin yasal süre içinde işe başlamak için işverene başvurusu ile hak kazanılacaktır. İşçinin başvurusu ile “feshin geçersizliği” hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacağından, fesih ortadan kalkacak ve iş sözleşmesi hiç bozulmamış gibi devam eder hale geleceğinden, işçinin işe başlatıldığı veya başlatılmadığı durumlar ile, işverenin çağrısına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabul edilmesi durumunda da, işçi en çok dört ayla sınırlı ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir.

IV. Sonuç

Somut olayda, işçi, işe başlaması için işverence süresi içinde davet edilmesine rağmen, işe başlamayacağını bildirerek, çalışmaktan vazgeçmiştir. Yargıtay, işçinin kıdem tazminatı farkı, işe başlatılmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara yönelik taleplerini reddeden yerel mahkeme kararını, sadece Kanunun 21. maddesi anlamında “boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar” yani, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört ayla sınırlı ücret ve diğer haklar yönünden bozmuştur. Böylelikle Yargıtay, olayda işçinin kıdem tazminatı farkı ve işe başlatılmama tazminatına hak kazanamayacağını tespit etmiş olmaktadır.

Yargıtay kararında, işçinin işe başlamaktan vazgeçmesine rağmen, sadece “boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara” hak kazanması, işçinin süresi içinde işverene başvurması ile açıklanmıştır. Ancak, işçinin işe başlamaktan vazgeçmesine ilişkin davranışının nasıl yorumlandığı açıklanmamıştır.

Yargıtay, daha önce benzer bir davada verdiği kararında, işverenin davetine rağmen çalışmaktan vazgeçen işçinin davranışının, iş sözleşmesinin

kendisi tarafından feshedildiği anlamına gelmeyeceğini, bu durumda İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasının kıyasen uygulanacağını ve feshin geçerli bir fesih olarak değerlendirileceğini, kabul etmiştir¹¹. Olayımızda ise, işverenin davetine rağmen işe başlamaktan vazgeçen davacı işçinin bu davranışı, işverene hiç başvurmadan olarak değerlendirilmemiş ve fesih geçerli kabul edilmemiştir. Zira, geçerli bir feshin olması halinde işçinin boşta geçen süreye ait ücreti hak edemeyeceği tartışmasızdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, kararda, her ne kadar işçinin işe başlamaktan vazgeçmesine ilişkin davranışı yorumlanmamış olsa da, olayda iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirilmiş olduğunun kabul edildiği, bu nedenle işçinin diğer taleplerinin kabul görmeyerek sadece boşta geçen süre ücretine hak kazandığı sonucuna varılabilir.

DİPNOTLAR

- 1 Osman Güven Çankaya-Cevdet İlhan Günay-Seracettin Göktaş; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006 (2.Bası), s.298.
- 2 Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku (2.Bası), Ankara 2005, s.592.
- 3 Yargıtay 9.H.D., 6.12.2004 tarih ve E:2004/28355, K:2004/26161, 28.4.2005 tarih ve E:2005/886, K:2005/14880, 14.2.2005 tarih ve E:2005/43, K:2005/4089 sayılı kararları. Ayrıca bkz. Çankaya-Günay-Göktaş; s.1016-1020 arasında yer alan kararlar.
- 4 Şahlanan, Fevzi; İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesine İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi, Nisan 2005, s.43-45.
- 5 Yargıtay 9.H.D.,10.10.2005 tarih ve E:2005/2277, K:2005/32778, 3.10.2005 tarih ve E:2005/16932, K:2005/31926 sayılı kararları. Kararlar için bkz. Çankaya-Günay-Göktaş; s.1012-1013.
- 6 Yargıtay 9.H.D., 22.6.2006 tarih ve E:2005/38631, K:2006/18287 sayılı kararı; bahsedilen durumun Dairenin istikrar kazanan uygulaması olduğu kararda da belirtilmiştir.
- 7 Yargıtay 9.H.D. 11.4.2006 tarih ve E:2005/23233, K:2006/9580, 28.4.2005 tarih ve E:2005/886, K:2005/14880, 12.4.2005 tarih ve E:2004/18066, K:2005/12952 sayılı kararlar, ayrıca bkz. Osman Güven Çankaya-Cevdet İlhan Günay-Seracettin Göktaş, s.302.
- 8 İşverenin işçiyi işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabul edilmesi konusunda bkz; Mollamahmutoğlu, Hamdi; s.593-594.
- 9 Aksi yönde Yargıtay 9.H.D. 11.7.2005 tarih ve 2005/20810 E., 2005/24800 K. sayılı kararı; söz konusu kararda işveren tarafından çağrılmasına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışının istifa olarak kabul edilemeyeceğine, bu durumda İş Kanunu'nun 21/5 fıkrasının kıyasen uygulanmak suretiyle feshin geçerli sayılacağına ve işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak

kazanacağına karar verilmiştir. Söz konusu karar ve incelemeleri için bkz. Aktay, Nizamettin; İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi, MESS Sicil Dergisi, Eylül 2006, sayı 3, s.103-110; Uçum, Mehmet; İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, sayı 2, s.177-192

10 Yargıtay 9.H.D. 8.7.2003 tarih, 2003/12442 E., 2003/13123 K., 30.10.2003 tarih ve 2003/18346 E., 2003/18347 K. sayılı kararlar.

11 Bkz. 9 no'lu dipnotta yer alan karar.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

2821 Sayılı SK ve 4688 Sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşımaları Gereken Nitelikler

GİRİŞ

Türk iş hukukunda “işçi temsilciliği (mümessilliği)” mevzuatımıza ilk kez 3008 sayılı İş Kanunu’nun¹ 78. maddesiyle girmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun döneminde de varlığını sürdüren “işçi temsilciliği (mümessilliği)” kurumu, 275 sayılı TSGLK’nın 64. maddesiyle ilga edilmiş ve işçi temsilciliğinin (mümessilliği) yerini, 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 20. maddesiyle ilk kez ihdas olunan “işyeri sendika temsilciliği” almıştır.

15 Temmuz 1963 tarihli 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun yürürlükten kalkmasından sonra, yürürlüğe giren ve bugün için de yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu² da “işyeri sendika temsilciliği” kurumunu önceki kanunlara göre bir takım değişiklikler yaparak muhafaza etmiştir.

Daha sonra, aynı kurum bu kez de kamu görevlileri sendikalarına ilişkin olarak 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nun³ ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan işyeri sendika temsilcisinin atanması ve işyeri sendika temsilcisi olarak atacaklarda aranacak nitelikler konuları ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

1- İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN ATANMASI

A- Genel Olarak

Sendikaların, işyerlerindeki varlığının en belirgin kanıtı olan işyeri sendika temsilciliği kurumu, işyerinde sendikanın görünen yüzüdür. Bu anlamda, bu görevi yürütmekle yükümlü olacak kişilerin, bağlı bulunduğu sendikanın tüzüğünü, örgütsel yapısını ve sendikal politikalarını iyi bilmesi ve bunları, sendikanın işyerindeki temsilcisi sıfatıyla işyerindeki diğer çalışanlara aktarabilecek nitelikler taşımaları gerekmektedir. Zira, temsilci hem işyeri sorunlarının hem de, sendikal işleyişin takipçisi ve denetleyicisi konumunda olacaktır⁴.

En önemli işlevleri, işçilerin/kamu görevlilerinin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümler

Mevcut düzenlemelerde temsilci seçimi prosedürü genel olarak ilgili sendikanın kendi tercihine bırakılmış, bu yönde kanuni bir prosedür getirilmemiştir.

mek, işçi/kamu görevlisi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin/kamu görevlilerinin hak ve menfaatlerini gözetmek, kanunların ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak olarak özetlenebilecek olan işyeri sendika temsilcilerinin, sendikalarca belirlenmesi ve ilgili işyerine atanması sendikalar açısından ciddi önem arz etmektedir. Nitekim sendikal örgütün başarılı olması ve her türlü eylem karşısında ayakta kalması, işyeri sendika temsilcilerinin görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmesine bağlıdır.

İşyeri sendika temsilcisi atama yetkisi ve atanacak olan temsilcilerin sayısı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Ancak mevcut düzenlemelerde temsilci seçimi prosedürü genel olarak ilgili sendikanın kendi tercihine bırakılmış, bu yönde kanuni bir prosedür getirilmemiştir.

B- 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Atanması

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrası⁵ uyarınca; toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi⁶ kesinleşen sendika, işyerinde çalışan üyeleri arasından işyeri sendika temsilcisi tayin ederek on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirecektir⁷. İşletme toplu iş sözleşmesinin varlığı durumunda da, işletmeye bağlı her işyerinde sendikaya üye bir işçinin bulunması koşulu ile işletme kapsamındaki her işyeri için ayrı bir temsilci atanması söz konusu olabilecektir⁸.

Söz konusu fıkra işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edilecek ve işverene bildirilecek işçi sayısını da işyerinde çalışan işçi sayısına endeksleyerek, bu sayıyı işyerinde işçi sayısı 1-50 arası ise bir, 51-100

arasında ise en çok iki, 101-500 arasında ise en çok üç, 501-1000 arasında ise en çok dört, 1001-2000 arasında, ise en çok altı, 2000'den fazla ise en çok sekiz olarak belirlemiştir.

Sendika, işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edeceği işçilerin kimliklerini de on beş gün içinde işverene bildirecek ve temsilcilerden birini baş temsilci olarak görevlendirebilecektir. Metinden anlaşıldığı üzere, temsilcilerden birinin baş temsilci olarak atanıp atanmaması sendikanın inisiyatifi-ne bırakılmış olup, bu konuda kanuni bir zorunluluk getirilmemiştir.

İşyeri sendika temsilcisi atamasını yaparken, üyelerine temsilcileri seçme olanağını tanıyıp tanınamalarını, kanun sendikaların kendi takdir ve yetkisine bırakmıştır. Üyelere bu yönde bir seçim hakkının tanınması hem sendika içi demokrasi açısından uygun gözükmemekte hem de, temsilcilerin işyerindeki çalışanlar arasında geniş bir kabul görmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu yüzden uygulamada, sendikaların sendika tüzükleri uyarınca çıkardıkları temsilcilik yönetmeliklerine koydukları hükümlerle işyeri sendika temsilcisine ilişkin olarak işyerindeki üyelerine seçim yaptırılmalarına ve seçilenleri temsilci olarak atamalarına sıklıkla rastlanmıştır.

Ancak, söz konusu seçim yönteminin uygulamada sakıncaları da ortaya çıkmıştır. Nitekim, seçim yöntemi temsilcilere sendika ve işveren ile olan ilişkilerinde bazen dengeyi bozabilen fiili bir güç kazandırabilmekte bazen, sendikayı seçim sonuçlarını olduğu gibi kabullenerek bu görevi yapması sakınca yaratabilecek kişi veya kişileri de temsilci olarak atamak durumunda bırakabilmekte, bazense seçim sonucu sendikaca atanan, görevin gerektirdiği soğukkanlılık, deneyim ve bilgiden yoksun, yeterince eğitilmemiş bazı temsilcilerin güçlerini iyi ayarlayamayıp sendikayı zor durumlara sokmaları⁹ söz konusu olabilmektedir. Bu yüzden günümüzde birçok sendikanın seçim yöntemini kullanmaksızın doğrudan atama yolunu tercih ettikleri de görülmektedir¹⁰.

Sendika işyeri temsilcilerini seçim yoluyla tespit etmeyi tercih eden sendikalar sendika tüzükleri uyarınca çıkardıkları temsilcilik yönetmeliklerine¹¹ temsilcinin tayin veya seçim usulünü, temsilcinin niteliğini, temsilci sayısı, görev süresi ve yetkisini, temsilci seçim takvimi ve hazırlıklarını, seçim liste-

lerini, temsilci seçim genelgesini, temsilci adaylığı başvurusunu, oy pusulalarını, seçim yeri ve zamanını, seçim sandık kurulunu, baş temsilci ve temsilci seçimini, olağanüstü seçim durumunu açıklayan ve bunlara ilişkin bir prosedür geliştiren hükümler koymakta ve bu şekilde seçim usulünü bir esasa bağlamaktadırlar.

C- 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Atanması

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca işyerlerinde kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendika işyeri temsilcisi seçmeye yetkili olacaktır.

Söz konusu işyeri sendika temsilcilerinin kamu görevlileri sendikalarının tüzüklerinde belirtilen yetkili kurullar tarafından bir genel kurul dönemi için işyerinden seçilecekleri de yine aynı maddede düzenlenmiştir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 23. maddesi de, aynen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi işyerinde kamu görevlileri arasında en çok üye kaydetmiş sendikanın bulundurabileceği temsilci sayısını işyerinde çalışan kamu görevlisi sayısına endeksleyerek, bu sayıyı işyerindeki kamu görevlisi sayısı 20-100 arasında ise en çok bir, 101-500 arasında ise en çok iki, 501-1000 arasında ise en çok üç, 1001-2000 arasında ise en çok beş, 2000'den fazla ise en çok yedi olarak belirlemiştir.

Aynen, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da ifade edildiği gibi, bu temsilcilerden biri sendika tarafından baş temsilci olarak görevlendirilebilecek bu konuda bir zorunluluk bulunmayacaktır.

Buna karşın, Kanunda işyeri temsilcisi seçme koşulu olarak işyerinde en çok üyeye sahip buluma koşulu getirildiğinden, kamu görevlileri sendikalarının eşit üyeye sahip olmaları durumunda, en çok üyeye sahip olma koşulu yerine gelmediğinden, sendikaların işyeri temsilcisi seçmeye yetkili olmadıkları Devlet Personel Dairesi'nce¹² mütalaa olunmuştur¹³.

Burada da, herhangi bir kanuni yükümlülük olmamakla birlikte, kamu görevlileri sendikalarının da sendika tüzükleri uyarınca çıkardıkları temsilcilik yönetmeliklerine koyacakları hükümlerle, işyeri sendika temsilcisine ilişkin olarak işyerindeki

Sendikaların gücünden söz edilebilmesinin temel koşulu üyeleriyle aralarındaki bağın güçlü olmasıdır.

üyelerine seçim yaptırılmaları ve seçilenleri temsilci olarak atamaları mümkün olacak ve bu duruma ilişkin olarak yukarıdaki açıklamalarımız aynen geçerli olacaktır.

Buna göre, işyeri sendika temsilcileri, o işyerinde en çok kamu görevlisini üye kaydetmiş sendika tarafından seçilecek ve bu sendika da kurum ve işyeri yetkili amirleri tarafından; üyelik ödenti listeleri ve kurum ve kuruluşlara yapılacak üyelik bildirimleri esas alınarak belirlenecektir¹⁴.

İşyeri sendika temsilcilerini seçecek sendikanın belirlenmesinde; kurum ve kuruma bağlı işyerlerinde, her yılın 15 Mayıs tarihi itibarıyla yapılan ve tutanak altına alınarak taraflarca imzalanan resmi metinde belirtilen sendika üye sayıları esas alınacaktır. Buna göre, 15 Mayıs tarihli tutanaktaki verilere göre en çok üyeye sahip sendika o işyerinde işyeri sendika temsilcisi seçmeye yetkili olacak, işyeri sendika temsilci seçimi Haziran ayı içerisinde yapılacak ve görev süresi de bir sonraki seçim tarihine kadar devam edecektir. Bu zaman içerisinde yeni üyelik veya istifalar gerekçe gösterilerek başka bir işlem tesis edilmeyecektir. Diğer yandan, kamu işvereni, en çok üyeye sahip sendikayı o işyerinde örgütlü diğer sendikalara bildirecektir¹⁵.

II- İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİ OLARAK ATANACAKLARIN TAŞIMASI GEREKEN NİTELİKLER

A- Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, sendikaların işlevsel ve güçlü bir nitelik kazanmalarında, işyeri örgütlenmesinin gücü ve etkinliği büyük önem taşımaktadır. Sendikaların gücünden söz edilebilmesinin temel koşulu da üyeleriyle aralarındaki bağın güçlü olmasıdır. Aksi halde üyeleri ile arasındaki ilişki kopuk olan, güçlü olmayan bir sendika sayısal büyüklüğü ne kadar olursa olsun sendikal mü-

cadeleye ve demokratikleşme mücadelesine yeterince katkıda bulunamayacaktır. Zira her şeyden önce kendi üyelerinden gelen talepleri dahi doğru tespit edemeyen, işyerlerinde bile doğru politikalar üretmeyen, politikalarını üyelerinin katkısı ve gücü ile oluşturamayan bir sendika işyerindeki gücünden başlayarak zamanla toplumsal işlevini ve gücünü yitirecektir.

İşte bu yüzden sendikaların işyeri örgütlenmelerinin taşıdığı önem, işyeri temsilcileri kurumunu ve bu görevleri yapacak kişilerin seçimini oldukça önemli bir hale getirmektedir. Zira söz konusu olan sendika işyeri temsilcileri, sendikaların en önemli organlarından. Nitekim sendika üyesi olsun olmasın o işyerindeki tüm çalışanlar sendikayı ve faaliyetlerini onu işyerinde temsil eden işyeri temsilcisiyle özdeşleştireceklerdir. İşyeri temsilcisinin olumlu bir hareketi ve yaklaşımı sendikanın olumlu bir yaklaşımı olarak kabul edilecek, aksi

İşyeri sendika temsilcisinin başarısının ve görevini tam olarak yerine getirmesinin sendika için önemi göz önüne alındığında, bu temsilcinin seçilmesi aşamasının taşıdığı önem çok açıktır. Sendikaların bu temsilcileri tespit ederken dikkate almaları kişilik özellikleri dışında, kanun koyucu da sendika işyeri temsilcisi olarak atanacak olan kişilerin taşımak zorunda oldukları nitelikleri ilgili kanunlarda belirlemiştir.

İlgili kanunlarda belirtilen, sendika işyeri temsilcilerinin taşımaları gereken nitelikler dışında, her şeyden önce, yapılacak işin niteliği göz önüne alındığında, temsilci olarak tayin edilecek olan kişinin dürüst, çalışkan, temsil ettiği üyeler tarafından sevilip sayılan, iyi bir gözlemci, araştırmacı ve müzakereci olma niteliklerini taşıyan lider vasıflı biri olması gerektiği tereddütsüz olarak ifade edilebilecektir¹⁷. Zira, sendikal örgütü ve işyerinde çalışan çok sayıda işçiyi temsil eden ve onların hak ve menfaatlerini, iş-

Mevcut kanuni düzenlemeler dışında sendikalarca çıkarılmış olan işyeri sendika temsilcilerinin seçimlerine ilişkin yönetmeliklerle bazı kısıtlamaların getirilmesi mümkündür.

bir davranışı ise yine sendikanın güvenilirliğine zarar verecektir. Gerçekten de işyeri sendika temsilcisi, sendikayı üyelere, üyeleri sendika organlarına, sendikayı işverene veya işveren vekiline karşı temsil eden bir organ niteliğini taşıyan bir temas noktasıdır.

Bu anlamda temsilciler, görevli oldukları işyerinin koşullarını ve diğer çalışmaları yakından tanıyıp bildiklerinden, hem sendika üyelerini hem de, üye olmayan diğer çalışanları sendikal politikalarla tanıştırmak ve sendikal faaliyetlerin işyerlerinde etkin bir biçimde yürütümünü sağlamak imkanına da sahip olmaktadır. Böylece işyeri sendika temsilcileri hem sendikal politikaları üyelere aktaran hem de, üyelerin görüşlerini sendikaya ileten çok önemli bir işleve sahiptirler. İşyerinde sendika işyeri temsilcisinin faaliyetleri ne kadar güçlü ve etkin olursa, o işyerindeki çalışanlar açısından sendikaların çekiciliği o kadar artacaktır. İşyeri sendika temsilcisinin bu anlamdaki başarısı sendikaların çalışanlara ulaşmaya çalıştığı broşür ve bildirilerden de çok daha fazla etkili olacaktır¹⁶.

verene karşı savunmak durumunda ve sendika ile işveren arasında aracı konumunda olan temsilcide, bu özelliklerin eksiksiz bulunması zorunludur. Bu niteliklere sahip bir sendika işyeri temsilcisi kendisine iletilen şikâyet ve sorunları işverenle görüşerek çözüme aşamasında bilgi ve donanımıyla, iyi bir müzakereci olarak birçok sorunu çözebilecek ve işvereni ya da işveren vekilini ikna edebilecektir. Aksi halde, işçi gözünde inandırıcılığını, güvenilirliğini yitiren bir temsilcinin, temsilcilik görevini yerine getirebilmesi ve işyerinde çalışan işçilere, önderlik yapabilmesi mümkün olamayacaktır¹⁸.

Diğer yandan, işyeri sendika temsilcisinin işyerindeki tüm çalışanlarla eşit ilişkiler geliştirerek, bireysel tutumlardan kaçınarak, kolektif çalışmayı esas alarak ve sendika içi demokrasinin hayata geçirilmesinde demokratik işleyişleri esas alarak, çalışanların sendikal faaliyetlerde sorumluluk almasının yollarını arayan ve her bir üyenin gelecekte işyeri sendika temsilcisi görevini üstlenebileceği olanakları ve ortamları hazırlayabilecek vasıfta da olması gerekmektedir¹⁹.

Sendika atadığı veya seçilen temsilciyi görevden alma yetkisine sahiptir.

Yukarıda sözü edilen niteliklere sahip bir çalışanı sendika işyeri temsilcisi olarak tayin etmek isteyen bir sendika, bu hakkını ilgili kanunlardaki kısıtlamalara uygun olarak kullanma da serbest olacaktır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda da sendika işyeri temsilcisi olarak tayin edilebilecek, kanunda belirtilen sayıdaki çalışanın taşıması gereken nitelikler belirtilmiştir.

Mevcut kanuni düzenlemeler dışında sendikalarca çıkarılmış olan işyeri sendika temsilcilerinin seçimlerine ilişkin yönetmeliklerle de bazı kısıtlamaların getirilmesi mümkündür²⁰.

Diğer yandan, seçim sonucu veya doğrudan atanan işyeri sendika temsilcisinin, temsilci olabilmesi konusunda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, sendika anatüzüğü ve toplu iş sözleşmelerinin aradığı şartları kaybetmesi, temsilcilik görevini yapmaması ya da gereği gibi yapmaması, temsilcilikle bağdaşmayan bir davranışta bulunması gibi durumlarda, kendisini temsilci olarak görevlendiren sendika tarafından, temsilcilik sıfatının kaldırılması da mümkündür. Yani, sendika atadığı veya seçilen temsilciyi görevden alma yetkisine sahiptir. Ayrıca yine işçinin temsilcilikten ayrılma talebinin kabulü de temsilcilik görevini sona erdirecektir.

B- 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Atanacakların Taşınması Gereken Nitelikler

İşyeri sendika temsilcisi olarak atanacakların sahip olması gereken niteliklere ilişkin esasların düzenlendiği 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "İşyeri sendika temsilcisinin tayini ve nitelikleri" başlıklı 34. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; işyeri sendika temsilcisi olabilmek için yine bu Kanunun 5. maddesinde belirlenmiş olan sendika kurucusu olabilmek için aranan şartlara haiz olmak gerekmektedir.

Kanun koyucu, işyeri sendika temsilcilerinin ta-

şındığı önemli misyonu göz önüne alarak, bu görev ve atanabilecek kişileri sendika kurucuları ile aynı seviyede kabul etmiş ve kurucu olabilmek için aranacak şartları işyeri sendika temsilcileri için de aramıştır.

Sendika kuracak kişilerde aranacak şartların düzenlendiği 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "Kurucularda aranacak nitelikler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası²¹ uyarınca; sendika kurucusu olabilmek için; Türk vatandaşı, medeni hakları kullanmaya ehil ve sendikaların kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olmak; kamu hizmetlerinden mahrum edilmemiş bulunmak; Türkçe okur-yazar olmak; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, dolandırıcılık, hırsızlık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçlarından biriyle veya herhangi bir suçtan dolayı ağır hapis veya taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasına hüküm giymemiş bulunmak; Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçlarından veya Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin veya düşmanlığa açıkça tahrik etme suçlarından veya Türk Ceza Kanunu'nun 536. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olmamak şarttır.

Bu arada işyeri sendika temsilcisi olmak için aranan "hüküm giymemiş olmak şartı" temsilciliğin devamı süresinde ortadan kalkarsa temsilcilik sıfatı da kendiliğinden sona erecektir.

Görüldüğü üzere 2821 sayılı SK m.5 oldukça ayrıntılı bir düzenleme getirerek özellikle TCK kapsamında birçok suçtan mahkum olmuş çalışan-

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, her şeyden önce işyeri sendika temsilcisinin kendisini bu göreve atayan sendikanın üyesi olması gerekmektedir.

İşyeri sendika temsilcisinin kendilerini tayin eden sendika ile olan üyelik ilişkisi herhangi bir şekilde sona erdiğinde temsilcilik sıfatı üyeliğin son bulunduğu andan itibaren kalkacaktır.

ların sendika kurucusu ve işyeri sendika temsilcisi olamayacağı esasını getirmiştir²².

Ancak bilindiği üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde, Kanunun atıfta bulunduğu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu²³ yürürlükte bulunmaktaydı. Dolayısı ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde TCK'nın ilgili maddelerine yapılan atıflar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine yapılmıştır. Kanımızca 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda madde numarası verilerek Türk Ceza Kanunu'na yapılmış olan atıflardan amaç uzun olan madde içeriklerinin tekrarlanmamasıdır. Yani bir başka ifade ile önemli olan işyeri sendika temsilcisi olacak bir kimsenin hangi suçları işlememiş olmasının tespit edilmesidir.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun²⁴ yürürlüğe girmesinden sonra, Sendikalar Kanunu'nda bir düzenleme yapılarak yeni Türk Ceza Kanunu'na uyumlu hale getirilmediğinden, kanımızca 2821 Sayılı Kanunu'nun atıfta bulunduğu eski Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi içeriği dikkate alınarak öncelikle bu suçlar tespit edilebilecektir. Daha sonra ise, bugün için halen suç olma vasfını taşıyan bu fiillerin hangi Kanunun kaçınıcı maddesinde düzenlendiğini dikkate almayarak bunlardan kaynaklanan mahkumiyetin sendika işyeri temsilciliğine engel olacağı söylenebilecektir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, her şeyden önce işyeri sendika temsilcisinin kendisini bu göreve atayan sendikanın üyesi olması²⁵ gerekmektedir. Burada işyerinde çalışma süresi önemli olmamakta, bir günlük bir çalışan bile olsa sendika üyesi olma koşuluyla işyeri sendika temsilcisi olarak atanma söz konusu olabilecektir²⁶.

Diğer yandan, İş Kanunu anlamında işveren vekilleri ve toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışarısında bırakılmış olan kapsam dışı personel²⁷ de aslen

işçi statüsünde olan kişilerden oldukları için sendika üyesi olmaları durumunda işyeri sendika temsilcisi olarak atanabileceklerdir. Buna karşın, Sendikalar Kanunu anlamında işveren vekili olanlar, yani işletmenin tümünü işveren adına sevk ve idare yetkisi olanlar SK. m.2/7 uyarınca işveren sayılacaklarından işçi sendikasına üye olamayacaklar ve bunun sonucu olarak da işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edilemeyeceklerdir²⁸.

İşyeri sendika temsilcisinin kendilerini tayin eden sendika ile olan üyelik ilişkisi herhangi bir şekilde sona erdiğinde de temsilcilik sıfatı üyeliğin son bulunduğu andan itibaren kalkacaktır.

Buna göre, sendikanın üyesi olma koşulu dışında, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesi ayrıntılı olarak ele alındığında işyeri sendika temsilcisi olarak atanacak olanlarda aranacak şartlar şu şekilde tespit edilebilecektir:

a- Türk vatandaşı olmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işyeri sendika temsilcisi olabilmenin ilk koşulu Türk vatandaşı olmaktır. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu²⁹ Türk vatandaşlığını kazanma yollarını ilk 6 maddesinde göstermiştir.

Türk vatandaşlığını kazanma yollarından ilki doğum ile Türk vatandaşlığını kazanmaktır. Buna göre; Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğanlar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır (TVK. m. 1³⁰). Türk vatandaşlığın kazanıldığı ikinci durum ise hal değişikliğidir. Buna göre, yabancı anadan evlilik dışında doğanlar, nesebinin tashihi, babalığın hükümle tahakkuk etmesi ve tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlananlar³¹, doğumundan başlayarak Türk vatandaşı olacaklardır (TVK. m. 2). Türk vatandaşlığının kazanıldığı üçüncü durum ise doğum yeri ile Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. Buna göre, Türkiye'de doğan ve vatandaşlığını ana ve babasından doğumla kazanamayan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlığını kazanacaklardır³² (TVK. m. 4).

Türk vatandaşlığının kazanıldığı dördüncü durum ise evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. Buna göre, Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmeyecek ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen

yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurtdışında en büyük mülkî idare amirliklerine, yurtdışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda buldukları takdirde, İçişleri Bakanlığı'nca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılırsa bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaklardır (TVK. m. 5³³). Türk vatandaşlığının kazanıldığı diğer bir durum da yetkili makam aracılığı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. Bu tür Türk vatandaşlığının kazanılması da TVK. m. 6³⁴-7³⁵'de sözü edilen koşulların bulunması sonucu kişilerin ve bazı hallerde İçişleri Bakanlığı'nın talebi ile Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu işyeri sendika temsilcisi olmak için sadece Türk vatandaşı olmak-

lenmiş bulunan fiil ehliyetine sahip olma zorunluluğunu anlatmaktadır. Bilindiği üzere, fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilecek ve borç altına girebilecektir. MK. m. 10 uyarınca ayırt etme (temyiz) gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin (reşit) kişinin fiil ehliyeti vardır.

Ayırt etme (temyiz) gücüne sahiplik, yaş küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmamayı ifade etmektedir. (MK. m. 13)

MK. uyarınca, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya

Temsilci ataması yapılacak işyerinin işçisi olmakla beraber, İK. m. 7 uyarınca geçici iş ilişkisi kapsamında başka bir işyerinde fiilen çalışan işçi, asıl işyeri için işyeri sendika temsilci olarak atanamayacaktır.

tan söz ettiğine göre, Türk vatandaşlığının yukarıda sözü edilen hallerden hangisi ile kazanılmış olduğunun hiçbir önemi olmayacak, işyeri sendika temsilcisi olarak atanma tarihinde Türk vatandaşı olmak yeterli sayılacaktır.

Bununla beraber, sadece Türk vatandaşlığına sahip olacakların işyeri sendika temsilcisi olabilecekleri kuralının iki istisnası da bulunmaktadır. Buna göre, ilgili kanunları uyarınca, Türk soylu yabancılar³⁶ ve doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları³⁷ diğer koşulları taşımaları halinde işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edilebileceklerdir.

b- Medeni hakları kullanmaya ehil olmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen işyeri sendika temsilcisinde bulunması gereken niteliklerden biri olan medeni hakları kullanmaya ehil olmak ifadesi 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun³⁸ 9. maddesinde düzen-

yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden; bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her erginin kısıtlanması ve yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her erginin de kısıtlanmasını talep etmesi söz konusu olabilecektir (MK. m. 405-408).

Erginlik kuralı olarak kişinin on sekiz yaşını doldurulmasıyla başlayacaktır (MK. m.11). Ancak bunun dışında evlenme ve on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece verilecek bu yönde bir karar da kişiyi ergin kılacaktır (MK. m.12).

Buna göre ayırt etme (temyiz) gücü bulunmayanların, ergin (reşit) olmayanların³⁹ ve kısıtlıların fiil ehliyeti yani medeni hakları kullanma ehliyeti olmayacaktır (MK. m. 14). 2821 sayılı Sendikalar Kanunu uyarınca da bu hakları kullanma ehliyeti olmayan birisi işyeri sendika temsilcisi olamayacaktır.

c- Sendikanın kurulmuş olduğu işkolunda fiilen çalışır olmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde kurucular ve işyeri sendika temsilcileri için ortak olarak aranan koşullardan olan sendikanın kurulmuş olduğu işkolunda fiilen çalışır olmak koşulunu kanımızca, işyeri sendika temsilcileri açısından temsilci olarak atanacağı işyerinde çalışıyor olmak olarak algılamak SK. m.34/1 hükmüne de uygun olacaktır. Aksi halde sendika kurucuları için aranan bu koşul, işyeri sendika temsilcileri açısından bir anlam ifade etmeyecektir. Bu anlamda 34. maddenin 1. fıkrasında da açıkça ifade edildiği üzere, sendika işyeri temsilcisinin atanacağı işyerinde fiilen çalışan bir işçi olması gerekmektedir.

Bu anlamda, temsilci atanması yapılacak işyerinin işçisi olmakla beraber, İK. m. 7 uyarınca geçici iş ilişkisi kapsamında başka bir işyerinde fiilen çalışan işçi, asıl işyeri için işyeri sendika temsilci olarak atanamayacaktır. Ancak, kanımızca fiilen çalışma arandığı için geçici olarak çalışılan işyeri açısından ise işyeri sendika temsilcisi olarak atanmasına bir engel bulunmamaktadır⁴⁰.

d- Kamu hizmetlerinden mahrum edilmemiş bulunmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun⁴¹ 5. maddesinde sözü edilen bu koşul, eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesindeki ifadesiyle "hıdematı ammeden memnuiyet cezası" almamış olmayı ifade etmekteydi. Söz konusu ceza, siyasi haklar, hizmetler, memuriyet, sıfat, rütbe ve nişandan belli bir süre mahrum kalmayı içeren bir cezaydı.

Eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükten kalkması ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde buna ilişkin bir değişiklik yapılmaması karşılığında, kanımızca yeni 5237 sayılı TCK'nın⁴² 2821 sayılı SK. m. 5 de sözü edilen suçlara denk gelen düzenlemeleri, sendika kurucuları ve işyeri sendika temsilcilerinde aranacak niteliklerin tespiti göz önüne alınabilecektir.

5237 sayılı TCK'da kamu hizmetlerinden mahkûmiyet kavramına yer verilmemiştir. Buna karşılık, bu kavramı karşılayacak nitelikte 53. maddesinde "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" yaptırımını "güvenlik tedbirleri" başlığı altında düzenlenmektedir. Söz konusu madde uyarınca;

bir kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

- Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

- Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,

- Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

- Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

- Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılacak, kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamayacaktır⁴³.

Diğer yandan yukarıda sözü edilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir⁴⁴. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir⁴⁵.

Buna göre, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesi hükmü uyarınca yukarıda sözü edilen durumlar neticesinde 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinde sözü edilen "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" yaptırımını ile karşılaşmış ve bu durumu da henüz sona ermemiş olan bir işçi işyeri sendika temsilcisi olarak atanamayacaktır⁴⁶.

e- Türkçe okur-yazar olmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde herhangi bir asgari eğitim seviyesinden sözü edilmeksizin sadece Türkçe okur yazmaktan söz

Gözetiminde veya tutuklu olarak geçirilen sürelerden sonra verilen "salıverme", "takipsizlik" ve "beraat" kararları işyeri sendika temsilciliğini engellemeyecektir.

edildiğine göre, işyeri sendika temsilciliği görevini yerine getirebilmesine yetecek seviyede Türkçe okur yazar olmanın işyeri sendika temsilciliği için yeterli olacağı söylenebilecek, herhangi bir eğitim seviyesi koşul olarak aranmayacaktır⁴⁷. Bu koşulun yerine getirildiğinin resmi makamlarca verilen belgelerle kanıtlanması gerektiği Kanunda belirtilmesine rağmen, doktrinde bu koşulun gerçekleştirilmesinin de kanıtlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸.

f- **Zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, dolandırıcılık, hırsızlık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar dolayısı ile hüküm giymemiş bulunmak:**

İşyeri sendika temsilciliği görevinin yukarıda da ifade edildiği üzere çalışanlar üzerinde yaratılan güvene dayandığı noktasından hareket eden kanunkoyucu, sözü edilen yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olmayı, işyeri sendika temsilcisi olmayı engelleyen bir durum olarak tespit etmiştir. Kanunda "hüküm giymiş olmak" tan söz edildiğine göre "kesinleşmiş" bir mahkumiyet kararının var olup olmadığı önem taşıyacak, gözetiminde veya tutuklu olarak geçirilen sürelerden sonra verilen "salıverme", "takipsizlik" ve "beraat" kararları işyeri sendika temsilciliğini engellemeyecektir⁴⁹.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda sözü edilen ve Kanunda belirtilen şekilde mahkumiyet sonucunda işyeri sendika temsilcisi olmayı engelleyebilecek olan zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, dolandırıcılık, hırsızlık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçları kısaca şöyle tanımlanabilecektir.

Zimmet ve ihtilas (nitelikli zimmet) suçları Türk Ceza Kanunu'nun "Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar" bölüm başlığı altında 247. maddesinde tanımlanmıştır. Zimmet görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan ve

ya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının malvarlığına geçirmeyi ifade etmektedir. İhtilas ise, zimmet suçunun nitelikli halidir yani, zimmet suçunun açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesini ifade etmektedir.

İrtikap suçu da, yine aynı bölüm başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesinde düzenlenmiştir. İrtikap bir kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmeyi (zorlamayı) ifade etmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan dördüncüsü olan "rüşvet" suçu ise Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

İşyeri sendika temsilcisi olabilmeyi engelleyen malvarlığına karşı işlenen suçlardan "dolandırıcılık" suçu Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamayı ifade etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu ise, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden almayı ifade etmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen sahtecilik suçu, Türk Ceza Kanunu'nda parada sahtecilik (m. 197), kıymetli damganda sahtecilik (m. 198), mühürde sahtecilik (m. 202) resmi belgede sahtecilik (m. 204) özel belgede sahtecilik (m. 207) olarak sınıflandırılmış ve bir şeyin sahte olarak başkasını aldatmak amacıyla yapılması ve kullanılması olarak ifade edilmiştir.

Sendika işyeri temsilcisi olabilmeyi engelleyen bir suç olarak m. 5'de sözü edilen bir diğer suç olan inancı kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde güveni kötüye kullanma suçu olarak tanımlanmıştır. Buna göre, başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir

şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkâr etmek güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Dolanlı iflas suçu ise, Türk Ceza Kanunu'nun 161. maddesinde "hileli iflâs" adı altında tanımlanmıştır. Buna göre, hileli iflasın varlığı için, alacakların teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması, malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi, gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi, gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi gerekmektedir.

g- İstimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçlarından biriyle hüküm giymemiş bulunmak:

İstimal ve istihlak kaçakçılığı, kaçak bir malı kullanma ve tüketim amacıyla nezdinde bulundurmaya, bu kaçak malı kaçak olduğunu bilerek şahsi ihtiyacında kullanmak kastıyla satın almayı ve kullanmayı ifade etmektedir. Bu durumlar dışındaki diğer kaçakçılık suçlarından biriyle hüküm giymiş bulunmak işyeri sendika temsilcisi olabilmeyi engelleyecektir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁵⁰ kaçakçılığı 3. maddesinde tanımlamıştır. Buna göre kaçakçılık suçu şu şekilde özetlenebilecektir: Eşyayı, gümrük işlemlerine tâbi tutmaksızın Türkiye'ye ithal etmek, eşyanın, belirlenen gümrük kapıları dışından Türkiye'ye ithal etmek, eşyayı, sahte belge kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin, Türkiye'ye ithal et-

Herhangi bir suçtan alınan hapis cezasının işyeri sendika temsilcisi olabilmeyi engelleyebilmesi için toplam bir yıl ve daha fazla süreli olması gerekmektedir.

mek, transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak ve belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, sahte belge ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapmak ve benzeri fiillerde bulunmak kaçakçılık olarak ifade edilebilecektir.

h- Herhangi bir suçtan dolayı ağır hapis veya taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasına hüküm giymemiş bulunmak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesindeki ifadedden anlaşılacağı üzere, herhangi bir suçtan dolayı bir gün bile olsa "ağır hapis" cezasına çarptırılmak işyeri sendika temsilcisi olmayı engelleyecektir⁵¹. Buna karşın, Kanun "hapis" cezasının süresine ilişkin bir kısıtlama getirmiştir. Buna göre, herhangi bir suçtan alınan hapis cezasının işyeri sendika temsilcisi olabilmeyi engelleyebilmesi için toplam bir yıl ve daha fazla süreli olması gerekmektedir. Ancak, hapis cezası "taksirli" suçlar nedeniyle verilmiş ise, bu kez bir yıldan fazla hapis cezası söz konusu olsa bile işyeri sendika temsilcisi olmaya engel oluşturmayacaktır.

Bilindiği üzere taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Örneğin trafik kazaları taksirli suçlardandır.

i- Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçlarından mahkum olmamak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesindeki ifade ile işyeri sendika temsilcisi olmayı engelleyecek durumlardan bir diğeri de, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçlarından mahkum olmaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde yürürlükte olan eski Türk Ceza Kanunu'nun sözü edilen maddelerine baktığımız zaman burada kastedilen suçların devletin şahsiyetine karşı cürümler olduğunu görmekteyiz. Buna göre bugün için yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu'nun konuya ilişkin hükümlerini dikkate aldığı-

mızda ilgili hükümlerin ikinci kitap dördüncü kısım üçüncü bölümde yer alan “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar⁵²” dördüncü bölümde yer alan “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar⁵³” beşinci bölümde yer alan “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar⁵⁴”, altıncı bölümde yer alan “Milli Savunmaya Karşı Suçlar⁵⁵” ve yedinci bölümde yer alan “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk⁵⁶” başlıkları altında düzenlenen suçlardan hüküm giymeyi kastettiği ifade edilebilecektir.

j- Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı, halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin veya düşmanlığa açıkça tahrik etme suçundan mahkum olmamak:

Eski TCK'nın 312/2. maddesinde düzenlenen sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik etme suçundan mahkumiyet yine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işyeri sendika temsilciliğine engel bir durum olarak tespit edilmiştir. Bugün için Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi bu maddeyi karşılamaktadır. Buna göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde suç işlemiş sayılacak ve hakkında bu suça ilişkin mahkûmiyet kararı verilmesiyle de işyeri sendika temsilcisi olma imkânını kaybedecektir.

k- Türk Ceza Kanunu'nun 536. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olmamak:

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 536. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen

”Kapsam dışı personel” olarak ifade edilen personel 4688 sayılı Kanun'a göre kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecek ve kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaktır.

- Belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yasalarla yetkili kılınmış diğer makamlarca önceden ayrılmış ya da oturlan yerler dışında, o yerin en büyük mülkiye amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere,

- İzin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde, basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kağıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini asma veya yapıştırma suçunu,

- İzne dayalı olsa bile bu yerleri boyama veya bu yerlere yazı yazma, resim ya da işaret yapma suçlarını,

- Bu eylemleri sözü edilen yerler dışında kalan yerlerde veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait iletişim araçları veya kamu hizmetine ayrılmış veya özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde yapma suçunu,

- Bu eylemleri derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vücuda getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapma suçunu;

Siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olan kimse işyeri sendika temsilcisi olamayacaktır. Yine bunun gibi, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 537. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında düzenlenen;

- Kamu hizmeti gören daire veya kurumlar veya her türlü eğitim ve öğretim kuruluşlarının yetkilileri tarafından duvarlara yapıştırılmış veya özel yerlerine konulmuş basılı olan veya olmayan her türlü belge, resim, el yazısı kağıt veya levhaları buldukları yerlerden çıkarma ya da yırtma veya

tahrip etme veya bunları her ne biçimde olursa olsun okunamayacak veya içeriklerinin başka biçimde anlaşılmasına sebebiyet verecek şekillere veya işe yaramayacak hale sokma suçunu,

- Kamu hizmetine tahsis edilmiş binaların veya mabetlerin veya anıt, büst ve heykellerin veya 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nda sayılı eski eser niteliğindeki taşınır veya taşınmazların, her türlü eğitim ve öğretim kurumlarının veya öğrencilerin toplu halde oturdukları yurt ve benzeri yerlerin veya bunların eklentilerinin herhangi bir yerine basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü yazı, resim ve işaretleri veya bunları içeren kağıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini yetkili memur ve mercilerin önceden verilmiş yazılı müsaadesi olmaksızın asma veya koyma yahut bunlardan suç konusu teşkil edenlerin asılmasına veya konulmasına müsaade etme suçlarını,

- Yukarıdaki fıkra kapsamındakilerin herhangi bir yerini her ne suretle olursa olsun boyama veya bunlara yazı veya resim ya da işaret yapma yapıştırma suçlarını,

- Söz konusu eylemleri derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vücutte getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmaları bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapma suçlarını,

- Ve bu eylemleri küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletme suçlarını,

siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olanlar işyeri sendika temsilcisi olamayacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'na baktığımızda, 2821 sayılı SK'ya göre, sendika işyeri temsilcisi olmaya engel olacak olan, eski Türk Ceza Kanunu'nun 536 ve 537. maddelerinde sözü edilen suçların yer almadığı görülmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda sözü edilen bu suçlara ilişkin düzenlemeye 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun⁵⁷ "afiş asma" madde başlıklı 42. maddesinde rastlanmaktadır. Buna göre, yetkili makamlardan alınan açık ve yazılı izne dayalı olmaksızın meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilân asmak suç oluşturacaktır.

Bu durumda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda

eski TCK. m. 536 ve 537. maddelerine yapılmış olan atfın 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda sözü edilen açık ve yazılı izne dayalı olmaksızın meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilân asmak suçunu kastettiği ve bu suçları siyasi ve ideolojik amaçlarla işleyen ve bu suçlardan mahkum olanların işyeri sendika temsilcisi olamayacağı ifade edilebilecektir.

C- 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Atanacakların Taşınması Gereken Nitelikler

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, işyeri sendika temsilcileri başlıklı 23. maddesinin birinci fıkrasında, işyerlerinde kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendikanın işyeri temsilcisi seçmeye yetkili olduğunu belirttiğinden sonra, ikinci fıkrasında da bu temsilcilerin sendikaların tüzüklerinde belirtilen yetkili kurullar tarafından bir genel kurul dönemi için işyerinden seçileceklerini ifade etmiştir. Söz konusu madde daha sonra üçüncü fıkrasında da yukarıda da ifade edildiği üzere, sendikanın işyerinde bulundurabileceği temsilci sayısının tespitine ilişkin esaslar getirmiştir.

Görüldüğü üzere, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun aksine işyeri sendika temsilcilerinin taşınması gereken niteliklere ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Kanımızca bunun en önemli sebebi zaten kamu işyerinde çalışan ve aralarından işyeri sendika temsilcisi atanacak olan kamu görevlilerinin göreve alınmalarında birçok niteliğin aranmasıdır. Yani bir kimse kamu görevlisi olarak çalışıyorsa bir anlamda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun işyeri sendika temsilcileri için aradığı şartları taşıyor demek olacaktır⁵⁸.

Buna göre kanımızca, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu uyarınca işyeri sendika temsilcisi olarak atanacakların, öncelikle kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecek nitelikte bir kamu görevlisi olması gerektiği ve kamu görevlisi olarak çalışmaya başlarken sahip olmak zorunda oldukları nitelikleri işyeri sendika temsilcisi olarak

tain edilecekleri tarihte de taşıyor olmaları gerektiği söylenebilecektir. Buna göre söz konusu bu nitelikler şu şekilde incelenebilecektir. İşyeri sendika temsilcisinin,

a- Kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecek nitelikte bir kamu görevlisi olması gerekmektedir:

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 3. maddesinde "kamu görevlisi" kavramını tanımlamıştır. Buna göre kamu görevlisi; kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu çalışanlarını⁵⁹ ifade etmektedir. Yani, bir iş sözleşmesine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan işçiler dışında, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan tüm personel, adaylık veya deneme süresini tamamlamış olmak koşuluyla 4688 sayılı Kanun açısından kamu görevlisi olarak kabul edilecektir⁶⁰.

Buna karşın "kapsam dışı personel" olarak ifade edilen personel ise 4688 sayılı Kanun'a göre kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecek ve kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaktır⁶¹. Zira bilindiği üzere, kapsam dışı personel olarak ifade edilen personel, iş sözleşmesi ile işçi statüsünde çalışmakta olan ancak yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmuş personeldir. Bu şekilde işçi kavramı hariç tutulduğu takdirde genel olarak kamu görevlisi olarak kabul edebileceğimiz personel; memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak burada üzerinde durulması gereken bir nokta bulunmaktadır. Zira, 399 sayılı KHK'nin sendikal faaliyet ve grev yasağı konusunu düzenleyen 14. maddesi ve bazı teşkilat kanunları⁶² sözleşmeli personelin herhangi bir sendikaya üye olmasını, sendikal faaliyette bulunmasını, grev kararı vermesini, bu yolda propaganda yapmasını, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılmasını, desteklemesini veya teşvik etmesini yasaklamaktadır. Yani bir başka deyişle, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesi ve bazı teşkilat kanunlarının ilgili maddeleri 4688 sayılı Kanun'a aykırı hükümler içermektedir.

Kanımızca bu çelişki genel hukuk prensiplerinden yararlanmak suretiyle çözülebilecektir. Bilindi-

ği üzere, belirli bir konuya ilişkin olarak çıkarılmış bulunan bir kanun yürürlükte iken, aynı konuda fakat özelliği olan yeni bir kanun çıkarılabilecektir. Eğer yeni kanun eskisini yürürlükten kaldırıyorsa ortada bir sorun yoktur. Ancak bu tür bir yürürlükten kaldırma maddesi olmaksızın yeni kanun yürürlüğe girdiyse ve hangi kanun maddesinin uygulanacağı konusunda bir uyuşmazlık çıktı ise, kural olarak yeni kanunun hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bunun gibi, kanuni düzenlemelerden biri genel nitelikte, diğeri ise bir konuyu özel olarak düzenleyen özel nitelikte bir kanun ise özel kanunun genel kanuna göre önceliği olacaktır⁶³.

Söz konusu bu genel hukuk prensipleri göz önüne alındığında, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve diğer teşkilat kanunlarından sonra yürürlüğe giren 4688 sayılı Kanunla, deneme süresini tamamlamış sözleşmeli personelin sendikaya üye olması, sendikal faaliyette bulunması serbest bırakıldığından, önceki düzenlemelerde yer alan "...sözleşmeli personel herhangi bir sendikaya üye olamaz ve sendikal faaliyette bulunamaz" ibarelerinin 4688 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmesi sebebiyle yeni bir düzenleme yapıncaya kadar diğer yasaklar saklı kalmak üzere uygulama imkânının kalmadığı⁶⁴ ifade edilebilecektir. Yani bir başka anlatımla, tabii oldukları kanunlarda sendika üyesi olamayacakları ifade edilen sözleşmeli personel, özel nitelikteki bir kanun olarak kabul edilecek 4688 sayılı Kanun uyarınca kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecektir ve seçilmeleri ya da sendikaca uygun görülmeleri durumunda işyeri sendika temsilcisi olarak atanabileceklerdir.

Buna karşın, 4688 sayılı Kanun'un temel amacının tüm kamu görevlilerinin sendikal haklardan yararlanmaları olmasına rağmen, kanun bazı kamu görevlilerinin, yaptıkları işlerin niteliği gereği sendika üyesi olamayacakları esasını getirmiştir. Bu anlamda; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 15. maddesi uyarınca kamu görevlileri niteliğine haiz olmalarına rağmen;

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri, Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hakimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

- Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilatlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilatlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, 100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları, belediye başkanları ve yardımcıları,

- Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

- Mülki idare amirleri, Silahlı Kuvvetler mensupları, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri, Milli istihbarat Teşkilatı mensupları, bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları, emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli, ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,

kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacaklardır.

Sonuç olarak, kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış olan kamu görevlileri, yukarıda sayılan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu uyarınca sendika üyesi olamayacakları belirtilenler dışında olmaları koşuluyla, görev yaptıkları kamu kurumuna sendika işyeri temsilcisi olarak tayin edilebileceklerdir.

b- Kamu görevlisi olarak çalışmaya başlarken sahip olmak zorunda oldukları nitelikleri işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edilecekleri tarihte de taşıyor olmaları gerekmektedir:

Bilindiği üzere 657 sayılı DMK'nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak

genel ve özel şartlar yer almıştır. Buna göre memur olmak isteyen birinin,

- Türk vatandaşı olması,
- 18 yaşını tamamlamış olması⁶⁵,
- Ortaokulu bitirmiş olması⁶⁶,
- Kamu haklarından mahrum bulunması,
- Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veyahut 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmaması,
- Askerlikle ilgisi bulunmaması⁶⁷
- Görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmaması gerekmektedir.

657 sayılı DMK dışında kamu personeli istihdamını düzenleyen diğer kanunlarda da aynı genel esaslar kamu personeli olarak istihdam edilme için koşul olarak getirilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanun koyucu kamu personeli olarak çalışmaya başlama koşulu olarak zaten bu koşulların varlığının gerektiğini göz önüne alarak, işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edileceklerde tekrar bu koşulların aranması gerektiği hususunu belirtmemiştir.

Söz konusu koşullar 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen koşullarla benzerlik gösterdiğinden burada ayrıntılı olarak açıklamasına girilmeyecek ve yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların burada da geçerli olduğunun belirtilmesiyle yetinilecektir.

SONUÇ

Sendika işyeri temsilciliği görevinin özellikle temsil edilen sendika açısından taşıdığı önem ve sendikal örgütün başarılı olmasının, işyeri sendika temsilcilerinin görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmesine bağlı olması gibi unsurlar dikkate alındığında, işyeri temsilcilerinin seçimini gerçekten büyük bir önem arz ettiği açıkça görülmektedir. Zira sendika üyesi olsun olmasın o işyerindeki tüm çalışanlar sendikayı ve faaliyetlerini onu işyerinde temsil eden işyeri sendika temsilcisiyle özdeşleştireceklerinden, iş-

yeri sendika temsilcisi, sendikayı üyelere, üyeleri sendika organlarına, sendikayı işverene veya işveren vekiline karşı temsil eden bir organ niteliğini taşıyan bir temas noktası haline gelecektir.

Bu anlamda, ilgili kanunlarda belirtilen, sendika işyeri temsilcilerinin taşımaları gereken nitelikler dışında, her şeyden önce, yapılacak işin niteliği göz önüne alındığında, temsilci olarak tayin edilecek olan kişinin dürüst, çalışkan, temsil ettiği üyeler tarafından sevilip sayılan, iyi bir gözlemci, araştırmacı ve müzakereci olma niteliklerini taşıyan lider vasıflı biri olması gerektiği tereddütsüz olarak ifade edilebilecektir. Bu niteliklere sahip bir çalışanı sendika işyeri temsilcisi olarak tayin etmek isteyen bir sendika, bu hakkını ilgili kanunlardaki kısıtlamalara uygun olarak kullanma da serbest olacaktır.

Çalışmamızda incelendiği üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda sendika işyeri temsilcisi olarak tayin edilebilecek olan çalışanların taşımaları gereken nitelikler açık bir biçimde belirtilmiştir. Ancak bugün için sendikal örgütlenmede çok büyük önemi olan işyeri sendika temsilcilerinin kanun gereği taşıması gereken niteliklerin düzenlendiği özellikle 2821 sayılı Kanun hükümlerinin güncellenmesi gerekmektedir. Zira yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "işyeri sendika temsilcilerinin taşıması gerektiği nitelikler" konusunun düzenlendiği 5. maddesinde sayılan suçların Sendikalar Kanunu'nda yapılacak güncellemelerle yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki yeni düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 15.06.1936m t. No: 3330
- 2 RG. 07.05.1983 t. No: 18040
- 3 RG. 12.07.2001 t. No: 24460
- 4 İşyeri sendika temsilcileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OKUR, Ali Rıza; Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985; KUTAL, Metin; Sendika Temsilciliğinin Önemi, Temsilcinin Görevi ve Sorumlulukları, Basisen İşyeri Sendika Temsilcileri Eğitim Semineri, 24 Ağustos-09. Aralık 199; NARMANLIOĞU, Ünal; İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S: 1-4 ; Kudret AYİTER Armağanı, Ankara 1988, s.169-230; DEMİR, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilciliği, Nuri ÇELİK'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, 1557; YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004.

- 5 Değişik birinci fıkra: 04.04.1995 t.- 4101 sy. K. m. 9 ile.
- 6 Ayr. Bilgi için bkz. DEMİR, s.432 vd; ÇELİK, s.510 vd.
- 7 DEMİR, 1557; YÜREKLİ, s.53; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul Ağustos 2007, s.409.
- 8 ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1995, s. 230; DEMİR, s. 1564; YÜREKLİ, s.103; ERTÜRK, Şükran; İşyeri Sendika Temsilcisi ve Görevleri, LEGAL İş Hukuku Dergisi, 2007/13, s.17; AYDIN, Ufuk; Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y.1, S.1, s.456 .
- 9 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Ağustos 2007 s.409
- 10 ÇELİK, Nuri; İşçi Sendikalarının Faaliyetleri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Rollerini, "İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri" Semineri, BASİSEN İstanbul 1986, genel görüşme, s.69-70.
- 11 Örn. bkz Belediye-İş Sendikası Temsilci Yönetmeliği http://www.belediyeis.org.tr/belediyeis/arastirma/ist_deg.html 27.11.2007; Petrol-İş İşyeri Temsilcileri Seçim Yönetmeliği.
- 12 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 42. maddesinin b bendi uyarınca personel konularına ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunları Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşlerini alarak gidermeye Devlet Personel Başkanlığı yetkilidir.
- 13 16.07.2003/ 14685 sayılı DPDB görüşü .<http://www.dpb.gov.tr/calisma3/gorus57.doc>
- 14 "4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tebliğ" m.3. RG. 08.08.2001 t. No: 24487.
- 15 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununa Göre İşyeri Sendika Temsilcilerinin Seçilmelerine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ RG.09.05.2006, No: 26163.
- 16 İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü Eğitim Dizisi: 9 Ekim 2002, E:\SENDİKA TEMSİLCİSİ\Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu - İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü.htm, 02.12.2007.
- 17 İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü Eğitim Dizisi: 9 Ekim 2002, E:\SENDİKA TEMSİLCİSİ\Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu - İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü.htm, 02.12.2007.
- 18 Ayrıca bkz. Yüreklî, Sabahattin: İşyeri Sendika Temsilcilerinde Olması Gereken Nitelikler, Legal İHD, 2007/13, s.35-49.
- 19 İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü Eğitim Dizisi: 9 Ekim 2002 E:\SENDİKA TEMSİLCİSİ\Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu - İşyeri Örgütülüğünün Önemi ve Temsilcilerin Rolü.htm, 02.12.2007.
- 20 Örneğin, "Ana tüzükte belirtilen sendikanın amaç ve ilkelerine aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle Şube Disiplin Kurulu veya Merkez Disiplin Kurulu kararı ile uyarı veya kınama cezası alanlar işyerinde yapılacak olan ilk temsilci seçiminde aday olamazlar". Yine bunun gibi, "Merkez Disiplin Kurulu kararı ile sendika üyeliğinden geçici ihraç cezası alanlar, Merkez Genel Kurulu'nda cezasının kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın işyerinde yapılacak temsilci seçiminde aday olamazlar" gibi. Bkz. Petrol-İş İşyeri Temsilcileri Seçim Yönetmeliği, http://www.petrol-is.org.tr/metin/temsilci_secimi.htm, 04.12.2007.
- 21 Değişik birinci fıkra: 4/4/1995 - 4101/2 md.

- 22 25.05.1988 tarih ve 3449 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, madde de TSGLK'nın bazı maddelerine göre suç sayılan fiillerden dolayı hüküm giymemiş olmak da şart koşulmuştur. Söz konusu değişiklikle TSGLK'da sayılan suçlardan 6 aydan daha fazla hüküm giymemiş olma koşulu getirilmiş, 04.04.1995 tarih ve 4101 sayılı Kanunla (RG.08.04.195 t. No:22252) yapılan değişiklikle bu koşul tamamen kaldırılmıştır.
- 23 RG. 13.03.1926 t. No: 320.
- 24 RG. 12.10.2004 t. No: 25611.
- 25 Buna göre sendika üyesi olamayacakların sendika işyeri temsilcisi olma imkanı olamayacaktır. YÜREKLİ, s.61.
- 26 DEMİR, s. 1562; Ancak sendikaların temsilci yönetmeliklerinde belirli bir süre sendika üyelik şartı aranlabilmektedir.
- 27 Ayrıntılı bilgi için bkz. SUBAŞI, İbrahim; Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.167-200; CAN, Mevlüt; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul 1984.
- 28 NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 247.
- 29 RG. 22.02.1964 t. No: 11638.
- 30 Değişik: 13.02.1981 - 2383/1 m.
- 31 Kural olarak, evlat edinme evlatlığın vatandaşlığına tesir etmez. Ancak, küçük olan evlatlık, vatansız olur veya anası babası bulunmaz veyahut nerede olduğu bilinmezse bir Türk tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşlığını kazanır (TVK. m.3).
- 32 Türkiye'de bulunmuş çocuklar, aksi sabit olmadıkça, Türkiye'de doğmuş sayılırlar (TVK. m.4).
- 33 Değişik: 04.06.2003 - 4866/1 md. Ayrıca, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.
- 34 Vatandaşlığa alınmasını isteyen kişi, kendi milli kanununa, vatansız ise Türk Kanununa göre reşit; müracaat tarihinden geriye doğru Türkiye'de 5 yıl ikamet etmiş; Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etmiş iyi ahlak sahibi olmalıdır. Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmamalıdır. Yeteri kadar Türkçe konuşabilmelidir ve Türkiye'de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmalıdır.
- 35 5 yıl ikamet ve yerleşme niyet olmasa da; Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş olanların sonradan doğmuş reşit çocukları, bir Türk vatandaşı ile evli olanlarla, bunların reşit çocukları, Türk soyundan olanlarla, eşleri ve reşit çocukları, bir Türk vatandaşı ile evlenme kararı ile Türkiye'de yerleşmiş olanlar Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren sosyal, ekonomik alanlarda veya bilim, teknik veyahut sanat alanlarında olağanüstü hizmeti geçmiş veya hizmeti geçeceği düşünülen kimseler, vatandaşlığa alınması Bakanlar Kurulunca zaruri görülenler. istekleri üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına alınabilirler.
- 36 Bkz. 2527 sayılı Kanun RG.29.09.1981 t. No: 17423 ve Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik, RG. 14.01.1983, No:17928 m.11 "Madde 11- Bu Yönetmelik hükümleri esaslarına göre, kendilerine çalışma veya çalıştırılabilme izni verilenler, bu izin süresince, sadece Türk vatandaşlarına hasredilen işleri de yapabilirler. Bunlar Doktorluk, Hemşirelik, Avukatlık, Mühendislik gibi meslekleri serbestçe veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde yapabilmek veya memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler."
- 37 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 29 (Değişik: 29/6/2004 - 5203/1 md.)... Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafene ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler..."
- 38 RG. 08.12.2001 t. No: 24607.
- 39 18 yaşından küçük olsa bile, evli kişiler ya da kazai rüşt kararı ile ergin kılınmış kişiler sendika işyeri temsilci olabileceklerdir. DEMİR, s. 330.
- 40 Aksi görüş, AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, Ankara, 2002, s. 329.
- 41 RG. 13.03.1926 t. No: 320; Kanun 13.11.2005 tarih ve 25642 S.R.G. de yayımlanan 04/11/2004 tarih ve 5252 sayılı Kanunun 12. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.
- 42 RG. 12.10.2004 t. No: 25611.
- 43 Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından bu hükümler uygulanmaz. Yine bunun gibi, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında da yine bu hükümler uygulanmaz.
- 44 Kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası TCK'da asıl ceza değil, ek cezadır. Belli bir suça mahkumiyetin sonucudur. Tek başına hükmedilemez. YÜCE, Turhan Tufan ; Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s.121.
- 45 Hüküm kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.
- 46 SK.m.5'te aranan tüm koşulların genel kurul tarafından zorunlu organlara seçimin yapıldığı anda mevcut olması gerekir. GÜZEL, Ali; Yargıtay'ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1998, s. 172.
- 47 DEMİR, s.1562.
- 48 BERKSUN, Abdullah/EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 176.
- 49 DEMİR (Sendikalar), s.65.
- 50 RG. 31.03.2007 t. No: 26479.
- 51 DEMİR, s. 331.
- 52 Cumhurbaşkanı hakaret, Devletin egemenlik alametlerini aşağılama, Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama.
- 53 Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla işbirliği yapmak, Devlete karşı savaşa tahrik, temel millî yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama, yabancı devlet aleyhine asker toplama, askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma, düşman devlete maddi ve mali yardım.
- 54 Anayasa'yı ihlal, Cumhurbaşkanı suikast ve fiilî saldırı, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silâhlı isyan, silâhlı örgüt, silâh sağlama, suç için anlaşma.

- 55 Askerî komutanlıkların gaspı, halkı askerlikten soğutma, askerleri itaatsizliğe teşvik, yabancı hizmetine asker yazma, yazılma, savaş zamanında emirlere uymama, savaşta yalan haber yayma, seferberlikle ilgili görevin ihmali, düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü.
- 56 Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri yok etme tahrip etme, sahtecilik yapma, Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, siyasal veya askerî casusluk, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, uluslararası casusluk, askerî yasak bölgelere girme, devlet sınırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik, yasaklanan bilgileri temin, yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini, yasaklanan bilgileri açıklama, yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama, taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi, devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma.
- 57 RG. 31.03.2005 t. Sayı: 25772 (M.).
- 58 Aynı yönde bkz. GÜLMEZ, Mesut; Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001, s.485.
- 59 04.04.2007 tarihli ve 5620 sayılı Kanununun 4. maddesiyle bu tanımda yer alan "pozisyonunda daimi suretle" ibaresi "sözleşmeli personel pozisyonunda" şeklinde değiştirilmiştir.
- 60 Doktrinde, işçi statüsünün tespitinde İK'daki tanım yerine 2821 sayılı SK'da yer alan ve daha geniş içerikli olan "işçi" tanımının göz önüne alınmasının daha doğru olacağı, yani taşıma, yayım ve adi ortaklık sözleşmeleri ile çalışanların da kamu görevlisi kavramı dışında tutulması gerektiği yerinde olarak ifade edilmiştir. GÜLMEZ, Mesut; Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001; TODAİ, Ankara 2002, s.439.
- 61 DPD Başkanlığı 03.01.2002 tarih ve 34480 sayılı görüşü.
- 62 Örn. 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanunu'nun "Yasaklar" başlıklı 96. maddesinin 1. fıkrası: "Yüksek Kurum ve bağlı kuruluşlarının organlarında Başbakan ve Bakanlar dışında her ne ad ve sıfatla olursa olsun görev alan kişiler ve bu kurumların organlarında ve işletmelerinde çalışanlar, bu sıfat ve görevleri devam ettiği sürece siyasi partilere üye olamazlar, siyasi faaliyetlerde bulunamazlar, sendikalara üye olamaz ve sendikal faaliyetlerde bulunamazlar...".
- 63 AKI, Erol ; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2003 , s.97.
- 64 Bu yönde bkz. DPD Başkanlığı 03.01.2002 tarih ve 32040 sayılı görüşü 25 DPD Başkanlığı 25.03.2002 tarih ve 5064 sayılı görüşü.
- 65 Bir meslek veya sanat okulunu bitirenler en az 15 yaşını doldurmuş olmak ve Türk Medeni Kanununun 12. maddesine göre kazai rüşt kararı almak şartıyla Devlet memurluklarına atanabilirler
- 66 Ancak, ortaokul mezunlarından istekli bulunmadığı takdirde ilkökulu bitirenler de alınabilir. Bir sınıfta belli görevlere atanabilmek veya bu görevlerde belli derecelere yükselbilmek için, kuruluş kanunları veya bu kanun ve kuruluş kanunlarına dayanılarak çıkarılacak yönetmelikler ile işin gereğine göre daha yüksek öğrenim dereceleri veya muayyen fakülte, okul veya öğrenim dallarını veya meslek içi veya meslekle ilgili eğitim programlarını bitirmiş olmak veya yabancı dil bilmek gibi şartlar konulabilecektir.
- 67 Askerlik çağına gelmemiş bulunmak, askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak.

KAYNAKÇA

- AKI, Erol; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2003 , s.97
- AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, Ankara, 2002.
- AYDIN, Ufuk; Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y.1, S.1.
- BERKSUN, Abdullah/EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989.
- CAN, Mevlüt; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul 1984.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20 nci Bası, İstanbul Ağustos 2007.
- ÇELİK, Nuri; İşçi Sendikalarının Faaliyetleri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Rollerini, "İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri" Semineri, BASİSEN İstanbul 1986, genel görüşme.
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir Ekim 2005.
- DEMİR, Fevzi; Sendikalar Hukuku, 4. Bası, İzmir 1999.
- DEMİR, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilciliği, Nuri ÇELİK'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, 1557.
- EKONOMİ, Münir; İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması, Görevleri ve Teminatı, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 7, İstanbul 1986, s.13-27.
- ERTÜRK, Şükran; İşyeri Sendika Temsilcisi ve Görevleri, LEGAL İş Hukuku Dergisi, 2007/13.
- GÜLMEZ, Mesut; Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001 TODAİ , Ankara 2002.
- GÜZEL, Ali; Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1998.
- KUTAL, Metin; Sendika Temsilciliğinin Önemi, Temsilcinin Görevi ve Sorumlulukları, Basisen İşyeri Sendika Temsilcileri Eğitim Semineri, 24 Ağustos-09.Aralık 1998.
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S: 1-4 ; Kudret AYİTER Armağanı, Ankara 1988, s.169-230.
- OKUR, Ali Rıza; Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985.
- SUBAŞI, İbrahim; Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.167-200.
- ŞAHLANAN, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1995, s. 230.
- TAŞKENT, Savaş; İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir EKONOMİ 60. Yaşgünü Armağanı, Ankara 1993, s.257-275.
- YÜCE, Turhan Tufan; Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.
- YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004.
- YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilcilerinde Olması Gereken Nitelikler, Legal İHD, 2007/13, s. 35-49.

Av. Semih Temiz

HAK-İŞ Genel Sekreter Yardımcısı

Örgütlenmenin Önündeki Engeller

Genel anlamda örgüt; “Ortak bir amacı veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla böyle bir birliğin oluşmasının sağlanması da örgütlenme faaliyeti olacaktır.

Günümüz dünyasında yönetenlerin örgütlü kurumları veya güçleri karşısında sivil halkın da kendi ortak amaçları doğrultusunda oluşturacakları çeşitli birliklerle ve buralarda oluşturacakları baskı grubu olabilme güçleri oranında toplumun genel sosyal dengelerinin daha sağlıklı olacağı görüşü hâkimdir. Dolayısıyla demokrasilerin gelişmişlik ölçüsünde örgütlü toplum yapısı yaratabilmek en önemli kriterlerin başında gelmektedir.

Bu girişten sonra kendi sahamız olan çalışma hayatına döndüğümüzde sivil toplum örgütlerinin en başında gelen sendikaların örgütlenmelerinin önündeki engelleri kendime göre tanımlamaya gayret edeceğim. Burada sendika dediğimde işçi sendikalarını kast ediyorum. Çünkü “Sendika” tabiri dünyada ilk olarak işçi birlikleri için kullanılmış ve halen de bu şekilde devam etmektedir. Bilindiği üzere işverenlerin aynı yolda kurdukları örgütler ise “Birlik” olarak tanımlanmaktadır. Bizde de bundan sonra buna dönülmesi ve örgütleri ifade ederken kafaların karışmasının önüne geçilmesinde fayda olacağını düşünüyorum.

Sendikaların örgütlenmelerinin önündeki en-

gellerin başında ülkemizde son çeyrek yüz yıldır en büyük engel, konu ile ilgili yasalar olarak dillendirilmektedir.

Bunun haklılık payı var mıdır? Veya başkaca engeller de var mıdır?

Bence bu suallerin ikisine de kuvvetli bir şekilde evet demek durumundayız. Öncelikle yasal zemine baktığımızda, ülkemiz içine dönmeden önce bizim dışarıdan nasıl görüldüğümüzü basit bir örnekle anlatmaya çalışayım.

14 Aralık 1960 tarihinde imzalanan Paris Sözleşmesi'ne dayanılarak kurulan OECD'nin kurucu yirmi üyesinden birisi Türkiye'dir. Bu yirmi üyenin, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada dışındaki on sekiz üyesi Avrupalıdır. Bilahare 1964 de Japonya'nın katılımı ile başlayan ve son olarak 2000 yılında Slovakya'nın da katılımıyla devam etmiş bulunan teşkilatın bugün üye sayısı otuz ülkeyi bulmaktadır. Sonradan katılan on üye devletin beşi yine Avrupa ülkesidir. İşte bizim kurucuları arasında bulunduğumuz bu teşkilat 1996 yılında dünyadaki ülkelerin ekonomik gelişmişliklerine bağlı olarak iki temel emek standardına (örgütlenme özgürlüğü hakkı ve toplu sözleşme hakkı) uyumu gösteren bir rapor yayımlamıştır. Rapor 1970 – 1994 aralığı için yayınlanmıştır. Burada ülkeler dört grupta mütalaa edilmiştir.

Birinci Grup-Örgütlenme özgürlüğünü yasayla garanti altına alan ülkelerdir.

Ülkemiz dünyanın kurulduğundan bugüne kadar insanoğlunun barış adına, demokrasi adına, refah toplumu adına, insan hakları adına geliştirebildiği en önemli oluşumlardan biri olan Avrupa Birliği'nin aday ülkesidir.

Grupta Kore, Meksika, Bahama Adaları, Malta, Surinam ve Türkiye haricindeki OECD ülkelerinin tamamı mevcuttur.

İkinci Grup-Bir takım kısıtlamalar mevcuttur, ancak bağımsız işçi örgütlenmeleri ve sendika konfederasyonları kurmak mümkündür.

Grupta Arjantin, Brezilya, Şili, Ekvator, Etiyopya, Fiji, Hong Kong, Nijerya, Hindistan, Jamaika, Papua Yeni Gine, Peru, Güney Afrika, Venezüella Bolivaryan Cumhuriyeti, Zambiya bulunmaktadır.

Üçüncü Grup-Örgütlenme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar önemlidir. Yani sıkı kayıt gereksinimleri bulunmaktadır. Politik müdahaleler veya sendika karşıtı ayrımcı etkinlikler bağımsız işçi örgütlenmeleri ya da sendika konfederasyonları kurulmasını çok zorlaştırmaktadır.

Grupta Cezayir, Bangladeş, Bolivya, Tayvan, Kolombiya, Gana, Guatemala, Honduras, Kenya, Mali, Malezya, Fas, Filipinler, Sri Lanka, Tayland, Tunus, Zimbabwe ve TÜRKİYE bulunmaktadır.

Dördüncü Grup-Örgütlenme özgürlüğü pratik olarak bulunmamaktadır.

Grupta Kamerun, Çin, Mısır, Endonezya, İran, Kuveyt, Suriye, Tanzanya bulunmaktadır.

Şimdi ülkemizde yaşayan işverenlerimiz başta olmak üzere tüm siyasi partiler ve bütün vatandaşlarımıza soruyorum. Bu bize uygun bir tablo mu? Eğer öyle ise çalışma hayatımızla ilgili yasalarımızda bir sorun yok.

Ben bu tabloyu ülkemizin bulunduğu coğrafyada, ulaştığı siyasi ve ekonomik boyutlarına baktığımda içime sindiremiyorum. Ülkemiz dünyanın kurulduğundan bugüne kadar insanoğlunun barış adına, demokrasi adına, refah toplumu adına, insan hakları adına geliştirebildiği en önemli oluşumlardan biri olan Avrupa Birliği'nin aday ülkesi-

dir. Bu birlik inşallah sapmadan gelişmesini sürdürür. İşte biz bu birliğin altı büyük ekonomisinden biriyiz. Dünya sıralamasında ilk yirmi ülke arasındayız. Hedefimiz 2023 yılına kadar ilk ona girmek. 2005 yılında Dünya Bankası tarafından yayınlanan raporda yüksek gelirliler arasında yer aldık. (Ülkemiz içindeki mevcut sorunlar ve bunların nedenleri konumuzun dışında kabul edilmiştir.)

Bütün bu veriler ve ilave edilecek bir sürü diğer veriler karşısında mevcut yasal düzenlemeler, gerçekten ülkemiz insanına yakışmıyor. Burada 2821 ve 2822 sayılı Yasaların hangi maddelerinin bizi üçüncü grup ülkeler arasına soktuğunun ayrıntılarına girmeyeceğim. Bunlar konu ile ilgili olan herkesin bildiği hukuki gerçekler. Şimdi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın başlattığı yeni çalışma ile bu iki yasamızı düzeltmeye çalışıyoruz. Ancak gerek üzerinde çalıştığımız taslak metin ve gerekse ilgili sosyal taraflar ile hükümetin meseleye yaklaşım tarzı, bu şekilde devam ederse sonunda ortaya çıkacak yasal düzenlemeler, bizi üçüncü gruptan ikinci gruba çıkarmaya bile yetmeyecektir.

Oysaki yerimiz OECD ülkelerinin yanındır. Bunun için kabul ettiğimiz uluslararası sözleşmelere uygun bir yapıyı kurmak durumundayız. Bu çalışmayı yürütmek için ise elimizdeki taslak yerine 1963 tarihli 274 ve 275 sayılı Yasaları esas almak daha doğru olacaktır, kanaatindeyim. Ülkemizde görev üstlenen akademik çevrelerin veya entelektüel çevrelerin çoğunluğunun vizyonları maalesef Cumhuriyetin kuruluş yılları ve 1960'lı yıllarla karşılaştırıldığında ileriye doğru hareket etmemektedir.

Gelişmiş sendikal hakların ülke ekonomisini sıkıştıracağı ve geriye götüreceği varsayımı da doğru değildir. Çünkü bu hakların var olduğu ülkeler dünyanın en gelişmiş ekonomik göstergelerine sahiptir.

Tüm dünyada endüstri ilişkileri ve sendikal hareketin kökleri, çok eskilere dayansa da modern sanayinin gösterdiği performansa göre yapılanmaya ve önem kazanmaya başlamıştır.

Sendikalar yaygın olarak kendi içlerinde demokrasiyi bir türlü istenilen düzeye taşıyamamışlar, yöneticiler kendilerini adeta ayrıcalıklı bir mesleğin temsilcileri haline getirmişlerdir.

Bundan sonra yasal düzenlemelerin dışında kalan engelleri ele alacak olursak ki bence bu sahadaki engeller yasal sınırlamalardan daha önemlidir.

Tüm dünyada endüstri ilişkileri ve sendikal hareketin kökleri, çok eskilere dayansa da modern sanayinin gösterdiği performansla göre yapılanmaya ve önem kazanmaya başlamıştır. Elbette ki bu gelişmelerin altında yatan tarihi neden sanayileşmenin ilk yıllarında görülen çalışma koşulları idi. İkinci Dünya Savaşı sonrası özellikle Almanya ve Japonya'nın sanayileşme stratejileri ve bunu tamamlayıcı sosyal projeler bu gelişmenin en somut örneği olarak gösterilebilir. Buna ilaveten, soğuk savaş döneminde yaşanan sistem rekabeti, beraberinde batı toplumlarında çalışma hayatını daha fazla yasal zemine oturtma ve sanayi işçisini ideolojik tartışmalardan uzak tutma gayretlerinin bir sonucu olarak gelişmiştir.

Bütün bu zamanlarda Türkiye de gelişmelerden etkilenmiştir. 1924 Anayasası'nda çalışma hayatı ile ilgili bir kısıtlama veya düzenleme yer almamışken, 1951 yılında "Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında 98 sayılı ILO sözleşmesi" TBMM'de onaylandı. Bu durum, 1952 yılında Türk-İş'in kurulmasını sağlamıştır. Türk-İş ağırlıklı olarak kamu işyerlerinde üye kaydederek, grev hakkının yasal olarak açıkça kabulü için uğraş vermiştir. Bütün bu dönemlerde Avrupa'da gelişen sendikaların kendi örf ve adetlerini ve mücadele modelleri yaratmadaki deneyimleri Türkiye'de hayata geçirilemedi. Avrupa'nın aksine hakların kullanılmasının yasal olarak ayrıntılı düzenlenmesi beklentisi, ülkemiz sendikacılığında halen dahi hâkim görüş olarak devam etmektedir.

Nitekim 1961 Anayasası ve takip eden dönemde çıkarılan 274 ve 275 sayılı Yasalar ile bu zemin oluşmuştur.

Dünyada 1973 yılında yaşanan petrol krizine kadar geçen sürede sendikalar gelişmiş ve güçlenmişlerdir. Bundan sonra yaşanan ekonomik krizler ile birlikte grevler ve ideolojik çatışmalar çoğalmış ve maalesef 1980 askeri müdahalesi ve sendikaların faaliyetlerinin durdurulması ve 1983'de yürürlüğe giren 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarla Türkiye de bundan nasibini almıştır. Gücünü yasalardan alma alışkanlığı sonucunda, bu kanunlar ile Türk sendikacılığının gelişmesinin eli kolu bağlanmıştır.

İkinci önemli etkenlerden birisi, kayıt dışı ekonominin ulaştığı boyutlardır. Bu durum, işyerlerinde sendikaların örgütlenmesinin önünde engel olduğu gibi kayıt içinde çalışan işletmeler ile de haksız rekabet koşullarını ağırlaştırmakta ve kayıt içindeki işletmelerin de, işçilerinin sendikalaşma istekleri karşısında dirençlerini arttırmaktadır.

Üçüncü önemli etken, 1980'li yıllarda başlayan ve 1990'lı yıllarda ivme kazanan yeni global dünya akımı sonunda rekabet koşullarının gittikçe acımasız hale gelmiş olmasıdır. Üretim yöntemleri değişmiş ve parçalanmaya başlamıştır. Fabrika içinde yapılan üretimler büyük ölçüde fabrika dışına çıkmış, taşeronlaşmalar iyi niyetli ve kötü niyetli olarak çoğalmıştır. Stoksuz çalışma ile çalışma saatlerinin kısalması beraberinde esnek çalışma ile atipik çalışmaları beraberinde getirmiştir. Bütün bunlar bu yeni yapılanmaya ayak uyduramayan sendikaların örgütlenmelerinin önünde engel teşkil etmiştir, etmektedir.

Ülkemiz açısından dördüncü faktör, toplu iş sözleşmelerinin kapsadığı işçi sayısının azlığıdır. Sendikalar ellerindeki dar imkânlardan biri olan "teşmil" maddesine itibar etmemiş ve ülke genelinde toplu iş sözleşmelerinin uygulanma alanını genişletmemişlerdir. Sadece üyeleri ile ilgilenme yolunu seçmişler ve işçi sınıfını yeteri kadar temsil edememişlerdir. Böylece ülke genelinde gerek işletmelerin ve gerekse işçilerin yaygın olarak toplu iş sözleşmesi ile tanışmaları mümkün olmamıştır.

Önemli bir neden de tüm kesimlerin demokrasi kültürlerindeki eksikliklerdir.

Sendikalar yaygın olarak kendi içlerinde demokrasiyi bir türlü istenilen düzeye taşıyamamışlar, yöneticiler kendilerini adeta ayrıcalıklı bir mesleğin temsilcileri haline getirmişlerdir.

Sendikalar, kurumlaşma konusunda yeterli

Bugün hiçbir ülkede görülmeyen şekilde, profesyonel seçilmişlerin sayısı sendikada çalışan atanmış uzmanların sayısının çok üstünde seyretmektedir.

gayreti göstermemişlerdir. Bugün hiçbir ülkede görülmeyen şekilde, profesyonel seçilmişlerin sayısı sendikada çalışan atanmış uzmanların sayısının çok üstünde seyretmektedir. Bu kadrolarla Dünyada olup bitenleri takip edebilme, bunlara karşı politikalar ve projeler üretebilme kabiliyetinden yoksun olarak olayların arkasında kalmışlardır.

İşletmelerdeki beyaz yakalıları örgütlemek için gayret gösterilmemekte ve böylece sendika yönetim kadrolarında genel eğitim seviyesinin yükselmesi bir türlü gerçekleşmemektedir.

Bütün bunlar sendikaların kamuoyundaki imajlarını menfi olarak etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir.

Yeni dönemde çıkarılacak yasal düzenlemelerle az da olsa örgütlenmede bir kıpırdanma olabilir. Ancak bunun da örgütlenme açısından yeterli gelişmeyi sağlayacağına inanmak oldukça güçtür.

Neler yapılmalı?

1) Gücünü üyelerinin güven ve desteğinden alan, kamuoyundaki imajını yenileyen bir sendikacılık,

2) Sendika içi demokrasiyi benimseyen ve kendisini etkin bir biçimde denetleyen ve bunu yaşatan bir sendikacılık,

3) Sendikalar arası gönüllü işbirliğine dayalı alanlar yaratarak daha güçlü bir sendikacılık,

4) Kurumlaşmasını geliştiren, etkinliklerini çeşitlendiren, üyelerini arttırmaya yönelik programları olan sendikacılık,

5) Uluslararası resmi ve mesleki kuruluşlarla daha sıkı işbirliğine açık sendikacılık,

6) Sendikal kültürün gelişmesine yönelik olarak profesyonel kadrolarla yürütülecek eğitim, tanıtım, araştırma ve yayın yapan sendikacılık,

7) Siyasette ülke çıkarları ile çalışanların çıkarları yönünden öncelik alan ve bunu politika olarak yönlendiren sendikacılık.

Bunlar kısa vadede gerçekleşebilir mi?

Dünyada da geri gittiği ileri sürülen sendikalaşmanın bu geriye gidişi devam edecek midir?

Bu geriye gidiş ile birlikte global dünyanın toplumlara dayattığı yeni yaşam şartları da geri gitmektedir. İşte bu belli bir süre sonra, çalışan kesimlerin çok daha geniş bir şekilde yeniden örgütlenmelerini beraberinde getirecektir. Bunu görmek ve bugünden o günlere hazırlanmak için sendikaların kendilerini zaman geçirmeden yenilemeye başlaması gerekir kanaatindeyim.

Av. Umur GÜRİŞ

İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Başkanı

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Öngördüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı

1. GENEL OLARAK

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın esas amacı, mahkemelerin iş yükünü ve yoğunluğunu azaltmak, uzun süren yargılama süreçlerine çözüm teşkil edecek şekilde; yargı sürecinin kısaltılıp, yargının üzerindeki yükü azaltılırken aynı zamanda tarafların da tatmin olacağı bir şekilde uzlaşmayı yazılı olarak sağlamaktır.

Yasa tasarısının ana hatlarıyla düzenlemesi şöyledir:

1. Tarafların ihtilafın başlangıcında veya ihtilaf sürerken arabulucuya gidebilme yolları açıktır.
2. Taraflar arasındaki hukuki ihtilafların çözülmesi hedeflenmiştir.
3. Taraflarca her aşamada arabuluculuktan vazgeçilebilmektedir.
4. Arabulucunun bir hukukçu olması ve uyuşmazlığı hukuki bir çözüme kavuşturması aranmamaktadır.
5. Yargılama usulü serbest olup, taraflar bu hususu karşılıklı anlaşarak belirlemektedir.
6. Arabulucu tarafından verilen karar yazıya döktükten ve tarafların da işbu kararı imzalamasının ardından, imzalanan karar mahkeme kararı hükmünde olmaktadır.

7. Tarafların, dava açılmadan önce ihtilafı çözmek adına arabuluculuk müessesine başvurmaları halinde, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmesi ve taraflarla arabulucu arasında faaliyetin sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılıp, bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarih itibarıyla zamanaşımı ve arabuluculuk sürecinin konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin diğer süreler durmaktadır.

8. Rekabeti önleyici herhangi bir yasaklama mevcut değildir.

İşbu arabuluculuk müessesesi hukuk düzenimizde ilk olmamasına rağmen, yargıya bu denli ileri derecede müdahalede bulunulması bu müesseseye çapında bir ilki oluşturmaktadır. Bu açıdan söz konusu husus bir bakıma yargının özelleştirilmesini çağrıştırmaktadır.

II. TASARININ ANAYASAYLA ETKİLEŞİMİ

Bilindiği gibi Türk hukuk hiyerarşisinde yapılan sıralamada Yönetmelikler Tüzüklere, Tüzükler Kanunlara, Kanunlar da Anayasamıza uygun olmak durumundadır. Bu sebepten ötürü, öncelikle bu yasa tasarısının Anayasa'yla etkileşimini ve Anaya-

Tasarı, Anayasa'nın 9. maddesindeki "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." şeklindeki buyurucu kurala aykırıdır.

sa'ya aykırı olup olmadığını tartışmak gerekmektedir. Ayrıca ek olarak da tasarının mevcut yasalarımızdaki diğer arabuluculuk müesseseleriyle karşılaştırmamızda da yarar vardır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesi "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." demektedir. Tasarının "Uzlaşma" başlıklı 17. maddesi ise;

"(1) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan uzlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca belirlenir.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları halinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilam niteliğinde belge sayılır. Bu belgenin düzenlenmesi ve onaylanması, damga vergisinden ve harçtan muaftır." şeklinde ifade edilmiştir.

İşbu madde öncelikle, gücünü Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesinden alan, T.C. Anayasası'nın 9. maddesi itibarıyla "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." şeklindeki buyurucu kurala aykırıdır.

İkincil olarak, yargının bağımsızlığı kuralına da aykırıdır. Zira söz konusu Tasarıdaki arabulucuları oluşturan isim listelerinin belirlenmesi görevi yürütme organları tarafından ifa edilmektedir. Bu şekilde de yargı bağımsızlığının bir başka biçimde ihlali söz konusu olmaktadır. İşte bu ve benzeri hükümleri itibarıyla, söz konusu Tasarının Anayasamıza aykırılığını altını çizerek belirtmekte fayda vardır.

III. 2822 SAYILI TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU'NDAKİ ARABULUCU

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi diğer kanunlarımızda da arabuluculuk müessesesi mevcuttur. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lo-

kavt Kanunu da bunlardan biridir. Ancak Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndaki arabuluculuk ile söz konusu Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki arabuluculuk müessesesi birbirinden farklılık arz etmektedir. 2822 sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddesindeki arabulucu, tarafların uzlaşmamaları halinde yasal zorunluluk olarak ortaya konmuş olup tarafların, aradaki anlaşmazlıkları asgariye indirmek veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik olarak grevin son çare olması ilkesinin gereğidir. Burada arabulucunun işlevini yaparak taraflar arasındaki anlaşmayı sağlamaya yardımcı olması halinde ortaya çıkan anlaşma metni bir mahkeme kararı niteliğinde değil, bir sözleşme niteliğinde olmaktadır. İşbu sözleşmenin tatbik kabiliyeti vardır; ancak kurallarının uygulanmaması halinde ilam gibi hüküm doğurmamakta ve bağımsız mahkemelerden karar istihsal etmek gerekmektedir.

Bu nokta itibarıyla belirtilmelidir ki; 2822 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddeleri Anayasa'ya uygun bulunmakta ve de yasal zorunlulukla getirilmiş bir müessese niteliği taşımaktadır. Nitekim yürürlükten kaldırılmış bulunan eski Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da "tarafsız aracı" adıyla buna yakın bir müessese bulunmaktaydı. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda bu hususta yapılan yenilik sadece arabulucunun belirlenmesi bakımından daha kurumsallaşmış bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi ile düzenlenmiş bulunan özel hakem ise akdi tahkim olup, verilen karar işe iade kararlarının karakteristik özelliğini taşımakta ve uygulanıp uygulanmayacağı tarafların iradesine bırakılmış, tespit niteliğinde bir karardır. Bu kararın ihlali halinde iş mahke-

Tasarıdaki arabulucuları oluşturan isim listelerinin belirlenmesi görevi yürütme organları tarafından ifa edilmektedir. Bu şekilde de yargı bağımsızlığının bir başka biçimde ihlali söz konusu olmaktadır.

Tarafların ihtilaflarını, dava açmadan evvel veya dava esnasında veya davadan sonra karşılıklı çıkarlarının, gerektiğinde bir masa başına oturup sulh anlaşması yaparak çözüme ulaştırmaları daima mümkündür.

mesinde eda davası açılması zorunluluğu mevcut olup, söz konusu belge mahkemede delil olarak kullanılabilme niteliğine haiz olacak özellikleri taşımaktadır. Görüldüğü gibi; arabuluculuk Kanun Tasarısı'ndaki gibi yargı yetkisini kullanmamakta ve Anayasa'yı ihlal söz konusu olmamaktadır.

IV. HUMK'UN 516 VE MÜTEAKİP MADDELERİ KARŞISINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISININ DURUMU

HUMK'nun 516. ve müteakip maddelerinde belirtilen tahkim ise; akdi olarak daha önce kararlaştırılabileceği gibi ihtilaftan sonra da kararlaştırılması mümkündür. Burada hakemin vermiş bulunduğu karar temyiz denetimine tabi olduğu gibi hakem ya taraflarca mutabakatla seçilmekte, yahut da tarafların mutabık kalmamaları halinde bağımsız yargıç tarafından belirlenmektedir.

V. SULH ANLAŞMASI BAKIMINDAN ARABULUCU

Bir diğer arabuluculuk müessesesi olarak sulh anlaşması itibariyle de arabuluculuk mevcuttur ki, burada yine tarafların ihtilaflarını dava açmadan evvel veya dava esnasında veya davadan sonra karşılıklı çıkarlarının gerektiğinde bir masa başına oturup sulh anlaşması yaparak çözüme ulaştırmaları daima mümkündür.

VI. SONUÇ

Sonuç itibariyle gerek HUMK'un tahkim hükümleri ve gerekse sulh anlaşması yapma imkânı gibi uyuşmazlığı hukuki bir zeminde çözmek

mümkünken, yeni bir oluşum ve ümit olarak Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile yeni bir arayışa girmenin gereksiz olduğu hukuki görüşünderiz. Arabuluculuk kurumunun yeni bir şey getirmeyeceği gibi asgari düzeyde hukuk eğitimi almamış kişilerin kadı usulüyle hukukun dışında birtakım çözüm yollarını değil bulmaları, aramaları bile caiz değildir.

Hukuk binlerce yılın birikimidir. Hukukçu diğer eğitim dallarına nispetle daha zor bir eğitimden geçerek dört yılını tamamlar. Bu dört yılda binlerce yılın bilgi birikimi hukukçuya aktarılır. Asgari düzeyde dahi hukuk eğitimi almamış kişilerce sorunların çözülebileceği düşüncesi hukuku basit ve sıradan kişilerin dahi yapabileceği bir iş olarak görmek veya düşünmek kanaatimizce hatalıdır.

Tasarı ayrıca, açıkça ve ciddi olarak kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasa'ya aykırıdır.

KAYNAKÇA

- İstanbul Barosu'nun 19.09.2007 tarihli Raporu.
- Barolar Birliği Raporu.
- Av. Şeyda Aktekin, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2007 sayısı.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/12635

Karar No : 2006/14038

Tarihi : 15.05.2006

ÖZET

Davacı, iş sözleşmesinin feshinin “geçersizliğine” ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı ise, davacının “belirli süreli iş sözleşmesi” ile çalıştığını iddia ederek, işyerinde 01.01.2003-31.12.2004 tarihlerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin “emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde” iş sözleşmelerinin feshedileceği düzenlemesine yer verildiğini savunmuştur. Davacının iş sözleş-

mesinin feshi tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresi sona ermiştir. Ancak, yeni Toplu İş Sözleşmesinin de imzalanmadığı anlaşılmaktadır. 2822 sayılı TİSGLK'nun 6/son maddesi uyarınca, “her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi olarak devam eder”. İş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili anılan sözleşmenin 70. maddesi, hizmet akdi hükmü olarak fesih tarihinde devam etmektedir. Davalı işverenin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini sonlandırması, geçerli neden teşkil eder. Ancak, davalı işverenin bu hükmü istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uygulayıp uygulamadığı önem kazanmaktadır.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

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

Davalı işveren, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeni ile feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı işyerinde 01.01.2003-31.12.2004 tarihlerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Davacının iş sözleşmesinin feshi tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresi sona ermiştir. Ancak, yeni Toplu İş Sözleşmesinin imzalanmadığı anlaşılmaktadır. 2822 sayılı Toplu

İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6/son maddesi uyarınca, "her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder". İş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili anılan sözleşmenin 70. maddesi, hizmet akdi hükmü olarak fesih tarihinde devam etmektedir. Davalı işverenin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini sonlandırması, geçerli neden teşkil eder. Ancak, davalı işverenin bu hükmü istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uygulayıp uygulamadığı önem kazanmaktadır. Mahkemece, işyeri ve ilgili kurumlardan kayıtlar istenmeli, tarafların bu konudaki kanıtları toplanmalı ve davalı işverenin bu uygulamayı istisnasız olarak 55 yaşını dolduran tüm işçilere uyguladığı anlaşıldığı takdirde, iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmeli ve istek reddedilmelidir. Aksi halde ise, şimdiki gibi karar verilmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.05.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Kararın bütününde üç husus göze çarpmaktadır. Birinci husus, "davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeni ile feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı" yolundaki davalı savunmasıdır. Öyleyse, sözleşme emekliliğe kadar devam eden bir "belirli süreli iş sözleşmesi" mi? Belirli süreli sözleşmenin "geçerli nedene" dayanarak feshine gerek var mı?

İkinci göze çarpan husus, "Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği" yolundaki hükümdür. Taraflar böyle bir hükmü "toplular iş sözleşmesi özerkliği" çerçevesinde sözleşmeye koyabilirler mi?

Üçüncü husus, böyle bir toplu iş sözleşmesi

hükmü, toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiği için geçerliliğini devam ettirebilir mi?

Kararın incelenmesinde bütün bu soruların cevabının aranarak cevaplandırılması gerekmektedir. Bu nedenle, incelenen karar üç bölümde ele alınacaktır: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Niteliği, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Sınırları, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri.

1- BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

İş Kanunu'nun deyişiyle, "belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak" işveren ile işçi arasında yapılan sözleşmeler "belirli süreli iş sözleşmesidir" (md.11/1). Örneğin bir yol veya köprü yapımı¹, bir iş merkezi inşaatı veya adı üzerinde mevsimlik işler, ne zaman

başlayıp ne zaman biteceği yaklaşık olarak bilinen işlerdir. İşin niteliği gereği bu işler belirli süreli olduğu için, yapılan sözleşmeler de belirli süreli iş sözleşmeleridir.

Bundan başka, “objektif koşullara bağlı” olmaksızın, bir işte tarafların Anayasa’nın “sözleşme özgürlüğü” ilkesine (md.48) dayanarak tespit ettikleri ve belirli süreler için yaptıkları sözleşmeler de belirli süreli iş sözleşmeleridir. Zira taraflar, belirsiz süreli iş sözleşmesinde kullanabilecekleri ihbar öneli haklarını karşılıklı serbest iradeleri ile belirli bir süre için ortadan kaldırmak suretiyle kendilerini güvence altına almak isteyebilirler. Özellikle 30 kişiden az işçi çalıştıran işyerlerinde işçiler, kendilerine belirli bir süre “iş güvencesi” sağlamak amacıyla böyle bir sözleşme türünü tercih edebilirler. Bu gibi hallerde tarafların “gün”, “hafta”, “ay” veya “yıl” olarak “serbest iradeleriyle” kararlaştırdıkları hizmet süreleri, iş sözleşmesini belirli süreli kılar².

Taraf iradeleriyle belirlenen iş süresinin bitmesine karşın işçi çalışmaya devam eder, işveren de buna ses çıkarmazsa, sözleşme aynı süre ve fakat en çok bir yıl için “susma ile yenilenmiş” (sükut ile tecdit etmiş) sayılır (BK. md.339/1)⁶. Yenilenen sözleşme, yedi ay süreyle yapılmışsa sözleşme de yedi ay süreyle, iki yıl süreyle yapılmışsa sözleşme en çok bir yıl süreyle yenilenmiş sayılır. Bunun istisnası, tarafların belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesini sürenin dolmasından önce bir ihbar öneli koşuluna bağlı tutmalarıdır. Bu koşula rağmen belirli sürenin dolmasından önce taraflardan biri ihbar öneline uygun olarak sözleşmeyi feshedeceğini karşı tarafa bildirmezse, sözleşme herhangi bir süre sınırına bağlı olmaksızın aynı süre için yenilenmiş sayılır (BK. md.339/2). Ancak hemen belirtelim ki, İş Kanunu’na tabi işlerde yenilenmenin artık “esaslı bir nedene” dayanması şarttır (İş K. md.11/2). Aksi halde esaslı bir nedene dayan-

Önemli olan, belirli süreli iş sözleşmesinin ardı ardına yapılmasını haklı kılan “hukuken geçerli” esaslı bir nedenin bulunmasıdır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri “ömür boyu” veya “on yıldan fazla” süreli de yapılabilir. Bu gibi hallerde işçi, iş sözleşmesini on yılın geçmesinden sonra “bir ay önceden” haber vermek koşuluyla ve herhangi bir tazminat ödemeksizin feshedebilir (BK. md.343). Aksi halde taraflar, tüm belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi, iş sözleşmesinin süresinin bitimine kadar sözleşmeye riayetle mükelleftirler. Taraflardan birinin, sözleşme süresinin bitiminden önce “haklı bir sebep” olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi, diğer tarafa sözleşme süresinin sonuna kadar doğan zararını talep hakkı verir³. Örneğin bu anlamda işçi “fesih tarihi ile sözleşmenin sona erme tarihi arasındaki süreye ilişkin ücreti ve ücret eklerini isteyebileceği” gibi, sözleşmede kararlaştırılan “cezai şartı” da isteyebilir. Ancak işçinin fesih tarihinden sonra “tasarruf ettiği” veya “diğer bir iş ile kazandığı” veya “kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyin” talep edilen tazminat miktarından düşülmesi gerekir (BK. md.325)⁴. Bunun gibi, hakim cezai şart miktarında indirim yapmak yetkisine sahiptir (BK. md.161/son). Fakat bu indirim yapma yetkisi “istisnai” nitelikte olup, “fahiş oranda indirim” yapamaz⁵.

mayan belirli süreli iş sözleşmesinin, yenilenmeden itibaren belirsiz süreliye dönüştüğü kabul edilmelidir⁷.

Kanunda “emredici” olarak “süresi bir yıl ve daha fazla olan” belirli süreli iş sözleşmelerinin “yazılı” yapılması “zorunluluğunun” getirilmesi (md. 8/2), genellikle “esaslı bir nedene” ve “objektif koşullara bağlı” olmayan “belirsiz süreli sürekli işlerde”, tarafların “serbest iradeleri” ile kendilerini “belirli süre” güvence altına alan “iş sözleşmesi” yapma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. İşte bu gibi hallerde “objektif koşullara bağlı” ve “esaslı bir neden” olmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, “bir yıl ve daha fazla süreli” yapıldığı takdirde “yazılı” olmak mecburiyetindedir. Aksi halde, belirli süreli iş sözleşmesi “geçersiz” değil, ama “belirsiz süreli iş sözleşmesine” dönüşmektedir. Gerçi, “objektif koşullara bağlı” olarak ve “esaslı bir nedene” dayanarak yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, bir yıldan az veya çok süreli olsalar ve “yazılı” veya “sözlü” yapılsalar bile “belirli süreli” olma niteliklerini kaybetmezler. Çünkü, “esaslı bir nedene” ve “objektif koşullara bağlı” olarak yapılan be-

lirli süreli iş sözleşmeleri “yazılı” yapılsa da yapılsa da zaten “belirli sürelidir”. Örneğin, “hizmet süresi bir projenin bitmesine bağlı olarak yapılmış iş sözleşmesi belirli sürelidir”⁸. Bu nedenle, iş niteliği gereği zaten “belirli süreli” olduğundan; sözleşmenin yazılı yapılması da yapılmaması da onun “belirli süreli” olma niteliğini değiştirmez. Bu nedenle, kanunda öngörülen “yazılı” yapıma şartı “ispat” şartıdır, “geçerlilik” şartı değil...

Gerçekten, “esaslı bir neden” ve “objektif koşullara bağlı” olmadan yapılan “bir yıl ve daha fazla süreli” iş sözleşmelerinin “belirli süreli” sayılmalarının “emredici” ön koşulu (belirli süreli sayılmalarının “geçerlilik” şartı), “yazılı” yapılmalarıdır. Aksi halde belirli süreli sözleşme tümünden “geçersiz” (mutlak butlanla batıl) sayılmaz, ama “belirsiz süreli iş sözleşmesine” dönüşür. Yasa koyucunun, tarafların çalışma koşullarıyla ilgili iddialarının “ispatında” sağlayacağı kolaylıkları düşünerek, bir yıl ve daha uzun süreli sözleşmelerde “yazılı” olma şartını aradığını düşünüyoruz. Zira, niteliği gereği belirsiz süreli (sürekli) işlerde yapılan “belirli süreli iş sözleşmeleri” esas itibarıyla zaten “istisnai” niteliktedir. Bu nedenle bir yıl ve daha fazla süreli sözleşmelerin “yazılı” yapılması “zorunlu” tutulmuş, aksi halde “belirsiz süreli” sayılacağı kabul edilmiştir. Nitekim, iş hukukunun “işçiyi koruma” ilkesinden yola çıkan Yargıtay kararları da bu yoldadır⁹.

Uygulamada sıkça karşılaşılan ve belirsiz süreli sürekli işlerde ardı ardına yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri ile işçilerin işe alınması ve işten çıkarılması (zincirleme iş sözleşmeleri), Yargıtay tarafından “sözleşme hakkının kötüye kullanılması” (MK. md.2) olarak nitelendirilmekte; bu gibi durumlarda belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği kabul edilmektedir. Yeni İş Kanunu da “esaslı bir neden” olmadıkça, “birden fazla üst üste” (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağını; “aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceğini” hükme bağlamıştır (md.11/2). Buna karşılık, başlangıçta belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin, sonradan “objektif koşulların” ve “esaslı nedenlerin” ortaya çıkması halinde belirli süreli sözleşmeyle çalışabileceği kabul edilmiştir¹⁰.

Öyleyse önemli olan, belirli süreli iş sözleşmesinin ardı ardına yapılmasını haklı kılan “hukuken geçerli” esaslı bir nedenin bulunmasıdır. Aksi hal-

Toplu iş sözleşmesinin muhtevası emredici “kamu düzeni” hükümlerine aykırı olmadığı sürece taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecektir.

de, “esaslı bir neden” ve “objektif koşullara bağlı” olmadan ilk defa yapılan bir “belirli süreli iş sözleşmesi”, ikinci defadan itibaren “üst üste (zincirleme)” yapılması halinde, artık kendiliğinden ve sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren “belirsiz süreli iş sözleşmesine” dönüşecektir. Yargıtay ve Doktrin’in ağırlıklı çoğunluğu, bir defaya mahsus olsa dahi “esaslı bir neden” olmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli sayılacağını kabul etmektedir¹¹. Buna karşılık, kanunun “üst üste (zincirleme)” ifadesinden (lafzından ve ruhundan) yola çıkarak ve yasa koyucunun her işletmenin özelliğine ve “esnek çalışma” amacına (ruhuna) uygun olarak, “esaslı bir neden” araştırması yapılmadan bir defaya mahsus olmak üzere “belirli süreli iş sözleşmesi” yapılabileceği kanısındayız¹². Ancak, bir defaya mahsus olmak üzere “esaslı bir neden” aranmadan yapılan bu sözleşmeler, kendiliğinden yenilenmeleri veya ardı ardına (üst üste-zincirleme) yapılmaları halinde belirsiz süreli iş sözleşmelerine dönüşeceğinden, sona ermelerinde ihbar önellerine (veya tazminatına) uygun davranılması ve ayrıca koşulları varsa kıdem tazminatının ödenmesi gerekmektedir¹³. Aksi halde, bir “haklı sebeple fesih” (İş K. md.24) söz konusu olmadıkça işçinin sözleşmeyi feshi, kendisine kıdem tazminatı hakkı kazandırmaz¹⁴. Ayrıca, “esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin”, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi söz konusu olmadığından, kural olarak ihbar önellerine uygun feshedilmesi ve kıdem tazminatı ödenmesi de gerekmez.

Temelde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasındaki en önemli fark da, onların sona ermeleri sırasında doğurdıkları hüküm ve sonuçlarda kendisini gösterir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri kural olarak önceden ihbar önellerine uygun haber vermek veya bu sürelere ait ücretin (ihbar tazminatının) peşin ödenmesi (İş K. md.17) ve koşulları gerçekleşmişse kıdem tazminatı (1475 s. İş K.

md.14) ödenmek suretiyle feshedilebilir. Buna karşılık, belirli süreli iş sözleşmeleri sürenin sonunda kendiliğinden sona ererken, kural olarak herhangi bir ihbar ile kötüniyet ve kıdem tazminatı ödenmesi sonucunu doğurmaz¹⁵.

DEĞERLENDİRME: Yukarıda yapılan açıklamalar muvacehesinde, “davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeni ile feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı” yolundaki davalı savunmasının, hukuki dayanaktan yoksun, kendi içinde çelişkili bir savunma olduğu anlaşılmaktadır. Savunmadan, işyerinde işçi ile sanki “emekli oluncaya kadar” yapılmış bir “belirli süreli sözleşme” olduğu izlenimi edinilmektedir. Ancak, Toplu İş Sözleşmesi ile iş sözleşmesinin feshi konusunda getirilen “emekliliğe hak kazanma” ve “55 yaşını doldurmuş olma” koşulunun, sendikalı işyerinde onlarca işçiyi ilgilendirdiği ve işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalıştığı kuşkusuzdur. Kaldı ki, işyerinde çalışan işçilerin “belirli süreli iş sözleşmeleri” ile çalışmalarını için kanunun aradığı herhangi bir “objektif koşul” da ileri sürülmemiştir (İş K. md.18). Nitekim, açılan davanın “işe iade” davası olması ve mahkemenin davayı “usul” yönünden kabul etmesi, işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığını göstermektedir. Aksi halde, davacının iş sözleşmesinin “belirli süreli” kabul edilmesi, “işe iade” davasının daha başlangıçta “usul yönünden” reddedilmesini gerektirirdi. Çünkü, bilindiği gibi işe iade davası, Kanuna göre sadece “belirsiz süreli iş sözleşmesi” ile çalışan işçilerin “geçerli bir sebebe” dayanmadan işten çıkarılmaları halinde açılabilir (İş K. md. 18, 20). Bu nedenle, davalının hem işçinin “belirli süreli iş sözleşmesi” ile çalıştığı hem de “geçerli sebebe” dayanarak işten çıkarıldığı yolundaki savunması kendi içinde bir çelişki teşkil etmektedir. Zaten Yargıtay’ın da kararın gerekçesinde savunmada ileri sürülen iddialara hiç değinmeden ve bu konuda davalının savunmasını ciddiye almadan bir sonuca varması bunu göstermektedir. Gerekçede bu iddiaların reddine ilişkin bir hususa değinilmemekle birlikte, sonuç itibarıyla kararın zımnen de olsa davacının iş sözleşmesini “belirsiz süreli” kabul ederek bir sonuca varması yerinde ve isabetli olmuştur.

II- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE KONULAN HÜKMÜN GEÇERLİLİĞİ

Toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerin geçerliliği öncelikle “toplu iş sözleşmesi özerkliği” ilkesi çerçevesinde ele alınmak gerekir. Bu nedenle, konunun daha önce SİCİL Dergisinde yayınladığımız “Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması” makalesinde yer alan görüşlerimiz doğrultusunda incelenmesi gerekir¹⁶.

A) Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği

Toplu iş sözleşmesi ile taraflar “işyerinin yasasını” belirler. Taraflar bu “yasayı” hiçbir baskı altında kalmadan, kendilerine sağlanan toplu sözleşme özerkliği sistemi içinde özgürce tartışarak kabul ederler. Toplu sözleşme sisteminin özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Batı ülkelerinin anayasalarında tanınan bu özerklik, bizim Anayasamız’da da yer almaktadır Buna göre, “işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” (Any. md. 53)¹⁷. Bu özerklik, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı ile de “tescil” edilmiştir: Buna göre, “yasa koyucunun toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışlarını önceden sınırlandıran yasal düzenlemesi Anayasa’nın toplu iş sözleşmesi hakkını ve özerkliğini tanıyan hükmüne (eski 1961 Anayasası’nın aynı nitelikteki 47. maddesine) aykırı” olduğundan; “toplu iş sözleşmelerine tavan getiren bu (yasa) hükmünün iptaline oybirliği ile karar verilmiştir”¹⁸.

Toplu iş sözleşmesi sistemi içinde işçi ve işveren taraflarına “karşılıklı olarak” tanınan özerklik ile “siyasi demokrasi” yanında bir de “iktisadi demokrasi” imkanının yaratılmış olduğuna inanıyoruz. Bu sayede işyeri ve işkolları düzeyinde yürütülen (grup) toplu iş sözleşmeleri sayesinde özellikle (milli) gelir paylaşımında işçi sendikalarının verdiği mücadeleye bir destek de sağlanmakta; endüstri ilişkileri sistemi, ulusal düzeydeki “endüstriyel demokrasi” ile güçlendirilmektedir. Ancak, bu gücün toplumun diğer kesimlerine karşı bir tehlike

haline gelmemesi, “güçler dengesinin” sağlanabilmesi için, yine toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde, “gücü karşı güçle zararsız duruma getirme” yolunun izlendiği görülmektedir¹⁹. Zira, son zamanlardaki moda deyimiyse “kontROLSÜZ GÜÇ, GÜÇ DEĞİLDİR”. Bu nedenle, genelde “sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi” anlamına gelen sözleşme özerkliğinin, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi ve işverenler ile sendikalarına büyük sorumluluklar yüklediği kuşkusuzdur. İşçi ve işveren taraflarının, ekonomik ve sosyal haklar yanında çalışma barışını ve giderek sosyal barışı da sağlayan toplu sözleşme düzeninin ancak kendi sorumlulukları altında korunabileceğini ve gelişebileceğini akıldan çıkarmamaları gerekmektedir²⁰.

B) Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Sınırları

Borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğünün kural olarak toplu iş sözleşmesi özerkliği içinde de geçerli olacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla, toplu iş sözleşmesinin muhtevası emredici “kamu düzeni” hükümlerine aykırı olmadığı sürece taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecektir. Bu sınırlar içinde taraflar, başta ücretler olmak üzere, diğer çalışma koşullarını istedikleri gibi düzenleyebileceklerdir. Öyle ki, yeni toplu iş sözleşmesi ile önceki toplu iş sözleşmesinde kabul edilmiş ve tanınmış birtakım haklar değiştirilebileceği gibi, tamamen kaldırılabilecektir de...²¹.

Her şeyden önce, Anayasa gereği “işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkını” kullanırken; bu düzenlemenin “çalışma ilişkileri” çerçevesinde kalmasına özen göstermek zorundadırlar. Tarafların “ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması veya geliştirilmesine” yönelik olsa bile, “çalışma ilişkileri” dışında kalan (Any. md. 51/1, 53/1) toplu iş sözleşmesi hükümleri taraflara herhangi bir hak ve yükümlülük getirmeyecektir²². Bu nedenle, 1982 Anayasası’nın getirdiği asıl özerklik sınırlamasının, 53/1. maddedeki “karşılıklı olarak” deyiminden çok, 51/1. maddedeki “çalışma ilişkilerinde” deyimini olduğunu söylemek yanlış olmaz²³.

Bundan başka, 2822 sayılı TİSGLK toplu iş sözleşmesine konulamayacak hükümleri ayrıca belirterek, özerkliğe ilişkin açık bir sınırlama getirmiş

Toplu iş sözleşmesi tarafları, mutlak emredici yasa hükümleri gibi, yasanın uygulanmasını göstermek veya emrettiği işlerin nasıl yapılacağını belirtmek üzere çıkarılan “tüzük hükümlerine” de aykırı düzenlemeler getiremezler.

tir: Buna göre, toplu iş sözleşmelerine “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlak ve sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz” (TİSGLK md. 5). Bu hükmün, esas itibarıyla sendikalara yasaklanan faaliyetler arasında sayılan ve sadece sendikal hak ve özgürlüklerin değil, diğer bütün hak ve özgürlüklerin “genel” sınırlandırma sebepleri arasında bulunduğunu belirtmekle yetinelim. Böyle bir durumda, sözleşmeye konulan hükümlerin hukuken “geçersiz” olması dışında; “ilgililer”, yani sözleşmeyi imzalayan taraflar hakkında “altı aydan bir yıla kadar hapis” cezası da öngörülmüştür (TİSGLK md. 68).

Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, maddede yer alan “kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamayacağına” ilişkin hükmüdür (TİSGLK md. 5/son cümleci). Buradaki “emredici hükümlerin” iş hukuku anlamında “mutlak (kesin) emredici hükümler” olduğu, İş Kanunu’nun genellikle “nispi emredici olan hükümlerinin” kastedilmediği kuşkusuzdur. Aksi halde, iş hukukunun amacına uygun olmayan; toplu iş sözleşmesi düzeninden beklenenin elde edilemeyeceği sonuçlar, bizzat toplu iş sözleşmesi özerkliğini tehlikeye sokabilecektir. Bu nedenle, İş Kanunu’nun asgari ücret, çalışma süreleri, fazla mesai, ihbar öneleri gibi “nispi emredici” hükümlerin aksinin “işçi lehine” toplu iş sözleşmelerinde her zaman kararlaştırılabileceği açıktır²⁴. Buna karşılık, “işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını ortadan kaldıran” (İş K. md. 17, 25; BK. md.

340, 344), işçi alacakları için “kanunen öngörülen zamanaşımı sürelerini düşüren” (İş K. md. 32/7; BK md. 127), “işçinin kasdı veya ağır kusurundan sorumlu olmayacağını” (BK. md. 99) öngören işveren aleyhindeki toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçerli olmayacaktır²⁵.

Toplu iş sözleşmesi tarafları, mutlak emredici yasa hükümleri gibi, yasanın uygulanmasını göstermek veya emrettiği işlerin nasıl yapılacağını belirtmek üzere çıkarılan “tüzük hükümlerine” de aykırı düzenlemeler getiremezler. Bununla birlikte, bir tüzük hükmünün mutlak emredici nitelik kazanabilmesi için tüzüğün dayandığı yasanın veya yasa hükmünün de mutlak emredici nitelikte olması gerekir. Yoksa, bir tüzüğün veya tüzük hükmünün Bakanlar Kurulu’nun takdiriyle mutlak emredici niteliğe büründürülmesi mümkün değildir. Mutlak emredici bir yasa hükmüne dayanan tüzük de mutlak emredici, nispi emredici bir yasa hükmüne dayanan tüzük de zorunlu olarak nispi emredici niteliktedir. Nispi emredici bir yasa hükmüne dayanılarak yürürlüğe konmuş bir tüzüğün, kaynağını aşarak mutlak emredici hükümler getirmesi mümkün değildir. Bunun gibi, tüzüklerin uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarıldıkları yasada yer almayan bir yasak getirmeleri, tüzüğün yasaya aykırılığı sonucunu doğurur. Bir tüzük hükmünün toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapma yetkisini sınırlayabilmesi, örneğin toplu iş sözleşmesinde öngörülemeyecek bazı düzenlemelere yer verebilmesi için, öncelikle dayandığı yasa hükmünün böyle bir sınırlamaya izin vermesi gerekir. Tüzüğün dayandığı yasada öngörülmeyen bir sınırlamaya yer verebilmesi mümkün değildir²⁶.

TİSGLK sadece yasa ve tüzüklerden bahsetmekte, “yönetmelikler” ile ilgili bir hüküm getirmekteyse de, aynı durum yönetmelikler için de geçerlidir. Toplu iş sözleşmelerine yönetmeliklere de aykırı hükümler konulamaz. Çünkü, yönetmelikler de yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilirler (Any. md. 124). Yönetmelik çıkarmaya yetkili kılınanlar, yönetmeliğin dayandığı yasa veya tüzükte öngörülmeyen bir sınırlamaya yönetmelikte yer veremezler²⁷.

Bununla birlikte, Türk hukukunda bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir yasa

hükmünün üstün hukuk kuralı Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varması halinde dosyayı Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirmesi mümkün olduğu halde (Any. md. 152), davada karşılaştığı tüzük veya yönetmelik hükmünün üstün hukuk kuralı Anayasa veya yasaya aykırı olması halinde ne şekilde davranacağı hususu düzenlenmemiştir. Buna karşılık, mahkemenin böyle bir durumda söz konusu Anayasa ve yasaya aykırı tüzük veya yönetmelik hükmünü her ne pahasına olursa olsun davada uygulamasını öngören bir hüküm ve düzenleme de bulunmamaktadır. Kaldı ki, bir davada yargıç, uygulayacağı kuralı kendisi belirlemekle yükümlü olduğundan, davada önüne gelen tüzük veya yönetmelik hükmünün özü itibarıyla Anayasa veya yasaya aykırı olduğu sonucuna varırsa, bu tüzük veya yönetmelik hükmünü davada uygulamaktan kaçınması gerekir. Bu, mahkemenin Anayasa ve yasa kurallarını üstün hukuk kuralı sayarak uygulama ödevinin de bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır (Any. md.11; 138/1). Bu nedenle, mahkemenin tüzük ve yönetmelik hükümlerinin Anayasa veya yasaya aykırı olduğu durumlarda da üstün hukuk kuralına uygunluk yorumunu yapması, söz konusu yasal dayanağı bulunmayan tüzük ve yönetmelik hükümlerini uygulamaktan kaçınması zorunluluğu vardır²⁸.

C) Sendikaların İşçileri Temsilen Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Hukuki Niteliği

Sendikaların işçiler adına toplu iş sözleşmelerine hükümler koyarak onları temsil yeteneği, her şeyden önce toplu iş sözleşmesi yapma ehliyet ve yetkisine bağlanmıştır. Toplu iş sözleşmesi özerklik sınırları içinde taraf sendika olabilmek için, kuruluşun öncelikle Sendikalar Kanunu’nun aradığı koşullara uygun olarak işkolunda faaliyet gösteren “ehliyetli” bir sendika olması gerekmektedir. (Sen. K. md. 3, 6, 54). Sonra, sendikanın işçilerini temsilen toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için sadece “ehliyetli” olması yetmemekte; aynı zamanda, işkolundaki işçilerin “en az %10’u” ile işyerindeki işçilerin “yarıdan fazlasını” temsil eden “yetkili” bir sendika olması gerekmektedir (TİSGLK md. 12-20)²⁹.

Bununla birlikte, sendika bu anlamda işçileri tek tek temsil etmemekte, onların “asgari ortak ve

özdeş yararını” (ortak iradesini) temsil eden bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında asgari ortak ve özdeş yarar, işçilerin her birinden bağımsız bir “sosyal gerçeklik” olmakla birlikte, başlı başına bir “hukuk süjesi” değildir. Asgari ortak ve özdeş yararın (ortak iradenin) “hukuk süjesi” (tüzel kişilik) haline gelmesi, ortak iradeye işçilerin katılımı (üyelikle) mümkün olur. Ama, ortaya çıkan “tüzel kişilik” işçilerin (üyelerin) her birinden “bağımsız” bir hukuki kişiliktir. Bu bağımsız tüzel kişiliğin yasa çerçevesinde yaptığı hukuki işlem (toplu iş sözleşmesi), işçinin (üyenin) iradesinden bağımsız olarak kendisini (üyeyi) bağlar. Bu nedenle, sendika toplu iş sözleşmesini kendi adına yapar, ayrıca işçinin onayına gerek yoktur. Zaten, işçinin onayının pratik bir yararı da yoktur. Zira işçi, sendikaya üye olmakla onayını vermiş olur, sendikanın yetkisine dayanarak toplu iş sözleşmesi yapmasını ve toplu iş sözleşmesi ile getirdiği kurallara bağlılığını meşrulaştırmış olur. Aslında işçinin “taraf” olmadığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan kurallara tabi olması, kendisini kurallara bağlı hissetmesi için, bu uygulamanın kendisi tarafından kabul edilmesi, “onaylanması” gerekir. İşte bu kabul ve onay, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasında önce veya sonra “üyelik” ile beyan edilmiş olur. Böylece işçi, üyelik ile toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine “otomatik” olarak kendiliğinden tabi olmuş olur³⁰.

Üstelik, üyelik toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kaynağı olan “asgari ortak ve özdeş yarara” (ortak iradeye) katılmanın “tek koşulu” değil, sadece “ön koşuludur”. Gerçekten, nasıl ki üyenin iradesinin olmadığı hallerde sözleşme özgürlüğü bir anlam kazanamaz ise, ortak iradenin bulunmadığı hallerde de toplu iş sözleşmesi yapma iradesi bir anlam ifade etmez. Bu nedenle yasa, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin ortaya çıkması için gerekli olan “ortak iradenin asgari sınırını” belirlemiş; işkolu barajının (%10) aşılmasından başka, işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma iradesini (yetkisini) “yarıdan fazla üyenin varlığına” bağlamıştır. Öyleyse, toplu iş sözleşmesinin meşrulaşmasını yalnız “üyelikte” görmemek gerekir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, “çoğunluğa dayalı” bir kuruluşun temsili iradesiyle de onaylanmış ve meşru kılınmış sayılmalıdır³¹.

D) Sendikanın İşçileri Temsilen Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Sınırları

Sendikanın işçileri temsilen toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin sınırları, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları ile aynıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu sınırlar hukuk düzeni içinde diğer hukuk kuralları ile çizilen sınırları anlatır. Toplu iş sözleşmesi tarafları toplu iş sözleşmelerinde diledikleri kurallara yer veremezler. Zira, toplu iş sözleşmesinde yer alan kurallar da hukuk düzeninin bir parçasıdır ve hukuk düzeni içindeki kanunlar hiyerarşisine aykırı olamaz. Bu nedenle en başta “üstün hukuk kuralları” tarafların toplu iş sözleşmesiyle koyacakları kuralların sınırını oluşturmaktadır. Başta Anayasa olmak üzere, toplu iş sözleşmesinin hükümleri yasaların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin “mutlak emredici” hükümlerine aykırı olamaz. Örneğin, nasıl ki yasa koyucu temel hak ve özgürlüklerle kendini bağlı hissediyor ve bu sınırlar içinde kanun yapıyorsa, toplu iş sözleşmesi ile kural koyma yetkisine sahip taraflar da temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olarak kural koyma yetkisine sahiptir. Devletin kural koyma yetkisini devrettiği tarafların, kendisinin sahip olduğu kural koyma yetkisinden daha fazlasını devrettiği düşünülemez. Kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, seyahat özgürlüğü, siyasi hak ve özgürlükler, eğitim ve sağlık hakkı gibi tüm kişi hak ve özgürlükleri, her iki tarafı bağlayan ve sınırlandıran temel hak ve özgürlükler arasındadır. Üstelik, toplu iş sözleşmesi ile konulabilecek hükümler, sadece toplu iş sözleşmesinin kapsamına girebilecek “işçi-işveren ilişkilerini” ilgilendiren konularla sınırlıdır. Yoksa, sözleşmenin konusunu işçi ve işverenlerin oluşturmadığı, örneğin ancak devlet tarafından yerine getirilebilecek konular toplu iş sözleşmesi taraflarınca düzenlenemez³².

Üstelik, işçiler ve işverenlerin her türlü “ekonomik ve sosyal durumları” ile ilgili konular da toplu iş sözleşmesinde düzenlenemez. Bunların da “karşılıklı iş (çalışma) ilişkileri” (Any. md. 51/, 53/1) çerçevesinde kalması gerekir. Örneğin, işyerine ulaşımın rahat sağlanabilmesi için servis aracı tahsis edilmesiyle ilgili hükümler toplu iş sözleşmesinin konusu yapılabilmekle birlikte, belediye otobüslerinin işyeri önünden geçirilmesi veya otobüs

durağının işyerine yakınlaştırılması gibi hükümler toplu iş sözleşmesi konusu yapılamaz. İşverenin üçüncü şahıslarla ilişkilerini düzenleyen bu konulara, işverenin hangi bankadan ne kadar kredi alacağını ve kredi faiz oranlarını belirleyen sözleşme hükümleri de dahildir. Bunun gibi, sadece işverenlerin üçüncü şahıslarla değil, işçilerin de üçüncü şahıslarla olan ilişkilerini düzenleyen hükümler toplu iş sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Örneğin, kendileri tarafından kurulmuş olsa bile tüketim kooperatifleri veya yardımlaşma dernekleri veya kiracısı, kiralayanı, elektrik, havagazı, su vs. gibi diğer şirketlerle, vakıf, siyasi parti ve benzeri birliklerle olan ilişkileri, bu anlamda işçinin kira veya elektrik parasının ücretinden kesilip havale edilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de konu dışında kalır³³.

Aynı şekilde işçinin münhasıran şahsa bağlı hakları “temsil” konusu yapılamayacağı gibi³⁴, toplu iş sözleşmesi konusu da yapılamaz. Bu anlamda “işçinin kişi özgürlüğü alanı içinde karar verebileceği konular”; örneğin, iş süresi dışındaki serbest zamanını nerede ve nasıl kullanacağı, yıllık iznini nerede ve nasıl geçireceği, ücretinin ne kadarını harcayacağı ne kadarını tasarruf edeceği yolundaki bireysel tasarruf alanına giren “ekonomik ve sosyal duruma” ilgili konular bunlar arasındadır. Aynı şekilde, işçinin işe girdikten sonra evlenmeyeceği, hamile kalmayacağı şeklindeki hükümler gibi, işçilerin işverene karşı açtıkları ve açacakları davalardan vazgeçmelerine, kazanılmış haklarından geriye doğru feragat etmelerine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz olacaktır. Aksi halde, bütün bu durumlarda ne işveren ne de işçi herhangi bir borç altına girmeyeceğinden, taraflar için herhangi bir subjektif hak da doğurmaz³⁵.

Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde “işçi ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarının düzenlenmesi” yer alabilecektir (Any. md. 53/1). Ancak tekrar edelim ki, bu düzenlemenin de yine “üyelerinin çalışma ilişkileri” çerçevesinde yapılması gerekmektedir (Any. md. 51/1). Nitekim TİSGLK bu ilişkinin çerçevesini, yukarıda yer alan sözleşme konularını dışarıda bırakacak şekilde şu şekilde belirlemiştir: “Toplu iş sözleşmesi hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususlar” (TİSGLK md. 2/1). Gerçi, İşçinin ücret ve çalışma

koşullarını otomatik olarak doğrudan etkileyen, onun onayına ihtiyaç bırakmayan, üyelik ile gerçekleşen bu normatif hükümlere bağlılık dışında, toplu iş sözleşmesinde “tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen” hükümler de yer alır (TİSGLK md. 2/2). Bununla birlikte, karar incelemesinin sınırları içinde tarafların karşılıklı borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri konumuz dışında kaldığından, toplu iş sözleşmesinde işçinin onayına gerek duyulmaksızın veya işçinin onayının toplu iş sözleşmeleriyle alınabileceği normatif hükümler çerçevesinde incelememizi sürdüreceğiz³⁶.

E) Toplu İş Sözleşmesinde Normatif Hükümlerin İçeriği

Normatif hükümler, aynı zamanda işçilerin özerk ve özgür iradeleriyle “işverenlerle karşılıklı iş ilişkileri içinde” kararlaştırabileceği hükümlerdir. Bu nedenle, bu tür hükümlerin sendika tarafından kabulünde, işçilerin ayrıca “onayına” ihtiyaç bulunmamaktadır. Üstelik, yasalarla işçinin “onayına ihtiyaç duyulduğu belirtilen hallerde” bile, işyerinin “istikrar ve disiplini” (düzeni) ile kısa veya uzun vadede “işçilerin çıkarlarının korunması” ilkeleri çerçevesinde, sendika tarafından bu onay işçinin kişilik haklarını zedelediği sürece bizzat verilebilecektir. Özellikle esneklik hükümlerinin kabulünde, emredici bir hukuk kuralına istisnalar getirilmek suretiyle “esnekleşme” de sağlanabilecektir. Zira, işçinin korunması bir işe sahip olması halinde anlam kazandığından, işletmenin varlığı ve rekabet gücünü korumaya yönelik esnekleştirme faaliyeti işçinin de yararınadır³⁷. Ancak burada amaç, işçiyi koruyucu kuralların etkisini azaltmak olmamalıdır. Çünkü, ekonomik uyumu olumsuz etkileyen kuralların değiştirilmesi, işçinin korunması ilkesinin kaldırılması anlamına gelmez³⁸.

Bu anlamda normatif hükümlerin başında, ilk olarak iş sözleşmesinin yapılmasını veya yeniden kurulmasını emreden veya yasaklayan hükümler ile iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler gelir. Örneğin, işyerinin ekonomik veya teknolojik nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin belirli bir süre sonra yeniden işe alınması, askerlik veya sağlık nedeniyle ayrılan işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapılması, işyerinde belirli oranda özür-

l, eski hükümlü veya terör mağduru çalıştırılması yolundaki hükümler bunlar arasındadır. İşyerinde iş sözleşmesi yapılmasını yasaklayan hükümler arasında ise, belirli oranın üzerinde mesleğe yabancı, vasıfsız işçi, emekli veya ıracak çalıştırılmasını yasaklayan hükümler vardır. İşçilerle yapılan sözleşmelerin yazılı yapılmasına ilişkin hükümler de Şekil Şartı arayan hükümlerdir.

Toplu iş sözleşmesinin en önemli kısmı, kuşkusuz iş sözleşmesinin muhtevasına ve sona ermesine ilişkin hükümlerden oluşur. İş görme borcunun yerine getirilmesinden iş sürelerine, fazla çalışmalardan işçinin ücretine, tatil ve izinlerden işin sona ermesine kadar geniş bir yelpaze içinde yer alan bu konuların da taraflarca toplu iş sözleşmesi özerkliği ve yetkisi içinde düzenlenebileceğine kuşku yoktur. Ayrıca bu hükümler arasında, işin doğrudan ifası ile ilgili bulunmayıp, işçinin o işyerinde bulunması nedeniyle tabi olduğu işyeri organizasyonu, evre koşullarının dzenlemesi³⁹, işyerinin güvenliği, işyeri düzeni ve sağlık koşulları, işyerinin kirliliği ve gürültü gibi zararlı etkenlerden arındırılması, temizlik koşullarının sağlanması, sağlık birimi kurulması, işçinin beden ve ruhen dinlenmelerinin sağlanması için oyun odası, dinlenme odası, kitaplık kurulması, oyun sahası tesisi gibi konular da iş sözleşmesinin muhtevasını ilgilendiren hükümler de vardır⁴⁰. Bunun gibi, iş ilişkilerinin ekonomik ve teknolojik gelişmelere ve değişen üretim modellerine uyumunu sağlayan, bu yolla işçilerin işlerini kaybetme tehlikesini bertaraf eden, daha çok çalışma süreleri ve istihdam türleri konusunda gündeme gelen "esnekleştirme" hükümleri de bunlar arasındadır⁴¹.

Bütün bu toplu iş sözleşmesi hükümleri, işçinin irade özerkliğine dayanarak üzerinde tasarruf edebileceği hak ve menfaatlerdir. Bu nedenle, işçinin kendi tasarrufu dışında bir konuda toplu iş sözleşmesi tarafları herhangi bir düzenleme yapmadıkları sürece, işçilerin ayrıca onayını almaksızın bütün bu muhteva hükümleri konusunda düzenleme yapabileceklerdir⁴². Yeter ki, yapılan düzenlemeler mevzuata, işçinin kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı ve konusu imkânsız olmasın (BK. Md. 19, 20).

DEĞERLENDİRME: Yargıtay kararında yer alan ve "Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika yesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları

halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği" yolundaki hükmün de "mevzuata, işçinin kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı ve konusu imkânsız" bir hüküm olduğunu söylemek zordur kanısındayız. Bu nedenle, bu hükmün de taraflarca bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılabilecek bir hüküm olduğuna kuşku duymamak gerektiğini, bu bakımdan Yargıtay'ın Toplu İş Sözleşmesi hükmünü "geçersiz" saymayarak uygulanmasına olanak sağlamasını öncelikle uygun ve isabetli buluyoruz.

Uygulamaya ilişkin olarak burada akla hemen İş Kanunu'nun 18. maddesi ile ilgili Kanun'un gerekçesinde yer alan "işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali" gelmektedir⁴³. Nitekim, bu son halde Yargıtay başlı başına "emeklilik yaşına gelmiş olmayı" geçerli sebep saymamış, "işyerinden kaynaklanan başka bir nedenin varlığını" Şart koşmuştur. Bu anlamda, "alıştığı kadro ve yaptığı iş açısından hizmetine her zaman gereksinim duyulacak bir konumda olan işçinin", sözleşmesinin "salt emeklilik nedeniyle feshedilmesini" iş güvencesi bakımından "feshin en son çare olarak" düşünülmediği gerekçesiyle "geçersiz" saymıřtır⁴⁴. Öyle ki, "davalının henüz zarar etmediği, karında azalma olduğu, davalı işveren istihdam fazlası personel olduğu savunmasına karşın yönetim kurulunca fesih tarihine yakın bir tarihte alınan karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte (Őef mimar) hizmetine ihtiyaç duyulduğu, bu olgulara göre feshin işletmenin gereklerinden bir nedene dayanmadığı, davacının verimsizliğinin de ileri sürülmediği anlaşıldığından" fesih işleminin "geçersiz" olduğuna karar verilmiřtir⁴⁵. Üstelik davacı işçinin "emekliliğe hak kazanması" ve "67 yaşını doldurarak hukukumuzda bu yaşın (Devlet memurlarında) alışmak için son sınır" olarak belirlenmesi de bu gerçeği deđiřtirmemiřtir⁴⁶.

Bunun gibi, "52 yaşını geçen ve emekli aylığı bağlanmasına hak kazananların hizmetine ihtiyaç duyulmaması" gerekçesine dayanarak yapılan fesihlerde, "işveren somut olarak neden davacının hizmetine ihtiyaç duyulmadığını kanıtlaması" gerektiğine karar verilmiřtir⁴⁷. Bu anlamda "bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik sebeplerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna giden" davalı kamu kuruluşunun bu uygula-

ması, “çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alındığı iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı da bilinen bir gerçek olduğundan”, fesih için “geçerli sebep” kabul edilmiştir⁴⁸. Tıpkı, özelleştirme sürecindeki kurumun “talep azlığı ve pazar kaybına bağlı olarak iş kapasitesindeki küçülme sonucu ortaya çıkan işgücü fazlalığının emeklilik hakkını elde etmiş olan işçilerden başlamak üzere tasfiye” edilmesinin “geçerli sebep” kabul edilmesi gibi...⁴⁹. Üstelik, “özelleştirmenin yapılması için kapsam ve programa alınan kuruluşların zarar etmesinde davacı gibi çalışanların doğrudan bir katkısının bulunmaması, çalışan işçinin istihdamın fazla oluşumunda kusurunun olmaması sonuca etkili” sayılmamıştır⁵⁰.

Bundan başka, Personel Yönetmelikleri’nde de bu konuda bir takım hükümlere yer verildiği iyi bilinmektedir. Ancak, Personel Yönetmelikleri’nde yer alan hükümlerin hukuki niteliği uygulamaya da yön vermektedir. Örneğin, Personel Yönetmeliği’nde tüm çalışanlara uygulanacak “bayanlarda 7200 prim ödeme günü veya 50 yaşını, erkeklerde 9000 prim ödeme günü veya 55 yaşını doldurarak emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirileceği” yolundaki hüküm, istisnasız ve objektif olarak uygulandığı sürece “geçerli sebep”le fesih sayılacaktır. Buna karşılık, aynı Yönetmelik’te ayrıca “işçinin verimliliğine bakılarak” veya “işçinin performansının değerlendirilerek” devamında yarar görülenlerin “hizmet akitlerinin devam ettirileceği” yolunda bir hüküm bulunuyorsa, bu durumda sadece “emeklilik yaşına” gelmiş olma fesihleri “geçerli” kılmaz; “verimlilik” veya “performans” ile ilgili “geçerli sebebin” de ayrıca ispatlanması gerekir⁵¹.

Tıpkı, inceleme konusu kararda yer alan hüküm gibi: “Davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde yer alan hükme dayanarak iş sözleşmesini sonlandırması, geçerli neden teşkil eder. Ancak, davalı işverenin bu hükmü istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uygulayıp uygulamadığı önem kazanmaktadır. Mahkemece, işyeri ve ilgili kurumlardan kayıtlar istenmeli, tarafların bu konudaki kanıtları toplanmalı ve davalı işverenin bu uygulamayı istisnasız olarak 55 yaşını dolduran tüm işçilere uyguladığı anlaşıldığı takdirde, iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmeli ve istek reddedilmelidir. Aksi halde ise, şimdiki gibi karar verilmelidir”.

Yargıtay’ın işbu inceleme konusu kararı ile daha önce verdiği kararları arasında bir tutarlılık olduğu görülmekle birlikte; bizim bu konudaki küçük bir itirazımız, “istisnasız” sözcüğüne olacak. Bu sözcük ile Yüksek Mahkeme, bu tür hükümler içeren toplu iş sözleşmeleri ile personel yönetmeliklerinin “katı” bir şekilde “istisnasız” uygulanmasını öngörmekte, bu tür bir uygulama İş Kanunu ile getirilen yeni “esneklik” felsefesine uygun düşmemektedir. Bir başka deyişle, toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliklerinde “emekliliğe hak kazananlardan işe devamında yarar görülenlerin iş sözleşmelerinin devam ettirileceği” yolunda bir hüküm bulunmayan hallerde, emekliliği gelenlerin “istisnasız” iş sözleşmelerinin feshedileceği yolundaki bir uygulama ne iş hayatının gerçekleri ne de Kanunun getirdiği yeni “esneklik” felsefesiyle bağdaşmaktadır. Yıllardır kendisinden istifade edilen tecrübeli muhasebe şefinin veya bir ustanın “emeklilik yaşına” gelmesi nedeniyle özel bir şirkette “zorunlu” olarak “res’en” (?) emekli edilmesi sonucunu doğuracak böyle bir “istisnasız” uygulamayı kabul etmek mümkün olmadığı gibi, Kanunun da amacına (ruhuna) aykırı olduğu kanısındayız. Hükmün uygulamasının “hakkın kötüye kullanılması” (MK. Md. 2) ve “işverenin eşit işlem borcu” (İş K. md.5) açısından da denetlenebileceği göz önünde tutulacak olursa, kararda öngörülen “istisnasız” sözcüğünü benimsememiz mümkün değildir.

III-SÜRESİ SONA EREN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Kararda inceleme konusu yapılması gereken üçüncü ve sonuncu husus, sona eren toplu iş sözleşmesinin hükümlerine ilişkindir. Çünkü, karara göre “davacının iş sözleşmesinin feshi tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresi sona ermiştir” ve “yeni Toplu İş Sözleşmesinin imzalanmadığı anlaşılmaktadır”. O zaman “Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği” yolundaki hükmü geçerliliğini sürdürmekte midir? Toplu iş sözleşmesinin bu hükmü “normatif” nitelikli bir hüküm mü? Yoksa, tarafların karşılıklı “borç ilişkilerini” düzenleyen bir hüküm mü? Şimdi bu hükümlerin hukuki niteliklerini ve sona eren sözleşmede yer alan bu hükümlerin yürürlükte kalmaya devam edip etmeyeceklerini kısaca incelemeye çalış-

şalım. Bilahare, Yargıtay kararının bu inceleme çerçevesindeki yerini değerlendirelim.

A) Toplu İş Sözleşmesinin Normatif (Düzenleyici) Hükümleri

Yukarıda incelediğimiz “toplu iş sözleşmesi özerkliğinin” bir sonucu olarak, yetkili taraflar üyelerinin çalışma ilişkilerini düzenleyen, bu ilişkilere doğrudan ve zorunlu olarak uygulanan hukuk kuralları yaratabilme erkine sahip olmaktadır. Bu hükümler, iş sözleşmeleri (çalışma ilişkileri) üzerinde doğrudan doğruya zorlayıcı (emredici) bir etki meydana getirdiğinden, bunlara normatif hükümler denmektedir⁵². Böylece taraflar, toplu iş sözleşmeleri ile çalışma (hizmet, iş) ilişkilerini düzenleyen genel ve objektif nitelikte (normatif) kurallar koyabilmekte; kanunların “mutlak emredici” sınırları çerçevesinde, üyelerinin iş ilişkilerini kanundaki hükümlerden ayrı biçimde ve fakat aynı hukuki değerde (kanun gibi) düzenleyebilmektedirler⁵³. Yargıtay da bir kararında, “normatif hükümlerin objektif hukuk kuralı niteliği taşıdıkları ve maddi anlamda kanun oldukları su götürmez” diyerek bu hususu doğrulamaktadır⁵⁴.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin ilk kısmı, “iş sözleşmesinin yapılması” ile ilgili olan hükümlerdir. Bu hükümler arasında iş sözleşmesinin yazılı yapılmasına; kadın, küçük veya vasıfsız işçilerin belirli işlerde çalıştırılmayacaklarına; stajyer veya part-time çalışacak işçi sayılarının sınırlandırılmasına, yeniden işçi alınmasında eskiden işyerinde çalışmış olanlara öncelik tanınmasına; emekliye ayrılan, iş kazası sonucu veya eceliyle ölen işçilerin yerine bunların çocuklarının işe alınmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır⁵⁵.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin ikinci kısmı, “iş sözleşmesinin muhtevasına (içeriğine)” ilişkin hükümlerden oluşmaktadır. Bu hükümler, daha çok işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunmasına ve geliştirilmesine yönelik hükümlerdir. Uygulamada, ücret (asgari ücret ve ücret zamları), fazla çalışma ücreti, prim ve ikramiye gibi ek ödemeler, aile, çocuk, yemek, yakacak ve vasıta gibi sosyal yardımlar bu hükümler arasındadır. Bunun gibi, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili iş süreleri, hastalık, mazeret izinleri ve yıllık izinler, yemekhane, banyo, havalandırma, çocuk yuvası gibi tesislerin yapılması da muhteva

hükümleri arasındadır. Nihayet, işçinin işinin veya işyerinin geçici veya sürekli değiştirilmesi, iş değişikliğinde ücret indirimine gidilemeyeceği, üyelerin yönetime ve disiplin kuruluna katılmaları ve görevleri konusundaki hükümler de muhteva hükümleri arasındadır⁵⁶.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin üçüncü ve sonuncu kısmı, “iş sözleşmesinin sona ermesini” düzenleyen hükümlerden oluşmaktadır. Genellikle iş sözleşmesini fesih bildirim önellerini artıran, fesih bildirimini yazılı şekle şartına bağlayan, işverenin fesih hakkını sınırlandıran, özellikle disiplin kurulu kararı olmadan sözleşmenin feshedilemeyeceğini öngören toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen normatif hükümler arasındadır.

İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda normatif hükümler “zorunlu” bir unsur olduğundan, toplu iş sözleşmesinin “varlığı” için şart olan hükümlerdir. Ancak, bir toplu iş sözleşmesinin varlığı için, yukarıda belirtilen iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin tümünün bulunması şart değildir; iş sözleşmesinin yapılmasına, muhtevasına ve sona ermesine ilişkin normatif hükümlerden en az birinin bulunması yeterlidir⁵⁷.

B) Toplu İş Sözleşmesinin Borç Doğurucu Hükümleri

Toplu iş sözleşmesinde yer alan bu hükümlerin, nitelik bakımından diğer sözleşme türlerinden, yani borçlar hukuku alanındaki diğer sözleşmelere ilişkin hükümlerden bir farkları yoktur. Bu gruba giren hükümler sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarını (işçi sendikası ile işvereni veya işveren sendikasını) yükümlülük altına sokar; işyeri işçileri için herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmaz.

Tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlerden bir kısmı, toplu iş sözleşmelerinde tarafların üzerlerine düşen görevleri iyi niyetle yerine getirmelerine ilişkin hükümlerdir⁵⁸. Bunların başında ve en önemlisi de çalışma barışının korunmasına ilişkin “dirlik borcu”dur⁵⁹. Öyle ki, 1982 Anayasası’nda (md. 54/1) ve buna uygun olarak hazırlanan 2822 sayılı TİSGLK’da (md. 25/2, 26/2) grev ve lokavta sadece “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında” ortaya çıkan menfaat uyumsuzluklarında başvurulabileceği öngörülmüş; toplu iş sözleşmesinin yapılmasından sonra çalışma barışı-

nın bozulmaması konusundaki dirlik borcu “mutlak” bir nitelik kazanmıştır⁶⁰. Bu anlamda tarafların karşılıklı serbest iradeleri ve iyi niyetle sözleşmeye bağlılıklarının toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmasının önemi açıktır. Özellikle sendika üyelerinin sözleşmeye uygun davranmasını sağlamak amacıyla bir takım önlemler alınması; öncelikle üyeye bilgi verme ve uyarma yoluyla psikolojik etkide bulunulması, sonra yasa hükümleri çerçevesinde gerek sendika tüzüklerine gerek toplu iş sözleşmelerine konulan hükümlerle ihtar, para cezası ve üyelikten çıkarma gibi yaptırımlar öngörülmesi⁶¹, dirlik borcunun sağlanmasında sendikaların üyeleri üzerindeki uygulamalarda başlıca araçları arasındadır.

Tarafların karşılıklı hak ve borçlarını ilgilendiren hükümlerden diğer bir kısmı, toplu iş sözleşmelerinin uygulanması, denetlenmesi ve çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hükümlerdir. Bu amaçla, toplu iş sözleşmeleriyle oluşturulan “uzlaştırma”, “uyuşmazlıkların çözüm” veya “disiplin kurulları” ile “özel hakeme” başvurma yollarını düzenleyen hükümler bunlar arasındadır. Ayrıca, üyelerin şikâyetlerinin dinlenmesine ve bu şikâyetlerin işyeri sendika temsilcileri tarafından işveren veya işveren vekillerine iletilmesine ve çözüme kavuşturmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümler de böyledir. Bunun gibi, işçilerin üyelik aidatı ile dayanışma aidatının ödenmesine (check-off), işçi sendikası yöneticilerinin işyerini ziyaret etmeden önce işverene haber vermelerine veya izin almalarına, işyerinde bir sendika temsilcisi odası ve bir ilan tahtası bulundurulmasına ilişkin hükümler de karşılıklı borç doğuran hükümler arasındadır⁶².

Normatif hükümlerden farklı olarak, toplu iş sözleşmesinde yer alan taraflar arasındaki borç doğurucu hükümler, toplu sözleşmede “zorunlu” olarak bulunması gereken hükümler niteliğinde değildir. Bir başka deyişle, taraflar arasında borç doğurucu nitelikteki hükümlerin toplu iş sözleşmesinde bulunması, toplu iş sözleşmesinin “varlığı” için şart değildir. Bu tür hükümlere toplu iş sözleşmesinde yer verilmesi de normatif nitelikteki bir hükmün varlığı, toplu iş sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği için yeterlidir.

Ekleyelim ki, normatif hükümlerin yorumundan farklı olarak, taraflar arasında borç doğurucu hükümlerin yorumunda, öncelikle tarafların ortak ve gerçek iradeleri araştırılmalı ve buna göre bir karara varılmalıdır. Buna rağmen, çıkan uyuşmazlıklar

taraflar arasında bir çözüme kavuşturulamaz ise, iş mahkemesinde “yorum davası” açılmalıdır (TİSGLK md. 60).

C) Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Geçerliliği

Kanuna göre, “her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder” (TİSGLK md. 6/3). Öyleyse, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecek olan, “toplular iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin” normatif hükümleridir. Yoksa, tarafların karşılıklı “borç ilişkilerini” düzenleyen hükümler devam etmez⁶³.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra devam eden normatif hükümler, sona erme tarihine kadar üyelik veya dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanan işçilere uygulanmaya devam eder. Zira, toplu iş sözleşmesi hükümleri bu işçilerin artık “hizmet akdi” hükmü haline gelmiş, “müktesep hak” olmuştur⁶⁴. Buna karşılık, toplu sözleşmenin sona erme tarihinden sonra işyerine giren yeni işçilere bu uygulama yapılmaz⁶⁵. Yeni işçi, işe girerken işverenle yaptığı iş sözleşmesiyle çalışmaya başlar. Bunun gibi, toplu iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip, eski işçilerle de çalışma koşullarında her türlü değişikliğin yapılabileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Zira, sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin “mutlak” anlamda yenisi yürürlüğe girinceye kadar uygulanması söz konusu olmaz. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip işçi ve işveren aralarında anlaşarak işçinin “lehine” veya “aleyhine” hizmet sözleşmesi niteliği kazanan eski toplu sözleşme hükümlerini değiştirebilecekler veya kaldırabileceklerdir⁶⁶.

Bundan başka, sona eren toplu iş sözleşmesinin hükümleri “yenisi yürürlüğe girinceye kadar” devam edecektir. Sona erme tarihi ile yenisinin yürürlüğe girme (imza) tarihi arasında geçen süre önemli değildir⁶⁷. Burada amaç, çalışma şartlarında istikrarı sağlamak ve işçilerin toplu iş sözleşmesiyle sağladıkları kazanımları geçiş döneminde de korumaktır. Yargıtay da bir kararında, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra “işçilerin yararına getirilen hükümlerin uygulamasının sürdürülmesini sosyal hukuk devletinin de bir gereği” saymıştır⁶⁸.

DEĞERLENDİRME: Görüldüğü gibi, yukarıda yapılan açıklamalar muvacehesinde, “davacının iş sözleşmesinin feshi tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresi sona ermiş” ve “yeni bir Toplu İş Sözleşmesinin imzalanmamış” olmasına rağmen, “Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinde, işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği” yolundaki hükmü geçerliliğini sürdürmektedir. Çünkü, hükmün işveren ve işçi sendikası tarafının karşılıklı borç ilişkisini düzenleyen bir hüküm değil, işçinin iş sözleşmesinin feshini belirli koşula bağlayan normatif bir hüküm olduğu açıktır. Öyle ki, “işletme gereği” yapılan “toplular” olan veya olmayan işten çıkarmalarda bu kapsamda değerlendirilmesi gereken işçilerin, sadece “emekliliğe hak kazanmış” olmaları iş sözleşmelerinin feshi için yeterli değildir. Ayrıca, “Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesine göre 55 yaşını da doldurmuş” olmaları gerekmektedir. Üstelik, 1475 sayılı Kanununun 14/I, 5. maddesine göre “sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını” tamamladıkları için “emekliliğe” ve “kıdem tazminatına” hak kazanan; fakat, “yaş koşulunu” yerine getiremediği için kendilerine “yaşlılık aylığı” bağlanamayan işçiler⁶⁹ de, 55 yaşını doldurmuş olsalar bile “emeklilik yaşına” gelmiş sayılmayacak ve işten çıkarılacak “emekliliği gelen işçiler” arasında değerlendirilemeyecektir.

Her hal ve karda, Toplu İş Sözleşmesi 70. madde hükmünün iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin muhteva normu olduğuna kuşku yoktur. Bu nedenle, 2822 sayılı TİSGLK'nın 6/son maddesi uyarınca, “her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi olarak devam eder” hükmü karşısında, Yargıtay'ın verdiği kararın bu yönü itibarıyla de isabeti konusunda kuşku duymamak gerektiği kanısındayız.

DİPNOTLAR

1 İş sözleşmesinde “Bartın-Amasra yolunun tamamlanmasına kadar devam edeceği” belirtildiği halde, “belirtilen yol yapım işinin ne zaman sona ereceği konusunda somut bir tarih bulunmadığı, işin bitiş tarihinin öngörülmediği” gerekçesi ile sözleşmeyi “belirsiz süreli” sayan ve sözleşmenin süresinden önce feshi halinde öngörülen “cezai şartı” reddeden aksi yönde isabetsiz bir Yargıtay kararı için bkz: 9.HD, 22.09.2003, 2474/15155-KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, s.59.

- 2 Tarafların “objektif koşullar” veya “esaslı neden” olmadan belirli süreli iş sözleşmesi yapamayacakları hakkında aksi görüş için bkz: EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004, s.46; DEMİRCİOĞLU-CENTEL, İş Hukuku, 9.B, İstanbul, 2003, s.81; TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 3.B., İstanbul, 2003, s.182; SÜZEK, İş Hukuku, 199; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2005, s.262; Hizmet Sözleşmesi, 40; EKONOMİ, I, s.156; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 17.B., İstanbul, 2004, s.156; TAŞKENT, İş Güvencesi, s.23; GÜZEL, Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararları, s. 60-61; ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul, 1998, s.55; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.163
- 3 “Belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshi, kalan süreye ait tazminat talep hakkı verir”: 9.HD, 04.07.1996, 2439/15373-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.164
- 4 9.HD, 19.02.1976, 33599/6498, İHD, 1977, İş K.9 (No:2), Ö. EYRENCİ İncelemesi; 9.HD, 08.03.1988, 548/ 2728, Tekstil İşv.D., Ağustos 1988, s.19; 9.HD, 12.12.1988, 9596/11849, Tekstil İşv.D., Haziran 1989, s.18; 9.HD, 06.03.1989, 12055/2088, YKD, Ağustos 1989, s.1121; 9.HD, 25.11.1993, 8962/17312, YKD, Haziran 1994, s.910-911; 9.HD, 04.11.2003, 4264/18705, Çalışma ve Toplum 1, 2004/1, s.162; 9.HD, 07.07.2004, 3600/17316-KILIÇOĞLU, 2005, s.67, 9.HD, 08.02.2005, 9243/3625, Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s.229.
- 5 9.HD, 15.04.1997, 604/7438, Tekstil İşv.D. Ekim 1997, s.15; HGK, 15.10.1997, E.1997/9-486, K.1997/882-GÜNAY, İş Hukuku II, s.1365. “Cezai şart” ile ilgili diğer kararlar için bkz: F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s.225.
- 6 9.HD, 01.02.2005, 7476/2741-Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s.270.
- 7 1475 s. İş K. zamanında aksi yönde bir Yargıtay kararında “bir defa yenilenmiş olan iş sözleşmesinin belirsiz hale gelmeyeceği” kararlaştırılmıştır: 9.HD, 18.01.2001, 14604/453, Çimento İşv. Mayıs 2003, s.41; Tekstil İşv. Haziran 2003, s.40. Bunun gibi, “bir genel müdür yardımcısıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin bir yıl için yenilenmesi, sözleşmeyi belirsiz hale getirmez”: 9.HD, 23.10.2003, 18234/17604-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.165. Tıpkı, “işyeri hekiminin” yaptığı bir yıl süreli iş sözleşmesinin “susma” ile sadece bir defa “yenilenmesi” gibi...9.HD, 01.02.2005, 7476/2741-Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s.270. Ayrıca bkz: N. ÇELİK, İş Güvencesi, s.24; KILIÇOĞLU, İş Kanunu. Şerhi, 2. Bası, s.1237.
- 8 9.HD, 02.02.2005, 31717/2891-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.319-320. Aksi yönde: 9.HD, 22.09.2003, 2474/15155-KILIÇOĞLU, 2005, s.59.
- 9 9.HD, 29.01.2004, 12091/1480, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.126; 9.HD, 28.05.1985, 2971/ 5867, TÜHİS, Ocak 1986, 15-16; HGK, 19.03.1986, E.1984/9-555, K.1986/251, YKD, Ocak 1988, s.11-12; Aynı görüş M. KUTAL, Yargıtay'ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1985, s.8-9; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1984, s.258; Aksi görüşte SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s.474; ESENER, İş Hukuku, B.3, Ankara, 1978, s.150; EKONOMİ, s.92; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir, 1998, s.152-153; TUNÇOMAĞ, s.84-85; ÇENBERCİ, 1984, s.258; N. ÇELİK, I, s.143.
- 10 9.HD, 18.03.2004, 15449/5354-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.165. Buna karşılık, “işyeri hekiminin” yaptığı bir yıl süreli iş sözleşmesinin “susma” ile kendiliğinden bir defa “yenileneceği”, müteakip yıllarda “belirsiz süreliye dönüşeceği” hakkında aksi yönde bir karar için bkz: 9.HD, 01.02.2005, 7476/2741-Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s.270

- 11 Uygulamada ilk defa (bir sefere mahsus olmak üzere) yapılsa dahi, belirli süreli iş sözleşmelerini "haklı neden", "belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar" ya da "esaslı neden" olmadığı sürece "hakkın kötüye kullanılması" (MK. md.2) sayan aksi görüşteki Yargıtay, özellikle "vasıfsız (niteliksiz) işçiler" ile yapılan "belirli süreli iş sözleşmelerini" otomatik (!) olarak "belirsiz süreli iş sözleşmesi" saymaktadır: "İşyerinde mevcut niteliksiz işçi (meydancı) ihtiyacının belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasını haklı kılmadığı gerekçesiyle"; sözleşmenin bitim tarihinde işçinin çalıştırılmaya devam edilmemesinin, işçiye "kıdem tazminatı hakkını kazandıracağını" kararlaştırmıştır: 9.HD, 23.06.1999, 10538/11343-TÜHİS, Ağustos 1999, s.57-58; MEKONOMİ, Yargıtay'ın 1999 Yılına Ait Emsal Kararları, Kamu-İş, Ankara, 2002, s.42-43. Bunun gibi Yargıtay, işyerine "temizlik işçisi" olarak alınan işçi ile yapılan belirli süreli iş sözleşmesini, "gerek davacıya yaptırılacak işin, gerekse davacının niteliklerinin belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı gerektirir esaslı bir nedene dayanmadığı" gerekçesiyle "geçersiz" sayarak, işçinin "belirsiz süreli iş sözleşmesiyle" çalıştığını kabul etmiştir: 9.HD, 16.12.2004, 18185/28256-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.160 dn.72. Aynı şekilde, "somut olayda davacının yüklemesi (hamal) olduğu, belirli süreli bir iş için veya belirli bir olgunun ortaya çıkması amacıyla çalıştırılmadığı gibi, esaslı bir neden olmadan belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığından sözleşmenin süresinin belirsiz olduğunun kabulü gerekir": İzmir 5. İş Mahkemesinin 24.06.2004 g. ve 300/332 sayılı kararı üzerine verilen 9. HD, 14.01.2005, 24748/1083 s.k.-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL Yayınları No:52, İstanbul, 2005, s.145-146. Doktrinde de aynı görüşle "esaslı bir neden" ve "objektif koşullar" olmadan belirli süreli iş sözleşmesinin hiç yapılamayacağı hak. bkz: EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 2004, s.46 vd.; EKONOMİ, I, s.156; ÇELİK, s.156; TAŞKENT, İş Güvencesi, s.23; GÜZEL, Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararları, s.60-61; TUNÇOMAĞ-CENTEL, s.176; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s.40; ALPAGUT, s.55; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.163
- 12 Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında tarafların serbest iradesini öne çıkaran görüşümüze yaklaşıldığını düşünüyoruz: "Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 14. maddesinde "sözleşme bir yıllık olup, bir yıl sonunda belirsiz hale döner. Taraflardan biri isterse 2 ay önce yazılı bildirim yapmak sureti ile sözleşmeyi feshedebilirler" hükmüne yer verilmiştir. Davalı işverence fesih işlemi bir yıl dolmadan, başka bir anlatımla iş sözleşmesi belirsiz süreli hale gelmeden feshedilmiştir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi fesih tarihine kadar belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini korumaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi iş güvencesi kapsamında yararlanamaz. Davanın reddi gerekir": 9.HD, 02.03.2005, 3394/6626-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.322-323
- 13 9.HD, 20.06.1989, 4514/5792, Tekstil İşv.D., Ekim 1989, s.16; 9.HD, 05.11.1992, 4182/12212, YKD, Nisan 1993, s.535; 9.HD, 16.09.1993, 12848/12920, Çimento İşv.D., Kasım 1993, s.29; 9.HD, 07.05.1998, 5745/8434, Tekstil İşv.D., Ocak 1999, s.13; 9.HD, 21.09.1999, 9537/14061, Çimento İşv.D., Kasım 1999, s.23.
- 14 9.HD, 15.01.1990, 7949/91, TÜHİS, Şubat 1990, s.15; 9.HD, 12.06.2003, 477/11264, Madenci, Temmuz-Ağustos, 2004, s.32-33.
- 15 9.HD, 28.03.2001, 5272/4939, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.46-47; 9.HD, 22.02.2001, 18588/3147, İşveren D., Mayıs 2001, s.17; 9.HD, 19.02.1991, 11416/2573, Tekstil İşv.D., Haziran 1991, s.20 ve M.KOÇER İncelemesi, İHD, Ocak-Mart 1992, s.107; 9.HD, 27.04.1993, 13379/6880, Tekstil İşv.D., Ekim 1993; 9.HD, 20.04.1993, 15341/6568, A.GÜZEL İncelemesi, Yargıtay 1993 Yılı Kararları, s.59; 9.HD, 21.03.1994, 16240/4024, Tekstil İşv.D., Şubat 1995, Kararlar Eki; 9.HD, 26.02.1996, 26332/2570, Tekstil İşv.D., Mayıs 1996, s.16; 9.HD, 22.02.2001, 18588/3147, İşveren D., Mayıs 2001, s.17.
- 16 F. DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, S.2, s.93-113.
- 17 Anayasa'da açıkça "özerklik" sözcüğüne yer verilmemiş olmakla birlikte, 53. madde (1961 Anayasası'nda 47. madde) hükmünün bu sonucu doğurduğu hakkında bkz.: D.ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İTÜ Sayı: 1198, İstanbul, 198167; C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1999, s.110; N. ÇELİK, s.407; M. SUR, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1990, s.3 vd.
- 18 Any. Mah. K, 09.12.1976, E.976/34, K.976/52-RG,15.03.1977, 15879; F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.420. 1961 Anayasası'nın hükmü ile karşılaştırmalı bir yorum için bkz: F.DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, Haziran 2006, S.2, s.96.
- 19 N.ÇELİK, s.463-666; F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.421.
- 20 N.ÇELİK, s.465; F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.422.
- 21 9. HD, 24.04.2003, 22489/6879, İşveren D., Haziran 2003, s.19 ve Ağustos 2003, s.16; 9.HD, 30.04.2002, 17/6789, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s.78.
- 22 NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2002, s.356; DEMİR, Sendikalar Hukuku, 4. B, İzmir, 1999 s.27 vd.
- 23 N. ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Kamu-İş, Ankara, 1990, s.80.
- 24 NARMANLIOĞLU, II, s.357.
- 25 NARMANLIOĞLU, II, s.357; Ö. EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, BANKSİS Yayınları No:79, İstanbul 1996, s.63. Geniş bilgi için bkz: F. DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, Haziran 2006, S.2, s.97.
- 26 EKMEKÇİ, 65-66.
- 27 EKMEKÇİ, 67. Geniş bilgi için bkz: F. DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, Haziran 2006, S.2, s.98.
- 28 Krş. F. SAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s.181; Ö. EKMEKÇİ, s.67.
- 29 F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.432.
- 30 Krş. D. ULUCAN, Özerklik, s.153; M. ENGİN, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul, 1999, s.91.
- 31 Krş. T. ESENER, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 478; F. SAĞLAM, Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları, AÜSBF, Cilt XXIX, Sayı 1-2, Ankara, 1975, s.213. SAĞLAM'a göre, "üyeliliği meşruiyetin tek koşulu saymak, olsa olsa yasa etkisine sahip toplu iş sözleşmesi hükümleri için gereklidir. Aynı gereği borç doğuran hükümler için de şart koşturmak bu ülkenin amacını aşar. Çünkü, düzenlemeye muhatap olanın üyelik yoluyla düzenlemeyi meşru kılması zorunlu sayılıyorsa, bunun nedeni yapılan düzenlemenin bir hukuk normu niteliğinde olmasıdır. Oysa borç doğuran hükümlerin böyle bir niteliği yoktur". Borçlar Kanunu'nun "temsil" yetkisi ile karşılaştırmalı bir inceleme için bkz: F. DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, Haziran 2006, S.2, s.99.

- 32 SAĞLAM, s.212; ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, s.70; EKMEKÇİ, s.46 ve 70.
- 33 Yargıtay da işçilere yardım amacıyla kurulan vakfa işçi ücretleri üzerinden hesap edilerek kesintilerin "vakıf hesabına" yatırılmasını öngören hükmü, toplu iş sözleşmesi konusu yapılamayacağından "geçersiz" saymıştır: 9.HD, 23.12.1986, 8382/11656, TÜHİS, Şubat 1987, s.25; 9. HD, 16.04.1985, 867/4109, İş ve Hukuk, Temmuz-Ağustos 1985, s17.
- 34 K. OĞUZMAN/M. T. ÖZ, Borçlar Hukuku, 1998, s.156.
- 35 Örneklerle ilgili olarak geniş bilgi için bkz: EKMEKÇİ, s.80 vd.
- 36 Geniş bilgi için bkz: F. DEMİR, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Rızasının Önceden Alınması, SİCİL, Haziran 2006,S.2, s.99 vd. Ayrıca bkz: İş Hukuku ve Uygulaması, s.423-424.
- 37 M. EKONOMİ, Türk Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir, 1994, s.61.
- 38 Krş. ENGİN, s.157.
- 39 S. VARGI, Toplu İş Sözleşmeleri ile Çevrenin Korunması, Türk-İş, Şubat 1994, s.27.
- 40 Krş. EKMEKÇİ, s.76.
- 41 M. EKONOMİ, Esneklik, s.60.
- 42 Krş. M. ENGİN, s.155-156.
- 43 MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, s.78.
- 44 9.HD, 27.10.2003, 18257/17985, Tekstil İşv. Ocak 2004, s.43; Aynı görüş: 9.HD, 11.12.2003, 20222/20604, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.145 ve 158; Aynı görüş: 9.HD, 18.12.2003, 20076/22156, İşveren D. Haziran 2004, s.20; 9.HD, 5.4.2005, 9547/12156; 9.HD, 13.12.2004, 28790/27501; 9.HD, 27.10.2003, 18257/17985- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.648, 757,801.
- 45 9.HD, 26.01.2004, 23824/1210-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.789.
- 46 9.HD, 10.11.2003, 18926/18920, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.158; İşveren D. Aralık 2003, s.21.
- 47 9.HD. 3.3.2005, 5095/7238-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.675.
- 48 9.HD, 24.01.2004, 23159/1418-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.788.
- 49 9.HD, 11.01.2005, 33287/515; 9.HD, 9.3.2005, 236/7733-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.728, 670.
- 50 9.HD, 04.04.2005, 9125/12003-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2.B, s.649-650.
- 51 9.HD, 19.01.2004, 22196/261 ve 9.HD, 22.01.2004, 23815/950-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.71 dn.82, 83.
- 52 ESENER, s.414.
- 53 ULUCAN, s.99; ESENER, s.405; NARMANLIOĞLU, II, s.352.
- 54 HGK, 21.02.1975, E.974/9-1040, K.975/227 - İşveren D., Ekim 1975, s.23; 9.HD, 09.04.1968, 157/4628 - NARMANLIOĞLU, II, s.353, dn.191.
- 55 ÇELİK, s.414; ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, 1998, s.211
- 56 ÇELİK, s.415-416; ŞAKAR, s.211.
- 57 ÇELİK, s.414; ESENER, s.415; NARMANLIOĞLU, II, s.354; SUR, s.4; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.123; Aksi görüş, GÜNAY, TİSGLH, s.84.
- 58 ESENER, s.424; ÇELİK, s.419.
- 59 ÇELİK, s.419; NARMANLIOĞLU, II, s.355; TUĞ, TİS, s.19.
- 60 ÇELİK, s.419; ŞAHLANAN, TİS, s.16; TUNCAY, TİH, s.131.
- 61 Krş. ÇELİK, s.419-420.
- 62 Krş. ÇELİK, s.419; ŞAKAR, s.212; NARMANLIOĞLU, II, s.355; OĞUZMAN, s.64; ŞAHLANAN, TİS, s.22.
- 63 HGK, 21.02.1975, E.974/9-1040, K.975/227, ÇELİK, s.452-453; 9.HD, 20.04.1987, 3816/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s.55. Bu anlamda "dirlik borcu" da sona ereceğinden, taraf sendika sözleşmenin sona ermesinden yüz yirmi gün önce başlattığı yetki işlemleriyle ilgili prosedürü devam ettirir. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte "taraf" sendika olma vasfı kalmayan işçi sendikasına, işverenin üyelik ve dayanışma aidatlarını işçilerin ücreti üzerinden keserek hesabına ödemede bulunma yükümlülüğü de kalmamaktadır (Sen. K. md. 61). Ancak, bilindiği gibi uygulamada işverenler, başka sendikaların yetki itirazı olmadığı sürece, yetki belgesini yeniden alan sona eren toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına aidat ödemeye devam etmekte; işçi ücretlerinin yeniden artırılması halinde, ücret artışlarından kaynaklanan aidat farklarının ödenmesini, yeni sözleşmenin imzalanmasından sonra yapmaktadırlar.
- 64 HGK, 22.05.1985, E.984/9-684, K.985/480, Tekstil İşv.D., Ekim 1986, s.21.
- 65 HGK, 02.04.1986, E.985/9-802, K.986/329, Tekstil İşv.D., Şubat 1987, s.21 ve Yasa D., Haziran 1986, s.830; HGK, 14.09.1988, E.988/9-162, K.988/685, TÜHİS, Şubat 1989, s.15.
- 66 9.HD, 20.12.1984, 11778/11829, İHU, TSGLK, 6 (No:3) - F. SAĞLAM İncelemesi ve İHU, TSGLK, 6 (No:4) - M.EKONOMİ İncelemesi; ÇELİK, s.453; TUĞ, TİS, s.152; TUNCAY, TİH, s.166; Değişik görüş, Ü. NARMANLIOĞLU, İHU, TSGLK, 6 (No:2).
- 67 Fransız hukukunda bu süre bir yıl ile sınırlıdır. CAMERLYNCK - LYON CAEN, s.710; NARMANLIOĞLU, II, s.476.
- 68 9.HD, 01.02.2000, 19079/775, Tekstil İşv.D., s.18. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve işçilerin hizmet sözleşmelerinin feshi nedeniyle toplanan "disiplin kurullarının" toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da görevini sürdürüp sürdüremeyeceği tartışma konusu olmuştur (Bkz.: NARMANLIOĞLU, II, s.479). Uygulamada Yargıtay, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaların yeniden sözleşme yapmak için yetki alamadığı hallerde disiplin kuruluna ilişkin eski sözleşme hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını (9.HD, 25.04.1994, 36056/9566, İşveren D., Temmuz 1996, s.15); önceki toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasının (yeniden yetki alarak) yeni toplu iş sözleşmesini de akdetmiş olması halinde, "disiplin kurulunun görev ve yetkilerinde bir kesintiden" söz edilemeyeceğini, bu durumda da disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin uygulanmaya devam edeceğini kararlaştırmıştır (9.HD, 20.05.1996, 8938/10812, Ajans TUBA, İİÇB, Temmuz 1996, 1078 -NARMANLIOĞLU, II, s.479). Toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işyeri sendika temsilcisi atama yetkisi de sona eren sendikaların, ancak yeniden yetki alması halinde görevi devam eden temsilcisi (Sen. K. md. 34, 35) sayesinde disiplin kurulunu çalıştırabileceği göz önünde tutulacak olursa, Yargıtay'ın bu kararının da isabeti daha iyi anlaşılır kanısındayız.
- 69 Bkz: F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s.281.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayıncımız, çalışma yaşamında yaşanacak gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.



MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

Faks :

e-mail :

İmza :

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olmak istiyorum:

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 havalelerinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra bağış makbuzu tarafımıza gönderilecektir.)

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler

1. GİRİŞ

İtibari hizmet süresi, bazı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar için öngörülen ve sigortalının daha erken emekli olmasına olanak sağlayan bir haktır¹. Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, sigortalı sayılanların, Kanunda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir (SSK Ek m.5/I). Böylece, söz konusu işlerde çalışanlara erken emekli olma olanağı tanımakta ve bir anlamda bu gibi işlerde çalışma özendirilmektedir².

İtibari hizmet süresinin özünde, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışma nedeniyle çalışma gücü ve hayat süreleri kısalan³ kişilere özel bir hak sağlama yatmaktadır. Bu nedenle, hangi işlerde itibari hizmet süresinin sağlanacağını çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. Bilimsellikten uzak düşüncelerle kapsamın belirlenmesi halinde, hem sigortalılar arasında ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek durumlar yaratılmış olur, hem de Kurumun aktüeryal dengesi ve sistemin bütünlüğü bozulur. Nitekim bu konuda, itibari hizmet süresine ilişkin düzenlemeler yapılırken çoğu kez sosyal sigorta tekniği göz ardı edilerek bazı çalışan gruplara ayrıcalıklar tanınmasının kurumların aktüeryal dengelerinin

bozulmasına yol açabildiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir⁴.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinde yer alan işler incelendiğinde, şimdiye kadar yeterince bilimsel bir inceleme ile bu saptamanın yapılmadığı anlaşılmaktadır⁵. Aynı bilimsellikten uzak yaklaşımın 5510 sayılı Yasaya da hakim olduğunu söylemek gerekir⁶. Gerçekten, 5510 sayılı Yasaya bu konuda Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinde sayılan işlerle, Emekli Sandığı Kanunu'nda yer alan işleri tek bir madde biçiminde düzenlemiş, ayrıca anılan kanunlarda sayılan işlere birkaç ilave daha yapmıştı (m.40). Yapılan bu yeni düzenlemenin bilimsel esaslara ne kadar uygun olduğu ise ayrıca tartışma yaratacak nitelikte idi. Bu tartışmanın da ötesinde, söz konusu düzenlemeyle, aynı işi yapan kişiler arasında kamuda ya da özel sektörde çalışmasına göre ayırım yapılmıştı. Bunun üzerine, bu maddede sayılan bazı işler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁷.

Ancak bu konuda şunu da belirtelim ki, 5510 sayılı Kanununun itibari hizmet süresini düzenleyen maddesi, yukarıda anılan ve 5510 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararından sonra hazırlanan Tasarı ile yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme ise, 5510 sayılı

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun ilk kabul edilen şekliinden çok büyük bir farklılık taşımaktadır⁸.

İtibari hizmet süresinin düzenlenmesine ilişkin bu genel gelişmenin dışında bir başka gelişme daha yaşanmıştır. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinde düzenlenen ve şeker sanayi ile azotlu gübre sanayiinde olup da Kanunda sayılan işleri yapan sigortalılara itibari hizmet süresi tanıyan hükümdeki, "şeker sanayii ve azotlu gübre sanayii" ibareleri Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir⁹.

Böylece şimdiye kadar SSK Ek madde 5 kapsamında nispeten küçük bir sigortalı grubunu ilgilendiren itibari hizmet süresi kavramı, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra çok daha geniş bir kitleyi ilgilendirir duruma gelmiştir¹⁰. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının ardından, itibari hizmet süresinden yararlanacak sigortalıların kapsamı değişmiş, belirli bir sanayi sektörü ile sınırlı olmaksızın, pek çok sektörde, maddede sayılan işleri yapan sigortalıların bu kapsama dahil olması sonucu doğmuştur. Hatta maddede öyle bir kapsam değişmesi olmuştur ki, daha önce istisna olarak değerlendirilebilecek hüküm, adeta genel bir hüküm niteliği almıştır.

Bu gelişme doğal olarak işverenler bakımından da önemli sonuçlar yaratmıştır. Daha önce aynı işi yapmakla birlikte bu kapsamda sayılmayan sigortalıların itibari hizmet süresinden yararlanabilecek duruma gelmesi, işverenin yükümlülükleri yönünden bu kişiler için durumlarına özel Aylık Prim ve Hizmet Belgesi verilmesini gerektirmiş, bunun yanında işverenin prim payının artmasına, yani maliyetlerin de belirli bir ölçüde yükselmesine neden olmuştur.

Ayrıca her yeni uygulama gibi, hangi sigortalıların bu kapsamda sayılacağı, ne gibi işlemler yapılacağı konusundaki belirsizlikler de bu sıkıntının artmasına neden olmuştur. Belirtelim ki, bu durumda, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 18.08.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olduğu Tebliğin de önemli bir payı olmuştur.

Biz bu inceleme kapsamında tüm bu gelişmeleri ve bu gelişmeler ışığında, Ek m.5/IV ile sınırlı olarak kimlerin itibari hizmet süresinden yararlanması gerektiğini ele alacağız. Bu konuda da, kısaca Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar ve ardın-

dan Bakanlığın yayımlanmış olduğu Tebliğ'deki esaslar üzerinde durulacak, geline noktanın kısa bir değerlendirmesi yapılacaktır.

II. İTİBARI HİZMET SÜRESİ KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEME

İtibari hizmet süresine ilişkin madde, Sosyal Sigortalar Kanunu'na 11.8.1977 tarih ve 2098 sayılı Kanunla eklenmiştir. Maddenin ilk şeklinde bu hak, 212 sayılı Kanunla değiştirilen 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetleri Düzenleyen Kanun kapsamına tabi olup da, 5953 sayılı Kanunu Değiştiren 212 sayılı Kanunun birinci maddesi kapsamına giren işyerlerinde çalışanlarla, Basın Kartı Yönetmeliği'ne göre basın kartına sahip olmak suretiyle gazetecilik yaparken, kamu kurumlarına giren ve bu kurumlarda meslekleriyle ilgili görevlerde istihdam edilen sigortalılardan basın müşavirliklerinde çalışanlara tanınmıştır (ek m.5/I)¹¹. Özetle, bu hak ilk olarak gazeteciler için getirilmiştir. Ardından bu haktan yararlanacakların kapsamı genişletilmiş; 20.6.1987 tarih ve 3395 sayılı Kanunla bu hak basım ve gazetecilik işyerlerinde İş Kanunu'na tabi olarak bazı işlerde çalışanlarla, çalışmanın denizde geçmesi koşuluyla gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcüler ve dalgıçlara (Ek m.5/II), yine maddede sayılan işleri yapmaları koşuluyla "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" çalışan sigortalılara tanınmıştır.

506 sayılı Kanuna göre, sigortalıların maddede sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir (ek m.5/I). Kesirlerin hesaplanmasında ise tam yıl 360 gün olarak alınır. Fiilen çalışılmış güne eklenecek itibari hizmet günü sayısının hesaplanması konusu da Kanunda açıklığa kavuşturulmuştur. Maddede genel olarak sigortalıların sürelerine eklenecek itibari hizmet süresi her yıl için 90 gün olarak belirlendiğinden, hesaplama bakımından da çalışılan gün sayısı x 0,25 formülünün uygulanacağı esasına yer verilmiştir (Ek m.5/son).

İtibari hizmet süresinden yararlanabilmek, sigortalının malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi çalışmalarının en az 3600 gününün, bu kapsama giren işlerde geçirilmesi de zorunludur (Ek

m.6)¹². Dolayısıyla, sigortalı itibari hizmet süresi kapsamına giren bir işte çalışmakla birlikte, bu işlerde geçirdiği süreler için ödediği prim ödeme gün sayısı 3600 günden az ise bu haktan yararlanamayacaktır.

Kanunda itibari hizmet konusu düzenlenirken, bazen kanun ismi bazen de faaliyet alanı belirlenmek suretiyle hangi sigortalıların kapsama girdiği belirtilmiş, ardından da kapsama alınan sigortalılardan ya da sayılan işyerlerinde çalışanlardan hangi işleri yapanların bu haktan yararlanacakları, daha sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Sigortalıların itibari hizmet süresinden yararlanabilmeleri için Kanunda belirtilen iki koşulun birlikte bulunması ise bir zorunluluktur¹³. Yani, IV. bentteki bazı ibarelerin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinden önce, sigortalıların bu haktan yararlanabilmeleri için, öncelikle azotlu gübre sanayii veya şeker sanayiindeki bir fabrika, atölye, havuz, depo ya da trafo binasında çalışması gerekmektedir. Ancak, bu koşulun gerçekleşmesi tek başına yetmemekte, ayrıca sigortalının bu işyerlerinde çelik, demir ve tunç döküm işlerinde veya zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle, gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde ya da patlayıcı maddeler yapılmasında veyahut da kaynak işlerinde çalışıyor olması da şarttı. Dolayısıyla, azotlu gübre sanayi ya da şeker sanayiinde faaliyet gösteren bir fabrikada çalışan bir sigortalı, maddede sayılan işi yapmıyorsa itibari hizmet süresinden yararlanamıyordu. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda bu hususa dikkat çekmekteydi¹⁴.

Bu hususun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Yüksek Mahkeme'de iki defa dava açılmıştır. Bu konudaki ilk dava 1988 yılında açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2.5.1989 tarihinde vermiş olduğu ilk kararında, "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 yasa işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır" denilerek, talep reddedilmiştir¹⁵.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi 1989 yılında söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varırken, 2007 yılında aynı yöndeki talep üzerine vermiş olduğu kararda, söz konusu düzenlemeyi eşitliğe aykırı bulmuş ve iptal etmiştir¹⁶. Anayasa'ya aykırılık iddiası Adana 1. İş Mahkemesi'nde görülmekte olan bir dava sırasında ileri sürülmüş ve mahkeme söz konusu iddiayı ciddi bularak söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştır.

Adana 1. İş Mahkemesi, söz konusu hükmün iptalini talep ederken, 1987 tarih ve 3395 sayılı Kanunla getirilen hükmün gerekçesine dayanmıştır¹⁷. 3395 sayılı Yasanın gerekçesinde, itibari hizmet süresi konusunda 1977 yılında yapılan düzenlemeyle sigortalılar arasında bir ayırım yaratılmış olduğunu ve bunu gidermek için de Kanunda sayılan sigortalılar için bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Eşitliği sağlamanın yöntemi olarak da, en azından bazılarının bilimsel esaslara göre tespit edildiği şüpheli olan bazı çalışan gruplarına bu hak tanınmıştır. Nitekim bu husus ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülürken gayet isabetli bir şekilde dile getirilmiştir. Adana 1. İş Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, "azotlu gübre ve şeker sanayiinde çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki göz önüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verirken, davamızda söz konusu 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 Ba-

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır.

kanının Meclis Genel Kurulu'ndaki madde metni üzerindeki görüşmeler sırasında belirttiği gibi kanunun hazırlanması sırasında akla gelmeyen iş kolalarında çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlanmaması açıkça Anayasa'nın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırıdır”.

Anayasa Mahkemesi ise 1989 yılında reddetmiş olduğu iptal talebini bu defa şu gerekçelerle kabul etmiştir: “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 Anayasa'da 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”.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile itibari hizmet süresine ilişkin hükmün geldiği son durumun, amacı aşar nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Ancak söz konusu hükmü eşitlik ilkesi ile bağdaştırma olanağı bizce de bulunmamaktadır. Bu konudaki yanlışlığın ise, hükmün ilk getiriliş nedeninde ve sonrasında yapılan objektif olmayan diğer düzenlemelerde yattığını bir defa daha belirtmek gerekir. Nitekim öğretilerde de, bu konuya ilişkin olarak, yasa koyucunun yapmış olduğu düzenlemeyle, sigortalılar arasında makul olmayan bir ayırma gittiği ifade edilmekteydi. Gerçekten, bu görüşe göre, “Yıpratıcı nitelikteki işlerin sadece şeker ve azot sanayine ait işyerlerinde bulunduğunu iddia edebilmek mümkün değildir. Belirtilen sanayilerin dışında gaz, kaynak, döküm ve patlayıcı madde etkisinde çalışılan birçok işyeri bulunmaktadır. Dola-

yısıyla, yasakoyucunun aynı etkiye maruz kalan kişiler arasında makul olmayan bir ayırma gittiği hususu açıktır”¹⁸.

IV. 18.08.2007 TARİHLİ TEBLİĞ VE TEBLİĞDE YER ALAN ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İtibari Hizmet Süresinden Yararlanacakların Kapsamının Belirlenmesi

a) Kapsama Giren İşyeri Bakımından

Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren artık SSK Ek m.5/IV bendi kapsamında itibari hizmet süresinden yararlanacak olanlar sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde çalışanlarla sınırlı olmaktan çıkmıştır. Gerçekten, artık hangi sektörde olursa olsun, herhangi bir fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binasında çalışan ve bentte belirtilen işlerden birini yapan sigortalı da itibari hizmet süresinden yararlanabilme hakkına kavuşmuştur. Dolayısıyla, söz konusu nitelikte bir işyerinde çalışıp da bentte sayılan işlerden birini yapan sigortalılar hakkında itibari hizmet süresi çerçevesinde işlem yapılması gerekmektedir.

Buna karşılık, sigortalının çalıştığı işyeri bentte sayılan fabrika, atölye, havuz, depo ya da trafo binası niteliğinde bir işyeri değilse, bu gibi işyerlerinde çalışan sigortalılar hakkında itibari hizmet süresine ilişkin herhangi bir işlem yapılmayacaktır. Bu durumda, sigortalının bentte sayılan işlerden herhangi birini yapması ise önem taşımayacaktır. Nitekim bu husus Tebliğde de belirtilmiş ve “bu işyerleri dışında söz konusu işleri yapan sigortalılar, itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacaktır” denilmiştir.

Gerçi, Anayasa Mahkemesi kararından sonra, maddede, sigortalıların işlerini gördükleri yere ilişkin sınırlı olarak sayılan “fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binaları” ibareleri ilginç bir durum yaratmıştır. Maddede sayılan bu yerler, bir yandan istisnai bir uygulamayı adeta genel bir uygulama haline dönüştürmekte, bir yandan da anlamsız bir sınırlama içermektedir. Gerçekten, bentte, fabrika

Sigortalının görev tanımında yer almamasına rağmen fiili olarak bu işi yapması halinde de, itibari hizmet süresinden yararlandırılması bir zorunluluktur.

ve atölye dışında, daha önce şeker fabrikasındaki ürünlerin bulunduğu havuz ve depo binalarında çalışanların da kapsama alınması amacıyla bu yerler de ayrıca sayılmıştı. Bu açıdan bakıldığında, sayılan yerlerin bir anlamı bulunmaktaydı. Fakat iptal hükmünden sonra, artık sportif ve eğlence amaçlı herhangi bir havuz da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Geline bu durumun çok anlamlı olduğunu ileri sürmek olanağı da bulunmaktadır. Hemen şunu da belirtelim ki, itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için bentte sınırlı olarak sayılan işyerinde çalışmanın yanında, ayrıca bentte sayılan işlerin de yapılması gerektiği için, bir havuzda bentte sayılan işlerin yapılmasının kural olarak söz konusu olmayacağı söylenebilir. Ancak bu husus, iptalden sonra kalan kısmın anlamsızlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Öte yandan, havuz ve depolar bakımından hükmün uygulama kabiliyetinin çok sınırlı olmasına karşın, bentte yer alan “fabrika ve atölye” ibareleri, hükmün uygulama alanını, amacını aşacak ve Kurumun aktüeryal dengelerini bozacak biçimde genişletmiştir. Kelime anlamı itibariyle fabrika, işlenmemiş veya yarı işlenmiş maddelerin makine, araç vb. ile işlenerek tüketime hazır duruma getirildiği sanayi kuruluşlarını; atölye ise, zanaatçıların veya resim, heykel sanatlarıyla uğraşanların çalıştığı yer, işliği ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, fabrika ve atölye kavramı, üretim yapılan tüm yerleri kapsayıcı genel nitelikli ifadelerdir. Bunun sonucunda da, itibari hizmet süresinden yararlanmak için adeta, bentte sayılan işleri yapmak yeterli hale gelmiştir. Yine de belirtmekte fayda vardır ki, bazı işyerleri bu kapsamın dışında kalmaktadır. Örneğin, bentteki ilk sütunda, sınırlı sayım ilkesine uygun olarak, sadece “fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binası”ndan söz edilmesi karşısında, örneğin inşaat ya da otel işyeri, itibari hizmet süresinin kapsamına girmeyecektir. Bu gibi işyerlerin-

de, örneğin kaynak işi yapılması da bu sonucu değiştirmeyecektir.

b) Sigortalının Yapmakta Olduğu İş Bakımından

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Kanun ve buna göre hazırlanan Tebliğ çerçevesinde, itibari hizmet süresine göre işlem yapılmasını gerektiren işyerlerinin kapsamının çok genişlemesine rağmen, çalışılan iş bakımından bir genişleme söz konusu değildir. Kanuna göre, “çelik, demir ve tunç döküm, zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren, patlayıcı maddeler yapılmasında ve kaynak işlerinde” geçen hizmet süreleri itibari hizmet süresine esas olacaktır (Ek m.5/IV).

Maddede sayılan işler sınırlı sayı prensibine dahildir¹⁹. Yani, bu nitelikte olmayan işleri yapan sigortalılar hakkında itibari hizmet süresine göre işlem yapılması, istisnai nitelikteki bu haktan yararlandırılmaları mümkün değildir. Bu nedenle, kimlerin bu kapsamda çalıştıklarının tespiti oldukça büyük bir önem taşımaktadır.

Bu konuda, kural olarak, görev tanımı itibariyle yukarıda sayılan nitelikte bir işi yapan sigortalıların itibari hizmet süresine ilişkin hükümlerden yararlandırılması gerekir. Ancak, bu husus doğrudan görev tanımıyla da sınırlı değildir. Bu konuda önemli olan, sigortalının fiilen yapmakta olduğu işin bentte sayılan işlerden biri olup olmadığıdır. Bu nedenle, sigortalının görev tanımında yer almamasına rağmen fiili olarak bu işi yapması halinde de, itibari hizmet süresinden yararlandırılması bir zorunluluktur. Aynı şekilde, sigortalının görev tanımında bentte sayılan işlerden birinin yer almasına rağmen, gerçekte bu işi yapmaması halinde, görev tanımı belirleyici kabul edilmeyecek, kendisinin bu bentten yararlandırılması söz konusu olmayacaktır.

Bazı işlerin itibari hizmet süresi kapsamına alınıp alınmayacağı ise sorun yaratacak niteliktedir. Kurum yayımlamış olduğu Tebliğ'de bu hususa açıklık getirmeye çalışmıştır. Tebliğe göre, “Kanun, itibari hizmet kapsamındaki işyerleri ve işleri birlikte tanımladığından bu işlerin üretim süreci içerisinde yapılmış olması gerekmektedir”. Bu ifade ise açıklanmaya muhtaçtır. Kanımızca bu ifade ile söylenmek istenen, o işin yapılması açısından normal

olarak üretim ya da üretim gereği olan süreç içinde yer almayan, geçici bir ihtiyaç için söz konusu işleri yapmak üzere bir sigortalı görevlendirilmişse, bu görevlendirme sırasındaki çalışma itibari hizmet süresi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Örneğin, bir arızanın giderimi amacıyla ya da normal bakım dışında, arızı olarak ortaya çıkan bir bakım işi nedeniyle kaynak işi yaptırıldığında, bu işi yapan sigortalıların itibari hizmet süresinden yararlandırılmaması gerekir.

Tebliğde ayrıca, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binaları işyerlerinde, bentte sayılan işleri fiilen yapmayıp da işin yönetim görevini yapan sigortalıların itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacakları açıklığa kavuşturulmuştur. Belirtilim ki, her ne kadar Tebliğde böyle bir ifadeye yer verilmişse de, bu hususun ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. Bilindiği gibi, tebliğ, normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alır. Bu nedenle, esas itibariyle kanunun kapsama aldığı bir iş ya da işyerinin tebliğle kapsam dışında tutulması mümkün değildir. Dolayısıyla bu konuda doğru bir sonuca ulaşmak için öncelikle Kanunun böyle bir kapsam dışında bırakmaya izin verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekir.

Kanunda, kimlerin itibari hizmet süresinden yararlandırılacağı konusunda, sigortalının yönetim görevini yapıyor olup olmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır. Önemli olan sigortalının yapmış olduğu iştir. Eğer sigortalı Ek m.5/IV'te sayılan nitelikte bir iş yapıyorsa sigortalının bu haktan yararlandırılması gerekecektir. Buna karşılık, sigortalı sadece yönetim görevi yapıyor, görev tanımında ve fiilen yaptığı iş itibariyle Kanunda sayılan işi yapmıyorsa, itibari hizmet süresinden yararlandırılması mümkün değildir. Fakat bu konuda da, her ne kadar 506 sayılı Kanunda sigortalının işin zararlı etkilerine maruz kalıp kalmamasına göre bir ayırım yapılmamışsa da, yönetim görevini yapan kişilerin, işin olumsuz etkisine maruz kalıp kalmadığını da göz önünde tutmakta yarar olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, Tebliğin ifadesini bu şekilde değerlendirmek gerekir.

Nitekim, SSK Ek m.5/IV'e göre itibari hizmet süresinden yararlandırılma talebinde bulunan bir sigortalının açtığı dava üzerine, Yargıtay bu gibi davalar için yol gösterici nitelikte bir karar vermiştir²⁰. Bu kararda Yargıtay doğrudan üretimle bağlantılı

olmayan idari, teknik ve yardımcı birimlerle ilgili olarak da bazı tespitlerde bulunmuştur. Yargıtaya göre, "...Yasa maddelerinin alt bentlerdeki koşulların oluşup oluşmadığının tespiti için işyerinin hangi ünitelerden oluştuğu, bu ünitelerde hangi üretim işlemlerinin yapıldığı, üretim ve üretimle doğrudan ilgisi bulunmayan idari, teknik ve yardımcı birimlerin birbirlerine bağlantı ve uzaklıkları ile bir bölümdeki fiziksel dış etkenlerden diğer bölümlerdeki çalışanların etkilenme dereceleri belirlenerek, davacı işçinin işyerinde yapmakta olduğu işin niteliğine göre hangi zararlı etkenlerden doğrudan doğruya ne şekilde etkilendiği hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra, ... itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespiti şeklinde davanın kabulüne, aksi takdirde reddine karar vermekten ibarettir. Dolayısıyla, Tebliğde bu gibi işler kapsam dışında bırakılmış olsa da, olayın özelliğine göre mahkemelerce farklı sonuçlara ulaşılması da olasılık dahilindedir.

Tebliğe göre, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binaları işyerlerinde kontrol ve benzeri amaçlarla kısa süreli çalışanlar kapsam dışındadır. Tebliğ, öncelikle, sadece kontrol ve benzeri amaçlarla kısa süreli çalışanları kapsam dışında bırakmaktadır. Eğer, kısa süreli de olsa, sigortalı, fiilen bentte sayılan bir işi yapıyorsa, itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerekecektir. Aynı şekilde, kontrol ve benzeri amaçlarla bu işleri yapanlar, kısa süreli değil de sürekli olarak ya da uzun sayılabilecek nitelikte bu işleri yapıyorlarsa yine itibari hizmet süresinden yararlandırılacaklardır.

2. Kimlerin İtibari Hizmet Süresi Kapsamına Girdiğinin Saptanması

Tebliğ, kimlerin itibari hizmet süresinden yararlanması gerektiğini işverenin saptayarak, buna uygun aylık prim ve hizmet belgesini düzenleyerek Kuruma göndermesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu konuda beyan esaslı söz konusudur. Yani işverenlerin beyanına göre, "3" nolu belge düzenlenecek, bu nitelikteki çalışmanın kanıtlanması anlamında Kuruma herhangi bir belge verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, Kurum haklı olarak bu konuda araştırma ve inceleme hakkının mevcut olduğu hususuna, yayımlanmış olduğu Tebliğde vurgu yapmıştır. Dolayısıyla, Kurum her

zaman gerek bir şikâyet üzerine gerek kendiliğinden bu kapsamda bildirilen bir sigortalının gerçekten itibari hizmet süresinden yararlandırılmasının gerekip gerekmediğini araştırma olanağına sahiptir.

Kimlerin bu kapsamda olduğunun saptanması ise her zaman kolay değildir. Özellikle sigortalı ender olarak bentte sayılan işleri yapıyorsa ya da yaptığı işin tanımı dikkate alındığında doğrudan bentte sayılan iş niteliğinde değil, ancak yoruma bağlı olarak bu kapsamda değerlendirilebilecek nitelikte ise nasıl bir işlem yapılması gerektiği duraksamalara neden olmaktadır. Yargıtay, bu konuda gerektiğinde işyerinde keşif yapılarak, bilirkişi heyeti oluşturularak, sigortalının bentte sayılan işi yapıp yapmadığının ve zararlı etkenlerden doğrudan doğruya ne şekilde etkilendiğinin saptanması gerektiğini belirtmektedir²¹.

3. İtibari Hizmet Süresi Kapsamına Giren Sigortalılar İçin Yapılacak İşlemler

Bilindiği gibi, işverenler, çalıştırdığı sigortalılar için Aylık Prim ve Hizmet Belgesi düzenleyerek takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlüdürler. Ancak bu belgeler, yapılan çalışmanın niteliğine, dayanağı Kanun hükümlerine göre gruplara ayrılmıştır. İtibari hizmet süresinden yararlanan sigortalılar için "3" numaralı Aylık Prim ve Hizmet Belgesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla, daha önce bu kapsamda olmayıp da artık itibari hizmet süresinden yararlanması gerekenler için "3" numaralı belge türünün düzenlenmesi gerekmektedir.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi kararının ardından itibari hizmet süresinden yararlanması ge-

Genelgede yer almamakla birlikte Kanundaki hükmün yorumlanması sonucu, bu haktan yararlandırılmasını gerektiren bir iş yapan sigortalılar her zaman dava açarak, bu haklarını talep edebileceklerdir.

reken sigortalılar için de "3" numaralı belge türünün verilmesi zorunluluğu, aslında, söz konusu kararın 27.03.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren başlamıştır. Fakat, pek çok işverenin bu durumdan haberdar olmaması nedeniyle, Kurum 18 Ağustos 2007 tarihinde bir Tebliğ yayımlayarak, 27.03.2007 tarihi ile Tebliğin yayımı tarihi arasında Anayasa Mahkemesi kararında öngörülen itibari hizmet süresi kapsamında geçtiği halde "1" numaralı belge türü ile Kuruma bildirilen sigortalılar için kağıt ortamında iptal aylık prim ve hizmet belgesi ve "3" numaralı belge türü ile asıl aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek verileceğini belirtmiştir.

Ancak, bu konuda pek çok belirsizlik olması, işverenlerin şikâyetlerine neden olunca Kurum 26 Eylül 2007 tarihinde yeni bir Tebliğ yayımlayarak 18.08.2007 tarihli Tebliğin 4 üncü maddesini iptal etmiş, 5 inci maddesini ise değiştirmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararı gereğince itibari hizmet süresi kapsamına giren ancak Tebliğin yayımlandığı 2007/Ağustos ayı sonuna kadar "1" nolu belge türü ile Kuruma bildirilen sigortalılar için kağıt ortamında iptal nitelikte aylık prim ve hizmet belgesi, bunun yerine ise yine kağıt ortamında "3" numaralı belge türünden asıl nitelikte aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek Kuruma verilecektir.

Anayasa Mahkemesi kararına istinaden, itibari hizmet süresi kapsamına giren çalışmalara ilişkin 2007/Mart ila 2007/Temmuz dönemi aylarına ait olmak üzere "3" numaralı belge türünden düzeltme amacıyla verilecek olan aylık prim ve hizmet belgelerinin, en geç 30.11.2007 tarihine kadar verilmesi ve tahakkuk edecek fark primlerin de bu süre içinde ödenmesi halinde gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edilmeyecektir. Anılan sürede primlerin ödenmemesi halinde ise 30.11.2007 tarihini takip eden ilk günden itibaren gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanacaktır. Dolayısıyla gecikme cezası ve gecikme zammı ödenmemesi için bu işlemlerin söz konusu tarihe kadar tamamlanması gerekmektedir.

4. Ödenmesi Gereken Prim Tutarları

Anayasa Mahkemesi kararı gereğince itibari hizmet süresi kapsamına giren sigortalılar için işverenlerce yasal süresinde internet ortamında verile-

cek aylık prim ve hizmet belgeleri "3" numaralı belge türü ile düzenlenecek olup, itibari hizmet süresinden yararlanacak sigortalılar için %9 sigortalı hissesi, %13 işveren hissesi olmak üzere %22 oranında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenecektir (SSK Ek m.7).

5. İtibari Hizmet Süresinin Sigortalılar Bakımından Sonuçları

Sigortalılar, 506 sayılı Kanunun Ek 5 inci maddesi kapsamında belirtilen işlerde 2098 ve 3395 sayılı Kanunlar kapsamında geçen süreler toplamının en az 3600 gün olması kaydı ile itibari hizmet kapsamında %22 prim üzerinden Kuruma bildirilen hizmetlerin 1/4'ü sigortalılık sürelerine eklenmek, 5 yıla kadar bölümü de emeklilik yaş hadlerinden indirilmek suretiyle erken emeklilik hakkından yararlanabileceklerdir.

Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, Ek 5 ve Ek 6. maddeler gereğince sigortalılık süresine ilave edilen gün sayıları, beş yıldan çok olmamak üzere bu Kanunun 60 ve Geçici 81 inci maddelerinde belirtilen yaş hadlerinden indirilir (Ek m.39). Böylece 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla, sigortalının yaşlılık aylığı almaları için tamamlamaları gereken yaş hadlerinden indirim yapma olanağı sağlanmıştır.

Belirtelim ki, Ek 5. madde gereğince sigortalılara sağlanan itibari hizmet sürelerinin sigortalılık süresini artırması yanında, ayrıca prim ödeme gün sayısını da artırıp artırmayacağı tartışma konusu olmuştur²². Yargıtay'ın 10. ve 21. Hukuk Daireleri konuya ilişkin farklı kararlar verince uyuşmazlık İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na götürülmüştür. YİBBGK ise, itibari hizmet süresinin sadece sigortalılık süresine etki ettiğini, prim ödeme gün sayısını artırmadığını belirtmiştir²³. Dolayısıyla, bu süreler prim ödeme gün sayısına dahil edilmeyecektir.

6. Kurumun 2007/88 Sayılı Genelgesi

Daha önce de değinildiği gibi, itibari hizmet süresine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının ardından yayımlanan Tebliğ uygulamada işverenler açısından büyük bir tartışma konusu olmuştur. Özellikle, hangi işlerde çalışanların itibari hizmet süresine ilişkin hükmün kapsamına girdiği konusunda belirsizlik üzerine, Sosyal Güvenlik Kurumu 19.11.2007 tarih ve 2007/88 sayılı Genelge'yi ya-

yımlamıştır. Bu Genelgede SSK Ek m.5/IV'de sayılan işlerin neler olabileceği somut bir şekilde anlatılmaya çalışılmıştır. Örneğin, Genelgede, kaynak işlerinden, her çeşit koruyucu gaz altında yapılan kaynak işleri, toz altı kaynak işleri, oksijen ve elektrik kaynağı işlerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

Genelgenin, işverenlerin yapması gereken işlemleri göstermesi bakımından yararlı olduğu kuşkusuzdur. Ancak bir hususun gözden uzak tutulmaması gerekir. İtibari hizmet süresinden kimlerin yararlanacağı Kanunda gösterilmiştir. Genelgede yer almamakla birlikte Kanundaki hükmün yorumlanması sonucu, bu haktan yararlandırılmasını gerektiren bir iş yapan sigortalılar her zaman dava açarak, bu haklarını talep edebileceklerdir. Zira bildiği gibi, Kanunla düzenlenen bir hakkın Genelge ile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu nedenle, Genelgede yer alan açıklamaların bu bilgiler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Sigortalıların açacakları dava sonucunda, mahkemece, Genelgede sayılmayan, ama Kanundaki hükmün yorumlanması sonucu itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğine karar verilen sigortalılar için, %2 fark primlerin, -zamanaşımının da geçmesi kaydıyla- işverenden tahsili mümkün olacaktır. Fakat kanımızca Kurum bu primler için gecikme cezası ve idari para cezası tahakkuk ettiremez. Çünkü, işverenin işlemleri Kurum Genelgesine uygun olarak yapılmıştır ki, Kurumun daha sonra bu işlem nedeniyle işveren aleyhine gecikme cezası ve idari para cezası uygulaması dürüstlük kuralına uymaz.

Öte yandan, Genelgede, daha önce itibari hizmet süresi kapsamına girmeyip de, Anayasa Mahkemesi kararından sonra bu kapsama giren sigortalılar için yapılması gereken işlemler de ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Bu konuda dikkat çekici hususlardan biri, Genelgede de isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanların itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacağına ilişkin tespittir. Gerçekten, bu durumdaki sigortalılar hakkında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası hükümleri uygulanmayacağı için, söz konusu sigortalılar hakkında bu yönde bir işlem yapılması mümkün değildir.

Bu konuda diğer dikkat edilecek husus da, farklı işler yapan sigortalıların yaptığı bu işlerden

birinin itibari hizmet süresi kapsamına girmesi durumunda ne gibi işlem yapılacağıdır. Genelgede bu husus da açıklığa kavuşturulmuştur. Bu durumda sigortalı için, aynı aya ait olmak üzere iki farklı türde aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenecek ve Kuruma verilecektir. Bu yaklaşım, Yargıtay'ın, daha önce vermiş olduğu bir kararında belirttiği esaslarla da uyum taşımaktadır²⁴.

V. 5510 SAYILI KANUN'DAKİ KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

5510 sayılı Kanununun 40. maddesinde, itibari hizmet süresi, "Fiilî hizmet süresi zammı" başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunda, bazı küçük değişikliklerle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve Emekli Sandığı Kanunu'nda yer alan hükümler birleştirilmiş ve yeni bir madde oluşturulmuştur. Maddede, kapsamdaki sigortalılar, kapsamdaki işyerleri ve işler ile bu kapsamda geçen süreler için ne kadar fiili hizmet süresi ekleneceğini, 14 grup içinde gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olan Ek m.5/IV hükmü ise, 5510 sayılı Kanunda zaten azotlu gübre sanayii ve şeker sanayii ile sınırlı olmaksızın düzenlenmiştir. Yani, yine herhangi bir fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binasında çalışanlar, aynı bentte tek tek sayılan işleri yapmaları halinde, fiili hizmet süresi zammından yararlanabilecektir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etmeseydi de, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu konuda şimdi yaşanan karmaşa o dönemde yaşanacaktı.

5510 sayılı Kanununun 40. maddesine göre, maddede belirtilen işyerlerinde ve/veya işlerde çalışan sigortalıların, hizmet sürelerine, bu işyerlerinde ve/veya işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılığında gösterilen prim gün sayıları, fiilî hizmet süresi zammı olarak eklenir. 360 günden eksik süreler için fiilî hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiilî hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenir. Maddede gösterilen bentlerden birden fazlasına dahil olanlar için ise, en yüksek olan bentten fiilî hizmet süresi zammı uygulanır (m.40/II). Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanuna göre, fiili hizmet süresi zammı prim gün sayılarını artırıcı bir nitelik taşımaktadır.

Fiili hizmet süresi zammının nasıl uygulanacağı da Kanunda gösterilmiştir. Buna göre, hesaplanan fiilî hizmet süresi zammı sekiz yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenir ve emeklilik yaşlarından üç yılı geçmemek üzere yarısı indirilir. Ancak, yer altı işlerinde sürekli ya da münavebeli çalışan sigortalılar için sekiz yıllık süre sınırı uygulanmaz (m.40/III). Maddede ayrıca, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların, Kurumun önerisi üzerine Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği de belirtilmiştir (m.40/IV).

5510 sayılı Kanunda bu kapsamda olan sigortalılar için işverenlerin ödeyecekleri primlere ilişkin bir hükme de yer verilmiştir. Kanuna göre, fiilî hizmet zammı uygulanan işlerde çalışan sigortalılar için uygulanacak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, %20 oranının, her yıl için 40. maddeye göre eklenen fiilî hizmet gün sayısının 360'a bölümü sonucu bulunacak oranda artırılması suretiyle belirlenir. Bu şekilde bulunan oran ile %20 oranı arasındaki farka ait primin tamamı işveren tarafından ödenir (m.81/I, b). Bu hüküm gereğince, sigortalının yararlanacağı fiili hizmet süresi 180 gün olan sigortalılar için işverenin ödeyeceği malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası prim payı %10; 90 gün olan sigortalılar için ise %5 artmıştır. Bu düzenlemenin, işverenlerin ödemesi gereken prim payı bakımından çok önemli bir artış getirdiği ortadadır²⁵. Ancak önemle vurgulayalım ki, Tasarıda, işverenlerin itibari hizmet süresinden yararlanacak sigortalılar için ödemesi gereken prim hakkında değişiklik öngörülmekte, bu prim miktarları önemli ölçüde düşürülmektedir.

Öte yandan, daha önce de belirttiğimiz gibi, 5510 sayılı Kanununun 40. maddesinin, 8, 12, 13 ve 14 numaralı grubunu oluşturanlar için yapılan düzenleme, eşitlik ilkesine aykırı bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli kararı ile iptal edilmiştir²⁶. Bu arada, 506 sayılı Kanununun Ek m.5/IV hükmü de, Anayasa Mahkemesi'nin 4.10.2006 tarihli kararı ile iptal edilip, karara ilişkin olarak Kurumca yayımlanan Tebliğin ardından yaşanan yoğun tartışmalar, konunun yeniden düzenlenmesi için bir fırsat olmuştur. Nitekim, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda, kapsa-

ma alınan işler ve işyerleri ile konuya ilişkin diğer esaslar bakımından önemli değişiklikler öngörülmüştür.

Tasarıdaki metne göre, fiili hizmet süresi zammı uygulanacak işler, yine kapsama giren işler ve işyerleri, kapsama giren sigortalılar ve eklenecek süreler olmak üzere üç sütun olarak düzenlenmiştir. Buna göre, örneğin, kurşun ve arsenik işleri 1 sıra numaralı; cam fabrika ve atölyeleri 2 sıra numaralı; çimento fabrikaları 4 sıra numaralı, alüminyum fabrikaları 6, demir ve çelik fabrikaları ise 7 sıra numaralı işleri ve işyerlerini göstermektedir.

Bu sıra numaralı iş/işyerlerinin karşısında, fiili hizmet süresi zammından yararlanmak için sigortalıların fiilen yapması gereken işler sayılmıştır. Yani birinci sütunda gösterilen işler ya da işyerlerinde çalışan herkes değil, ikinci sütunda sayılan işleri yapanlar bu haktan yararlandırılacaktır. Örneğin, demir ve çelik fabrikasında, 1) Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairelerinde yapılan işlerinde çalışanlar; 2) Çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferruat ve eklentilerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde yapılan işlerinde çalışanlar; 3) Sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınmasına ilişkin işlerde çalışanlar; 4) Sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi işlerinde çalışanlar; 5) Haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması işlerinde çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlanacaklardır. Sayılan işler dışındaki işleri yapanlar ise, bu haktan yararlandırılmayacaklardır.

Maddede, işyerinde alınan önlemlere göre, bazı işlerin bu kapsam dışında bırakılmasına da olanak sağlanmıştır. Örneğin, 2 sıra numaralı cam fabrika ve atölyeleri işyerlerinde, "cam yapımında kullanılan ilkel maddeleri toz haline getirme, eleme, karıştırma ve kurutma işlerinde çalışanlar"ın fiili hizmet süresinden yararlandırılması gerekmektedir. Ancak iş, bu işleri yapmak üzere tam kapalı odalar içinde otomatik makineli tesisat veya çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeyde indiren havalandırma tesisatı bu-

lunan bir ortamda yapılıyorsa, burada çalışanlar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. 40. maddede bu yönde başka hükümler de bulunmaktadır. Bizce bu yaklaşım isabetlidir. Bu konuda önemli olan, sigortalının muhakkak fiili hizmet süresinden yararlandırılması değil, böyle bir hakkı gerekli kılabilecek olumsuz çalışma koşullarına hiç maruz kalmamasını temin etmektir. Ayrıca, böylece işyerlerinde son teknolojilerin kullanılması teşvik de edilmiş olmaktadır.

Maddenin üçüncü sütununda ise, bu hizmetler için sigortalıların prim ödeme gün sayılarına ilave edilecek gün sayıları gösterilmiştir. 506 sayılı Kanunda, maden yer altı işleri hariç, genel olarak 90 gün olarak ilave edilmesi gereken itibari hizmet süresi, Tasarıda fiili hizmet süresi zammı adı ile üç farklı kategoride düzenlenmiştir. Buna göre, maden yeraltı işleri için bu süre yine 180 gün olacaktır. Diğer kategoriler için ise 60 ve 90 günlük süreler öngörülmüştür. Örneğin demir, çelik işyerlerinde ve bentte sayılan işlerde geçen her 360 gün için sigortalının prim ödeme gün sayısına 90 gün ilave edilecektir. Bu süre, örneğin, alüminyum fabrikalarında sayılan işler için 60 gün olarak belirlenmiştir.

Tasarıya göre, 40. maddede belirtilen işyerlerinde ve/veya işlerde, m.4/a ve c bendine göre sigortalı sayılanların hizmet sürelerine, bu kapsamda geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılıklarında gösterilen prim gün sayıları, fiili hizmet süresi zammı olarak eklenir. 360 günden eksik süreler için fiili hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiili hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenir. Ancak, çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, sigortalının kapsamındaki işyerleri ve/veya işlerde fiilen çalışması ve Türk Silahlı Kuvvetleri ile Emniyet ve Polis Teşkilatı ile Milli İstihbarat Teşkilatı'nda çalışan sigortalılar hariç söz konusu işlerin risklerine maruz kalması şarttır (m.40/I). Bu bentlerden birden fazlasına dahil olan sigortalılar için ise, en yüksek olan bentten fiili hizmet süresi zammı uygulanır (m.40/II).

Hesaplanan fiili hizmet süresi zammı, Türk Silahlı Kuvvetleri ile Emniyet ve Polis Teşkilatı ile Milli İstihbarat Teşkilatı'nda çalışan sigortalılar için sekiz, tabloda yer alan diğer sigortalılar için beş yıllık geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenir ve

emeklilik yaş hadlerinden üç yılı geçmemek üzere yarısı indirilir (Tasarı m.40/III). Yer altı işlerinde çalışan ve 180 gün fiilî hizmet zammı süresi verilen sigortalılar için beş yıllık süre sınırı uygulanmaz (m.40/III).

Fiili hizmet süresi zammından yararlanmak için, yeraltı işlerinde çalışan sigortalıların en az 1800 gün, diğer sıralarda yer alan sigortalıların ise en az 3600 gün belirtilen işyeri ve işlerde fiilen çalışmış olmaları şarttır (m.40/IV).

Fiili hizmet süresi kapsamında geçen çalışmalar için işverenlerin ödeyecekleri malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası prim oranı ayrıca düzenlenmiştir. 506 sayılı Kanuna göre bu oran %2 olarak uygulanmaktadır (Ek m.7). Yani, bu gibi işlerde, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası işveren prim payı %13'e çıkmaktadır. 5510 sayılı Kanunda, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu oran oldukça artırılmış, yeraltı işlerinde %10, diğerlerinde ise %5 artırılmıştı. Tasarı, bu konuyu daha da farklı düzenlemiştir. Buna göre, fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışan ve m.4/a bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, %20 oranına; 40. maddeye göre 60 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1 puan, 90 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1,5 puan, 180 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 3 puan eklenmesi suretiyle belirlenir. Bu şekilde bulunan oran ile %20 oranı arasındaki farka ait primin tamamı işveren tarafından ödenir (m.81/1, b, 1).

Tasarıda kamu görevlileri, yani m.4/c bendine göre sigortalı sayılanlar için ayrı oranlar öngörülmüştür. Buna göre, (c) bendi kapsamında çalışan sigortalılar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, %20 oranına; 40. maddeye göre 60 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 4 puan, 90 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 6 puan, 180 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 12 puan eklenmesi suretiyle belirlenir (m.81/1, b, 2). Bu prim oranlarının çok fazla arttığı ise açıktır.

Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanunda konu kapsama alınan işler bakımından tamamen farklı bir içerikte yeniden düzenlenmiştir. Daha önce sigortalılık süresine eklenen itibari hizmet sürelerinin bu defa prim ödeme gün sayılarına ilave edilmesi öngörülmüş ve ayrıca eklenecek süre bakımından 60 günlük yeni bir kategori oluşturulmuştur. Bir

başka yenilik olarak ilave prim oranları değiştirilmiştir.

Maddede tüm bunların dışında fiili hizmet süresi olarak kabul edilecek çalışmaya ilişkin ölçütler de getirilmiştir. 506 sayılı Kanunda yer almayan, ancak uygulamada sigortalının itibari hizmet süresinden yararlanması için bir koşul olarak belirtilen "o işte fiilen çalışması" koşulu, artık madde hükmüne konulmuştur. Bu konuda bir hususa daha dikkat çekmekte yarar olduğunu düşünüyoruz. 5510 sayılı Yasada değişiklik öngören Tasarının Taslak metninde, sigortalının maddede sayılan işlerde "fiilen ve sürekli" olarak çalışması gerektiği belirtilmekteydi. Taslakta yer verilen "sürekli" olarak çalışma koşulu Tasarı metnine alınmamıştır. Tasarı bu haliyle kanunlaşırca, halen tartışma konusu olan, kapsama giren işlerde kısa süreli çalışan sigortalıların fiili hizmet süresinden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı sorusu, yeni dönemde de tartışma konusu olmaya devam edecektir. Hemen şunu da belirtelim ki, "sürekli olarak çalışma" ölçütü özünde belirsizlik taşıdığı için, bu konunun kesin sınırlarını çizmek hiçbir zaman da mümkün olmayacaktı.

Tasarı metni, konuya ilişkin olarak önemli bir farklılık daha taşımaktadır. Buna göre, fiili hizmet süresi zammından yararlanmak için, (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç söz konusu işlerin risklerine maruz kalınması şarttır (m.40/D). Böylece, alınan önlemlerle ya da yaptığı işin yapılma biçimine göre sigortalı, herhangi bir olumsuz etkiye maruz kalmıyorsa, bu hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bizce isabetli bir düzenleme olmuştur.

VI. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin itibari hizmet süresi hakkındaki 04.10.2006 tarihli kararının yayımlanmasından sonra, daha önce sınırlı bir sigortalı grubu için öngörülen itibari hizmet süresi çok geniş bir kitleyi ilgilendirir duruma gelmiştir. Oysa itibari hizmet süresi, insan sağlığını olumsuz etkileyen ve sigortalının çalışma hayatını ve ömrünü kısaltan işler için, istisnai nitelikte öngörülmesi gereken bir haktır. Bizim hukukumuzda ise, bu hakkın kapsamı, bilimsellikten ve objektiflikten uzak bir şekilde belirlenmiştir ve belirlenmeye devam etmektedir. Kapsama ilişkin bu genişleme sonucunda da itiba-

ri hizmet süresi istisnai niteliğini yitirmekte, genleşmeye başlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından, daha sonra başka davaların da açılması ve eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle yeni iptal taleplerinin gündeme gelmesi de olasılık dahilindedir. Bu durumda, söz konusu kurumun kapsamının daha da genişlemesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüeryal dengelerini bozacak bir konuma gelmesi de göz ardı edilmemesi gereken bir başka husustur.

İtibari hizmet süresinin, istisnai nitelikte, fiziksel, ruhsal ve fizyolojik bakımlardan insan sağlığını ve çalışma gücünü olumsuz yönde etkileyerek yaşam süresini kısaltan, ağır ve yıpratıcı koşullar altında çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için getirilmesi gerekir. Bu husus yapılacak düzenlemelerde hiçbir şekilde göz ardı edilmemelidir. Bu haktan kimlerin yararlanabileceği çok iyi tespit edilmelidir. Öte yandan, bu gibi uygulamalar sigortalılar arasında haksız ayrımlara da neden olabilmektedir. Bu nedenle, bilim adamları tarafından TOBB için hazırlanan 1993 tarihi Sosyal Güvenlik Raporu'nda belirtildiği gibi, bu uygulamanın ya kaldırılması ya da sınırlarının çok iyi çizilerek kapsamının daraltılması gerekir. Ancak yeraltı işleri, özellikle yeraltı maden işleri konusunda özel düzenlemeler varlığını korumalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bilgi için bkz. Güzel, Ali/Okur, A.Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 385 vd; Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005, 342-345; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2006, 265-266; Başterzi, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006, 233 vd.; Araslı, Utkan: Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak?, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, 127 vd.
- 2 Sözer, Ali Nazım: İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Çimento İşv. D., Mayıs 1998, 6; Güzel, Ali: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 317-318; Tuncay/Ekmekçi, 342; Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, İstanbul 2002, 221; Başterzi, 233; Araslı, 134.
- 3 Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 5.
- 4 Güzel, 318; Başterzi, 233. ayrıca bkz. TOBB, Sosyal Güvenlik, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1993, 203.
- 5 TOBB'un hazırlamış olduğu raporda, bizce de isabetli olarak, "teknolojinin sunduğu olanaklar karşısında zor ve tehlikeli görevlerde çalışanları ücret veya başka imkanlarla tatmin etme yerine, emeklilikte ilave imkan sağlamanın mantığını anlamak güçtür. Emekliler arasında farklılık yaratan fiili hizmet zammı uygulamasının ya kaldırılması ya da sınırlarının çok iyi çizilerek kapsamının daraltılması gerekir" denilmektedir, 203. Raporda bu eleştiri Emekli Sandığı Kanununa ilişkin olarak dile getirilmiştir. Ancak, Sosyal Sigortalar Kanunu açısından da farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.
- 6 Ancak belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunun konuya ilişkin hükümleri sürekli değiştirilmektedir. Bilindiği gibi 5510 sayılı 31.05.2006 tarihinde kabul edilmiş (RG, 16.6.2006, 26200) ve yürürlüğe giriş tarihi 1.01.2007 olarak belirlenmişti. Ancak, söz konusu Yasanın bazı hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş (AYM, 15.12.2006, E.2006/111, K.2006/112, RG. 30.12.2006 5. Mük) ve bunun üzerine Yasanın yürürlük tarihi 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu ile 01.07.2007 (m.30/(4)), (RG, 29.12.2006, 26391 Mük.), ardından da 01.01.2008'e ertelenmişti. Bu arada, 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapılması için bir de Tasarı hazırlanmış olup, Tasarı halen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilgili komisyonlarında görüşülmektedir.
- 7 AYM, 15.12.2006, E.2006/111, K.2006/112, RG. 30.12.2006 5. Mük. Maddede yer alan 8, 12, 13, ve 14 sıra numarasında sayılan işleri yapan kişilerden sadece kamu kesiminde çalışanların kapsama alınmasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş; Anayasaya aykırılık iddiasında Yine AYM'nin 06.01.2005 tarih ve E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında yer verilen, "aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu" yönündeki ifade ile gerekçelendirilmiştir.
- 8 5510 sayılı Kanunda değişiklik öngören Tasarının itibari hizmet süresini düzenleyen yeni metni için bkz. <http://www.2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0465.pdf> (erişim tarihi 08.12.2007).
- 9 AYM, 4.10.2006, E. 2002/157, K. 2006/97, (RG, 27.03.2007, 26475).
- 10 Bu konu daha önce kaba bir tahminle 50.000 kişiyi ilgilendirirken, Anayasa Mahkemesi kararından sonra, muhtemel yararlanacaklar arasında bulunan sadece metal işkolunda 651.531 kişi bulunmaktadır, Araslı, 140. Diğer işkollarındaki yararlanabilecek işçiler de dikkate alındığında bu sayının sistemi etkileyecek rakamlara ulaşacağı açıktır.
- 11 Gazetecilere itibari hizmet süresi hakkı tanınırken, şu gerekçeler ileri sürülmüştür: "...kontaktan kapatılan şoför, kazmasını bırakan işçi için dinlenme ve istirahat çekilme imkanı 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". Gerekçe için bkz. Araslı, 135-136.
- 12 Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 7; Güzel/Okur, 387; Başterzi, 235.
- 13 Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 7; Güzel/Okur, 387; Başterzi, 234-235; Araslı, 136. Belirtelim ki, çalışılan iş ve yere ilişkin bu iki koşulun dışında bir de prim ödeme süresinin en az 3600 gün olmasına ilişkin üçüncü bir koşul daha bulunmaktadır, bkz. Araslı, 136.
- 14 Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararından önce vermiş olduğu bir kararda, bu bendin uygulanabilmesi için iki koşulun

- bulduğunu, öncelikle işin azotlu gübre sanayiinde olması gerektiğini, ikinci olarak da söz konusu bentte yazılı fiziksel etkenlerden birinin gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtaya göre, bu etkenlerin mevcut olup olmadığı, konusunda uzman üç kişilik bilirkişi heyetiyle saptanmalıdır, Yarg. 10 HD., 30.09.2004, 8332/8297, Çalışma ve Toplum, 5, 296-298; ayrıca bkz. Yarg. 21. HD., 20.12.2005, 7913/13472, YKD, Nisan 2006, 633-634.
- 15 AYM 2.5.1989, 51/18, (RG, 4.1.1990, 20392). Yüksek Mahkemeye göre, "Anılan bent hükümlerinde, Millî 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".
- 16 Anayasa Mahkemesi kararı ve incelemesi için bkz. Araslı, Utkan: Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak?, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, 127 vd.
- 17 Gerçekten, azotlu gübre sanayii ve şeker sanayiinde çalışan bazı sigortalılara itibari hizmet süresi hakkı sağlayan 3395 sayılı Kanunun gerekçesi Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne şu şekilde ifade edilmiştir: "... 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... 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 hakkından yararlandırılmaları, "gerek Anayasamızın eşitlik ilkeleri ve gerekse sosyal güvenliğin temel prensiplerine uygun düşeceği için zorunlu görülmektedir".
- 18 Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 9; aynı doğrultuda Başterzi, 235.
- 19 Araslı, 134.
- 20 Yarg. 10 HD, 30.9.2004, E. 2004/8332, K. 2004/8297 (Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası), www.kazanci.com
- 21 Yargıtaya göre, "Mahkemece yapılacak iş; üniversite öğretim üyesi ve her üçü de en az doçent seviyesindeki göğüs hastalıkları uzmanı Tıp Doktoru ile konuda uzman Kimya ve Ziraat Mühendislerinden oluşacak üç kişilik bilirkişiler kurulu marifetiyle mahallen keşif yapılarak yapılan üretim niteliği ve üretim aşamalarına göre öncelikle davanın yasal dayanağını teşkil eden ve 506 sayılı Kanuna 3395 sayılı kanunla eklenen Ek-IV. maddesindeki azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo ve binalarında çalışan sigortalıların çalıştığı yerle ilgili olarak 1- Çelik, demir ve tunç döküm, 2- Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, 3- Patlayıcı maddeler yapılmasında, 4- Kaynak işlerinde çalışanların, itibari hizmet süresinden yararlandırılmalarının mümkün olduğu gözetilerek, işyerinde üretilen gübre içindeki azot miktar ve oranlarına göre; işyerinin azotlu gübre sanayiine girip girmediğinin saptanması, işyerinin azotlu gübre sanayii olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına anlaşılması halinde sair koşulların oluşup oluşmadığına bakılmaksızın davanın reddine karar verilmelidir. Azotlu gübre sanayiine girdiğinin kabul edilmesi halinde ise anılan Yasa maddelerinin alt bentlerdeki koşulların oluşup oluşmadığının tespiti için işyerinin hangi ünitelerden oluştuğu, bu ünitelerden hangi üretim işlemlerinin yapıldığı, üretim ve üretimle doğrudan ilgisi bulunmayan idari, teknik ve yardımcı birimlerin birbirlerine bağlantı ve uzaklıkları ile bir bölümdeki fiziksel dış etkenlerden diğer bölümlerdeki çalışanların etkilene dereceleri belirlenerek, davacı işçinin, işyerinde yapmakta olduğu işin niteliğine göre hangi zararlı etkenlerden doğrudan doğruya ne şekilde etkilendiği hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra, Yasada öngörülen her iki koşulun birlikte gerçekleştiği kanaatine varılırsa; YİBBGK'nın 18.02.2000 gün E: 1997/1, K:2000/1 sayılı kararı da dikkate alınarak, davalı işyerinden Kuruma bildirilen sigortalılık süresi esas alınarak itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespiti şeklinde davanın kabulüne, aksi takdirde reddine karar vermekten ibarettir". (Bkz. 18. dipnotta sözü geçen karar). Yargıtay bir başka kararda da, "Davacının keşifte belirlenen çalışma statüsüne göre itibari hizmetten yararlanması gerektiğine ilişkin mahkemece verilen karar doğrudur. Ne var ki, tesbitine karar verilen tüm dönemde davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın Ek 5. maddesinde öngörülen itibari hizmet zammından yararlanma koşullarını oluşturacak biçimde çalışıp çalışmadığı araştırılıp açıklığa kavuşturulmamıştır. O nedenle davacının hangi tarihlerde hangi işleri yaptığının dökümlü olarak bildirilmesi için davalı işverenden bilgi istenmeli, şayet sürekli olarak keşifte belirlenen işte çalıştığı saptandığı takdirde şimdiki gibi karar verilmeli, değişik işlerde çalıştığı anlaşılırsa o işlerin itibari hizmetten yararlanmayı gerektirip gerektirmediği uzman kişiler aracılığıyla keşif yapılarak açıklığa kavuşturulup sonucuna göre karar verilmelidir", demektedir, Yarg. 10HD, 27.4.2001, E. 2001/2609, K. 2001/3298 (Kazancı İhtihat ve Bilgi Bankası), www.kazanci.com
- 22 Bu konudaki tartışma ve kararlar için bkz. Güzel/Okur, 388; Güzel, 1999 Yılı Kararları, 318-319; Tuncay/Ekmekçi, 344-345; Tuncay, 2000 Yılı Kararları, 221-223; Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 9-11.
- 23 YİBK, 18.2.2000, E. 1997/1, K. 2000/1, RG, İşveren D., Mayıs 2000, 15-17.
- 24 Yarg. 10 HD, 30.9.2004, E. 2004/8332, K. 2004/8297 (Kazancı İhtihat ve Bilgi Bankası), www.kazanci.com. Yargıtaya göre, "Sigortalının günlük ya da aylık çalışmalarının sadece bir bölümünün itibari hizmet süresinden yararlandırılmasını gerektirecek şekilde gerçekleştiğinin anlaşılması halinde ise; işyerindeki fiziksel dış etkenlerden, sadece bu ünitelerdeki çalışma süresi ile sınırlı olarak etkilendiği gözetilerek çalışma süresinin tamamı üzerinden değil, işyerinden Kuruma bildirilen gün sayısı ve itibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren günlük çalışma süreleri tesbit edilerek, Part-Time esasına göre aylık yararlanma süresi hesaplandıktan sonra, itibari hizmet gün sayısının (Çalışılan Gün Sayısı x 0.25) formülüyle belirlenerek bu miktar üzerinden itibari hizmet süresinden yararlandırılmasına karar vermek gerekir". Aynı yönde karar için ayrıca bkz. (Sözer, İtibari Hizmet Süresi, 10, dn.23).
- 25 Güzel, Ali/Ocak, Saim: 5510 Sayılı Yasa İle İşverenlere Getirilen Ek Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S.13, 153; Kudatgobilik, Tuğrul, Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem, MERCEK, Temmuz 2006, S. 43, 17.
- 26 Dipnot 18'de sözü edilen karar.

Doç. Dr. Refik KORKUSUZ

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Kısa Vadeli Sigorta Türlerinin Hukuki Durumunun İncelenmesi

1- SOSYAL GÜVENLİK REFORMUNA OLAN İHTİYAÇ

Çağdaş sosyal güvenlik sistemleri, oldukça dinamik bir niteliğe sahiptir. Bu nitelik, sosyal korumanın amaç ve kapsamında bir genişlemeye neden olmakta; sosyal politika ile sosyal güvenlik arasında aynı yönde belirli bir bütünleşmeye yol açmaktadır. Ortaya çıkış nedeni, sosyal risklerin etkisini azaltmak olan sosyal güvenlik politikaları, ekonomik ve sosyal gelişmelere koşut olarak yepyeni bir içerik ve görünüm kazanmıştır¹. Ancak, son zamanlarda, sosyal güvenlik harcamalarında ortaya çıkan ve en güçlü devletleri bile yeni arayışlara iten durum, uzun bir süreden bu yana, Türkiye'de iktidara gelen tüm hükümetlerin önüne iç ve dış dinamikler tarafından sürekli olarak getirilmiştir. Esasen son on yıldır bizzat sosyal güvenlik sisteminin kendisi ülke ekonomisinde istikrarsızlık yaratan ana sebeplerden biri haline gelmiştir. Dünyaya genelinde, diğer ülkelere nazaran, çok daha

fazla yaşlılık aylığı ödemesi, bu kurumun en büyük gider kalemini oluşturmaktadır². Kamu bütçesinden sosyal güvenlik kurumlarının açıklarını kapatmak için söz konusu kurumlara yapılan transferlerin milli gelir içindeki payı, sürekli olarak artmış, 2003 yılı itibarıyla 19 trilyona³ ve 2005 yılı itibarıyla de kamu bütçesinin %4,8'ine ulaşmıştır⁴. Bu finansman sıkıntısı sosyal güvenlik reformunu sürekli gündeme getirmiştir. Öyle ki, 2005 yılı için, her 2 SSK'lı çalışan, 1 SSK emeklisine bakma zorunluluğuna ulaşmış iken, bu oran BAĞ-KUR emeklileri için 1^{1/2} oranına ulaşmıştır.

Öte yandan, son zamanlarda bu reformların iç dinamiklerden olmadığı, tam aksine, dış dinamiklerin, yani uluslararası güçlerin de talepleri ile "sosyal güvenlik" konusunda bu arayışların doğduğu çok yüksek sesle ifade edilmeye başlanmış ve neredeyse sosyal güvenlik reformu ile IMF baskısı beraber anılır olmuştur⁵. Bu anlamda, son yıllarda, çok sayıda "sosyal güvenlik reformu" terimlerinin

kullanılması gündemden hiç düşmemiştir⁶. Bütün dünyanın tartıştığı sosyal güvenliğin kamu bütçeleri üzerindeki yükü konusunda, Avrupa Birliği ülkeleri arasında da, yoğun olarak tartışma yaşanmıştır. Nitekim, Amsterdam ve Lizbon zirvelerinde istihdam yaratıcı politikaları ile birlikte emeklilik yaşının uzatılması ve sağlık hizmetlerinin kısıtlanması benimsenmiştir⁷.

Diğer taraftan uzun süren yüksek enflasyon, ekonomideki büyümenin yetersizliği, gelir dağılımında adaletin sağlanamaması ile katma değeri düşük işgücü yapısı ve siyasi müdahaleler de sosyal güvenlik sisteminde mali krize neden olan görünmez unsurlar arasında sayılmaktadır⁸. Ayrıca, sistemden yararlanan kişilere sunulan hizmetlerin yetersizliğine bağlı olarak oluşan memnuniyetsizlik, %50'ye yakın olduğu belirtilen kayıt dışı istihdam, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışanların farklı hukuki statüleri nedeniyle farklı ödemeler, sağlık yardımlarının yanı sıra prim gelirleri ile ödenen aylıklar arasındaki ilişkinin zayıflığı, altı yapı ve otomasyon yetersizliği ve prim tahsilat oranlarının düşüklüğü de sistemdeki şikâyetlerin çok önemli bir başka boyutudur⁹. Belirtilen nedenle, reform ihtiyacının sadece olayı uluslararası mekanizmaların talebi olduğunu ve halkın böyle bir talebinin olmadığını ileri sürmek, çok da gerçekçi olmayacaktır¹⁰.

Toplumdan ve uluslararası mekanizmalardan yükselen sesler nedeniyle, ortaya çıkan reform ihtiyacının amacı adil, kolay erişilebilir, yoksulluğa karşı daha etkin koruma sağlayan, mali açıdan sürdürülebilir bir sosyal güvenlik sistemine ulaşabilmenin amaçlandığı ileri sürülen bir işlev olacağı iddiası ile yeni düzenleme yapılmıştır. Nitekim, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu-(SS-GSSK)" olarak kabul edilen ve 31.5.2006 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5510 sayılı Yasada vücut bulduğu ileri sürülen bu düzenlemenin amacı olarak da, tüm nüfusu kapsayan tek bir emeklilik, tek bir sağlık sistemi, muhtaçlığa dayalı ve adil bir sosyal yardım sistemi ile sosyal güvenlik kurumlarının tek çatı altında birleştirilmesini içeren oldukça kapsamlı bir reform yapılmasının hedeflendiği ileri sürülmüştür¹¹.

Yukarıda belirtilen iddialarla hazırlanan yasa tasarıları, yargı çevreleri, bilim çevreleri, sendika-

lar ve kamuoyunda etkili ve saygın diğer kurumlarca tartışılmadığı için sürekli eleştiri konusu olmuştur¹². Ancak sonuçta bir yasa taslağı ortaya çıkmış, nihayet kanunlaşmış ve zamanın Cumhurbaşkanı ile yine dönemin ana muhalefet partisi olan CHP ve 116 milletvekili tarafından, Anayasa Mahkemesi'ne, bu kanunun iptali istemiyle götürülmüştür.

II- ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ORTAYA ÇIKARDIĞI DURUM

Anayasa Mahkemesi, iptal istemiyle açılan bu davayı, önce usul ve esastan incelemiş konu ile ilgili olarak, konumuz ile ilgili olduğu kadar anlatılacağı gibi, kısmi iptal ve kısmi ret kararı ile başvuruyu karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, 15.12.2007 tarihinde vermiş olduğu karar, 5510 sayılı Yasa ile getirilmek istenen sisteme büyük darbe vurmuştur. Yüksek Mahkeme'nin kararında cüz'i olmakla beraber, mevcut kanunu uygulanamaz hale getiren ve çoğunlukla, sadece kamu görevlilerinin bu yasada ayrı bir şekilde ve özel olarak düzenlenmesi veya ayrı bir yasal düzenleme ile düzenlenmesine ilişkin iptallerin dışında Kanuna ilişkin pek de değişiklik yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ve memurları kayırdığı ileri sürülen bu iptal kararı ortaya çıkmış ve bu karardan ne işçiler, ne serbest çalışanlar memnun kalabilmişlerdir¹³.

Aslında Anayasa Mahkemesi kararı bir bütün olarak incelendiğinde, Mahkemenin zaman zaman yerindelik denetimi yapma noktasında değerlendirmeler yaptığı, diğer Mahkeme üyeleri (6/5 gibi) tarafından karşı oy yazısında yaptıkları eleştirilerden anlaşılmaktadır¹⁴.

Mevcut yasal düzenleme ve sigortalı işçilerin kanuna yönelik itirazların, hemen hemen bütünüyle reddedilmiş olması, buna karşı, kamu görevlileri yönünden özel yasa yapılması gerektiğine yönelik AYM gerekçesi, işçiler yönünden de tepkiye neden olmuş ve Anayasa Mahkemesi'nden çalışanlar arasındaki ayrımcılığı koruyan kamu görevlilerinden yana bir karar çıktığı ileri sürülmüştür¹⁵.

5510 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde, genel sağlık sigortasının hayata geçirilmesinin, Sağlık Ba-

SSK ve Bağ-Kur kapsamındaki kişiler bakımından GSS hükümlerinin uygulanmasında Anayasa'ya uygunluk bakımından hiçbir sorun olmadığında herhangi bir kuşkuya yer yoktur.

kanlığının koordinasyonunda yürütülen “Sağlıkta dönüşüm” programı ile paralellik gösterdiği, bu sistemle uluslararası sistemlere uygun, hizmet ve mali normları, standartları bütünleşik, fon ve hizmet yönetimi tek elden yürütülen, tüm nüfusu kapsama alan güçlü, etkili, daha kolay denetlenebilir bir sağlık sigortası ve buna bağlı olarak yürüyen hizmet modelinin yaratılmış olacağı ifade edilmiştir.

Yasa'nın gerekçesi ve genel sağlık sigortasına ilişkin hükümlerinin incelenmesinden yasa koyucunun, sağlık hizmetlerinin özelliği ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin durumlarını gözetip değerlendirerek gerekçede belirtilen nedenlerle bunların sağlık hizmetlerinden yararlanmalarına Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca oluşturduğu genel sağlık sigortası kapsamında yer verdiği, takdir yetkisini bu yönde kullandığı anlaşılmaktadır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin genel sağlık sigortası kapsamına alınamayacakları, Anayasa'nın 128. maddesinin, bunların sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının farklı düzenlenmesini gerektirdiği şeklindeki bir kabulü yerindelik denetimi anlamında değerlendirmek her zaman ileri sürülebilecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki “...18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin dış protezlerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarının % 50'si” bölümünün ve 68. maddesinin ikinci fıkrasının, memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptaline katılmıyoruz.” denilerek Mahkeme başkanı, başkanvekili ve diğer üç üyenin görüşü ortaya konulmuştur¹⁶. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının içeriği doktrinin bir kısmı tarafından da eleştirilmektedir¹⁷.

Azınlıkta kalmakla birlikte, beş üyenin görüşünden de anlaşılacağı üzere, 5510 sayılı Yasanın kısmen iptal eden ve mevcut haliyle onu uygulan-

maz duruma düşüren mahkeme kararının içeriğine, AYM yargıçlarının önemli bir kısmının iptal gerekçelerine katılmadıkları ve AYM'nin yerindelik incelemesi yapamayacağını da belirtmişlerdir. Ancak, teknik olarak içeriğine katılmasak da, ortada yüksek mahkeme tarafından verilmiş ve her kurumu bağlayan bir iptal kararı söz konusudur.

Bu nedenle konuyu teknik yönden de irdelemekte fayda vardır. Zira, 5510 sayılı Yasa'nın 106. maddesi ile tamamen ortadan kalkacağı belirtilen ve sosyal güvenlikle ilgili olarak temel kanun niteliğinde olan 1475, 5434 ve 506 sayılı Yasalar ile diğer yasalar halen yürürlüktedir. AYM'nin iptal kararından sonra, mevcut haliyle uygulama olanağı bulunmayan yasanın, seçim yılı olması nedeniyle, hükümet tarafından, önce 1.7.2007 tarihine, sonra da seçim sonrasına, yani 01.01.2008 tarihine, şimdi de, 01.07.2008 tarihine ertelenmesi gündeme getirilmiştir. Ancak bilinen gerçek şudur ki, ne kadar ertelenirse ertelensin ve nasıl bir iktidar değişikliği olursa olsun, bu konuyla bütün iktidarlar ister istemez ilgilenmek zorunda kalacak ve bu yasayı uygulamaya sokmak zorunda kalacaktır.

Ancak, konuyu teknik olarak incelediğimizde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın, Cumhurbaşkanı ve 118 Milletvekili tarafından bir, 118 Milletvekili tarafından ise 3 maddesi olmak üzere toplam 4 maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi sonucu verilen gerekçeli kararda, ilgili Yasa hükümleri SSK ve Bağ-Kur sigortalıları yönünden tümüyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden de iş protezlerine ilişkin kısıtlama ve katılım payının Kurum tarafından belirlenmesine ilişkin hükümler ise Anayasa'ya aykırı bulunmuş, iptali istenen diğer hususlarda Anayasa'ya uygun bulunmuştur.

Dolayısı ile SSK ve Bağ-Kur kapsamındaki kişiler bakımından GSS hükümlerinin uygulanmasında Anayasa'ya uygunluk bakımından hiçbir sorun olmadığında herhangi bir kuşkuya yer yoktur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından da Anayasa'ya uygun bulunan hükümlerin aynı yasa da ayrı bir bölümde ya da ayrı bir yasa da aynen yer verilmesi halinde yine Anayasa'ya uygunluk bakımından hiçbir sorun olmayacağı da kuşku yoktur. Ancak dış protezlerine ilişkin kısıtlama ile katılım paylarının %10 ila %20 oranı arasında Ku-

rumca belirlenmesi konusunda yapılacak düzenlemelerin aynı yasanın ayrı bölümünde ya da ayrı bir yasada düzenlenmesi halinde Anayasa'ya aykırılık konusunun ne şekilde değerlendirileceğinin netleştirilmesi gerekmektedir.

Esasen Anayasa Mahkemesi'ne açılan davanın konusunun katılım payının alınmaması yönünde olmadığı, mevcut yasal düzenlemelerde katılım paylarının aynen alınmaya devam ettiği, 4447 sayılı Yasa ile 5434 sayılı Yasa kapsamındaki alacak katılım payına ilişkin açılan davada da Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.2001 tarihli ve 2001/46 kararında katılım payını onayladığı dikkate alındığında, yapılacak yasal düzenlemenin memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından katılım payına ilişkin düzenlemenin aynı yasanın ayrı bir bölümünde ya da ayrı bir yasada düzenlenmesinin yeterli olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Diş protezlerine ilişkin 18-45 yaş arasında getirilen kısıtlamanın da aynı çerçevede değerlendirilmesi doğru olacaktır¹⁸.

III-YENİ YASAL DÜZENLEME İLE GETİRİLEN KISA VADELİ SİGORTA TÜRLERİNDEN YARARLANANLAR

Bu çalışmamızda, yeni sistemi sadece kısa vadeli sigorta yönünden ve hesaplama yöntemlerine girmeksizin ve gerektiğinde 506 sayılı Yasayı, 5510 sayılı Yasa ile karşılaştırmak suretiyle sunmaya çalışacağız.

Yeni sistemin en önemli özelliği, bir kişinin birden fazla sigorta kolundan geçici iş göremezliğine hak kazanması durumunda, geçici iş göremezlik ödeneklerinin ayrı ayrı değil, geçici iş göremezlik ödeneklerinden en yükseğinin verileceğinin hükme bağlanmış olmasıdır (m.18/5).

5510 sayılı Yasa'da, iş kazası ve meslek hastalığı hariç, hastalık ve analık sigortaları özel olarak düzenlenmemiş, genel sağlık sigortası ile düzenlenmiştir. Öte yandan genel sağlık sigortası ile kısa vadeli sigortalar bir bütün olarak ele alındığından, çalışmamızın sonunda ortak hükümlerle ilgili başlığa yer verilmiştir.

A- TAM SİGORTALI SAYILANLAR

1-Zorunlu sigortalı oldukları için aynı zamanda sağlık sigortası kapsamında bulunanlar; bu Kanu-

nun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından aşağıda belirtilen kimseler doğrudan sigortalı sayılırlar. Bu şahıslar, sigortalı olduğu için aynı zamanda genel sağlık sigortalıdırlar.

a- Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar,

b- Köy ve mahalle muhtarları, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise;

b.1- Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar,

b.2- Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr sicili ile birlikte kanunla kurulan meslek odalarına usûlüne uygun olarak kayıtlı olanlar,

b.3- Anonim şirketlerin kurucu ortakları ve/veya yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları,

b.4- Tarımsal faaliyette bulunanlar¹⁹, sigortalı sayılırlar.

Ayrıca aşağıda belirtilen görevlerde bulunan kimseler de sigortalı sayılır:

a- İşçi sendikalarının yönetim kurullarına seçilenler,

b- Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlardan, düşünürlerden ve yazarlardan hizmet akdi ile çalışanlar,

c- Müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar,

d- 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar,

e- 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirtilen umumî kadınlar, sigortalı sayılır²⁰.

Yasada belirtilen sigortalılık ve sigortalı ile ilgili uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

2- Genel sağlık sigortası kapsamında bulunanlar:

a- Yukarıda belirtilen zorunlu sigortalılar

b- İsteğe bağlı sigortalılar

c- Yukarıdaki (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılmayanlardan;

c.1- 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında yeşil kart verilen kişiler,

c.2- Vatansızlar ve sığınmacılar,

c.3- 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

c.4- 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler,

c.5- 28/5/1986 tarihli ve 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

c.6- 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

c.7- 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişiler,

c.8- Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,

c.9- 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen kişiler,

d- Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler,

e- 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu gereğince işsizlik ödeneğinden yararlandırılan kişiler,

f- Bu Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olan kişiler,

g- Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan kişiler, genel sağlık sigortalısı sayılır.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (f), (g), (h), (ı), (j) ve (k) bentlerinde sayılanların öncelikle, genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olup olmadığına bakılır. Genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu ki-

şi ise tescili yapılmaz. Aksi takdirde birinci fıkra hükümlerinden durumuna uyan bende göre genel sağlık sigortalısı sayılır. Birinci fıkranın (f) bendi kapsamında gelir alması nedeniyle genel sağlık sigortalısı sayılanlar, aynı zamanda diğer bentler gereği de genel sağlık sigortalısı sayılması halinde (f) bendi dışındaki bentler kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (d), (e) ve (l) bentleri kapsamında olanlar, ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular, kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin kamu düzeninin zorunlu kıldığı hallerde, bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı olanlar, birinci fıkranın (d) bendi kapsamına girenler Türkiye'de bir yıldan kısa süreyle yerleşik olması halinde genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmazlar.

Birinci fıkranın (d) ve (g) bentlerinin uygulanmasında evli olanlar için, eşlerden hangisinin bu maddeye göre genel sağlık sigortalısı, hangisinin bakmakla yükümlü olunan kişi olacağının tespiti kendi tercihlerine bırakılır. Diğer bentler gereği eşlerin her ikisinin de genel sağlık sigortalılık şartlarının oluşması halinde her ikisi de ayrı ayrı genel sağlık sigortalısı sayılır.

B- KISMİ SİGORTALILAR (BAZI SİGORTA KOLLARININ UYGULANACAĞI SİGORTALILAR)

Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından aşağıda sayılan kişiler hakkında uygulanacak sigorta kolları şunlardır (m.5):

1- Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bun-

lar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

2- Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigortası; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tâbi tutulan öğrenciler hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır ve bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

3- Harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre aylıkları hesaplanarak ödenen veya asayiş ve güvenliğin sağlanması ile ilgili kanunlara göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlardan, bu Kanuna tâbi sigortalı olarak çalışanlar hakkında aylıkları kesilmeksizin kısa vadeli sigorta kolları uygulanır. Ancak bunlar hakkında, uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, uzun vadeli sigorta kolları uygulanır.

4- Sosyal güvenlik destek primine tâbi olanlar hakkında, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır.

5- Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır.

6- 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu gereğince işsizlik ödeneğinden yararlandırılan kişilere, işsizlik ödeneğinin hak edildiği süre içinde, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılarak uzun vadeli sigorta kolları uygulanır.

IV-KISA VADELİ SİGORTA TÜRLERİ

5510 sayılı Yasanın m. 81-f hükmüne göre hastalık ve analık sigortası için, 506 sayılı Yasadaki gibi ayrıma gidilmemiş, bu iki sigorta dalı için genel sağlık sigortası primi öngörülmüştür. Genel sağlık

sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın %12,5'idir. Bu primin %5'i sigortalı, %7,5'i işveren hissesidir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanların genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın %12'sidir.

Yine 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılar (a), (c) ve (f) bentlerindeki prim oranlarının toplamı üzerinden, şayet sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışıyorlar ise (e) bendinde belirtilen prim oranlarının toplamı üzerinden primlerini ödeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak, yaşlılık aylığı almakta iken, 5510 sayılı Yasaya tabi bir işte yeniden çalışanlara uygulanacak destek primleri daha önce %30 iken yeni sistemde, hizmet akdi ile çalışanlar için %33,5 ila %39,5 arasındadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kamu görevlileri ve bağımsız çalışanlar için 5510 sayılı Yasanın 81/e hükmünü Anayasa'ya aykırı bulduğundan iptal etmiştir.

Kanun koyucu, 5510 sayılı Yasayı yürürlüğe sokmak istiyorsa, iptal konusu olan düzenlemeye yönelik yeniden çalışma yapmak zorundadır. 5510 sayılı Yasanın 106. maddesi yürürlüğe girdiği gün, eski yasalar, temel ve diğer sosyal güvenlik yasaları, yürürlükten kalkacaktır. Bu durumda, eski kamu görevlileri ve bağımsız çalışıp da, yeniden çalışanların tamamı sosyal güvenlik destek primi ödemediği çalışmaya başlayacak ve mevcut sigorta sisteminden yararlanabilecektir. Zira, eski yasa yürürlükten kalktığı için söz konusu 506 sayılı Yasanın ilgili hükmüne göre sosyal güvenlik destek primi alınmayacak, öte yandan 5510 sayılı Yasada da konu ile ilgili hüküm iptal edildiği için, bu durumda bulunan kimselerden, sosyal güvenlik destek primi kesilemeyecektir. Bu durum, hem Anayasa'ya hem de mevcut sosyal güvenlik sistemimize aykırı bir durumdur. Mutlaka yeni bir düzenleme ile bu açığın kapatılması gerekmektedir.

Öte yandan kısa vadeli sigortalılar için ilk defa Devlet katkısı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Devlet, ilk defa olmak üzere, sigortalının prime esas kazancı esas alınarak; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları için %5 oranında; genel sağlık sigortası için ise %3 oranında katkı yapar. Devlet katkısı, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigorta-

sı priminin dörtte biri olarak hesaplanır. Devlet katkısının ödenmesine ilişkin usûl ve esaslar, Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenir.

A- HASTALIK SİGORTASI

1- Hastalık Sigortasının Mahiyeti

Çağdaş sosyal güvenlik sistemlerinin temel amacının sosyal bir riskle karşılaşan bireye, ekonomik bir güvencenin sağlanması olduğu genel kabul gören bir kısa tanımdır²¹. Bu tanımdan hareketle yola çıkarsak, kişinin iş göremez duruma geldiğinde ona gerek tıbbi ve gerekse maddi yardım yapılması, en önemli temel bir sosyal güvenlik fonksiyonu olarak gözükmektedir. Bu nedenle, uygulamada en fazla rastlanılan iş göremezlik hali olarak “hastalık” sigortası karşımıza çıkmaktadır. Sosyal sigortalar açısından hastalık kavramı, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan, geçici nitelikte tam iş göremezlik durumunu anlatır (5510 s.y. m.15/1)²². Bu niteliği itibarıyla, sigortalının geçici gelir kaybına neden olan risklerden biridir. Sağlık yardımları sağlayan, bir yandan da sigortalıya iş göremediği sürece para yardımı yapan sosyal sigorta koludur. Ülkemizde iş göremezlikle sonuçlanan hastalık vakalarına en çok 45-60 yaşları arasında rastlanmaktadır²³.

5510 sayılı Yasanın düzenlemesinde de, önceden farklı esaslar getirilmemiştir.

Hastalık hali, kısa vadeli sigorta kolları kapsamında yer almıştır. Sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık hali olarak kabul edilmiştir.

5510 sayılı Yasanın 18-b maddesine göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalıların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için, iş göremezlik ödeneği verilir. Bu durum, 506 sayılı Yasada 120 gün olarak belirlenmişti. Bu anlamda, sigortalılar için olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkündür²⁴.

Hastalık sigortasından yararlanabilmek için; hizmet akdine istinaden işveren yanında veya

kamu idarelerinde çalışanlar için ve kısa vadeli sigorta kollarına tabi olanlardan, hatalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için, Kurumca yetkilendirilmiş hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla geçici iş göremezlik ödeneği verilecektir (m.18/b).

Kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar da geçici iş görmezlik ödeneğini, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla, yatarak tedavi süresince veya yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenir (m.18/2). Bu durumun Anayasa'ya aykırılığı savı ile yapılan “iptal başvurusu”nu, Yüksek Mahkeme reddetmiştir²⁵.

Öte yandan, yeni yasa, tıpkı 506 sayılı Yasanın 41. maddesinde olduğu gibi, Kuruma, haksız ve yersiz olarak, sigortalıya yaptığı hastalık sigortası yardımından dolayı işverene rücu edebilme imkânı tanımıştır. Buna göre;

-Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde,

-Böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak,

-Bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının,

-Bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilmektedir²⁶.

Öte yandan, hastalık olayı, işverenin veya üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse,

-Sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile

-Bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı,

zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilmektedir. Üçüncü kişileri çalıştıranların kusuru varsa, Borçlar Kanunu'na göre istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilecektir²⁷.

2- Hastalık Sigortasından Sağlanan Yardımlar

5510 sayılı Yasanın 63. maddesine göre; genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; hastalık analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri şunlardır:

a- Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri.

b- Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

c- Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavileri ile 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarının %50'si.

d- Yukarıdaki bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri.

Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini Sağlık Bakanlığı'nın görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Kurum, bu amaçla bilimsel komisyonlar kurar, ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle işbirliği yapabilir.

60 ıncı maddede sayılan genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarının yitirilmesi halinde, devam etmekte olan tedavi nedeniyle sağlanacak sağlık hizmetleri kişinin iyileşmesine kadar sürer.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Sağlık Bakanlığı'nın görüşü üzerine Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

5510 sayılı Yasa, Kurumca sağlanmayacak sağlık hizmetlerinin sınırını da şu şekilde çizmiştir (m.64).

- Vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve herhangi bir kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti ile estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri.

- Sağlık Bakanlığı'nca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ile Sağlık Bakanlığı'nca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Kurumca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

e- Yeni yasal düzenleme ile hekim ve hastane seçme serbestisi yaygınlaştırılmıştır.

Hastanın hekimini ve hastanesini seçme serbestisi, sevk zincirine uyulmak şartıyla kamu veya özel ayrımı yapılmaksızın tanınmıştır. Hatta sözleşmesiz olan sağlık kurumlarına yapılan başvurular da mevcut durumda acil haller dışında hiçbir ödeme yapılmazken, GSS ile sözleşmeli sağlık kurumlarına ödenen tutarın %70'i ödenecektir²⁸.

f- Yol, gündelik ve refakatçi giderleri

Yeni yasanın 65. maddesine göre; hekimin veya diş hekiminin muayene veya tedavi sonrası tıbben göreceği lüzum üzerine genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmaları için muayene ve tedavi edildikleri yerleşim yeri dışına yapılan sevkinde, ayakta tedavilerde kendisinin ve bir kişi ile sınırlı olmak üzere refakatçisinin gidiş ve dönüş yol gide-

ri ve gündelikleri; yatarak tedavilerde ise gidiş ve dönüş tarihleri için gündelikleri ile yol gideri Kurumca karşılanır.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yatarak tedavileri sırasında, hekimin veya dış hekiminin tıbben göreceği lüzum üzerine yanında kalan refakatçinin yatak ve yemek giderleri bir kişi ile sınırlı olmak üzere Kurumca karşılanır.

Yurt içinde veya yurt dışına yapılan sevkler nedeniyle ödenecek gündelik, yol, yatak ve yemek giderlerinin tutarı 72 nci maddede belirtilen Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenir.

Sürekli iş göremezlik veya malûllük durumlarının tespiti, kontrolü veya periyodik sağlık muayenesi amacıyla yapılan sağlık hizmeti giderleri ile yol ve gündelik giderleri de bu madde hükümlerine göre ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. 5510 sayılı Yasa henüz yürürlüğe girmediği için, 506 sayılı Yasa döneminde yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmelikler yürürlükte olacaktır.

B- ANALIK SİGORTASI

1- Analık Sigortasının Mahiyeti

Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özür-lülük halleri analık hali olarak kabul edilmiştir (m.15)²⁹.

2- Analık Sigortasının Sağladığı Yardımlar

a- Sağlık Yardımları

aa-Genel sağlık yardımı

Yeni Yasanın (5510 sayılı) 63. maddesi; analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensu-

bu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler Kurumca sağlanmak zorundadır.

bb- Çocuğu olmayan sigortalılara çağdaş teknoloji-den yararlanma hakkı

Yeni Yasanın m. 63-e hükmü, 506 sayılı Yasada bulunmayan analık sigortasına ilişkin (genel sağlık sigortası çerçevesinde) yeni hükümler kabul etmiştir. Buna göre; evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının;

1- Yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi,

2- 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması,

3- Son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,

4- Uygulamanın yapıldığı tıbbî merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması,

5- En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri de Kurumca sağlanır.

cc- Sağlık yardımlarının başlangıcı ve sona ermesi

Yeni yasal düzenleme, kural olarak, hastalık ve analık sigortasından yararlanabilme imkanını, önceki bir yıl için en az 30 günlük prim ödeme şartına bağlamıştır. Başkasının hizmetinde çalışanlar için, doğal olarak, bu şart aranmaz. Ancak, Kuruma, sigortalı olarak tescil edilmesi gerekir. Tedavi süresi, Kurumca yetkilendirilmiş olan hekimin uygun gördüğü zamana kadar devam edecektir³⁰.

Hastalık ve analık sigortaları hükümlerinin uygulamasında sigortalılık;

- ilgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izin-

li olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini,

- diğer hallerde ise kısa ve uzun vadeli sigorta kollarında belirtilen tarihleri

takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılmaktadır.

b- İş göremezlik Ödeneği

Yeni yasal düzenlemeye göre; sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için, iş göremezlik ödeneği verilir.

Sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışılması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için, geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanlara hastalıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla yatarak tedavi süresince veya yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenir.

5510 sayılı Kanun, geçici iş göremezlik ödeneği oranını her üç sosyal risk için de aynı belirlemiş ve ortalama günlük kazancın 2/3 oranında bir geçici iş göremezlik ödeneği verilmesini öngörmüştür. Oysa bu oran 506 sayılı Kanunda sigortalının ayakta ya da yataklı tedavi kurumlarından tedavi edilmesine göre değişiyordu³¹.

c- Emzirme yardımı

Öte yandan emzirme yardımına hak kazanma şartları da yasada şu şekilde belirlenmiştir.

- sigortalı kadına veya

- sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe çocuğun yaşaması şartıyla, doğumdan sonraki altı ay süresince her ay, doğum tarihinde geçerli olan asgari ücretin üçte biri tutarında emzirme ödeneği verileceği hükme bağlanmıştır. Bu durum, sigortalılar lehine olumlu bir adım olarak görülmektedir³².

Sigortalılığı sona erenler için; emzirme ödeneğine hak kazanıp sigortalılığı sona erenlerin, bu tarihten başlamak üzere üç yüz gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadının veya karısı analık si-

gortası haklarından yararlanacak sigortalı erkeğin, doğum tarihinden önceki onbeş ay içinde en az üç ay prim ödenmiş olması şartıyla emzirme ödeneğinden yararlandırılması hükme bağlanmıştır (m. 16/3)³³.

2007 yılının ikinci yarısı esas alındığında, her ay; 585/3 =195 YTL. ödeme yapılacağı anlaşılmaktadır.

d- Yol, gündelik ve refakatçi giderleri

Yeni Yasanın 65. maddesi; hekimin veya diş hekiminin muayene veya tedavi sonrası tıbben göreceği lüzum üzerine genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmaları için muayene ve tedavi edildikleri yerleşim yeri dışına yapılan sevinde, ayakta tedavilerde kendisinin ve bir kişi ile sınırlı olmak üzere refakatçisinin gidiş ve dönüş yol gideri ve gündelikleri; yatarak tedavilerde ise gidiş ve dönüş tarihleri için gündelikleri ile yol gideri Kurumca karşılanır.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yatarak tedavileri sırasında, hekimin veya diş hekiminin tıbben göreceği lüzum üzerine yanında kalan refakatçinin yatak ve yemek giderleri bir kişi ile sınırlı olmak üzere Kurumca karşılanır.

Yurtiçinde veya yurtdışına yapılan sevkler nedeniyle ödenecek gündelik, yol, yatak ve yemek giderlerinin tutarı 72 nci maddede belirtilen Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenir.

Sürekli iş göremezlik veya malûllük durumlarının tespiti, kontrolü veya periyodik sağlık muayenesi amacıyla yapılan sağlık hizmeti giderleri ile yol ve gündelik giderleri de bu madde hükümlerine göre ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. 5510 sayılı Yasa henüz yürürlüğe girmediği için, 506 sayılı Yasa döneminde yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmelikler yürürlükte olacaktır.

C- İŞ KAZASI

1- İş Kazası Sigortasının Mahiyeti

Gerek batıda ve gerekse ülkemizde ilk kurulan sosyal güvenlik ile ilgili yasaların ilk uygulama alanı bulduğu bu risk grubu, ülkemiz için halen bü-

yük bir sosyal tehlike olmaya devam etmektedir. Resmi rakamlara yansıyan istatistikler; ülkemizde, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle, günde yaklaşık 4 kişinin öldüğünü ve 10 kişinin sakat kaldığını göstermektedir. Konu ile ilgili duyarsızlık nedeniyle, örneğin metal işkolunda, bu risk grubunda meydana gelen ölümler, AB ülkelerinden 12 kat daha fazladır³⁴.

Şüphesiz bu risk grubunun ekonomik, sosyal, psikolojik ve çevresel bir dizi etken rolü bulunmaktadır. Konu ile ilgili yasal mevzuatın tam olarak uygulanmaması, denetim eksikliği, konu ile ilgili olarak iş güvenliği ve işçi sağlığı eğitimlerinin verilememesi, şüphesiz, olumsuz tablodaki ürkütücü boyutların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Öte yandan, ülkemizde bulunan küçük ve orta boyutlu işletmelerin, iş güvenliği, işçi eğitimi ve denetimi konularına yeterince önem vermemeleri, bu işlere yönelik finansman kaynaklarının sınırlı olması, iş kazalarını arttırıcı bir etki yaratmaktadır³⁵.

Yeni yasal düzenleme öncesi, sadece SSK ve çok sınırlı da olsa Bağ-Kur sigortalılarına uygulanan iş kazası hükümleri, artık çalışan tüm sigortalılar hakkında uygulanacaktır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmak için herhangi bir süre prim ödemek şartı bulunmamaktadır.

2- İş Kazasının Tanımı

İş kazası ve meslek hastalıklarına ilişkin programlar, bütün resmi sosyal güvenlik sistemleri içinde belki de en eski ve en yaygın olanıdır³⁶. İş kazası konusunda SSK 11. maddesi ile SS ve GSSK 13. maddesi arasında, ihtiva ettiği konular arasında fark yoktur.

“İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması

Madde 13- İş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.

İş kazasının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde,

b) (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı bakımından kendisi tarafından, bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde,

c) (c) bendi kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatlarına göre yetkili mercilere derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde,

iş kazası ve meslek hastalığı bildirdesinin doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu fıkranın (a) ve (c) bentlerinde belirtilen süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar.

Kuruma bildirilen olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir karara varılabilmesi için gerektiğinde, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla soruşturma yapılabilir. Bu soruşturma sonunda yazılı olarak bildirilen hususların gerçeğe uymadığı ve olayın iş kazası olmadığı anlaşılırsa, Kurumca bu olay için yersiz olarak yapılmış bulunan ödemeler, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan, 96 ncı madde hükmüne göre tahsil edilir.

Yeni yasal düzenleme, eski yasada yer alan “toplu olarak getirilip götürülme” şartını kaldırmış, iş kazasının kabulü için işverence sağlanan bir taşıtla yapılmasını yeterli kabul etmiştir.

Kaza olayı ile sigortalının uğradığı zarar arasında (illiyet) nedensellik bağının bulunması gerekir.

İş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usûlü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

Tanımı kısaltacak olursak; iş kazası, işyerinde veya işverenin otoritesi altında herhangi bir yerde bulunduğu bir sırada, gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla, sigortalıyı ani ve harici gelen olayda bedence veya ruhça arızaya uğradan olaydır³⁷. 506 sayılı Yasaya göre, işveren vuku bulan iş kazasını o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal, Kuruma ise en geç iki gün içinde bildirmek zorundadır.

Yeni Yasaya (GS ve SSK 13/2-a) göre ise kazaya uğrayan sigortalının durumuna göre farklı kriterler ile ancak üç işgünü olarak bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

a- İş kazasına uğrayanın hizmet akdi ile çalışan biri olması durumunda, iş kazası, işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirilmek zorundadır.

b- Bağımsız çalışanlar, bir ayı geçirmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde bildirmek zorundadır.

c- Kamu görevlilerinin iş kazasına uğraması durumunda ise bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatlarına göre yetkili mercilere derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç iş günü içinde, bildirilmek zorundadır (m. 13/2-a)³⁸.

3- İş Kazası Sigortasından Yararlanma Şartları

a- Kazaya uğrayanın SS ve GSSK anlamında sigortalı olması gerekir. Bu durum Yasanın 4. maddesinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu maddenin kamu görevlilerini de Yasa kapsamına alan 4/c-1, 2 hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından, başka bir yasal düzenleme yapma zorunluluğu nedeniyle iptal edildiği için memurlar, sözleşmeli personel ile

açıktan vekil atananlar Yasa hükmü kapsamında çıkmıştır. Buna göre, 5510 sayılı Yasaya göre tam sigortalı olanlar ile aynı Yasaya göre, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortalarından yararlanacakları belirtilenler, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasının getirdiği imkândan yararlanacaklardır.

Kısacası madde hükmünün ihtiva ettiği ve genel olarak çırak, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler ile hizmet akdi ile çalışan veya bağımsız çalışanların büyük çoğunluğunun oluşturduğu sigortalılar iş kazası kapsamına alınmıştır. Yasada sınırlı olarak belirlenen kimselerin dışında vuku bulan kazalar iş kazası sayılmayacaktır.

b- Ani bir şekilde ve istenilmeyerek bir zararın doğumuna amil olan ve vücut bütünlüğünü ihlal eden bir kazanın meydana gelmesi gerekir³⁹. Bu kazanın kimin tarafından ve nasıl meydana gelmesi önemli değildir. Kazaya uğratan olay sigortalının kendi kusuru sonucu olsa da uğradığı kaza iş kazası sayılır. Hatta sigortalının kastı, bir olayın iş kazası sayılmasına engel değildir. Kendi ağır kusuru neticesinde iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalın kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadarı, kasti hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan, hastalanan kimseye verilecek iş göremezlik gelirinین yarısının kesilmesine neden olabilecektir⁴⁰. Sağlık yardımından ise herhangi bir kısıntıya gidilemeyecektir. Hatta Yargıtay'a göre, sigortalının işyerinde intihar etmesi de bir iş kazasıdır⁴¹. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik kazanın yeni Yasanın 13. maddesine göre aşağıdaki şartlarda meydana gelmiş olması gerekir:

1- İşyerinde yapılan bir iş dolayısıyla kazanın vuku bulması gerekir. İşyeri kavramı yönünden mevcut ve henüz yürürlüğe girmemiş kanun arasında herhangi bir farklılık mevcut değildir. İşe adım atıldığı andan, işi terk anına değin, silahlı saldırı ve ara dinlenmelerde meydana gelen kasıtlı olaylar dahil olmak üzere, işçinin ruh ve bedensel bütünlüğüne yönelik her türlü zarar iş kazasıdır.

2- Sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla kazaya uğraması m. 13 hükmüne göre, iş kazasıdır.

3- Sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında vuku bulan kaza iş kazasıdır. Eski yasal düzenlemede olmayıp, yasa-

mıza yeni giren bu durumun, serbest çalışanların da kendi ad ve hesabına çalışmaları durumunda vuku bulan kazanın iş kazası sayılmasının sağlanmasının, ileri bir adım olduğu ileri sürülmektedir⁴².

4- Sigortalının, işveren tarafında görev ile işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda kazaya uğraması hali de iş kazasıdır. Önemli olan, görevlendirme süresi içinde vuku bulan bir iş kazasının meydana gelmesidir. İşveren tarafından başka bir yere gönderilmesi esnasında meydana gelen kaza, ister başka ilde, ister başka ülkede meydana gelsin herhangi bir farklı durum meydana getirmeyecek, her durumda iş kazası kabul edilecektir⁴³. Yargıtay, bir kararında, sigortalının işveren tarafından başka yere gönderilmesi durumunda, boş zamanlarını normal bir yaşantı içerisinde değerlendirmesinin doğal olduğunu vurgulayarak, sigortalının boş zamanlarını da normal yaşantı içerisinde kalmak koşuluyla, boş zamanlar da dahil olmak üzere, tüm risklere karşı sigortalı saymak, sosyal sigorta hukukunun ilkelerine uygun düştüğünü hükme bağlamıştır⁴⁴.

5- Emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelen kaza iş kazasıdır. 4857 sayılı Yasanın 74. maddesine göre, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin nasıl kullanılacağına işçinin kendisi karar verir. Bu süre içinde meydana gelen kaza da, iş kazası olarak kabul edilmiştir. Yargıtaya göre kadın işçinin, süt izni süresi içinde işyerine gelmek üzere yolda karşıdan karşıya geçen bir aracın çarpması sonucu ölmesi iş kazasıdır⁴⁵.

6- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay iş kazasıdır.

Yeni yasal düzenleme, eski yasada yer alan "toplu olarak getirilip götürülme" şartını kaldırmış, iş kazasının kabulü için işverence sağlanan bir taşıtla yapılmasını yeterli kabul etmiştir. Bu hüküm, özellikle, işverenin araç maliki olmadığı ve sadece zilyet olduğu araçlar ile taşımalar için söz konusudur. Zira, aracın malikinin işveren olması durumunda, zaten araç işyeri kapsamında olduğu için burada meydana gelecek her türlü kaza iş kazası-

dır. Yasanın burada sözünü ettiği husus, işverenin malik olmadığı ve daha çok kiralamak suretiyle veya herhangi bir servis şirketi ile anlaşmak suretiyle meydana gelen ve çoğunlukla da trafik kazası olan iş kazaları için söz konusudur⁴⁶.

c- Sigortalının uğradığı kaza sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekir. Arıza kavramı, bedensel ve ruhsal arızaların tümünü kapsar. Uğranılan zararın en azından sosyal sigorta yardımlarının Kurumca sağlanmasını gerektirecek nitelikte ve derecede olması yeterli olacaktır. Mala yönelik herhangi bir zarar iş kazası değildir.

d- Kaza olayı ile sigortalının uğradığı zarar arasında (illiyet) nedensellik bağının bulunması gerekir. Buradaki illiyet bağı, borçlar hukuku sistemimizin kabul ettiği uygun illiyet bağıdır. Olayların normal akışına ve güncel yaşam deneyimlerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun meydana gelmesini kolaylaştıran nedene, uygun neden; bu nedenle sonuç arasındaki bağa da uygun illiyet bağı denilmektedir⁴⁷. Yargıtay eski ve yeni kararlarının incelenmesinden vardığımız kanaat odur ki, Yargıtay eski kararlarında "iş kazası" ile ilgili yorumunu daha çabuk yaparken, son zamanlarda, "iş kazası" için daha sınırlı yorum yapmaktadır.

Meydana gelen iş kazası eski yasada, kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma iki gün içinde işveren tarafından bildirilmek zorunda olduğu halde, yeni yasal düzenleme işçilerin iş kazasının üç işgünü içinde Kuruma bildirilme imkânı getirilmiştir. Serbest çalışanlar ise bir ay içinde olmak üzere, bildirim yapabilecek ortamın olduğu tarihten her halükârda üç işgünü içinde bildirim zorunluluğu getirilmiştir. Kurum, gerekirse Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilir. Uygulamada; iş kazası ve meslek hastalığı neticesinde vuku bulan ölüm, sakatlık veya kuşkulu işlemlerde, Kurum, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmak için herhangi bir süre prim ödemek şartı bulunmamaktadır.

D- MESLEK HASTALIĞI

1- Meslek Hastalıklarının Mahiyeti

Meslek hastalığı, işçinin işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmakta iken işin niteliğine göre yinelenen bir nedenle veya işin yürütüm koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arıza biçiminde tanımlanmaktadır⁴⁸. Gerçekten yeni Yasanın 14/1. madde hükmüne göre; meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürlülük halleridir. İş kazasından farklı olarak, tümüyle mesleki özellik taşımaktadır. Başka bir deyişle, iş kazasının yapılan işle ilgili bulunması zorunlu olmadığı halde, meslek hastalığının sigortalının yaptığı işin sonucu olarak ortaya çıkması gerekir. Meslek hastalığında zararı doğuran neden tümüyle dış etkenlerden kaynaklanır. Dıştan gelen bu etken, bünyeye yavaş yavaş tesir eder; zaman içinde tekrarlanan, hastalık, sakatlık veya ruhsal bir arıza ve hatta ölümü meydana getirir⁴⁹.

Meslek hastalığının tanımı; m. 14- Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürlülük halleridir.

Meslek hastalığının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

- (a) ve (c) bentleri ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından,

- (b) bendi kapsamındaki sigortalı bakımından ise kendisi tarafından,

bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene veya 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıya, Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rücu edilir.

Meslek hastalığı ile ilgili bildirimler üzerine gerekli soruşturmalar, Kurumun denetim ve kontrol

Kısa vadeli sigortalının primlerine yönelik olarak da, 506 sayılı dönemdekinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. İlk defa devletin de, işçi ve işveren katkısı ile birlikte katkısı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla yaptırılabilir.

Hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usûlü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenir. Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.”

2- Meslek Hastalığı Sigortasından Yararlanma Şartları

a- Sigortalının bedence veya ruhça bir zarara uğraması, kendisine yapılacak sigorta yardımlarının ön koşuludur. Bu hastalık hali, geçici de olabileceği gibi, kalıcı da olabilir. Meslek hastalıkları, sadece vücudun fiziki bütünlüğünde değil, ruh ve sinir sisteminde de arazlar meydana getirebilir. Sigorta yardımlarının bu halde de yapılması doğaldır.

b- Hastalık, sakatlık veya ölümün, yürütülen iş sonucu olması gerekir. Bir başka anlatımla, hastalık (sakatlık ve ölüm) ile sigortalının yaptığı iş arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir.

c- Meslek hastalıklarının tespit yöntemleri sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun tespiti kural olarak liste yönetimi ile belirlenmiştir. Listede bulunmayan meslek hastalığı olduğuna ilişkin bir ispat yükü söz konusu değildir. Bu konuda karar vermeye yetkili organ Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'dur. Kurul'un kararlarına karşı yargıya başvurulabilir⁵⁰. Meslek hastalığına tutulduğunun tespiti için, ilgili kimsenin;

1- Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen

sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi,

2- Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi,

sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur.

3- Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının bu Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır. Bu durumdaki kişiler, gerekli belgelerle Kuruma müracaat edebilirler. Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir (m.14). Konu ile ilgili mevcut tüzüğe ekli meslek hastalıkları listesinde çeşitli hastalıklar için belirlenmiş yükümlülük süreleri 3 gün ila 15 yıl arasında değişmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmak için herhangi bir süre prim ödemek şartı bulunmamaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığına ilişkin prim ödemesi tamamen işverene aittir. Nitekim 81-c maddesine göre; kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre % 1 ilâ % 6,5 oranları arasında olmak üzere, 83 üncü maddeye göre Kurumca belirlenir. Bu primin tamamını işveren öder.

81-d maddesine göre, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen öğrenciler ile (e) bendinde belirtilen kursiyerler için prim oranı prime esas kazançlarının % 1'dir. Kursiyerlerin prime esas günlük kazançlarının hesaplanmasında prime esas günlük kazanç alt sınırı dikkate alınır. Aday çırak, çırak ve meslekî eğitim gören öğrencilerin prime esas kazancı ilgili kanunlarında belirtilen şekilde uygulanır.

Kısa vadeli sigortaların primlerine yönelik ola-

rak da, 506 sayılı dönemdekinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. İlk defa Devletin de, işçi ve işveren katkısı ile birlikte katkısı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Nitekim, Devlet, ilk defa olmak üzere, sigortalının prime esas kazancı esas alınarak; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları için %5 oranında; genel sağlık sigortası için ise %3 oranında katkı yapar. Devlet katkısı, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri olarak hesaplanır. Devlet katkısının ödenmesine ilişkin usûl ve esaslar, Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenir (m. 81/son).

Bir hizmet akdi ile başkasına bağlı olarak çalışan kimsenin mümkün ve muhtemel iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık durumlarının Kuruma ve hatta sağlık ünitelerine, 3 işgünü içinde bildirme yükümlülüğü işverenlere aittir. Buna mukabil, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların kendilerini bir ay içinde (ve bildirim imkanının doğduğu andan itibaren üç işgünü içinde) bildirimde bulunmamaları durumunda, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmemektedir⁵¹.

İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin veya üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse,

- Sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile

- Bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı,

zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilmektedir. Üçüncü kişileri çalıştıranların kusuru varsa, Borçlar Kanununa göre istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilecektir.

V- KISA VADELİ SİGORTALAR İLE SAĞLANAN HAKLAR

A- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARINA İLİŞKİN YARDIMLAR

5510 sayılı Yasanın 18. ve 63. maddeleri, iş ka-

zası ve meslek hastalığının vukuu durumunda, sağlık yardımı yapılacağını öngörmüştür. Yasadaki düzenlemeye bakıldığında, tıpkı 506 sayılı Yasada olduğu gibi, sağlık yardımlarının belli başlı üç ana hedefinin olduğu görülür. Sağlığın korunması, çalışma gücünün yeniden kazanılması ve sigortalının kendi ihtiyaçlarını görme yeteneğinin artırılması amaçlanmaktadır.

Sağlık yardımlarının kapsamı konusunda; yeni Yasanın 63. maddesinde ayrıntılı olarak bahsedilen genel sağlık sigortası ile ilgili hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, şu sonuçlara ulaşmak mümkündür (m.63):

Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri şunlardır:

a- Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri.

b- Kişilerin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle, ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

c- Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

d- Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavileri ile 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarının %50'si.

e- Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının;

1- Yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi,

2- 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması,

3- Son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,

4- Uygulamanın yapıldığı tıbbî merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması,

5- En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması

şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri.

f- Yukarıdaki belirtilen hususlar çerçevesinde sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağ-

lanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri.

Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Kurum, bu amaçla bilimsel komisyonlar kurar, ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle işbirliği yapabilir.

60 ıncı maddede sayılan genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarının yitirilmesi halinde, devam etmekte olan tedavi nedeniyle sağlanacak sağlık hizmetleri kişinin iyileşmesine kadar sürer.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü üzerine Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

5510 sayılı Yasanın 64. maddesinde Kurumca sağlanmayacak sağlık hizmetleri de sınırlı olarak belirtmiştir. Bunlar;

- Vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti ile estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri.

- Sağlık Bakanlığınca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ile Sağlık Bakanlığınca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Kurumca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Doğaldır ki, henüz yeni yasa yürürlüğe girmediği için yeni yasaya göre bir yönetmeliğin hazırlanması şimdiye değin mümkün olmamıştır. Bu konuda 506 sayılı Yasa döneminde çıkarılmış olan ve tüzük hükümleri daha bir müddet yürürlükte kalacağı benzetilmektedir.

506 sayılı Yasaya göre; sigortalılara sağlanacak sağlık yardımlarını aşağıdaki başlıklarda vermek mümkündür:

- Sigortalıya doktora muayene ettirme, teşhis için gerekli klinik ve laboratuvar muayenelerini yaptırma, gerekiyorsa sağlık kurumlarına yatırma ve her türlü tedaviyi yaptırma konusunda Kuruma yükümlülük getirilmiştir.

- Tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme araçlarını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.

- Protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi.

- Tedavi için sigortalının yurtiçinde başka yere veya yabancı ülkeye gönderilmesi imkanı da mevcut yasada olduğu gibi 5510 sayılı Yasada da düzenlenmiştir Yurt dışında tedavi imkanı getirilmiştir. Bu imkân tüm vatandaşlara yurtdışında tedavi imkânı getirilmektedir.

Türkiye'de tedavi edilemeyen hastalıklarda tüm vatandaşlarımız için, ayrıma tabi tutulmaksızın yurt dışında tedavi imkanı getirilmektedir.

SSK'lı hastalarda aranan 300 gün hastalık sigortası primi ödemiş olma, Bağ-Kur'lu hastalarda aranan en az 10 ay sağlık sigortası primi ödemiş olma şartı kaldırılmaktadır.

Daha önce yurtdışında tedavi görme hakkı olmayan yeşil kartlı hastalar için bu hak ilk defa sağlanmaktadır⁵².

- Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine yurtiçinde tedavisi mümkün olmadığı tespit edilen kişilere sağlık hizmetleri yurtdışında sağlanır.

- İşe yeniden alıştırılma (rehabilitasyon) imkanı sunma. Zira sağlık yardımları, sigortalıya çalışma gücünü yeniden kazandırma ve kendi ihtiyaçlarını da görme yeteneğini arttırmayı da kapsar⁵³.

- Sağlık yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı ile kişinin bedensel ya da ruhsal bütünlüğünde meydana gelen arazın ortadan kaldırılması için yapılacak tüm tedavi süresini kapsar.

- Prim ödeme gün sayısı 30 güne indirilmektedir.

506 sayılı Yasa'da SSK'lılar için 90 gün, bakmakla yükümlü oldukları kişiler için 120 gün olan hastalık sigortası primi ödemiş olma şartı 30 güne indirilmektedir.

Bağ-Kur'lular için yeni başlayanlarda 240 gün, tekrar sigortalı olanlarda 120 gün olan sağlık sigortası prim ödemiş olma şartı 30 güne indirilmektedir.

Devlet memurlarına yönelik düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği için yeni bir yasa yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Yeni yasa kabul edilinceye değin mevcut yasal uygulamalar devam edecektir.

- Esas olarak prim borcu olanlara sağlık hizmeti vermek asıl olmakla beraber prim borcu olanlara da sağlık yardımı verilmektedir.

Mevcut durumda prim borcu bulunan Bağ-Kur'lu hastalar hiçbir sağlık yardımlarından yararlanamamaktadırlar. Kanun ile borcu olsa dahi aşağıdaki hallerde sağlık hizmeti karşılanmaya devam etmektedir:

- 18 yaş ve altındaki kişiler,
- Tıbben başkasının bakımına muhtaç kişiler,
- Acil haller,
- İş Kazası ve Meslek Hastalığı halleri,
- Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar,
- Analığa bağlı sağlık hizmetleri,
- Kişisel Koruyucu Sağlık Hizmetleri,
- Afet ve savaş hali,
- Grev ve lokavt hali.

5510 sayılı Yasa'nın 63 üncü maddesinde sayılan sağlık hizmetlerinin yurtiçindeki sağlık hizmet sunucularından sağlanması esastır. Ancak;

a- 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde sayılan genel sağlık sigortalılarından; işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usûle uygun olarak veya kamu idareleri için özel mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak geçici görevle yurtdışına gönderilenlere, acil hallerde,

b- 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde sayılan genel sağlık sigortalılarından; işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usûle uygun olarak veya kamu idareleri için özel mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak sürekli görevle yurtdışına gönderilenler ile bunların yurtdışında birlikte yaşadıkları bakmakla yükümlü olduğu kişilere,

c- Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine yurtiçinde tedavisi mümkün olmadığı tespit edilen kişilerin, sağlık hizmetleri yurtdışında sağlanır.

Yasa'nın anlatımından yurtdışında tedavi için üç temel şartın öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

- Tedavinin Türkiye'de imkânsız olması,
- Tedavi ile hastalığın tümünden veya kısmen azalma ihtimalinin bulunması (Bu iki durumun da Kurumun ilgili sağlık ünitesinin raporları ile belirlenmesi gerekir. Bu rapora karşı ilgililerin önce Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık kuruluna itiraz hakları vardır. Bu kurumun kararına karşı da, sigortalının, mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır⁵⁴),

● Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşünün alınması gerekir.

B-PARASAL YARDIMLAR

Sosyal güvenliğin temel amaçlarından biri, sosyal riskle karşılaşan sigortalılara ekonomik bir güvence sağlamaktır. Karşılaşılan risk nedeniyle belirli bir üre çalışamayan sigortalının ücret kaybına uğrayacağı kuşkusuzdur. Hekim raporu ile saptanması şartıyla, sigortalının çalışmadığı her gün için Kurum tarafından yapılan parasal yardım geçici işgöremezlik ödeneği denir. Kurumun parasal yardımlarından yararlanabilmek için, diğer sigorta dallarının aksine, herhangi bir zaman dilimi için sigorta primi ödeme şartı da bulunmamaktadır. Ayrıca, hastalık sigortasından farklı olarak, ilk günden itibaren parasal yardım yapılmaktadır⁵⁵.

Yapılacak parasal yardımlar geçici ve sürekli işgöremezlik ödeneği olarak ikiye ayrılır. Bu yardımlar, kural olarak, iyileşince değin sürer. Ancak kastıyla iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan sigortalılara yapılacak parasal yardımlar %50'ye kadar düşürülür. Ayrıca Kurumun yetkilendirdiği sağlık birimlerinde çalışan hekimlerin tavsiyesine uymayan, tedaviyi kabul etmeyen sigortalıya da yapılacak parasal yardımlar %50'ye kadar düşürülür. Ancak, bu şahıslar parasal kesintilerin yapıldığı ilk andan itibaren 3 ay içinde gerekli tedaviye başlarsa, geriye dönük olarak yapılan kesintiler kendilerine ödenir.

a- Geçici işgöremezlik ödeneği

İş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla işinde geçici bir süre çalışamayacağı hekim raporu ile saptanan sigortalıya, çalışmadığı (istirahatli olduğu) her gün için Kurum tarafından yapılan parasal yardıma geçici iş göremezlik ödeneği denilir⁵⁶.

1- Miktarı: Geçici işgöremezlik ödeneği, kural olarak almakta olduğu aylık ücretin 2/3'üdür⁵⁷. Ancak, sigortalı, aylık ücret dışında ikramiye de alıyorsa, son 90 günlük ikramiyesinin bir güne teka-bül eden kısmın da %50'si ilave edilerek bulunarak aylık ücret iş kazası ve meslek hastalığı iş göremezlik ödeneği olarak verilir. Sigortalı son üç ayda çalışmamışsa önceki 12 aydaki dilim içinde 3 ay ödemeler, kural olarak, Kurum tarafından haftalık olarak verilir. Geçici iş göremezlik ödeneği, sigortalının, sağlık tesislerine yatırılmak yahut bakımı Kurumca sağlanarak kaplıca veya içmelere gönde-

rilme yoluyla tedavi ettirilme halinde, günlük kazancın yarısı, ayakta tedavi ettirildiğinde ise bu kazancın yarısıdır. Geçici işgöremezlik ödeneğinden vergi alınmamaktadır⁵⁸.

2- Süresi: Parasal ödemelerin süresi, iş göremezlik halinin sona erdiği ana kadar devam eder. Kurum tarafından haftalık olarak ödenir. Ancak, Kurum tarafından doğrudan ödenmesinde güçlük olduğu durumlarda, işveren, Kurum adına, sigortalıya ödeme yapar. Daha sonra, bu ödemelerin karşılığı olan paralar, belge karşılığında, Kurum tarafından, işverene ödenir.

Geçici iş göremezlik ödeneği miktarında ve süresinde değişiklik, Kurum tarafından ve ancak yetkili kurulların kararı ile mümkündür. Bu karara karşı da mahkemeye başvurmak mümkündür.

3- Geçici iş göremezlik ödeneklerinin birleşmesi:

3.1- İş kazası ve meslek hastalıkları (İŞK-MH) ile hastalık veya analık (H-A) sigortalarının birleşmesi durumunda en yüksek olanı verilir.

3.2- İş kazası ve meslek hastalıkları (İŞ K- MH) ile malullük, yaşlılık ve ölüm (MYÖ) sigortası ile birleştiği takdirde yüksek olanın tümü ve diğerinin % 50'si verilir.

3.3- Hem ana hem de babanın iş kazası ve meslek hastalığından ölmesi durumunda yüksek olanın tümü ve diğerinin ise yarısı müteveffanın mirasçılara ödenir.

3.4- Malul olan kızların kendi kazançları varsa, ana veya babalarının iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ölmesi durumunda, kendi kazançları ile birlikte, ana ve babalarından dolayı iş kazası ve meslek hastalığı gelirine de hak kazanırlar.

b- Sürekli iş göremezlik ödeneği

Geçici iş göremezlik hali sonunda, Kuruma ait veya Kurumun sevk edeceği sağlık tesisleri sağlık kurulları tarafından verilecek raporlarda belirtilen arızalarına göre, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %10 azalmış bulunduğu Kurumca saptanan sigortalı, sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır. Bu gelir ömür boyunca sürer. Sigortalının meslekte kazanma gücü %10 ila %100 arasında eksilmişse sürekli iş göremezlik kısmi sürekli iş göremezlik ödeneği adı verilir. Sigortalının meslekte kazanma gücü

%100 ve sürekli olarak eksilmiş ise, tüm sürekli iş göremezlik ödeneği adı verilir.

Sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının mesleğinde kazanma gücünün tamamen veya kısmen yitirilmiş bulunmasına göre hesaplanır. Buna göre, sürekli tam iş göremezlikte sigortalıya yıllık kazancının %70'ine eşit yıllık gelir bağlanır. Ayrıca bulunan rakama sosyal yardım zammı da eklenir⁵⁹. Sürekli iş göremezlik kısmi ise sigortalıya bağlanacak gelir tam iş göremezlik geliri gibi hesaplanacak miktarın iş göremezlik derecesi oranındaki tutarı kadardır. İster tam, ister kısmi sürekli iş göremez durumda olan, sigortalı başka birinin bakımına muhtaç ise bu gelir % 50 arttırılır⁶⁰.

Sürekli iş göremezlik gelirinin sigortalıya ömrü boyunca verilmesi esastır. Ancak, iş kazası sonucunda tespit edilen sürekli iş göremezlik derecesinin %25'ten az olması ve bunun 3 yıl içinde değişmesinin Kurumca mümkün görülmemesi halinde sigortalının isteği üzerine bu gelirler sermayeye çevrilerek ödenir. Gelirin sermayeye çevrilmesini ancak iş kazasına uğramış olan sigortalı isteyebilir.

c- Diğer aile efradına yapılacak parasal yardımlar

Sigortalı kişi yaşadığı sürece, parasal yardımlar kendisine ödenir. Ancak vuku bulan iş kazası neticesinde sigortalının ölmesi durumunda parasal yardımlar ailesine yapılır.

1- Dul eşe gelir bağlanması:

Ölen sigortalının dul eşine (ister kadın, ister erkek olsun) gelir alan çocuğu varsa yıllık kazancının %70'inin yarısı oranında yıllık gelir bağlanır. Eğer dul eşin gelir alan çocuğu yok ise yıllık gelir oranı yıllık kazancın %70'inin % 75'idir ki yıllık kazancın %52,5'e tekabül eder. Sigortalının dul eşi evlenirse bu gelir kesilir. Gelirin kesilmesine yol açan evlenme son bulunca yeniden bağlanır. Sonraki eşinden de gelir almaya hak kazanan dul eşe bu gelirlerden fazla olanı ödenir.

2- Çocuklara gelir bağlanması:

Ölen sigortalının çocuklarından 18 yaşını, orta öğrenim yapması halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmamış olan veya çalışamayacak durumda malul bulunan ve sosyal güvencesi bulunmayan erkek çocuklarla, yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan ve

Sosyal Güvenlik Kurumu'na tabi bir işte çalışmaya, buralardan gelir veya aylık almayan kız çocukların her birine sigortalının yıllık kazancının %70'inin %25 oranında aylık gelir bağlanır. Kız çocukları evlendiği takdirde bu gelir kesilir. Evlenen kızın kocasının da iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ölmesi durumunda, bu iki gelirden fazla olanı verilir. Yetim aylığı alan çocuğun herhangi bir nedenle bu aylığı kesilecek olursa geride başka çocuk yok ise onun payı dul eşe eklenir. Dul eşin ölüm aylığı payı %50'den %75'e çıkar.

3- Ana ve babaya gelir bağlanması:

Müteveffa sigortalının ana ve babasının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlı olmaması, 2022 sayılı Yasa hariç olmak üzere, herhangi bir gelirin bulunmaması durumunda sınırlı olarak iş kazası ve meslek hastalığı gelirinden istifade eder. Ana ve babanın bu gelire hak kazanabilmesi için, müteveffanın iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle, eş ve iki çocuğunun birlikte gelire hak kazanmaması gerekir. %70 gelirin %50'si eşe, %25 ve %25 iki çocuğa kalması durumunda ana ve babaya bir şey kalmayacaktır. Ancak, eşin tek başına % 50 ve bir çocuğun kalması durumunda %25'lik kısmının bu çocuğa kalması nedeniyle bakiye %25'lik kısım (%70'lik kısmın %25'i) ana ve baba arasında paylaşılacaktır⁶¹.

4- Sosyal yardım zammı:

İş kazası ve meslek hastalığı neticesinde ölen sigortalının yakınlarından kendilerine aylık bağlanlara ayrıca her ay sosyal yardım zammı ödenir.

5- Cenaze giderlerinin ödenmesi:

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının ailesine Bakanlar Kuru kararıyla tespit edilecek bir tarife üzerinden cenaze giderleri karşılığı para ödenir⁶².

VI- KISA VADELİ SİGORTALAR İÇİN ORTAK HÜKÜMLER

5510 sayılı Yasa, eskiden olduğu gibi iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının prim oranını kendisi belirlemiştir. Buna karşılık hastalık ve analık sigortasının primlerini ayrı ayrı belirlememiştir. Bu nedenle, her dört sigorta türünden yararlanmayı da "genel sağlık sigortası" çerçevesinde ortak hükümler belirlemiştir. Bunların başlıcalarını şu şekilde belirlemek mümkündür.

A- SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI (m.67)

18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt hali hariç olmak üzere sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için;

1- Gerek 5510 sayılı Kanun ve gerekse bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olan kişiler hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması,

2- 5510 sayılı Yasa'nın 60 ıncı maddesinde sayılan

a- İsteğe bağlı sigortalı olan kişiler,

b- Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler,

c- Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte kısa ve uzun vadeli sigorta primleri dahil genel sağlık sigortası prim borcunun bulunmaması, şarttır.

Ayrıca genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yine 5510 sayılı Yasa'nın 4/1-b hükmüne göre, sigortalı sayılanlara, sürekli iş göremezlik geliri

bağlanabilmesi için, kendi sigortalılığından dolayı, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur⁶³.

B- GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ ALMA ŞARTLARI (m.18)

Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla;

1- İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için,

2- 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalıların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için,

3- Sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için,

4- Sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışılması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için, geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanlara hastalıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla yatarak tedavi süresince veya yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenir.

İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, 17 nci maddeye göre hesaplanacak günlük kazancının üçte ikisidir. Ancak geçici iş göremezlik ödeneğinin güncellenmemiş tutarı, sigortalının ödenek hesabına esas alınan döneme ilişkin kazanç üzerinden vergi, sosyal sigorta, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası primleri kesintileri sonrası hesaplanan günlük net kazancını geçemez.

Sigorta prim ve ödeneklerinin hesabına esas tutulacak günlük kazançların alt sınırında meydana

gelecek değişikliklerde, yeniden tespit edilen alt sınırın altında bir günlük kazanç üzerinden ödenek almakta bulunanların veya almaya hak kazanmış veya kazanacak olanların bu ödenekleri, günlük kazançlarının alt sınırındaki değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak değiştirilmiş günlük kazançların alt sınırına göre ödenir.

Bir sigortalıda iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinden birkaçı birleşirse, geçici iş göremezlik ödeneklerinden en yükseği verilir.

Geçici iş göremezlik ödenekleri, toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri ile kamu idarelerinin işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usûl ve esaslara göre Kurum adına sigortalılara ödenerek, daha sonra Kurum ile mahsuplaşmak suretiyle tahsil edilebilir.

Geçici iş göremezlik ödeneklerinin ödeme zamanı ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

C- SAĞLIK SİGORTASI İÇİN KATILIM PAYI ALINMASI ÖNGÖRÜLEN HALLER (m. 68)

63 üncü maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacak olanlar şunlardır:

1- Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi.

2- Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri.

3- Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar.

Katılım payı, birinci fıkranın ayakta tedaviler için sunulacak sağlık hizmetleri için 2 Yeni Türk Lirası olarak uygulanır. Katılım payı, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri ile ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ve sağlık hizmetleri için gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak %10 ilâ %20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenir. Ayakta tedavilerde sağlık hizmetleri için belirlenen katılım payı tutarı, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yenden değerlendirme oranı kadar her yıl artırılır. Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesinde belirlenen katılım payını, birinci basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya

da daha düşük tutarlarda belirlemeye Kurum yetkilidir.

İkinci fıkrada belirtilen katılım payı tutarı ve oranları, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sevk zincirine uymadan, diğer basamaktaki sağlık hizmet sunucularına doğrudan müracaatları halinde %50 oranında artırılarak uygulanır.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için ödeyecekleri katılım payının tutarı, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgarî ücretin %75'ini geçemez.

Bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemine ilişkin 63/e maddesinde yer alan tedavi dışındaki, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde katılım payı ilk denemede %30, ikinci denemede %25 oranında uygulanır. Ancak katılım payında dördüncü fıkra gereği uygulanan üst limit dikkate alınmaz.

Yeşil kart verilerek tedavileri devlet tarafından karşılananlar, vatansızlar ve sığınmacılar ile 2022 sayılı Yasa'ya göre, 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarından kendilerine aylık bağlanmak suretiyle, genel sağlık sigortalısı sayılanlar ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ödemiş oldukları katılım payları, talepleri halinde, 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenir.

Katılım paylarını, gelir veya aylık alan kişilerin gelir veya aylıklarından, çalışanların ücret veya maaşlarından mahsup edilmek suretiyle tahsile ve katılım paylarının ödenme usûlünü belirlemeye Kurum yetkilidir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına, tahsil ettikleri katılım payı düşüldükten sonra kalan tutar ödenir.

Katılım paylarının hesaplanmasında yeni Yasa'ya göre (m.72) tespit edilen sağlık hizmeti tutarları esas alınır. Kurumca belirlenen katılım paylarını tahsil etmeyen sağlık hizmet sunucularına idarî para cezası uygulanır (m.102/j).

Katılım paylarının ödenme usûlleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

D- KATILIM PAYI ALINMAYACAK HALLER, SAĞLIK HİZMETLERİ VE KİŞİLER (m.69)

Kural olarak katılım payı alınması asıl olmakla beraber, yeni Yasada sınırlı olarak sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler şunlardır (m.68):

1- İş kazası ile meslek hastalığı halleri ile askerî tatbikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetleri.

2- 75 inci maddede yer alan afet ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri.

3- Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri.

4- Sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve hayati önemi haiz ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerine yönelik sağlık hizmetleri ile organ nakli.

5- Kontrol muayeneleri.

6- Devlet tarafından kendilerine bakılan kişiler (m.60/c-4-5-6-7-8. bentler) kapsamında sayılanlar, vazife malûlleri ile 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde sayılanlar.

Bu madde gereğince katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerini tek tek veya gruplandırarak tespit Kurum yetkilidir.

E- UYULMASI ZORUNLU HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİ (m.70)

5510 sayılı Yasa'nın uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından sınıflandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve diş hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurtda veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir. Aile hekimleri birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alır.

Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır.

İş kazası ile meslek hastalığı, afet ve savaş hali ile acil haller dışında, sevk zincirine uyulmadan

genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına yapılan başvurular sonucu alınan sağlık hizmetlerinin 72 nci madde gereği belirlenen tutarının %70'i Kurumca ödenir. Aradaki fark, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenir.

F- SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NUN RÜCU HAKKI

Kısa vadeli sigortalı hallerinde vuku bulan ve sigortalıyı iş göremez hale getiren bir durumda SGK'nın zarara sebebiyet veren üçüncü kişilere veya işverene rücu hakkı bulunmaktadır.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin veya işverenin gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri almadığı için, çalışma mevzuatına aykırı işlerde çalışması ve diğer hallerde de kusurlu olması nedeniyle, meydana gelmişse;

- sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile
- bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı,
- zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilmektedir⁶⁴.

Üçüncü kişileri çalıştıranların kusuru varsa, Borçlar Kanunu'na göre istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak, kusurlu olan sigortalının kendisine, sınırlı durumlarda iş göremezlik ödeneğinin yarısının kesilmesi durumu hariç, rücu edilmediği gibi, ölümlü halinde mirasçılara da rücu edilememektedir⁶⁵.

Yeni yasal düzenlemede, Kurumun, işverenin sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi nedeniyle, işverene rücu edebileceği miktar, sigortalı veya hak sahiplerin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamıdır (5510 s.y. 21/1) Dolayısıyla, 506 sayılı Kanun döneminde, bağlanan gelirlerdeki daha sonraki artışların da istenmesi olanağı, isabetli olarak, 5510 sayılı Yasa'da kabul edilmemiştir⁶⁶.

G- İŞSİZLİK SİGORTASINDAN YARARLANANLAR

İşsizlik sigortasından yararlananlar, yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır. Türkiye İş Kurumu tarafından işsizlik ödeneğinin bağlandığı tarihten itibaren bir ay içinde vereceği genel sağlık sigortası giriş bildirgesi ile tescil edilirler.

Dolayısıyla geçici olarak işsiz kalan kişilere, işsizlik ödeneği almaları durumunda bu dönemde kendileri için genel sağlık sigortası primi ve uzun vadeli sigorta kolları primi de ödenir. Böylece sosyal güvenlik reformu ile işsizlik ödeneği alan kişiler için sosyal güvenlik hak ve yardımlarının artırılması sağlanmıştır⁶⁷.

SONUÇ

1- 5510 sayılı Yasa, uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalıların durumlarını ağırlaştırarak pek çok hüküm içerirken, kısa vadeli sigorta kollarında genel olarak sigortalıların haklarını geliştiren bir nitelik taşımaktadır.

2- Tüm ülke halkı, genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır.

3- Hastalık ve analık sigortasından yararlanma şartları, prim ödeme gün sayısı bakımından 30 güne ve iş göremezlik ödeneği almak için de prim ödeme gün sayısının 90 güne düşürülmüş olması çalışanların lehinde bir durumdur.

4- Yurtiçinde tedavi imkanı olmayan ve yurtdışında tedavi imkanı bulunan sigortalı veya hak sahipleri için, daha önce mevcut olan, 300 gün prim ödemiş olma şartı kaldırılmıştır. Bu durum çok önemli bir adım olarak gözükmektedir.

5- İşverenin yükümlülükleri açısından da, iş kazası ve meslek hastalığından dolayı işverenlere rücu etmeye ilişkin olarak ilk peşin sermaye değerinin istenmesi ile sınırlı bir rücu öngörülmektedir. Bu durum, işçisi iş kazasına maruz kalmış işverenlerin sürekli olarak SSK davaları baskısı altında kaldıkları yönündeki şikâyetlerine kısmen de derman olabilecektir.

6- İlk defa bir yasal düzenleme (5510 s.y. m. 81/son) ile kısa vadeli sigorta kollarına (genel sağlık sigortası olarak), Devlet'in %3 oranında prim katkısı yapması öngörülmüştür⁶⁸.

7- İş kazası ve meslek hastalıkları primi daha

önce %1,5 ila 7 arasında iken, 5510 sayılı düzenlemede %1 ila 6,5 arasında değişmektedir. Bu durum, sürekli sigorta primi yüksekliğinden şikâyet eden işverenler yönünden, olumlu bir sınırlamadır. Öte yandan, ÇMEK'e göre çırak olarak eğitim gören çıraklar için iş kazası ve meslek hastalıkları primi %4 oranında iken, yeni Yasanın 81/d hükmüne göre, prim miktarı, öğrenciler ve kursiyerler için prime esas günlük kazanç miktarlarının altı sınırının %1'dir.

8- Yaşlılık aylığı almakta iken, 5510 sayılı Yasa'ya tabi bir işte yeniden çalışanlara uygulanacak destek primleri daha önce %30 iken yeni sistemde, hizmet akdi ile çalışanlar için %33,5 ila %39,5 arasındadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kamu görevlileri ve bağımsız çalışanlar için 5510 sayılı Yasanın 81/e hükmünü Anayasa'ya aykırı bulduğundan, iptal etmiştir. Kanun koyucu, 5510 sayılı Yasayı yürürlüğe sokmak istiyorsa, iptale konu olan düzenleme ile ilgili yeni bir düzenleme yapmak zorundadır.

9- Serbest çalışanların veya isteğe bağlı sigortalıların, GSS'den yararlanabilmesi için primlerini ödeme şartı azaltılmış ise de tümünden kaldırılmamıştır. GSS'den yararlanmak için sınırlı hallerdeki sağlık yardımı imkanı hariç, prim ödeme şartını, eskiden olduğu gibi, düzenleyen madde Anayasa'ya uygun bulunmuştur (67/b ve geçici 12/son maddeleri).

10- 5510 sayılı Yasa yürürlüğe girinceye dek, sosyal güvenlik kurumları ile ilgili yasa hükümleri aynen geçerli olacaktır. Mevcut haliyle, yasanın yürürlüğe girmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, halen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın son aşamaya getirdiği ve Başbakanlığa gönderilip kamuoyu ile paylaşılacağı söylenen⁶⁹ "5510 sayılı Yasa'da değişiklik yapılması düşünülen değişikliklere ilişkin taslak metin" in sosyal tarafların da görüşü alınarak ve fakat mali dengeler esas alınarak yasalaşması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul-2004, s.5.
- 2 www.ssk.gov.tr/wpsportal/!p/s.7_0_A/7_0_5RK?cpid=658, s.1, 2 8.03.2007; Öte yandan ülkemizde ortalama yaşlılık aylıklarının 15 ve daha fazla olduğu belirlenmiştir. Bkz. ALPER, Yusuf, İptal Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, Mart-2007, s.11.
- 3 GÜZEL, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve

Hukuk Dergisi, DİSK Birleşik Metal-İş, S. 7, 2005/4, s.61.

- 4 SÜNGÜ, Yakup, Sosyal Güvenlik Reformu'nun Gelir Dağılımı Üzerinde Etkisi, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20, Kasım 2006/Şubat 2007, s.49.
- 5 IMF birinci başkan yardımcısı Anne KREUGER; sosyal güvenlik reformunu çıkarmadan tatile girmesi nedeniyle IMF yönetimin birinci gözden geçirmenin ertelenmesine karar verdiğini açıklamıştır. IMF dış ilişkiler sözcüsü Tom DAWSON da bu reform tasarısı çıkana kadar IMF icra direktörlerinin Türkiye için toplantı tarihi belirlemeyeceğini açıklamıştır (Bkz. Milliyet, 08.07.2005).
- 6 ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, Der Yayınları No.379, İstanbul-2006, s.317; GÖKÇEOĞLU Balcı, Ş., Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler Ekseninde Kamu Yönetimi Reformu, Hukuk ve Adalet D., Nisan-Haziran 2004, s.115 vd.
- 7 GÜZEL, s.69.
- 8 ARICI, Kadir, Bataktan Gün Işığında Türk Sosyal Sigorta Sistemi, Türk Metal Sendikası Yayını, 2. Bası, Ankara-1999, s.113.
- 9 KARAKAŞ, İsa, HANÇER, Alper, Tüm Yönleriyle Sosyal Güvenlik Reformu, Ankara, Temmuz-2006, s. 13; ÇSGB, Kayıtdışı İstihdam ve Yabancı Kaçak İşçi Çalıştırılmasının Önlenmesi, Ankara-2004; ÖZKAN, Sosyal Güvenlik Sisteminin Açıkları, E-Yaklaşım, Ekim-2005, www.yaklaşım.com/mevzuat/dergi 28.5.2006
- 10 Ülkemizin sivil toplum birliklerinden Emek Platformu'nun mevcut 5510 sayılı Yasa ile ilgili olarak kısa vadeli sigortalara ilişkin
 - Sağlık temel hak niteliğinden uzaklaştırılarak, devletçe ödediğimiz vergilerle karşılanan sosyal bir hak olmaktan çıkarılacaktır.
 - Aylık geliri, 127 YTL'nin üzerinde olan herkesten, gelire göre her ay için, 64-431 lira arasında değişen miktarlarda sağlık sigortası primi alınacağı gibi, tedavi için başvuranlardan ayrıca Kurumca belirlenecek miktarda katkı payı da alınacaktır.
 - Genel sağlık sigortası primlerini ödemeyen esnaf ve sanatkârlar ile çiftçiler sağlık hizmetinden yararlanamayacaktır.
 - Prim ödeyemeyeceklerin sayısı, işsizler, kayıt dışı ekonominin büyüklüğü ve kayıt dışı istihdamın yaygınlığı nedeniyle herkesi kapsayacak bir genel sağlık sigortası için yeterli kaynak gösterilmemektedir. Sistem, kayıtlı olarak çalışan bir grubun ödeyeceği primler, vergiler ve katkı payları ile oluşacak bir kaynağın kullanımına dayalıdır. Bu kaynağın yetersiz kalacağı açıktır. SSK hastanelerinin devri sonucunda, SSK'nın sağlık hizmeti satın almaya başlaması ile ortaya çıkan kaynak sorunu bu durumun en güçlü kanıtıdır. Bu nedenle verilecek sağlık hizmetlerinin süresini miktarını belirleme yetkisi Kuruma verilerek sigortalıların sağlık hakkı kurum yönetiminin takdirine bırakılmaktadır.
 - Sağlık hakkı, sadece belirli hizmetlerin karşılanması ile sınırlandırılabilir. Tedavi için gerekli olan yöntem ve hizmetlere ulaşmak parası olanların "hakkı" olacaktır.
 - Sistemin bu şekilde tasarlanması ile özel sağlık sigortalılarına yönelme teşvik edilecek, sosyal güvenlik kurumundan kaçış hızlanacaktır. Bu durumda Kurum, en düşük ve en sınırlı hizmeti sağlayan yoksulluk yönetimi kurumuna dönüşecektir. Öte yandan uzlaşma arayışı devam ederken TBMM'ye sunulan Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Tasarısı ile de mevcut sosyal güvenlik kurumları kaldırılarak, özerk yönetim yapısından

yoksun, prim ödeyenleri yönetime katılmaktan tümü ile dışlayan, hiç denenmemiş hantal bir kurum oluşturulmaktadır.

Emek Platformu Başkanlar Kurulu 25.01.2006 <http://www.tmmob.org.tr/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=1090>

- 11 SÜNGÜ, s.49.
- 12 OKUR, Ali Rıza, ERGİN, Hediye, Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, TİSK İşveren Dergisi, C. 45, S.3, Aralık 2006, s. 35; TOZAN, Celal, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform adı Altında Yapılan Yasal Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözmeyecektir, TİSK İşveren Dergisi, C. 45 S. 3, Aralık 2006, s.44.
- 13 YORGUN Sayım, Sosyal Güvenlik Çatısı Anayasa Mahkemesi Kararı ile Çöküyor Mu? www.isgucdergi.org.tr.1.4.2007
- 14 "Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu çerçevede memurların ve diğer kamu görevlilerinin hakları arasında, sağlıklı yaşam hakkının gereği olan sağlık hizmetlerinden yararlanmanın da yer alacağı kuşkusuzdur.
Bu duruma göre; memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden sağlık hizmetleri, bu konunun özel olarak yer aldığı 56. madde baz alınarak yasa ile düzenlenebileceği gibi, genel olarak memurların statülerinin, hak ve yükümlülüklerinin yer aldığı 128. madde uyarınca yürürlüğe konulan yasalarda da düzenlenebilir. Ancak, muayene ve tedavi sonrası kullanılması gereken hastalık izni, tekrar göreve başlanması gibi hususların statü kanunlarının kapsamında olması gerektiği açıktır" denilerek çoğunluk kararı eleştirilmiştir. Yasa'nın gerekçesi ve genel sağlık sigortasına ilişkin hükümlerinin incelenmesinden yasa koyucunun, sağlık hizmetlerinin özelliği ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin durumlarını gözetip değerlendirerek gerekçede belirtilen nedenlerle bunların sağlık hizmetlerinden yararlanmalarına Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca oluşturduğu genel sağlık sigortası kapsamında yer verdiği, takdir yetkisini bu yönde kullandığı anlaşılmaktadır.
Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin genel sağlık sigortası kapsamına alınamayacakları, Anayasa'nın 128. maddesinin, bunların sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının farklı düzenlenmesini gerektirdiği şeklindeki bir kabul yerindelik denetimi anlamına gelecektir.
Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki "...18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarının % 50'si" bölümünün ve 68. maddesinin ikinci fıkrasının, memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptaline katılmıyoruz." denilerek Mahkeme Başkanı, Başkanvekili ve diğer üç üyenin görüşü ortaya konulmuştur. Geniş bilgi için, bkz. ÇELİK, Hüseyin, GSS ve Anayasa Mahkemesi Kararı, OHSAD, 22.2.2007, s.1; ayrıca bkz. AYM 2006/111-112 E. ve K. sayılı kararı.
- 15 KILIÇ, Salih, Norm ve Standart Birliği Çöktü, Sosyal Güvenlikte Kaos, TÜRK-İŞ Dergisi, S.64, s.9.
- 16 Bakınız, AYM. 2006/111-112 E. ve K. sayılı kararı.
- 17 ALPER, İptal Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, s.8.
- 18 ÇELİK, Hüseyin, GSS ve Anayasa Mahkemesi Kararı, OHSAD, 22.2.2007, s.1.
- 19 Yasa maddesinin bu hükmünden sonra gelen ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hüküm şu şekildedir.
"4/1-c) Kamu idarelerinde;
1) (a) bendine tâbi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp, ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar,
2) (a) ve (b) bentlerine tâbi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atanlar,"
- 20 BİLGİLİ, Özkan, Sosyal Güvenlik Kılavuzu, ASMMMO Yayınları, Ankara-2006, s.33.
- 21 GÜZEL, s.72; BİLGİLİ, s.56.
- 22 CANİKLİOĞLU, Nurşen, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi, TİSK İşveren Dergisi, C. 45, S.3, s.48.
- 23 TUNCAY, A. Can, EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul-2005, s.234.
- 24 CANİKLİOĞLU, s.49.
- 25 Öte yandan, 5510 sayılı Yasanın m. 18/2-3 hükümleri şu şekilde düzenlenmiştir. "İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, 17. maddeye göre hesaplanacak günlük kazancının üçte ikisidir. Ancak geçici iş göremezlik ödeneğinin güncellenmemiş tutarı, sigortalının ödenek hesabına esas alınan döneme ilişkin kazanç üzerinden vergi, sosyal sigorta, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası primleri kesintileri sonrası hesaplanan günlük net kazancını geçemez. Sigorta prim ve ödeneklerin hesabına esas tutulacak günlük kazançların alt sınırında meydana gelecek değişikliklerde yeniden tespit edilen alt sınırın altında bir günlük kazanç üzerinde ödenek almakta bulunanların veya almaya hak kazanmış veya kazanacak olanların bu ödenekleri, günlük kazançların alt sınırındaki değişikliğe göre ödenir."
- 26 KARAKAŞ/HANÇER, s.67.
- 27 GÜZEL/OKUR, s.242.
- 28 ÇELİK, Hüseyin, GSS ile Getirilen Yenilikler, www.ohsad.org/ohadb2c/contentweb/asp?icerik_id=1435&dil=tr Erişim tarihi, 30.3.2007.
- 29 KARAKAŞ/HANÇER, s.57, BİLGİLİ, s.233.
- 30 Yeni yasal düzenleme ile birlikte, tüm zorunlu sigortalılara (SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'na tabi olanlar dahil) hastalık ve analık hallerinde geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacak, iş göremezlik süresince, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilecektir.
- 31 Oysa bu oran 506 sayılı Kanun'da sigortalının ayakta ya da yataklı tedavi kurumlarında tedavi edilmesine göre değişiyordu. Ayakta tedavi halinde, günlük kazancın 2/3'ü; yataklı tedavi edilmesinde ise 1/2'si ödenmekteydi. Artık böyle bir ayırım kalmamış ve yerinde olmuştur. Bkz. CANİKLİOĞLU, s.49.
- 32 CANİKLİOĞLU, s.48.
- 33 KARAKAŞ/HANÇER, s.59.
- 34 GÜZEL/OKUR, s.223; OFLUOĞLU, Gökhan, İş Kazalarının İktisadi ve Dışsal Boyutları, Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul-1997, s.212 vd.

- 35 GÜZEL/OKUR, s.225.
- 36 UÇÖ (Uluslararası Çalışma Örgütü), Sosyal Güvenlik, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara-1995, s.41.
- 37 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.214; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara-1977, s.5; ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, s.195 ; GÜZEL/OKUR, s.227.
- 38 Anayasa Mahkemesi'nin kararı sonrasında, kamu görevlileri için ayrı bir yasal düzenleme yapılmak zorunda kalındığından bu hükmün pratik önemi kalmayacaktır.
- 39 GÜZEL/OKUR, s.228.
- 40 KARAKAŞ/HANÇER, s.67.
- 41 Yarg. 10. HD., 29.3.1979, 8413/2759, YKD., Ağustos 1979, 1167, ASLANKÖYLÜ, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara-2003, s.191.
- 42 SÜNGÜ, s.54.
- 43 Hatta Yüksek Mahkeme, dolaylı da olsa, belediye temizlik işçisinin bir mahallede çöp torbalarını çöp aracına yüklerken terörist bir saldırı sonucu vefat etmesi olayını da iş kazası olarak kabul etmiş, ancak işverenin olayda herhangi bir kusurunun bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. 10. HD., 27.1.2003, 10290/298, YKD., Ekim 2003, s.1536 v.d.
- 44 CANİKLİOĞLU, s.49; Yarg. 10 HD., 2.6.1983, 2601/3302, ÇENBERCİ, s.120.
- 45 ÇENBERCİ, s.121.
- 46 GÜZEL/OKUR, s.233.
- 47 EREN, s.12; GÜZEL/OKUR, s.235.
- 48 ŞAKAR, s.163.
- 49 GÜZEL/OKUR, s.241.
- 50 ŞAKAR, s.201.
- 51 Burada 5510 sayılı Yasanın 4. maddesinin b bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen süredeki husus, sadece tarımsal faaliyette bulunanları ilgilendirmektedir. Diğer bağımsız çalışanların bildirim, ilgili kuruluşlarca veya vergi dairelerince yapılacağından dolayı, yukarıdaki hükmün sadece tarımsal faaliyette uygulanacağı belirtilmektedir. Bkz. KARAKAŞ/HANÇER, s. 69.
- 52 5510 sayılı Yasa'ya yöneltilen bazı haklı eleştirilere karşı, aşağıda belirtilen hususlarda kazanımlar sağladığı genel olarak kabul edilmektedir.
- Türkiye'de yaşayan herkes ilk defa kamu sağlık güvencesi kapsamı altına alınmaktadır.
 - 18 yaşın altında olanlar hiçbir şart aranmaksızın sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaktadır.
 - İlk defa kişisel koruyucu sağlık hizmetleri sosyal sigorta kapsamı altına alınmaktadır.
 - Yol giderleri, gündelikler ve refakatçi giderleri tüm sigortalılara verilmektedir.
 - Prim ödeme gün sayısı 30 güne indirilmektedir
 - Prim borcu olanlara da sağlık yardımı verilmektedir. ÇELİK, Hüseyin, GSS ile Getirilen Yenilikler, www. Ohsad.org/ohadb2c/contentweb/asp?içerik_id=1435&dil=tr
- 53 GÜZEL/OKUR, s. 246.
- 54 Yarg. İBK, 28.6.1976, 6/7 (R.G., 26.7.1976, 15658)
- 55 İş kazası ve meslek hastalığını düzenleyen 1964 tarihli ve 121 sayılı ILO sözleşmesi iş kazası ve meslek hastalığının vuku bulması halinde verilecek iş göremezlik ödeneğinin ilk üç gün ödenemeyebileceğine imkan tanımıştır. Bu yönde olmak üzere, İngiltere'de iş kazası veya meslek hastalığı halinde geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesine iş göremezliğin başladığı dördüncü günden başlanarak 28 hafta devam edilir. TUNCAY/EKMEKÇİ, s.226.
- 56 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.225; GÜZEL/OKUR, s.248.
- 57 CANİKLİOĞLU, s.49.
- 58 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.228.
- 59 GÜZEL/OKUR, s.249.
- 60 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.228.
- 61 GÜZEL/OKUR, s.259.
- 62 TUNCAY/EKMEKÇİ, s.234.
- 63 Yasanın bu hükmünün Anayasa'nın 19/4. madde hükmüne aykırı olmadığına karar verilmiştir. Bkz. OKUR, s.44.
- 64 CANİKLİOĞLU, s.49.
- 65 Eski yasada var olan "işverenin kastı, suç sayılır hareketi ya da işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortaliya gerekli yardımlar yapılmakta, ancak Kurumca yapılan yardımlar işverenden talep edilmekteydi (SSK m. 26). 5510 sayılı Yasada ise, öncelikle işverene rücu gerektiren durumlar, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketidir. Suç sayılır hareket ibaresine 5510 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Bkz. CANİKLİOĞLU, s. 49. ÇELİK, Hüseyin, GSS ile Getirilen Yenilikler, www. Ohsad.org/ohadb2c/ontentweb/asp?içerik_id=1435&dil=tr
- 66 CANİKLİOĞLU, s.49.
- 67 SÜNGÜ, s.55.
- 68 5510 sayılı Yasa'nın 81/son hükmünün; uzun vadeli sigorta kolları için %5 devlet katkısı öngörmesi de çok olumlu bir gelişmedir.
- 69 Başbakanlığa gönderileceği belirtilen değişiklik teklifleri işbu makalenin yazılması esnasında henüz kamuoyu ile paylaşılmamış idi.

Ali TEZEL

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

SSK'dan Emeklilikte Son Olaylara Bakış

1- Giriş

Kimileri “Süper Formül” dediler, kimileri “İkinci Emeklilik” dediler. SSK'dan emekli olduktan sonra kimi bir gün, kimi bir ay normal işçi olarak çalışıp, yeniden emeklilik müracaatı yapıp emekli aylıklarını %43'e varan oranlarda arttırabiliyorlardı. Buna bazıları haksızlık dedi, bazıları hakkını söke söke alma. Neydi peki son 2 ayda yaşananlar? İşte bu yazımda olayı ayrıntılarıyla vermeye çalışacağım.

2- SSK'da emekli aylığının hesaplanması

Çalışanların emekli aylığının hesaplanması konusunda kapsamlı en son değişiklik, 1999 yılında 4447 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. 08.09.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4447 sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kurumunda emekli aylığı hesaplamasında köklü değişiklikler olmuş ve aylıkların hesaplanmasında 1978 yılından beri uygulanmakta olan katsayı esasına dayalı gösterge sistemi kaldırılarak, yerine TÜFE ve GH (gelişme hızı) oranlarına göre sigortalıların güncelleştirilmiş prime esas yıllık kazançlarının esas alınması öngörülmüş ve aylık bağlama oranının belirlenmesine ilişkin hükümler de yeniden düzenlenmiştir.

2000 yılı başında yürürlüğe giren aylık bağlama sistemi sigortalılık süresinin başlangıcı 01.01.2000 tarihinden sonra olanlara uygulanacağından, bu tarihten önce de çalışmaları bulunanların aylıklarının hesabında, eski ve yeni aylık hesaplama sisteminin birleşiminden oluşan karma bir sistem getirilmiştir.

Bu değişiklik ile 31.12.1999 tarihine kadar geçerli olan katsayı ve gösterge sisteminden 01.01.2000'den itibaren kazançların güncellenmesi uygulamasına geçilmiştir.

31.12.1999 tarihine kadar geçerli olan sistem ile geriye doğru son 10 yılın (veya son beş yılın) kazançları bağlanacak emekli aylığında dikkate alınırken, 01.01.2000'den sonraki uygulama ile sadece son 10 veya 5 yılın ortalaması uygulamasından vazgeçilerek (2000 yılı ve sonrasındaki) tüm yılların kazançlarının ortalaması dikkate alınması uygulaması başlanmıştır.

A- 2000 yılı ve sonrasında emekli olanlar karma sisteme tabidir

4447 sayılı Kanun'la getirilen sistem tam olarak sadece 01.01.2000'den sonra işe girenler için geçerli olacaktı ve 31.12.1999 tarihinden önce işe girmiş olanların 2000 yılı ve sonrasında emekli ol-

Bir ülke büyüyorsa, geliyorsa kişi başına düşen milli gelir de artıyor demektir.

ması halinde aylıkları karma sistem ile belirlenecekti. Karma sistem aylık hesaplamasının nasıl olacağı da 506 sayılı Kanun'un geçici 82. maddesinde belirtilmiştir. Bugünlerde emekli olanlar da 1999 yılı ve öncesinde işe giren kişiler olduğundan emekli aylıklarının hesaplanmasında 2000 yılı öncesi ve sonrası sistemin ikisi birden uygulanmaktadır.

B- 2000 yılı ve sonrası sistem nedir?

2000 yılı ve sonrası için uygulanan sisteme göre, çalışanın, her takvim yılına ait prime esas kazancı, kazancın ait olduğu takvim yılından itibaren emekli olduğu yıla kadar geçen takvim yılları için, her yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllık kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki artış oranı ve gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızı kadar arttırılmaktadır. Ortaya çıkan güncellenmiş yıllık kazançlar toplamının da 2000 sonrası toplam prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle ortalama günlük kazanç bulunmaktadır.

Bulunan ortalama günlük kazancın 506 sayılı Kanun'un 61. maddesine göre tüm prim ödeme gün sayısına göre bulunan aylık bağlama oranı ile çarpılması suretiyle aylık hesaplanmaktadır. Yani emekli aylığı hesaplanırken hem TÜFE, hem de GH (gelişme hızı) dikkate alınmaktadır.

3- Emekli aylıklarının arttırılması

İster eski, ister yeni emekli olsun, emekli olanların aylıklarının nasıl arttırılacağı da 506 sayılı Kanun'un Ek 38. maddesiyle, "Bu Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıklar ile geçici 76 ncı maddeye göre yapılan telafi edici ödemeler, her ay ödeme tarihlerinde bir önceki aya göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllık kentsel yerler tüketici fiyatları indeksi artış oranı kadar arttırılarak belirlenir." denilerek bağlanan

emekli aylıkları sadece aylık TÜFE'ler kadar arttırılmaktadır.

A- Birisi 1 adım, diğeri 2 adım gidiyor

Görüldüğü üzere emekli aylıkları hesaplandıktan sonra; her ay bir önceki ayın TÜFE'si, yani enflasyon oranı kadar arttırılmaktadır ama bağlanacak emekli aylıkları hesaplanırken hem TÜFE, hem de GH (gelişme hızı) dikkate alınmaktadır. Bu durumda emekli olanlar ile olacaklar arasında fark adım adım açılmaktadır.

B- Emekli aylıklarına gelişmeden pay verilmez mi?

Bir ülke büyüyorsa, geliyorsa kişi başına düşen milli gelir de artıyor demektir. Çalışanlar bu artış ücretlerinin artışı ile görürlerken, sanayiciler ve tüccarlar kârlarının artışı ile bunu hissederler. Normal şartlarda emekli aylıklarından başka geliri olmayan bir emekli ülkenin büyümesinden, gelişmesinden ancak ve ancak emekli aylığına yapılacak artışlarla alabilir. Ülke büyüyorsa, geliyorsa bu büyüme ve gelişmeden emekli payını alamaz ise bu kere büyüyen ülke küçük kalır.

C- Eşitler arasında fark oluşuyordu

Bilindiği üzere devlet memurlarının emekli aylığı tıpkı SSK'luların 1999 yılından önceki sistemleri gibi derece ve kademeye göre belli edilir ve göstergesi belirlenir. Memurun derecesine göre göstergesi ile memur maaş katsayısı çarpımı ile aylıkları hesaplanır. Bu nedenle eşitler arasında emekli aylıklarında bir kuruş bile fark olmaz. Ancak, 2000 yılında SSK'da emekli aylığı sistemi değiştirildiğinden ve emekli aylıklarına GH payı verilmediği için SSK'da eşitler arasında fark her yıl artar. Mesela, bütün çalışma hayatı boyunca hep tavandan prim ödemiş birisi 2000 yılında emekli olmuşsa emekli

Ülke büyüyorsa, geliyorsa bu büyüme ve gelişmeden emekli payını alamaz ise bu kere büyüyen ülke küçük kalır.

aylığı her ay TÜFE kadar artırıldığından ve GH'den pay verilmediğinden aynı şartlarla 2007 yılında emekli olandan %43 daha az emekli aylığı almaktadır.

4- Emekliler neden aylıklarını kestiriyorlardı?

İşte bu farklılık nedeniyle bir SSK emeklisi emekli olduğu yılın ve daha sonraki yılların gelişme hızlarını emekli aylığına ilave ettirebilmek ve kayıplarını telafi edebilmek için şu yöntemi izliyordu:

- 1-Emekli aylığını kestir,
- 2-En az bir gün çalış,
- 3-Yeniden emekli olunca aylığın artsın.

Emekli olduğu yıla göre de alması gereken Gelişme hızları (GH) da aşağıdaki tablodaki gibidir:

Yıllar	TÜFE	GH
2002	29,7	7,8
2003	18,4	5,8
2004	9,32	8,9
2005	7,72	7,4
2006	9,65	6

İşte “Sihirli Formül” buydu. 27 Eylül 2007 günü de AKŞAM gazetesinde bunu tüm ülke ile paylaştım.

Bu formülü de ben haber yapmadan önce 10 bin kişinin kullandığı yetkililer tarafından açıklandı. Ardından da açıklamalara göre 50 binden fazla kişi emekli aylığını kestirip işe girdi ve daha sonra yeniden emeklilik müracaatında bulundu.

5-“Sihirli Formül”e Fren

SSK emeklilerinin kendilerine verilmesi gerektiği halde verilmeyen GH'lerini alabilmelerinin önüne geçmek için harekete geçen yetkililer, TBMM'ye eski bir işçi sendikası başkanı olan Agah Kafkas eliyle verdirdikleri kanun teklifi ile sona erdirdiler. 17 Ekim 2007 günü TBMM'de kabul edilen ve 23 Ekim 2007 günü Resmi Gazete'de yayımlanan 5698 sayılı Kanun ile artık emeklilere gelişme hızından pay verilmeyecek.

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI

MESS Genel Sekreter Yardımcısı

Sosyal Güvenlik Reformu Üçüncü Kere Erteleniyor

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun, Emekli Sandığı'nı ilgilendiren 17 maddesinin, Bağ-Kur'u ilgilendiren 7 maddesinin ve SSK'yı ilgilendiren 4 maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptali nedeniyle söz konusu Kanun'da Anayasa Mahkemesi'nin görüşleri doğrultusunda yeniden düzenleme yapılması gerekliliği doğmuş ve 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü 1 Ocak 2008 tarihine ertelenmiştir.

Bu gereklilik doğrultusunda hazırlanan değişiklik Tasarısı Kasım ayının sonunda TBMM'ye sunulmuş ve Kanun'un üçüncü kere ertelenerek 1 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe girmesi gündeme gelmiştir.

TBMM'ye sunulan Tasarı sadece iptal kararı doğrultusunda değişiklikler getirmemekte, 5510 sayılı Kanun'un pek çok maddesinde yeni düzenlemelere yer vermektedir. Ayrıca Tasarının hazırlanma sürecinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uygun düzenlemeler yapılmamış, sosyal tarafların dile getirdiği sorunlar yeni baştan müzakeredilmemiş, aksine işveren kesimine yeni yükümlülükler getirilmiştir.

1. SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİNDE REFORMA DOĞRU

Zaman içinde değişikliğe uğrayan sistemlerin başında sosyal güvenlik sistemleri gelmektedir. Sosyal güvenlik ihtiyaçlarının değişken ve dinamik yapısı, eskiden yapılmış düzenlemelerde değişikliğe gidilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Özellikle ilk defa sigortalı olanlara 25-30 yıl sonra uygulanacak emeklilik sistemini bugünden tahmin edip bir düzenleme yapmak, ileride bu maddelerde değişikliğe gidilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ülkemizde de üzerinde en fazla değişiklik yapılan Kanun, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu olmuştur. 1964 yılından itibaren yürürlükte bulunan Kanun 143 asıl madde, 47 Ek madde, 90 Geçici madde ve 3 Ek Geçici maddeden oluşmaktadır. Dikkat edilirse, Kanun'un ek ve geçici maddelerinin toplamı, neredeyse asıl maddeler kadardır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik de 5510 sayılı Kanuna ilişkin Tasarı'nın TBMM Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonu'nda yapılan görüşmele-

Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, sosyal güvenlik kurumlarının finansmanındaki sıkıntının temel kaynağı emeklilik sisteminden kaynaklanmaktadır.

rinde; “SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Kanunlarında 50 yılda yaklaşık 266 kez değişiklik yapıldığını ve ilk ıkartıldığıklarında 630 maddeden oluşan sosyal güvenlik mevzuatının bu değişikliklerle 1023 maddeye ulaştığını” bizzat ifade etmiştir.

Ancak 506 sayılı Kanun üzerinde yapılan değişiklikler, sistemin çökmesine engel olamamıştır. Sistemin finansmanı 1990’lı yılların başında bozulmaya başlamış, finansman açıkları Hazine tarafından kapatılma yoluna gidilmiş ama bugüne kadar sistemin Hazine üzerindeki yükü giderek artmıştır. Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, sosyal güvenlik kurumlarının finansmanındaki sıkıntının temel kaynağı emeklilik sisteminden kaynaklanmaktadır. Özellikle 506 sayılı Kanun’un emeklilik sisteminde popülist yaklaşımlarla gerçekleştirilen değişiklikler, Kurum’un çöküşünü hazırlamıştır. Emeklilik yaşını düşüren ve “süper emeklilik” ya da “genç emeklilik” olarak adlandırılan düzenlemeler, Kurum’un aktüeryal dengelerini alt üst etmiş ve belki de 20 yıl sonra bağlayacağı emekli maaşını çok daha önceden Kurum’un omuzlarına yüklemiş; 40 yaşındaki işgücünü emekliye sevk ederek bu yaştakilere bile emekli maaşı bağlanmasına sebep olmuştur.

Sosyal Güvenlik Kurumu’nun açıkladığı 2007 Ekim ayı verilerine göre, toplam sigortalı sayısı 9.250.191 kişiidir. Emeklilerin toplam sayısı ise 3.265.013 kişiye, aylık alanlarla birlikte toplam 4.700.155 kişiye ulaşmıştır. Aktif pasif oranı 1,97’dir. Başka bir deyişle, 1 kişiye yapılan emekli ödemeleri, yaklaşık 2 kişinin çalışmasından elde edilen primlerle karşılanabilmektedir. Pasif işgücü aktif çalışanların neredeyse yarısına ulaşmıştır.

Kurum’un 1989 yılından itibaren ödemeler dengesi verilerine bakıldığında, 1992 yılından itibaren her yıl artan şekilde açık verdiği görülmektedir. Bu açığın kapatılması için her yıl Hazine’den Kuruma transferler yapılmaktadır. Yine Kurum verilerine

göre, 2006 yılında Hazine’den sadece Sosyal Güvenlik Kurumu’na yapılan yardım miktarı 8.527.000.000 YTL olmuş, 2007 yılı Ekim ayı itibariyle bu rakam 10.612.389.000 YTL’ye ulaşmıştır. Bu transferin bütçe içindeki oranına bakıldığında Kurum verileri en son 2005 yılını işaret etmektedir. 2005 yılında SGK’ya 7.507.267 milyar TL Hazine yardımı yapılmıştır. Bunun bütçe içindeki oranı %14,7, GSMH içindeki payı ise %4,8’dir.

Bu açığın nedeni, emekli ödemelerinin, yapılan tahsilatın neredeyse tamamını oluşturmasıdır. Aynı verilere bakıldığında, 2005 yılında prim gelirlerinin emekli ödemelerini karşılama oranı %91 iken, bu oran 2006 yılında %99’a çıkmış, 2007 yılı Ekim ayı itibariyle de %94’e ulaşmıştır. Görülmektedir ki Kurum’un prim tahsilatı, emekli ödemelerine harcanmaktadır. Veriler incelendiğinde sadece SGK’da değil, diğer sosyal güvenlik sistemlerinde de benzer sonuçların olduğu görülmektedir. Yukarıda kısaca değindiğimiz süper emeklilik ya da genç emeklilik düzenlemeleri, sosyal güvenlik sistemimizin finansmanının çökmesine neden olmuştur.

II. REFORMDA GELİNEREN SON NOKTA

Sosyal güvenlik sisteminin bu şekilde daha fazla sürdürülemeyeceği anlaşıldığından, köklü bir reform yapılması ihtiyacı doğmuştur. Temel hareket noktası, üç ayrı sosyal güvenlik kurumunu ortadan kaldırarak, tek bir çatı altında toplamak ve herkesi tek bir sistemden yararlandırmaktır.

Bu amaçla hazırlanan kanun tasarılarından sadece 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu yürürlüğe girebilmiştir. Kanun ile üç ayrı kurumun varlığına son verilerek SGK adı altında tek bir kurum oluşturulmasına ilişkin yasal dayanak yaratılmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 16 Haziran 2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 5510 sayılı bu Kanun 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde düzenlenmişse de, ağırlıklı olarak kamu görevlileriyle ilgili bazı maddelerinin yürürlüğü Anayasa Mahkemesi’nin 26 Aralık 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan kararı ile durdurulmuş; 29 Aralık 2006 tarihli Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 5565 sayılı Kanun ile de Kanun’un yürürlüğe giriş tarihi 1 Temmuz 2007 tarihine ertelen-

miştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü durdurulan maddelerini iptal eden kararı 30 Aralık 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bunu takiben Kanun'da büyük bir boşluk doğmuş ve 20 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5655 sayılı Kanun ile yürürlük tarihi bir kez daha ertelenerek 1 Ocak 2008'e bırakılmıştır.

Görülmektedir ki, reform oluşturulmuş ancak, mevcut sistemin emeklilik yaşına ilişkin zaafı başta olmak üzere üç farklı rejime tabi sigortalıların haklarının devamını sağlamak amacıyla Kanun'un önemli bir bölümü iptal edilmiş, yürürlük tarihi iki kez ertelenmiştir. Üçüncü kez ertelenmesi de gündemdedir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ, KAMU GÖREVLİLERİNİ GÖZETEN BİR KARAR VERMİŞTİR

Anayasa Mahkemesi verdiği iptal kararında, önceki kararlarından daha farklı bir yol izleyerek konuya kendisine anayasal aykırılık nedeniyle başvuru yapan madde ve kurallar yönünden girmemiş, önce Kanunu bir bütün halinde değerlendirmiştir.

Bu değerlendirme sonucunda, öncelikle bir genel gerekçeye yer verilmiş ve çoğu maddenin iptali, bu gerekçeye dayandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu genel gerekçeye atıf yaparak karar tesis etme yoluna gitmesi, önceki kararlarında uygulamadığı bir yöntemdir.

İptal kararında Yüksek Mahkeme, 5510 sayılı Kanun'un memur ve diğer kamu görevlileri bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı gerekçe ile memur ve kamu görevlilerinin, Genel Sağlık Sigortası sistemine tabi tutulmalarını da Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Kararda Mahkeme'nin eşitlik anlayışı da ortaya konulmakta, memur ve diğer kamu görevlilerinin çeşitli alanlarda diğer çalışanlarla eşit işleme tabi tutulamaya çağrı belirtilmektedir.

Örneğin emeklilik yaşını düzenleyen 28. maddeye ilişkin olarak dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ve 116 milletvekilinin verdiği iptal dilekçelerinde yer alan gerekçeler özetle; ülkemizde ortalama yaşama süresinin 66 yıl olmasına rağmen emeklilik yaşının 65'e ve prim

ödeme gün sayısının 7000'den 9000'e yükseltilmesinin, makul ve ölçülü olmayacağı ve bunun kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündedir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralı incelerken emeklilik yaşının yüksekliğini sadece kamu görevlilerinin emeklilik haklarına etkisi çerçevesinde değerlendirmiş ve ilgili hükmü yalnızca 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (c) bendi yani kamu görevlileri yönünden iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi emekliliğe ilişkin iptal gerekçelerinde;

"... Ancak, bu doğrultuda düzenlemeler yapılırken, sosyal güvenlik bakımından yararlanacak olanların hukuksal konumları gözetilerek aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. 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 Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zede lenmez.

Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez. Yaptıkları işin özelliği nedeniyle aynı kurallara bağlı tutulmayanlar için de koşut düzenlemeler getirilerek ekonomik ve mali haklar yönünden eşitlik sağlanabilir.

Bu durumda, 5510 sayılı Yasa kapsamında bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile diğer sigortalıların aynı hukuksal konumda bulunup bulunmadıklarının saptanması Anayasal denetim yönünden önem taşımaktadır.

...

Yasa koyucunun Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca sahip olduğu genel düzenleme yetkisi kapsamında bulunan konuların, 128. maddede özel olarak vurgulanarak yasa ile yapılmasının Anayasa buyruğu haline getirilmesi, Devletin en temel işlevlerinden olan kamu hizmetinin görülmesindeki yeri tartışmasız olan kamu görevlileri için statülerine, yaptıkları görevin gereklerine uygun, emeklileri için de önceki statüleri ile uyumlu ayrı yasal düzenleme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

...

Belirtilen nedenlerle, 5510 sayılı Yasa'da, aynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarıda belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırıdır. Dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali gerekir.

....”

ifadelerini kullanmıştır.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin aynı hukuksal durumda bulunanlar için uygulanabileceğinden yola çıkmış ve kamu görevlilerinin diğer sigortalılardan daha üstün haklara sahip olduğunu ifade ederek, ilgili düzenlemenin sadece kamu görevlileri açısından iptalini uygun görmüştür. Oysa ki gerek Cumhurbaşkanının, gerekse 116 milletvekilinin iptal başvurularında ileri sürdükleri hususlardan biri de, düzenlemenin tüm çalışanlar yönünden eşitlik ilkesine aykırı olması yönündeydi.

Anayasa Mahkemesi'nin 5510 sayılı Kanuna ilişkin vermiş olduğu iptal hükmüne bakıldığında, iptal edilen 17 maddenin Emekli Sandığı ile ilgili olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi özellikle kamu görevlilerinin emeklilik maaşı ve diğer ödenekleri konularında kamu görevlilerinin 5510 sayılı Kanun içinde “ayrı bir sistemde ve mevcut hakları korunacak şekilde” düzenlenmesi gerektiğine karar vererek tek çatı sistemini bir anlamda ortadan kaldırmıştır.

Emeklilik yaşı ve prim ödeme gün sayısı konusunda yapılan uygulamayı kamu görevlileri yönünden Anayasa'ya aykırı bulan Yüksek Mahkeme, emeklilik yaşı konusundaki kuralı SGK sigortalıları ve bağımsız çalışanlar için “adil ve makul” bula-

rak Anayasa'ya uygun görmüş ve şu gerekçeleri ileri sürmüştür:

“Türkiye'nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, çalışabilir nüfusun yaşlı nüfusa oranının azaldığı ve nüfusun hızla yaşlandığı belirtilmektedir. Buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddinin aynen korunması durumunda Kurumun finansman sorununun daha da büyüyeceği gözetildiğinde bu sınırın aktüeryal dengelere göre zaman içinde yükseltilmesinin yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

....

Öte yandan, kuralın 1.1.2007'den itibaren ilk defa sigortalı olacaklar için uygulanacak olması, ne zaman emekli olunacağına öngörülebilmesi ve 1.1.2036 yılından başlayarak kademelendirilmesi, bazı iş kollarında çalışanlar ile sigortalıların özel durumları gözetilerek kurala 28. maddede istisnalar getirilmesi karşısında düzenlemenin adil ve makul olmadığından söz edilemez.

Bu durumda 28. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.”

Yüksek Mahkeme, prim ödeme gün sayısının artırılmasını da 4/a ve 4/b'liler yönünden yani SGK sigortalılarıyla bağımsız çalışanlar yönünden aşağıdaki gerekçelerle Anayasa'ya uygun bulmuştur:

“... Bu durumda sosyal güvenlik sistemindeki olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlandıran bir düzenleme olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, 28. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendi Anayasa'nın 2. ve 60. mad-

Sosyal güvenlik sisteminde yapılacak değişikliğin “reform” olarak değerlendirilmesi için, hak ve yükümlülükler tek bir çatı altında düzenlenmelidir.

delerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

....”

Yüksek Mahkeme, prim ödeme gün sayılarının artırılmasını SGK sigortalıları ve bağımsız çalışanlar için makul ve ölçülü bulurken, emeklilik yaşının artırılmasında da, bu artışın yapılmamasının Kurum'un finansal sorunlarını büyüteceğini kabul etmekte, ancak kamu görevlileri ile ilgili olarak böyle bir artış yapılmasının Kurum'un aktüeryal dengelerini bozacağı hususu dikkate alınmaktadır.

IV. TEK ÇATI KORUNMALIDIR

Buraya kadar değinilen hususlar, 5510 sayılı Kanun'un bütünlüğünü bozması ve yürürlüğe girişinin ertelenmesi bakımından önemlidir. Çünkü iptal kararından sonra Sosyal Güvenlik Kurumu ile Anayasa Mahkemesi arasında bir görüş ayrılığı yaşanmaktadır. Kurum, özellikle emeklilik yaşı ve prim ödeme gün sayısında bir değişikliğe gitmek niyetinde değildir. Bu husus, Kurum'un kısaca “Yeni Yaklaşım¹” olarak adlandırılabilir çalışmada da açıkça ifade edilmiş ve 5510 sayılı Kanun'a ilişkin Meclis'e sunulan son değişiklik Tasarısı da bu yaklaşım doğrultusunda hazırlanmıştır.

Sosyal güvenlik sisteminde yapılacak değişikliğin “reform” olarak değerlendirilmesi için, hak ve yükümlülükler tek bir çatı altında düzenlenmelidir. Sosyal güvenlikte geline nokta, sosyal güvenlikte bugüne kadar uygulanan üç farklı sistemin sağlıklı olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle hâlâ bu sistemin korunmasını savunmak anlaşılır bir şey olmadığı gibi, sadece kamu görevlilerine özel düzenleme yapılmasını beklemek de doğru bir yaklaşım değildir.

Mevcut sistemde Bağ-Kur'lular en düşük haklara, kamu görevlileri en yüksek haklara sahipken SGK'lular ortalama bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun hazırlanırken, ister istemez 506 sayılı Kanun temel alınmıştır. Tek bir çatı oluşturularak herkese eşit haklar tanınması amaçlanıyorsa, 506 sayılı Kanun hükümlerinin temel alınması yerinde bir düzenlemedir. Reformun amacına ulaşması için bazılarının hak kaybına uğraması, bazılarının da

yeni haklara kavuşması doğaldır. Hem tek çatı oluşsun, hem de var olan haklara dokunulmasın şeklindeki anlayış reformla bağdaşmamaktadır. Halen üç farklı sistemin uygulamasına devam edilecekse, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kurulmasının da amacı kalmamış demektir.

Diğer yandan, emeklilik yaşının yüksekliği konusunda yapılan yorumlara katılmak da mümkün değildir. Çünkü genç emeklilik ya da süper emek-

AB Ülkelerinde Emeklilik Yaşları

	Ülke	Erkek	Kadın
1	Almanya	65	65
2	Avusturya	65	60
3	Belçika	65	65
4	İngiltere	65	60
5	Danimarka	65	65
6	Finlandiya	65	65
7	Fransa	60-65	60-65
8	Hollanda	65	65
9	İrlanda	65	65
10	İspanya	65	65
11	İsveç	65	65
12	İtalya	65	60
13	Lüksemburg	65	65
14	Portekiz	65	65
15	Yunanistan	60-65 Ödenen Prime Göre	57-60 Ödenen Prime Göre
16	Güney Kıbrıs	65	65
17	Çek Cumhuriyeti	63	59-63
18	Estonya	63	2016'da 63
19	Macaristan	62	2009'da 62
20	Letonya	62	2008'de 62
21	Litvanya	62,5	60
22	Malta	61	60
23	Polonya	2007'de 65	2007'de 60
24	Slovakya	2006'dan itibaren kademeli olarak 62'ye yükseltilmiştir.	2006'dan itibaren kademeli olarak 62'ye yükseltilmiştir.
25	Slovenya	63	61

Kaynaklar: AB 15 İçin; Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları, TISK, 2005; AB'ye Yeni Üye Olan Ülkeler İçin; ILO, 2003.

liliğin bugünkü sistemi iflasa sürüklediği bilinmektedir. Kaldı ki, tüm dünyada emeklilik yaşının yükseltilmesi yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Nitekim, ABD ve Japonya'da kadın ve erkekler bakımından yasal emeklilik yaşı genelde 65 olarak belirlenmiştir². 25 üyeli AB'de ise emeklilik yaşı, Birliğe yeni katılan üyeler ve istisnai düzenlemesi olan birkaç eski AB üyesi haricinde yine genelde 65 olarak düzenlenmiştir.

Ülke uygulamalarının yanı sıra ülkemiz tarafından onaylanan³ ILO'nun "Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı Çalışma Sözleşmesi"nin 25. maddesinde de, yaşlılık yardımının yapılabilmesi için mevzuatla belirlenecek yaş haddi kural olarak 65 yaş ile sınırlandırılmıştır.

V. TBMM'YE SUNULAN TASARI İLE İLGİLİ BAZI TESPİTLER

Tasari ilgili olarak özetle şunlar söylenebilir:

- Tek çatı ortadan kaldırılmıştır. Kamu görevlileri kısa vadeli sigorta kapsamından çıkartılmakta ancak, uzun vadeli sigorta kapsamında tutulmaktadır.
- Emeklilik yaşına ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.
- Kamu işverenlerini gözetken bazı düzenlemeler getirilmiştir.
- Kayıt içini temsil eden işverenlerin prim oranları artırılmaktadır.
- İdari para cezalarına ilişkin haksız düzenlemeler aynen bırakılmıştır.
- Esneklik hükümleri ilk Tasari'ya nazaran azaltılmıştır.

1. Kamu Görevlileri Kısmen Kapsamda Tutulmuş, Kısmen Çıkarılmıştır

5510 sayılı Kanuna ilişkin son Tasari'da kamu görevlileri kısmen Kanun kapsamında, kısmen de kapsam dışında bırakılmışlardır. Kanun'un sigortalı sayılanları düzenleyen 4. maddesinde kamu görevlilerini tarif eden (c) bendi muhafaza edilmiş ancak eklenen bir fıkra ile kısa vadeli sigorta hükümlerinin bu kişilere uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme bile tek çatıyı ortadan kaldırmak için yeterlidir. Kamu görevlileri de diğer sigortalılarla aynı sistem içerisinde yer almalıdır. Bu kişileri sadece uzun vadeli sigorta hükümlerinden yararlandırmak, kısa va-

deli sigorta konusunda mevcut kanunlarına atıfta bulunmak, sistem açısından anlamsızdır.

Diğer yandan, kamu görevlileri uzun vadeli sigorta hükümleri kapsamında bırakıldıkları halde, malullük aylığının hesaplanmasını düzenleyen 27. maddenin iptal edilen birinci fıkrasına ilişkin bir düzenleme Tasari'da öngörülmemiştir. Kamu görevlilerinin malullük aylığı kendi kanunlarına göre hesaplanacaksa, 5510 sayılı Kanun'un uzun vadeli sigorta hükümlerinden yararlandırmanın anlamı kalmamaktadır.

60. madde genel sağlık sigortasını düzenlemektedir. Kamu görevlileri kısa vadeli sigorta hükümleri dışında bırakılmalarına rağmen, bu maddede kapsamda gösterilmişlerdir. Bu da, kamu görevlilerine genel sağlık sigortasının nasıl uygulanacağı konusunda soru işaretleri oluşturmaktadır.

2. Emeklilik Yaşına İlişkin Bir Değişiklik Yapılmamıştır

Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlileri açısından iptal ettiği emeklilik yaşına ve prim ödeme gün sayısına ilişkin bir değişikliğe Tasari'da yer verilmemiştir. Zaten Kurum bu konuda değişiklik yapmayacağını 17 Mayıs 2007 tarihinde sosyal tarafların görüşüne sunduğu ve kısaca Yeni Yaklaşım⁴ olarak adlandırılan çalışmada da açıkça dile getirmişti. Kurum'un internet sitesinde yayımlanan söz konusu çalışma, sosyal tarafların görüşlerine sunulmuştur⁵.

Kurum, Yeni Yaklaşım'da emeklilik yaşı ve prim ödeme gün sayısına ilişkin görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir:

"... Şu anda sanayileşmiş ülkelere kıyasla, Türkiye 27 yıl gibi oldukça kısa bir sürede yaşlı nüfus sorunu ile karşılaşacaktır. Mevcut sosyal güvenlik sisteminin yapısından kaynaklanan sorunlar bir yana, Türkiye için öngörülen yaşlanma hızı bile sosyal güvenlik sisteminde acil ve kapsamlı bir reformu zorunlu kılmaktadır.

....

Tablo 12 incelendiğinde çalışabilir nüfus olarak tanımlanan 20-59 yaş arasındaki nüfusun, resmi emeklilik yaşı ve daha üstü olan 60 yaş üstü nüfusa oranı Türkiye'de 7,1 olarak görülmektedir. Mevcut aktif/pasif oranının ise 2,0 olduğu görülmektedir. Bu veriler, Türkiye'de 7 çalışanın 1 emekliyi finanse edebileceği kadar çalışabilir yaşta nüfus potansiyeli

bulunmasına rağmen, çalışabilir nüfusun önemli bir oranının çalışmadığı veya kayıt altında olmadığı için mevcut sistemde ancak 2 çalışanın 1 emekliyi finanse ettiğini göstermektedir. Sosyal güvenlik açısından ülkemizin genç nüfus avantajını kullanmadığı anlaşılmaktadır.

....

Genç emekli sayısının yüksek olması, daha kısa çalışma süresi, daha uzun emeklilik süresi anlamına gelmektedir. Örnek vermek gerekirse SSK'da emeklilik yaşına ait kademeli geçişe göre bir kadın sigortalı 30 yıl, bir erkek sigortalı ise 21 yıl boyunca emekli aylığı alabilmektedir. Emeklilik yaşıyla ilgili olarak 1999 yılında gerçekleştirilen düzenlemeler sonucunda, emeklilikte geçen süre 2035 yılına kadar tedricen azalacaktır. Ancak, çalışılan süre/emeklilikte geçen süre ilişkisini çalışılan süre lehine değiştirecek yeni düzenlemeler yapılmaması durumunda, hayatta kalma beklentisinin önümüzdeki yıllarda giderek artacak olması nedeniyle, emeklilikte geçen süre 2035 yılından sonra yeniden artmaya başlayacaktır.

....

OECD ülkelerinin büyük bir kısmında emekliliğe bak kazanma yaşı 65 iken, 1999 yılındaki reform sonrası yaş kademeli geçişe tabi olduğundan, bugün için bile emeklilik yaşı ülkemizde 50'nin altındadır.

....

5510 sayılı Kanun ile emeklilik yaşının yükseltilmesi, çalışma statüsüne bağlı farklılıkların ortadan kaldırılması gibi uygulamaların sonucunda emeklilik sistemi açığında ciddi miktarda azalma sağlanacaktır."

Kurum'un bu konudaki görüşleri bilimsel verilere dayanmakta ve mevcut sistemin çökme sebeplerine ışık tutmaktadır.

3. Kamu İşverenlerini Gözeten Bazı Düzenlemeler Getirilmiştir

Son Tasarı'da iş kazası tanımlanırken, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler çıkarılarak, bu kişiler iş kazası kapsamı dışında bırakılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasındaki (c) bendi de çıkartılarak, kamu görevlilerini çalıştıran işverenlerin en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirimde bulunmaları yükümlülüğü kaldırılmıştır. Her ne kadar kamu görevlilerinin kısa vadeli sigorta dışında bırakılma-

sı buna gerekçe gösterilebilse de, bu kişilere iş kazalarının bildirimini ile ilgili hususta muafiyet tanınması anlaşılabilir değildir. Aynı durum meslek hastalıklarıyla ilgili 14. madde için de geçerlidir.

Kamu görevlileri iş kazası kapsamı dışında bırakılmasına rağmen, Kurum tarafından iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık nedeniyle yapılan yardımların ve bağlanan gelirlerin, kamu görevlisini çalıştıran kurumdan istenmeyeceğini düzenleyen 21. maddenin son fıkrasında bir değişiklik yapılmamıştır. Kamu görevlileri iş kazası kapsamı dışında bırakılıyorsa, bu maddede de değişiklik yapılması gerekmektedir.

Son Tasarı'nın 86. maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasında, kamu idarelerinin denetim elemanlarının da inceleme yapabilmeleri ve bu suretle Kurum'un re'sen prim borcu tahakkuk edebilmesine yönelik düzenleme de kaldırılması gereken düzenlemeler içindedir. Zira Kurum adına inceleme yapma yetkisi, 20 Temmuz 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliği ile sadece sosyal güvenlik kontrol memurlarına verilmiştir. Bu yetkinin hangi niteliklere sahip olduğu ve hangi idarenin çalışanı olduğu bilinmeyen "kamu idarelerinin denetim elemanlarına" da hasredilmesi, işverenleri zor durumda bırakabilecek ve suistimallere yol açabilecektir.

4. İşverenlerin Prim Oranları Artırılmaktadır

4.1. Fiili hizmet süresi zammı

5510 sayılı Kanun'un fiili hizmet süresi zammını düzenleyen 40. maddesi, fiili hizmet süresi zammı uygulamasının kapsamını, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan farklı olarak ve düzenlemenin istisnai nitelikte olduğunu dikkate almaksızın genişleterek, işverenleri ilave prim yükü ile karşı karşıya bırakmaktadır. Tasarı, söz konusu maddede yer alan bazı işleri fiili hizmet süresi zammı kapsamından çıkarsa da, bu düzenleme yeterli değildir. Söz konusu maddenin, Avrupa uygulamalarında da olduğu gibi, SSK'ya tabi çalışanlar açısından sadece "yer altı ve su altı işlerinde" çalışanları kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu ile be-

nimsenen iş sağlığı ve güvenliği sisteminin öngör-
düğü kuralları uygulayarak maruziyeti engelleyen
işyerlerinin itibari hizmet süresi nedeniyle ek prim
ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmaları
yerine bunların primlerinde indirimle gidilmesi da-
ha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

4.2. Prime tabi olan kazançlar

Tasarı'yla, prime tabi olmayan kazançlara ilişkin
düzenlemeye mevcut Kanun'da yer almayan sey-
yar görev tazminatı da ilave edilmiş ancak ne ol-
duğu açıklanmamıştır.

Aynı maddede, özel sağlık sigortası ve bireysel
emeklilik için ödenen primlerin toplamının asgari
ücretin %30'unu geçmeyen kısmı primden muaf tu-
tularak, bunlardan sadece birini sağlayan işveren
lehine bir düzenleme getirilmiştir. Çünkü bunların
ikisini birden sağlayan işveren, toplamın belli bir
miktarından prim ödemeyecektir. Bu nedenle, özel
sağlık sigortası veya bireysel emeklilik primlerinin
her birinin asgari ücretin %30'unu geçmeyen kıs-
mının primden muaf tutulmasını sağlayacak şekil-
de değişiklik yapılması gerekmektedir.

Özel sağlık ve bireysel emeklilik sigortaları, Ku-
rum'un iş yükünü ve harcamalarını azaltan uygula-
malardır. Özel sağlık sigortası olan işçiler hastalan-
dıklarında ya da iş kazası ve meslek hastalığına
maruz kaldıklarında tüm tedavi giderleri özel sağ-
lık sigortasından karşılanmakta, Kurum prim alma-
sına rağmen tedavi masrafı yapmamaktadır. Bu ne-
denle aslında özel sağlık sigortası ve bireysel
emeklilik için ödenen tutarlardan hiç sigorta primi
tahsil edilmemesi gerekmektedir. Ne yazık ki son
Tasarı'da da bu anlayış gözlemlenmemektedir.

Aynı fıkra da yer alan, görevin yerine getirilme-
si için zorunlu olarak yapılan aynı yardımlar da
açıklanmalıdır.

Tasarı aynı maddedeki belirtilen istisnalar dışın-
da her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemelerin
prime tabi tutulacağı yönündeki düzenlemeyi de
muhafaza etmektedir. Özellikle toplu iş sözleşme-
leri ile sağlanan bayram ve yakacak yardımların-
dan prim kesilmemesine yönelik son yargı kararla-
rı neticesinde bu fıkranın da yeniden ele alınması
gerekmektedir.

Maddede tavan aşımı halinde aşan kısmın son-
raki aylara eklenerek prim kesilmesine yönelik dü-
zenleme de, kazancı tavanın üstünde olanlar lehi-

ne bir eşitsizlik yarattığı ve işverenlerin prim ora-
nını artırdığı gerekçeleriyle maddeden çıkartılması
uygun olacaktır.

5. İdari Para Cezalarının Asgari Ücretle Bağlantısı Kesilmeli ve Eşitlik İlkesine Uygun Düzenlemeler Getirilmelidir

Tasarı, idari para cezalarının asgari ücretle iliş-
kilendirilmesi ilkesini aynen korumaktadır. Bun-
dan vazgeçilerek maktu rakamların belirlenmesi ve
diğer kanunlardaki gibi artışların yeniden değerle-
me oranına bağlanması uygun olacaktır.

Bunun yanı sıra Tasarı, 506 sayılı Kanun çerçe-
vesindeki mevcut uygulamaya uygun olarak idari
para cezalarını işverenin bilanço esasına göre def-
ter tutmak veya diğer defterleri tutmak zorunda
olup olmamasına göre farklı miktarlarda belirle-
mektedir. Böyle bir ayırım eşitlik ilkesine aykırıdır.
Zira burada önemli olan tutulan defterin türü de-
ğil, hukuka aykırılığın türüdür. Aynı hukuka aykırı
davranışta bulunan işverenlere, farklı idari para ce-
zası uygulaması doğru değildir.

VI. SONUÇ

Reform, bu haliyle mevcut sisteme göre farklı
özellikle sahip değildir. Üç farklı sosyal güvenlik
kurumunun sadece fiziksel yapısını birleştirmek
reform anlamına gelmemektedir. Bu üç kurumun
rejimine tabi sigortalıların da aynı haklardan eşit
ölçüde yararlanması gerekmektedir. Tek çatı, en
azından bu şekilde aktüeryal dengelere oturtula-
bilecektir. Bu yapılırken de bazı çalışanların hak-
larında olumlu, bazılarında olumsuz değişiklikler
yapılması kaçınılmazdır. Mevcut hakların korun-
ması adına kişilerin sosyal güvenlik hakkından
mahrum bırakılması savunulacak bir yaklaşım de-
ğildir. Zira mevcut sistemin ya da benzerinin de-
vamı konusunda ısrar edilmesi, zaten iflas etmiş
bir sistemin devamını gerekli kılmaktadır ki, bu
da sosyal güvenlik alanındaki reform hareketinin
daha baştan başarısız olmasına neden olabilecektir.

Ayrıca, Tasarı ile öngörülen değişiklikler ile iş-
verenlere yeni idari ve mali yükümlülükler getiril-
miştir. Örneğin 5510 sayılı Kanun'un prim borçla-
rının hakedişlerden mahsubunu düzenleyen 90.

maddesinde yer alan ve gerek teminat, gerekse hakedişlerin iadesinin işverenin prim ve her türlü borcu olmamasına bağlı tutan düzenlemede Taslakla yapılan değişiklikle, “prim ve her türlü borç” ifadesi “idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması” ifadesiyle değiştirilmiştir. Hali hazırdaki düzenleme ile gerek teminat, gerekse hakedişin tümüyle; prim borcu olma ya da olmama ipoteği altına alınması zaten son derece haksızken, bu borçlara bir de idari para cezalarının eklenmesi; amacı aşan bir düzenleme olmuştur. Bunun yanı sıra, aynı maddede devlet yardımı, teşvik ve desteklerden yararlanacak olan işverenlerin Kuruma prim ve idari para cezası borçlarının olmaması şeklindeki hüküm, 5510 sayılı Kanun’a eklenmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle prim borcu olan işverenlerin herhangi bir teşvik almasının önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece Kurum prim alacaklarının tahsili için yeni bir imkâna kavuşacaktır.

İşverenler üzerindeki yükleri artıran bir diğer husus da bazı idari para cezalarında yapılan değişikliklerle, bu cezaların fahiş miktarlarda artırılmasıdır.

Bunun yanı sıra, 100. maddede yapılan değişiklikle de Kurumun bilgi ve belge isteme yetkisinin kapsamı oransız bir şekilde genişletilmekte bu yükümlülüğe uymayanlara bir de idari para cezası verilmesi öngörülmektedir.

Bir diğer önemli düzenleme ise; sağlık hizmetlerinin sağlanma yöntemi ve sağlık giderlerinin ödenmesi hususunu düzenleyen 73. maddede karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu maddede, mevcut metinde Kurum’un sözleşme başvurularını değerlendirmesinde ve ödemeleri yapmasında birtakım etik kurallara uyması gerektiği düzenlenmekteydi. Taslak’ta bu fıkra madde metninden çıkartılmaktadır. Kurum’un uygulamalarında etik düzenlemelelere uymasının kanundan çıkartılmasını anlayabilmek ve yapılan düzenlemenin iyi niyetinden şüphe etmemek mümkün değildir.

Yukarıda sayılan tüm bu düzenlemeler, 5510 sayılı Kanunu sosyal güvenlik reformu olmaktan çıkarıp tamamen Kurumun finans açıklarının kapatılması ya da ek gelir sağlanması gibi amaçlara yönelik bir yasa haline getirmektedir. Bu bakımdan yapılacak düzenlemelerde, SGK’nın bir “sosyal” güvenlik kurumu olduğu unutulmamalıdır. Bu çerçevede ilgili maddelerin yeniden düzenlenerek

idari ve mali ek yükümlülüklerde değişikliğe gidilmesi büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde sosyal güvenlik sistemi daha büyük bir kaosa sürüklenecektir.

DİPNOTLAR

- ¹ Sosyal Güvenlik Reformu: Uygulama Öncesi Yeni Yaklaşım, SGK, Mayıs 2007.
- ² ABD ve Japonya’ya ilişkin veriler, Fransız Metal Sanayi İşverenleri Birliği’nin (UIMM) aylık yayın organı “Social International”ın Ocak 2007 sayısında yer alan tablodan elde edilmiştir. Söz konusu tablonun Türkçe tercümesi için bkz. İşveren, TİSK, Mart 2007, s. 100-101.
- ³ Söz konusu Sözleşme, 29.7.1971 tarih ve 1451 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun’la işsizlik ve aile sigortası dışındaki sigorta kolları bakımından onaylanmıştır.
- ⁴ Bkz. Dipnot 1.
- ⁵ http://www.sgk.gov.tr/doc/SosyalGuvencilikReformu_UygulamaOncesiYeniYaklasim.pdf

Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ücreti Ödenmediği İçin Çalışmamış Olan Sigortalının Hizmet Tespiti İsteği

I. Giriş

Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, kısa bir süre önce verdiği bir kararda, iş hukukuna ilişkin bir konunun sosyal sigortalar hukukuna ait sonuçlarını tartışma olanağını bulmuştur. Söz konusu karar, ücreti ödenmediği için iş görme edimini yerine getirmekten kaçınan (İş K. m. 34/D) sigortalı işçinin, çalışmadığı süreleri hükmen (mahkemece) tespit (SS Kanunu m. 79/X) yoluyla sigortalılığına saydırıp saydıramayacağını ilgilendirmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu hususa ilişkin yanıtı, aşağıda görüleceği üzere, olumsuz yöndedir.

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/7349

Karar No : 2007/14363

Tarihi : 24.09.2007

DAVA

Davacı, davalı işverene ait işyerindeki hizmet akdinin davanın açıldığı tarihe kadar devam ettiği, işveren tarafından izinli sayılmak sureti ile topluca işyeri dışında bırakıldığının tespiti ile SSK primleri ödenmeyen bu sürelerin işyerinde geçen diğer sürelerle birleştirilerek sigortalı hiz-

met süresi olduğunun ve ücret miktarı ile ödenmeyen sigorta prim tutarlarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Hükmün, davalılar Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, fiilen çalışılmayan sürelerde davacının sigortalı sayılıp sayılmayacağı hususuna ilişkindir.

Davacı taraf, 07.01.2004 ile 16.02.2004 tarihlerinde imzalanmış iki protokol metni hükümlerine dayanarak suretiyle davalı şirket tarafından ücretli izne çıkarıldığını iddia etmektedir. Gerçekten, ilki 07.01.2004 tarihinde imzalanmış protokolda, “07.01.2004 tarihinde 12.01.2004 Pazartesi günü mesai başlangıcına kadar fabrikalarda çalışma yapılmayacaktır. Ve çalışma yapılmayan günler idari ücretli izin sayılacaktır.” Ve daha sonraki 16.02.2004 tarihli protokol metninde, “şirketimizde sürmekte olan elektrik kesintisi nedeniyle ikinci bir duyuruya kadar işyerimizde çalışan işçiler ücretli izinli sayılacaktır.” hükmüne yer verilmiştir. Davalı şirket ise söz konusu yazıların davalı şirketi bağlayıcı nitelikte olmadıklarını bu belgenin işveren adına yetkili olmayan kişice imzalanmış bulunduğunu savunmaktadır. 16.02.2004 tarihli belgeyi davalı şirket adına teknik genel müdür yardımcısı vekili Y.S.’nin imzaladığı görülmektedir. Gerçekten davalı şirket hukuki niteliği itibarıyla bir anonim şirkettir. Anonim şirketlerde temsil ve ilzam olunma “çift imzayla” gerçekleşir. Nitekim Türk Ticaret Kanununun 321. maddesinin üçüncü fıkrası: “Anonim Şirket adına tanzim edilecek evrakın muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile salahiyyetli olanlardan ikisinin imzası kafidir” hükmünü taşımaktadır. Şirket ana sözleşmesinde de belirtilen yasa hükmünün aksine bir düzenleme yer almış değildir. 16.02.2004 tarihli belgeyi imzalaması yolunda davalı şirket yönetimi tarafından Y.S.’ye verilmiş herhangi bir emir veya talimatta dosyada mevcut değildir. Ayrıca anılan kişinin işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili kişiler arasında olmayıp, konumu itibarıyla “teknik müdür” düzeyinde görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bu yönden söz konusu belgenin Türk Ticaret Kanunu uyarınca şirketi temsile ve ilzama yetkili iki kişi yerine, işletmenin tümünü sevk ve idareye yetkili bulunmayan bir kişi tarafından imzalandığından hukuken davalı şirkete bir sorumluluk yüklenmesinden söz edilemez.

Şirket Ana Sözleşmesinin 25. maddesi “şirket adına düzenlenen bütün belgelerin geçerli olma-

sı ve şirketi ilzam edebilmesi için yönetim kurulunca yetkili bulunan şahıslar tarafından şirket isminin ilavesiyle imza edilmesi şarttır. Bu imzalar Ticaret Siciline tescil ve usulen ilan edilecektir.” hükmünü içermektedir. Davalı şirketin 07.01.2004 tarihinde yetkili temsilcilerinin adı, soyadı ve imza sirküleri Ticaret Sicil Memurluğundan istenmiş, gönderilen listede 16.02.2004 tarihinde protokolü imzalayan Y. S.’nin ismi bulunmamaktadır. Şirket yönetim kurulu 18.02.2004 tarihli kararla Y. S.’ye (B) grubu 1. derecede imza yetkisini 16.02.2004 tarihli protokolü imzaladıktan iki gün sonra vermiştir. O nedenle protokolün imza tarihinde, Y. S. şirketi temsile yetkili değildir. Ayrıca şirket yönetim kurulunun 04.04.1988 tarihli kararında “şirketimizin şirket unvanı altına (A) ve (B) grubundaki 1. derecede yetkili şahıslardan herhangi ikisinin ve (A) veya (B) grubundaki bir şahıs ile (C) grubundaki 2. derecede yetkili şahıslardan birinin veya müştereken tevkil edecekleri şahsın imzası ile temsil ve ilzam olunacağı” belirtilmiştir. Yukarıda anlatılan nedenlerle davalı şirkette çalışan işçilerin ücretli izne çıkartıldıklarına dair düzenlenen belgeler geçerli ve davalı şirketi bağlayıcı nitelikte değildir.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanununun 34/1. maddesi işçi ücretlerinin gününde ödenmesini sağlamak üzere: “Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.” hükmünü getirmiştir.

Her ne kadar anılan hükmün ikinci cümlesi bu tür iş görme borcunun yerine getirilmeyişinin grev olarak nitelendirilemeyeceğini belirtip çalışmayan işçinin söz konusu eyleminin kanun dışı grev şeklinde değerlendirilmesini önlemek istemişse de, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler gibi kanunsuz eylemlerin yapılmasını mümkün kılmış değildir.

Dava konusu olayda davalı şirket yetkilileri Adana Bölge Müdürlüğüne 12.01.2004 tarihinde

başvurarak, şirkette üretimi tamamlanmış ve müşteriye sevk edilmek üzere 08.01.2004 tarihinde kamyonlara yüklenmiş malların sevkine işçilerin izin vermediklerini belirtmiş ve durum tespiti için müfettiş görevlendirilmesi talebinde bulunmuşlardır. Ayrıca davalı işveren şirket, Tarsus İş Mahkemesi'ne başvurmuş ve malların yüklenmesinin yapılarak yükleme yapılan kamyonların dışarı çıkışının sağlanması yönünde tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur. Buna ilişkin Tarsus İş Mahkemesi'nin 2004/1 D. İş sayılı dava dosyasında yer alan bilirkişi raporunda "işçilerin makinelerin çevresinde bulunduğu, ancak makinelerin çalışmadığı ve üretimin yapılmadığı" yazılıdır. Bu tür eylemleri ise, İş Kanununun 34. maddesi çerçevesinde yapılmış yasal bir iş bırakma eylemi olarak değerlendirmek hukuken mümkün değildir. İşçi, ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir, ancak işyerinde makineleri durdurmak şeklinde eylemlerde bulunamazlar.

Öte yandan işçinin ücretinin 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi, İş Kanununun 34/1. maddesi uyarınca iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınılabilecektir. Bu durumda çalışılmayan süre için ücret ödemesi yapılacağına ilişkin olarak İş Kanunu Taslağında yer alan düzenleme, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki Yasama görüşmeleri sırasında 4857 sayılı İş Kanununun metni içine alınmamış ve çıkarılmamıştır. Buna göre, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınılacak, yani fiilen çalışmayacak olan işçi işverenden çalışmadığı günler için ücret talep edemeyecektir. Ücret ifa edilen işin karşılığıdır. Açıklanan nedenlerle işveren şirketin çalışılmayan dava konusu dö-

nemde ücret ödeme borcu yoktur. Aylık bildirge ve 4 aylık bordro verme yükümü ücret ödemesine bağlı bir yükümlülüktür. 07.01.2004 tarihiyle 23.02.2006 tarihleri arasında işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmadığından davacının sigorta primlerinin bu süre için ödemesi ve prim ödeme gün sayılarının Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmesi gerekmez. Ayrıca, sigortalıya hizmet sürelerine hükmün tespit ettirme olanağını sağlayan 506 Sayılı Yasanın 79/10. fıkrası "... çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını ispatlayabilirlerse bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazançları toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır" hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi hizmet tespit davasının kabulü yasanın açık hükmü karşısında işyerinde fiilen çalışma olgusu gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Fiilen çalışılmayan sürelerin tespiti mümkün değildir. Sonuç olarak ücreti ödenmeyen işçi, iş görme edimini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, kendisine ücret ödenmeyeceği için sigorta ilişkisinden söz edilemeyecektir. Ve bu nedenle çalışılmayan sürelerin tespitine karar verilemeyecektir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirmiştir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılardan A.Ş.'ne iadesine, 24.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

II. Kararın İncelenmesi

1. Hukuki uyumsuzluğun tespiti

İnceleme konusu Yargıtay kararına konu olan olayda, davacı sigortalı işçi; davalı ... A.Ş.'ne ait işyerinde aralıksız ve sürekli çalıştığı sırada tüm işçi-

lerle birlikte topluca ücretli izne gönderildiği halde ücretlerinin ödenmeyip buna ilişkin sigorta primlerinin yatırılmadığını belirterek, sigorta primi yatırılmaksızın geçen sigortasız hizmet sürelerinin tespitine ve söz konusu sürenin daha öncekilerle birleştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

İşçi ücretlerinin gününde ödenmesi hükmünün amacı, işçilerin ücretlerini zamanında almalarını sağlamak ve ücretini alamayan işçinin de angarya boyutuna varacak boşuna çalışmasını önlemektir.

Davalı ... A.Ş.; davacıya cevaben, kendisini temsile yetkili olmayan kişi veya kişilerin imzalamış buldukları bir belgeyle iktisaden güç durumda bulunmasına rağmen işçileri ücretli izne çıkarmanın söz konusu olamayacağını, işçilerin ücretlerini alamadıkları gerekçesiyle üretimi tamamen durdurup mamûl malların işyerinden çıkarılmasını engellemelerinin kanunsuz olduğunu, çalışmayan işçi için ücret ve sosyal sigorta primi tahakkukunun yapılamayacağını ve giderek sigortalılık süresine esas olacak fiili hizmet süresinin tespiti cihetine gidilemeyeceğini belirterek, açılmış davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Alt mahkeme, davacı talebini kısmen kabul etmiştir. Söz konusu kararın davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine ise, uyuşmazlık, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. Bu bağlamda, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, şirketi temsile yetkili olmayan bir kişinin imzaladığı bir belgeyle işçileri ücretli izne çıkarmanın söz konusu olamayacağını benimsedikten sonra; ücreti ödenmeyen işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceğini ama bu hakkın kendisine yasa dışı eylemde bulunmayı bahşetmeyeceğini ve giderek, fiilen çalışılmamış olunacak bu sürelerin, hizmet tespitine esas alınamayacağını kabul edip, alt mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

2. Hukuken değerlendirme ve görüşümüz

İncelenen kararda, değişik iki hukuki konunun tartışıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, şirketi temsile yetkili olmayan bir kişinin imzaladığı bir belgenin hukuken geleceği ve ikincisi de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34 üncü maddesi uyarınca, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı-

na sahip bulunan işçilerin hak ve yükümlülükleri ile bunun sosyal sigorta ilişkisi üzerindeki etkisidir. Bu itibarla, aşağıda, yetkisiz kişinin imzaladığı belgeyle işçilerin topluca ücretli izne çıkarılıp çıkarılmayacağı ve giderek, çalışılmayan sürenin hizmet tespitine esas alınıp alınamayacağı hususları irdelenecektir.

a) İşçi ücretlerinin gününde ödenmesi

İşçi ücretlerinin gününde ödenmesi, iş hukukunda esastır. Nitekim, İş K. m. 34/I, işçi ücretlerinin gününde ödenmesini sağlamak üzere:

“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.” hükmünü getirmiştir. Söz konusu hükmün amacı, işçilerin ücretlerini zamanında almalarını sağlamak ve ücretini alamayan işçinin de angarya boyutuna varacak boşuna çalışmasını önlemektir. Her ne kadar, anılan hükmün ikinci cümlesi, bu tür iş görme borcunun yerine getirilmeyişinin grev olarak nitelendirilemeyeceğini belirtip çalışmayan işçilerin söz konusu eylemlerinin yasa dışı grev şeklinde değerlendirilmesini önlemek istemişse de; bu durum, inceleme konusu Yargıtay kararında isabetle vurgulandığı üzere, haklarında yasa dışı grev yaptırımlarının uygulandığı (TİSGLK. m. 25/III tümce 3) işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler gibi yasa dışı eylemlerin yapılmasını mümkün kılmış değildir¹. Nitekim, bu bağlamda Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi de, bir kararında:

“.. 4857 sayılı Yasanın 34. maddesi gereği ücretlerin yirmi gün ödenmemesi halinde işçilere çalışmama hakkı verilmektedir .. 4857 sayılı Yasanın 34/1. maddesi, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçiye, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı vermektedir. Ancak bu hak, iş yerinde makineleri durdurmak şeklinde eylemlerle kullanılamaz ..”² anlatımına yer verip son derece isabetle, bu tür hukuk dışı eylemlerin önünü kapatmak istemiştir.

Ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınacak, yani fiilen çalışmayacak olan işçi, işverenden ücret talep edemeyecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda davalı şirket yetkilileri, bir yazıyla Bölge Müdürlüğüne başvurarak, şirkette üretimi tamamlanmış ve müşteriye sevk edilmek üzere kamyonlara yükletilmiş malların sevkine işçilerin izin vermediklerini belirtmiş ve durum tespiti için müfettiş görevlendirilmesi talebinde bulunmuştur. Ayrıca, davalı işveren, İş Mahkemesine başvurmuş ve malların yüklemesinin yapılarak yükleme yapılan kamyonların dışarı çıkışının sağlanması yönünde tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur. Buna ilişkin dava dosyasındaki bilirkişi raporunda, işçilerin makinenin çevresinde bulunduğu ancak makinaların çalışmadığı ve üretimin yapılmadığı hususu yazılıdır. Bu tür eylemleri ise, tekrar belirtelim ki, İş Kanunu m. 34 çerçevesinde yapılmış yasal birer iş bırakma eylemi olarak değerlendirmek, hukuken mümkün olmamıştır.

b) Yetkisiz şirket görevlisinin imzaladığı belge

Davacı işçi, 7 Ocak 2004 ile 16 Şubat 2004 tarihlerinde imzalanmış iki protokol metninin hükümlerine dayanmak suretiyle, davalı şirket tarafından ücretli izne çıkarılmış bulunduğunu iddia etmektedir. Gerçekten, ilkin 7 Ocak 2004 tarihli protokolde, "07.01.2004 tarihinden 12 Ocak 2004 Pazartesi günü mesai başlangıcına kadar fabrikalarda çalışma yapılmayacaktır" ve "çalışma yapılmayan günler idari ücretli izin sayılacaktır" ve daha sonraki 16 Şubat 2004 tarihli protokol metninde de, "Şirketimizde sürmekte olan elektrik kesintisi nedeniyle ikinci bir duyuruya kadar işyerimizde çalışan işçiler ücretli izinli sayılacaktır" hükümlerine yer verilmiştir. Davalı şirket ise, söz konusu yazıların kendisini bağlayıcı nitelikte olmadıklarını ileri sürmektedir. Bu konuda, her iki tarafın ileri sürdüğü hususları değerlendirme bakımından, söz konusu belgelerin yetkili kişilerce imzalanmış olup olmadığının irdelenmesi, yararlı olacaktır.

Gerçekten, ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi, İş K. m. 34/I uyarınca, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki; bu durumda ücret ödemesi yapılacağına ilişkin olarak İş Kanunu Taslağı'nda yer alan düzenleme, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki yasama görüşmeleri sırasında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun metninin içine alınmamış ve çıkarılmıştır. Buna göre, ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınacak, yani fiilen çalışmayacak olan işçi, işverenden ücret talep edemeyecektir. Bu anlamda, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi de, ücreti ödenmeyen işçinin bu sürenin ücretini işverenden isteyemeyeceğini kabul etmektedir³. Yargıtay Özel Daire'nin bu görüşü, öğretinin bir bölümü tarafından da paylaşılmaktadır⁴.

Diğer yandan, yine öğretilde, ücreti ödenmediği için iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınacak işçiye ücret ödenmeyeceği kabul edilmekle birlikte, tarafların bunun aksini kararlaştırabilecekleri ileri sürülmektedir⁵. Ancak, bu görüş, aşağıda⁶ görüleceği üzere, sosyal sigortalar hukuku bakımından geçerli değildir. Buna rağmen, bir an için söz konusu görüş kabul görse dahi, bunu kararlaştıracak tarafların yetkili olması gerekir. Bu bağlamda, işçilerin ücretli izinli sayılmalarını içeren 16 Şubat 2004 tarihli belgenin, işveren adına yetkili olmayan kişilerce imzalanmış bulunduğu savunulmuştur. Bu yöndeki savunma ise, hukuken değer taşımaktadır.

Gerçekten, davalı şirket; hukuki niteliği itibarıyla, bir anonim şirkettir. Anonim şirketlerde temsil ve ilzam olunma, inceleme konusu kararda isabetle belirtildiği üzere, "çift imza"yla gerçekleşir. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nun 321 inci maddesinin üçüncü fıkrası, "anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile salâhiyetli olanlardan ikisinin imzası kâfidir" hükmünü taşımaktadır. Bu bağlamda, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi'nin bir kararında da, anonim şirketi temsil ve ilzama yetkili kişiler tarafından imzalanmamış olan senetlerin şirket hakkında hüküm ifade etmeyeceği, isabetle belirtilmiştir⁷. Bu bağlamda, davalı şirketin ana sözleşmesinde de, belirtilen yasa hükmünün aksine bir düzenleme yer almış değildir.

Sosyal sigorta ilişkisinin doğumunu “kişinin fiilen çalışması”na bağlayan bir sistemin, hizmet sürelerinin hükmen tespiti için, “çalışma” olgusunu araması doğaldır.

16 Şubat 2004 tarihli ve işçilerin ücretli izinli sayılmalarına ilişkin belgeyi davalı şirket adına teknik genel müdür yardımcısı vekili unvanlı bir kişinin (Y.S.’nin) imzaladığı görülmektedir. Söz konusu kişiye imzalaması yolunda davalı şirket yönetimi tarafından verilmiş herhangi bir emir veya talimata rastlanmamıştır. Bunun gibi, anılan kişinin, işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili kişiler arasında olmayıp, konumu itibarıyla “teknik müdür” düzeyinde görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bu tür görev yapan birinin, işletmenin tümünü sevk ve idareye yetkili olmadığı gibi, işyerinde işe alma ve işten çıkarma yetkilerine sahip bir işveren vekili niteliğini de taşımadığı açıktır. Bunun gibi, anılan belgeyi imzalayan kişi, davalı işveren şirket adına tek başına toplu iş sözleşmesi imzalayabilecek kişilerden de değildir.

Bu yüzden, uyuşmazlık konusu olayda söz konusu belgenin, Türk Ticaret Kanunu ile davalı şirket ana sözleşmesi hükümleri ve mevcut imza sirküleri uyarınca temsil ve ilzama yetkili iki kişi yerine işletmenin tümünü sevk ve idareye yetkili bulunmayan bir kişi tarafından imzalandığından, hukuken davalı şirkete herhangi bir sorumluluk yüklemesinden söz edilememektedir.

Öte yandan, davacı işçinin üyesi olduğu sendikânın yöneticilerinin de, anılan kişinin (Y.S.’nin) yetkili kişi olmadığını bilebilecek durumda olduklarını kabul etmek gerekir. Nitekim, toplu iş sözleşmesi uygulaması içinde deneyim kazanmış sendika yöneticilerinin, hayatın olağan akışı ve çalışma yaşamının gerekleri bakımından, tek bir kişinin ve üstelik de yetkisiz bir kişinin imzasıyla taahhüt yaratılamayacağını bilmeleri, kendilerinden beklenmesi gereken bir husustur.

Karara konu olan olayda davalı şirket, ekonomik güçlükler ve içine düştüğü zor durum yüzünden, çok sayıda işçiyi topluca işten çıkarmıştır. Bu-

nun gibi, davalı şirket, kalan işçilerin ücretlerini de ödeyemez duruma düşmüştür. Nitekim, davacının da dahil bulunduğu işçiler, ücretlerini alamadıkları için, iş görme borçlarını yerine getirmekten kaçınır hale gelmiştir. Bu durumdaki bir işveren şirketten, yani işçilerine ücretlerini dahi ödeyemez haldeki bir kuruluştan, çalışmama eylemlerini ücretli izne dönüştürmesi beklenemez. Bunun, çalışma yaşamının gerçekleri kadar hayatın olağan akışına uymadığı açıktır.

c) Çalışılmamış sürelerle ilişkin hizmet tespiti isteği

Uyuşmazlık konusu olayda davacı sigortalı işçi, işyerinde ücretli izne gönderildiği tarihten davasını açtığı tarihe kadar sigorta primi yatırılmaksızın geçen sigortasız hizmet sürelerinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Bu bağlamda, sigortalıya hizmet sürelerini hükmen tespit ettirme olanağını sağlayan yasal düzenleme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 79 uncu maddesinin onuncu fıkrası hükmüdür. Söz konusu düzenleme ise, aynen:

“Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya **çalıştıkları** Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, **çalıştıklarını** hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır” anlatımını taşımaktadır.

Anılan düzenleme, dikkat edileceği ve görüleceği üzere, sigortalının “çalışma”sını temel almakta; buna göre de, çalışılmayan sürelerin tespiti, söz konusu olmamaktadır.

Bunu, hukuken doğal karşılamak gerekir. Çünkü, sosyal sigortalar hukukunun temel amacı, sigortalı durumundaki bağımlı çalışan işçinin sosyal sıkıntılarını ortadan kaldırmaktır. Sosyal sıkıntıların giderilmesi, yani işçiye iş göremezlik, yaşlılık ve işsizlik hallerinde sigorta güvencesinin sağlanması ise, ancak çalışma olgusuna bağlanabilir. Anılan korumanın sağlanması çalışma olgusuna bağlandığına göre de, artık çalışmanın hukuki bir nedene dayanıp dayanmadığı veya geçerli bir hukuki nedene dayanıp dayanmadığı üzerinde durulmayacaktır. Bu anlamda, sosyal sigorta yükümlülüğünü doğuran çalışma ilişkisi; ilke olarak özel hukuk iş-

Sosyal sigorta primlerinin, sigortalının iradesi dışında, düzenli biçimde ve gelir elde edildiği sürece ödenmesi gerekmektedir.

(hizmet) ilişkisinden farklı, bağımsız, kamu hukuku özellikli ve kendine özgü (sui generis) bir sosyal sigortalar hukuku ilişkisi biçiminde nitelendirilmektedir.⁸

Sosyal Sigortalar Kanunu, çalışma ilişkisi terimine yer vermemiş; ikinci maddesinde sadece, bir hizmet (iş) sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağını belirtmeyi yeterli görmüştür. Bu durumda, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun kendisine sosyal sigorta yükümünü bağladığı iş ilişkisinin kabulü için, üç unsurun varlığı şarttır. Bunlar; "işçi niteliğine sahip kişinin bulunması", "bu kişinin fiilen çalışması" ve kural olarak "çalışma karşılığında bir ücret alması" unsurlarıdır⁹. Bu anlamda, sosyal sigorta ilişkisinin doğumunu "kişinin fiilen çalışması"na bağlayan bir sistemin, hizmet sürelerinin hükmen tespiti için, "çalışma" olgusunu araması doğaldır. Buna göre de, sosyal sigortalar hukuku (SS Kanunu m. 79/X) bakımından fiilen çalışılmayan sürelerin hükmen tespiti, hukuken mümkün değildir.

Diğer yandan, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun öngördüğü sigortalılık koşulları (m. 2, 3) gerçekleştiğinde, yasa gereği bir yandan çalıştıran (işveren) ile Kurum (SSK) ve diğer yandan da çalışan (sigortalı) ile Kurum (SSK) arasında "prim ilişkisi" kurulur. Buradaki prim ilişkisi, kamu hukuku özelliklidir. Prim ilişkisinin kamu hukuku özellikli olduğu kabul edildiğinde, ödenecek sosyal güvenlik primlerinin de kaçınılmaz olarak "kamu hukuku özellikli" olduğu benimsenecektir¹⁰. Bu anlamda, sosyal sigorta primlerinin, sigortalının iradesi dışında, düzenli biçimde ve gelir elde edildiği sürece ödenmesi gerekmektedir¹¹.

Bu anlamda, gerek sosyal sigorta ilişkisinin ve gerekse bunun yol açtığı prim ilişkisinin kamu hukuku özellikli olmaları nedeniyle, tarafların aralarında anlaşmak suretiyle bunların doğumuna neden olabilmeleri düşünülmez. Nitekim, Sosyal Si-

gortalar Kanunu'nun 6. maddesi de, çalışanların işe alınmalarıyla birlikte kendiliğinden sigortalı olmalarını ve sigortalı hak ve yükümünden kaçınılmasını öngörmüştür (f. 1 ve 3). Buna göre, sosyal sigorta ve prim ilişkilerinin kurulması ve içeriği, tamamen tarafların iradelerinden bağımsızdır. Bu anlamda, işveren ile işçinin (sigortalının) kendi aralarında anlaşmak suretiyle, sosyal sigorta ilişkisini kurmaları ve prim yükümünü yaratmaları veya bunların yasaca belirlenmiş içeriğini değiştirmeleri ya da sosyal sigorta/prim ilişkisine son vermeleri, hukuken mümkün değildir.

Böylece, ücreti ödenmeyen işçi (sigortalı) ücreti iş görme edimini yerine getirmekten kaçındığı (İş K. m. 34/I) takdirde, iş görmediği ve kendisine ücret ödenmediği için sosyal sigorta ilişkisinden ve prim ödeme yükümünden söz edilemeyecek; giderek, hükmen hizmet tespiti (SS Kanunu m. 79/X) yoluna da gidilemeyecektir.

Bu bağlamda, ücreti ödenmeyen işçinin çalışmasına rağmen ücretinin ödenmesine devam olunacağı konusunda taraflar anlaşmış olsalar dahi, bunun sosyal sigorta yükümlülüğü alanında hukuki hiçbir geçerliliği olamayacaktır. Çünkü, aksi takdirde, kamu hukuku özellikli sosyal sigorta/prim ilişkisi tarafların iradesine tabi tutulmuş olur ki; bu, hukuken söz konusu değildir. Bu durumda, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kararda öngörüldüğü üzere, kamu hukuku özellikli sosyal sigorta ve prim ilişkisi bakımından 16 Şubat 2004 tarihli belgeye hukuken geçerlilik tanınmaması ve işçilerin ücretli izne çıkartıldığından bahisle hizmet süresi tespiti yoluna gidilmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde, çalışmayan ve gelir elde etmeyen sigortalıya, tarafların anlaşmak suretiyle sigortalılık süresi yaratmaları söz konusu olur ki; bu durumun, sosyal sigortaların kamu hukuku ve bağımsız olma özellikleriyle, hukuken bağdaşması mümkün değildir.

Giderek, uyuşmazlık konusu olaya, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 104 ile 107. maddelerindeki hükümleri uygulama olanağının bulunmamaktadır. Gerçekten, belirtilen her iki hüküm de, "sigortalının greve iştirak etmesi"nden söz etmektedir. Ücretleri ödenmediği gerekçesiyle çalışmayacak işçilerin bu yoldaki eylemleri ise, sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi, İş K. m. 34/I hükmündeki açıklık uyarınca, "grev" olarak nitelendirilememektedir.

Ücretleri ödenmediği gerekçesiyle çalışmayacak işçilerin bu yoldaki eylemleri sayisal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi, “grev” olarak nitelendirilememektedir.

III. Sonsöz

Ücreti ödenmediği gerekçesiyle çalışmayan işçinin (İş K. m. 34/1) çalışmadığı süre için sosyal sigortalarda hizmet tespiti (SS Kanunu m. 79/X) yoluna gidilemeyeceğine ilişkin, inceleme konusu Yargıtay kararı, gerek taşıdığı gerekçeleri ve gerekse ulaştığı sonucu itibariyle, isabetli bir karar olarak görünmektedir. Bu kararda ulaşılan sonuçların öğreti tarafından da paylaşıp paylaşılmayacağı ise, henüz belli değildir. Bunun gibi, söz konusu Yargıtay kararındaki görüşlerin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne götürülmesi olasılığı da yok değildir.

Nihayet, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin, inceleme konusu kararda esas olarak fiilen çalışılmamış sürelerin hizmet süresine konu olamayacağı hususu üzerinde durulmasına karşın, iki yan konu üzerinde esaslı sonuçları dile getirmekten kendisini alıkoymadığı görülmektedir. Bunlardan biri, yetkisiz şirket görevlisinin imzaladığı belgenin şirket için bağlayıcı olmayacağı ve diğeri de, ücreti ödenmeyen işçinin, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilecek durumda olmasına karşın, yasa dışı eylemlere kalkışamayacağıdır. Uyuşmazlık bakımından doğrudan ilgileri bulunmamakla birlikte, bu konulara ilişkin Yargıtay gerekçelerinin de güçlü ve yerinde oldukları ayrıca belirtilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıca bak. Ercan Akyiğit, “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi II, 5 (2005), 23.
- 2 Yarg. 9. HD., 14.09.2005-23047/29849.
- 3 Örneğin, bak. Yarg. 9. HD., 10.02.2005-2004-13259/3782.
- 4 Bak. Fevzi Demir, Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2006, 206-207; Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, 417-418.
- 5 Bak. Demir, 207.
- 6 Bak. yukarıda II 2 c.
- 7 Bak. Yarg. 11. HD., 11.02.1986-1985-6825/603; ayrıca bak. Yarg. 19. HD., 1.10.2001-2066/6076.

- 8 Bak. Ali Nazım Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, 130-131; Coşkun Saraç, İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Ankara 1998, 50-52.
- 9 Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990, 155.
- 10 Sözer, 59.
- 11 Bak. Ali Çubuk, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Güvenlik Kurumları, Ankara 1982, 55-56; Saraç, 27.

Prof. Dr. H. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçersiz Fesih Sonucunda Yapılması Gereken Ödemelerle İlgili Ücret Tespiti, Vergi ve Sosyal Sigorta Sorunları

4857 Sayılı İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlığını taşıyan 18'inci maddesinde, otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu öngörülmektedir.

Aynı Kanun'un 21'inci maddesi, "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımakta ve maddenin birinci fıkrasında, işveren tarafından geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme kararıyla veya özel hakem kararıyla ortaya konur ve feshin geçersizliğine hükmedilirse, işverenin bir aylık bir süre içerisinde işçiyi işe başlatmak zorunda olduğu, işe başlamak için başvuruda bulunduğu halde işçiyi işe başlatmadığı takdirde, işverenin işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, mahkeme veya özel

hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilirse, aynı kararda, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarının da belirleneceği, maddenin üçüncü fıkrasında da kararın kesinleşmesine kadar, çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört ay için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği açıklanmaktadır.

Dördüncü fıkrada ise, işçinin yeniden işe başlatılması halinde, eğer peşin olarak ödendiye, bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatının üçüncü fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edileceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemişse veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarının ayrıca ödeneceği hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, iş güvencesi kapsamında oldukları kabul edilen işçilerin iş sözleşmeleri feshedildiğinde, feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde, işçinin işe tekrar başlatılması veya başlatılmaması durumunda, yapılması gerekenler bellidir. Bununla beraber ücretin kapsamının, dolayısıyla miktarının belirlenmesinde, hangi

İşe başlatmama durumunda, feshin gerçekleştiği andaki ücret düzeyinin esas alınması gerektiği kabul edilmelidir.

andaki ücretin esas alınacağı konusunda, faiz talep edilip edilemeyeceği ve hangi andan itibaren faiz işletileceği konusunda, işçiye yapılacak ödemelerden vergi kesintisi yapıp yapılmayacağı konusunda, bu ödemelerle ilgili olarak sigorta primi ödenip ödenmeyeceği ve bu sürelerin hizmetten yani sigortalılık süresinden sayılıp sayılmayacağı konusunda belirsizlikler vardır.

Ödemelere Esas Alınması Gereken Ücretin Belirlenmesi

21'inci maddenin üçüncü fıkrası hatırlanacak olursa, fesih bildirim tarihinden kararın kesinleşmesine kadar geçen süre ile ilgili olarak, çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekmektedir. "Ücret ve diğer haklar" ifadesinden geniş anlamda ücretin esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Kısaca, esas ücret yanında ücret ekleri yani para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin tümü dikkate alınmalıdır. Yani işçi çalışmaya devam etseydi bu dört ayda elde edebileceği menfaatlerin tamamı ücret kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Prim, ikramiye, ödenek, mali sorumluluk tazminatı ve bütün sosyal ödemeler ve yan ödemeler dahil ücret, geniş anlamda değerlendirilmelidir.

Çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi, işveren işçiye tekrar işe başlatsa da başlatmasa da söz konusu olacaktır. İşçi kendi istek ve iradesi dışında çalıştırılmadığı sürenin ücret ve diğer haklarını en çok dört aya kadar alabilecektir¹. Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verildiği zaman, bu ana kadar sözleşmenin kesintisiz devam ettiği kabul edilmiş olmaktadır. İşte bu nedenle işçi en çok dört aya kadar bir süre için fiilen çalışmadığı halde sanki çalışmış gibi ücret ve diğer haklarını alabilecektir.

Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, tekrar işe başlamak üzere başvuruda bulunan işçi-

yi işe başlatmayan işverenin, en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında ödemesi gereken tazminata esas olacak ücret ise farklıdır. Burada söz konusu olan, çalışılmayan bir süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi değil, mahkeme veya özel hakem kararına rağmen işverenin, kendisine tanınan, inisiyatif işçiye işe başlatmama yönünde kullanması ancak bunun karşılığında, mağdur olan ve işini kaybeden işçiye tazminat ödemesidir². Ödenecek olan, ücret değil tazminattır. Ücret sadece tazminatın miktarını belirleyen bir ölçü olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade dışı bir çalışmama durumu söz konusu olmadığından ve işverenin işe başlatmama kararı ile fesih gerçekleştiğinden tazminat ödenecektir. Tazminata esas olacak ücret brüt çıplak ücret olarak dikkate alınacak ikramiye ve diğer sosyal haklar ve diğer ücret ekleri dikkate alınmayacak, ücret dar anlamda değerlendirilecektir³.

Bu konuda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus da hangi andaki ücret düzeyinin ödemelere esas alınması gerektiğidir. Fesih bildirim anındaki ücret düzeyi ile feshin geçersizliğine karar verildiği andaki ücret düzeyi farklı olabilir. Hatta feshin geçersizliğine karar verildikten sonra bile durum bir süre daha belirsizliğini koruyacaktır. İşçi kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak üzere başvurduğu takdirde, işveren işçiye bir ay içinde işe başlatmak veya başlatmamak yönündeki iradesini net olarak ortaya koyacaktır. Ancak bundan sonra iş sözleşmesi ya hiç kesinti olmamış gibi devam edecek ya da fesih gerçekleşmiş olacaktır. İşte bu süre zarfında da ücret düzeyinde değişiklikler olabilir. Fesih bildirim anındaki ücret düzeyi mi, feshin geçersizliği kararının verildiği ve tebliğ edildiği tarihteki ücret düzeyi mi, yoksa feshin tam olarak gerçekleştiği andaki ücret düzeyi mi esas alınacaktır?

İşverenin kesinleşen mahkeme kararına veya özel hakem kararına rağmen, süresi içinde işe başlamak için başvuran işçiye bir aylık süre içinde işe başlatmaması halinde, işe başlatmama tazminatı muaccel hale gelir.

İşçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları tutarındaki alacağı, işçinin kesinleşen karardan sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel hale gelen bir alacaktır.

İş hukukunun işçiyi koruma ve işçi yararına yorum şeklindeki genel yaklaşımı dikkate alındığında, işe başlatmama durumunda, feshin gerçekleştiği andaki ücret düzeyinin esas alınması gerektiği kabul edilmelidir.

İşçinin yeniden işe başlatılması durumunda ise, 21'inci maddenin dördüncü fıkrasına göre, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatının, maddenin üçüncü fıkrasındaki hükme göre yapılacak ödemeden mahsup edilmesi yani fesih bildiriminden kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları tutarından mahsup edilmesi gerekmektedir. Dört aylık ücret ve diğer haklar tutarı hesaplanırken, işçinin yeniden işe başladığı andaki veya yeniden işe başlanacak tarih üzerinde işçi ve işveren arasında kesin bir anlaşmaya varıldığı andaki ücret düzeyi esas alınmalıdır. Çünkü ancak bu noktalarda iş sözleşmesinin baştan beri kesintisiz devam edeceği net olarak ortaya çıkmış olmaktadır.

Feshin Geçersizliği Davalarında Dava Tarihinden İtibaren Yasal Faiz İstenip İstenmeyeceği

Feshin geçersizliği için açılan davalarda genellikle dava tarihinden itibaren yasal faiz talebinde bulunulduğu ve bazen yerel mahkemelerin bu talepleri yerinde görüp bu yönde hüküm tesis ettikleri görülmektedir.

21'inci maddenin beşinci fıkrası, feshin geçersizliğine ilişkin olarak kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren, işçinin on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda olduğunu, bu sürede başvuruda bulunulmazsa, işverence yapılan feshin geçerli bir

fesih sayılacağını ve bunun hukuki sonuçlarının doğacağını ifade etmektedir.

Bu durumda, feshin geçersizliği kararının verilmesi, tek başına otomatikman işe başlatmama tazminatı ödenmesine ve dört aya kadar çalışılmayan süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesine yetmemektedir. Bu ödemelerin yapılması öncelikle işçinin süresi içinde işe tekrar başlamak üzere işverene başvuruda bulunmasına bağlıdır.

İşverenin kesinleşen mahkeme kararına veya özel hakem kararına rağmen, süresi içinde işe başlamak için başvuran işçiyi bir aylık süre içinde işe başlatmaması halinde, 21'inci maddenin birinci fıkrası uyarınca karara bağlanmış olan işe başlatmama tazminatı (iş güvencesi tazminatı) muaccel hale gelir. Dolayısıyla tazminat alacağı muaccel olmadan, dava tarihinden bu tarihe kadar geçen süre için faiz talebinde bulunulması yerinde görülmemelidir⁴.

Diğer taraftan, dava tarihinden feshin geçersizliği ve işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları tutarındaki alacağı da, işçinin kesinleşen karardan sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel hale gelen bir alacaktır. Burada söz konusu olan alacak işverenin başvuruyu kabul edip etmemesiyle ilgili değildir. İşçi işe başlatılsa da başlatılmasa da ödenmesi gereken bir alacaktır. Dolayısıyla burada da, muaccel hale gelmeden dava tarihinden itibaren faiz talebi yerinde değildir. Kuşkusuz her iki durumda da tazminatın ve çalışılmayan süreye ait dört aylık ücretin muaccel hale gelmesinden sonra ödemeler yapılmıyorsa gecikilen süre için yasal faiz istenebilecektir⁵.

Feshin Geçersizliği Kararı Üzerine Çalışılmayan Süreye İlişkin Olarak Hak Kazanılan Ücret Ödemelerinden ve İşe Başlatmama Tazminatlarından Vergi Alınıp Alınmayacağı

4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren dört yıllık bir zaman geçmiş ve belli konularda yargı kararları doğrultusunda istikrar sağlanmıştır. Ancak bazı konularda tereddütler uzun süre devam etmiştir. Tereddüt yaratan konulardan bir tanesi de feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesi-

Çalışılmayan sürenin 4 aylık kısmına dair yapılacak giydirilmiş ücret tutarındaki ödemeden gelir vergisi kesintisi yapılması gerekmektedir.

ne karar verilen durumlarda işçi işverence işe başlatılmadığı takdirde işçiye ödenecek dört-sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminattan vergi kesintisi yapıp yapılmayacağıdır. Uzunca süre farklı uygulamalar gözlenmiştir. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 09.10.2003 tarihli bir kararında⁶ iş güvencesi tazminatı (işe başlatma tazminatı) belirlenirken brüt ücretin esas alınması gerektiği, gelir vergisi ve damga vergisi yükümlüsünün davacı olması gerektiği ifade edilmiştir. Maliye Bakanlığı'nın yayınladığı bazı muktezalarda da (özelgeler)⁷ iş sözleşmesi feshedilen işçilerin, feshin geçersizliği ve işe iade davası açmaları ve davalarını kazanmaları halinde, işe başlatılmamaları nedeniyle, kendilerine yapılan ödemelerin vergilendirilmesi ve ayrıca bunun dışında damga vergisi de kesilmesi gerektiği yolunda görüş bildirilmiştir.

Söz konusu ödeme ve tazminatlardan gelir vergisi ve damga vergisi kesilmesi gerektiği şeklindeki değerlendirmelerin dayanak noktası, Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci ve 25'inci maddeleridir. İlgili Kanun'un 61'inci maddesi, "Ücret işverene tabi 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..." hükmüne yer vermektedir.

Gelir Vergisi Kanununun 25/1'inci maddesine göre ise, "Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebebiyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar" gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Lafzi bir yorumla, sadece ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve ya-

pılan yardımların gelir vergisinden müstesna tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu yorumun doğal bir sonucu olarak da, iş sözleşmeleri feshedilenlerin bu fesihlere karşı açtıkları işe iade davalarını kazandıkları halde işe başlatılmamaları nedeniyle hak kazanacakları ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1'inci maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu ödemelerin ücret olarak kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla bunlardan gelir vergisi kesilmesinin doğru olacağı görüşü ileri sürülmüştür⁸.

Oysa 61'inci maddede sözü edilen "tazminat" ve "kasa tazminatı" iş ilişkisi devam ederken yani iş sözleşmesi geçerliken işçiye yapılan ve toplam ücret geliri içinde yer alan bazı ödemelerdir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda 21'inci maddede yer alan, işverenin kesinleşen işe iade kararına rağmen işçiye işe başlatmaması nedeniyle ödenecek dört-sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat ise ücret veya ücret eki değildir. Çünkü ancak işverenin işe başlatmaması ile feshin kesinleşmesi neticesinde muaccel hale gelen, yani çalışma karşılığı olmayan ve işçinin işini kaybetmesi nedeniyle uğradığı mağduriyetin giderilmesi amacıyla ödenmesi öngörülen bir tazminattır.

Hem 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesinde tanımlanan ücretin, hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32'inci maddesinde tanımlanan ücretin ortak özelliği, işverene bağımlı olarak çalışan işçiye, yaptığı hizmetin karşılığı olarak yapılan bir ödeme olmasıdır. Yani ücret iş sözleşmesi devam ettiği sürece yapılması gereken bir ödemedir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan ödemeler ücret niteliğinde değildir⁹.

Bu durumda iş sözleşmesi feshedilen işçilerin buna karşın açtıkları feshin geçersizliği ve işe iade davalarında, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verildiğinde, kararın kesinleşmesine kadar iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiğine karar verilmiş olunur. İşte bu nedenle çalışılmayan

İşe başlatmama tazminatı ücret olarak değerlendirilemeyeceğinden bu tazminattan gelir vergisi kesintisi yapılmamalıdır.

sürenin en çok dört aylık kısmı için işçi fiilen hiç çalışmadığı, daha doğrusu iradesi dışında çalıştırılmadığı halde, sanki çalışmış gibi ücret ve diğer haklarını almaya hak kazanır. Kararın kesinleştiği ana kadar iş sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla işçiye yapılacak olan ödemenin ücret niteliğinde olduğuna kuşku yoktur¹⁰. Bu durumda çalışılmayan sürenin 4 aylık kısmına dair yapılacak giydirilmiş ücret tutarındaki ödemedir gelir vergisi kesintisi yapılması gerektiği açıktır.

İşe başlatmama tazminatı ise (iş güvencesi tazminatı), daha önce de değinildiği gibi, işverene bağımlı olarak görülen bir hizmetin yani iş ilişkisi sürerken görülen bir hizmetin karşılığı değildir. İşe iade kararına rağmen ve işçinin başvurusuna rağmen işçiye işe başlatmayan işverenin ödemesi gereken bir tazminattır. İşverenin bu kararı ile iş sözleşmesi kesin olarak sona ermekte, işçi işini kaybetmekte ve mağdur olmaktadır. İşe başlatmama tazminatı bu mağduriyetin bir karşılığıdır. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra hak kazanılan bu tazminat ücret olarak değerlendirilemeyeceğinden bu tazminattan gelir vergisi kesintisi yapılmamalıdır.

Nitekim Danıştay Üçüncü Daire Başkanlığı 2007 yılı başlarında verdiği kararıyla duruma açıklık getirerek işe başlatmama tazminatının (iş güvencesi tazminatı) ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığı ve işsizlik sebebiyle verilen bir tazminat niteliğinde olduğu gerekçesiyle bu tazminattan vergi kesintisi yapılamayacağını hükme bağlamıştır¹¹.

Feshin Geçersizliği ve İşe İade Kararlarının Sosyal Sigorta Haklarına Etkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı ve otuz ya da daha fazla işçinin çalıştırılmakta olduğu işyerlerinde, en az altı aylık kıdeme sahip olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin geçerli sebep gösterilmeden feshi halinde veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme kararıyla veya özel hakem kararıyla tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işçi bazı ödemelere hak kazanabilecektir.

Bu ödemelerden ilki, işçi işe başlatılsa da, baş-

En çok dört aya kadar olan ücret ve diğer haklar toplamından iş kazaları-meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası primi de dahil edilecek şekilde tüm sigorta kolları için prim kesilmesi gerekmektedir.

latılmasa da çalıştırılmadığı süre için ödenen en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları toplamıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği şekilde bu ödemeler giydirilmiş ücret olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla 506 sayılı Kanun hükümleri uyarınca bu ödemelerden iş kazaları-meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası primi de dahil edilecek şekilde tüm sigorta kolları için prim kesilmesi gerekmektedir¹². Bütün sigorta kollarından prim kesilecek olması nedeniyle, bu dört aylık sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği yani hizmetten sayılacağı kuşkusudur.

İşçilere yapılabilecek ikinci bir ödeme de, feshin geçersizliği kararına rağmen ve işçinin yeniden işe başlamak için başvuruda bulunmasına rağmen bir ay içinde işe başlatmayan işverenler tarafından işçilere ödenmesi gereken dört-sekiz aylık ücretleri tutarındaki işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatıdır. Tazminatın ücret niteliğinde olmaması ve vergi kesintisi yapılmayacağı dikkate alınır, tazminat olarak yapılan ödemelerin prime tabi tutulmaması gerektiği de açıkça ortadadır. Ayrıca başvurularına rağmen işe başlatılmayan sigortalı işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle sigortalılık niteliği de zaten sona ermektedir. Bu nedenle tazminat şeklindeki ödemelerden prim kesintisi yapılmayacaktır. Dört-sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat bir iş ilişkisinin karşılığı olmadığından dört-sekiz aylık bir sigortalılık süresinden de söz edilemeyecektir¹³.

Feshin geçersizliği kararı üzerine işverenin işe iade kararını kabul ederek işçiye tekrar işe başlatması da söz konusu olabilir. İşçinin işe yeniden başlatılması durumunda, bildirim sürelerine ait ücret ve kıdem tazminatı peşin olarak ödenmişse, bunların toplamı işçiye ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer alacakları toplamından mahsup edilecektir. Bildirim sürelerine ait ücret

(ihbar tazminatı) ile kıdem tazminatı prime tabi olmayacağı için, işçi yeniden işe başlatılacak olursa, çalışılmayan süreye ait en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer haklar toplamı, mahsup yapılmamış haliyle prime tabi tutulmalıdır. Çünkü aksi halde bu dört aylık sürenin tamamının prim ödeme gün sayısından sayılması olanaksız hale gelecektir.

Eğer dört aylık ücret ve diğer haklar toplamı, işçiye peşin olarak ödenen kıdem tazminatını karşılamaz ise, bir diğer deyişle ödenmiş olan kıdem tazminatı dört aylık ücret ve diğer haklar tutarından fazlaysa, işçinin kıdem tazminatını geri ödemesi gerekecektir¹⁴. Bu durumda mahsup işlemi yapılmayacağından dört aylık ücret ve diğer haklar toplamı gene bütünüyle prime tabi olacak ve dört aylık süre gene bütünüyle sigortalılık süresinden sayılacaktır.

İşe başlatılmayan ve bildirim süresi verilmemiş veya bildirim sürelerine ait ücretler tutarı peşin olarak ödenmemiş işçilere, bu süreler ait ücretler ödenecek ancak bunlar ihbar tazminatı niteliğinde olduğundan prime tabi olmayacaktır.

Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilen hallerde sigortalı işçi işe tekrar başlatılırsa, iş sözleşmesi baştan itibaren geçerli sayılacağından işveren tarafından ayrıca sigortalı tekrar işe giriş bildirgesi istenmeyecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Mahkemelerin iş yükü nedeniyle dört aylık sürenin aşıldığı hallerde işçiye sadece dört aylık ücret ve diğer haklarının verilmesi konusundaki eleştiriler için bkz.: Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-E.Tuncay KAPLAN/SENYEN, İş Hukuku, 2.B., Seçkin Ya., Ankara, 2007, s.194.
- 2 Bkz.: Yarg. 9. H.D., 19.9.2006 T., E.2005/25448, No.2005/30362.
- 3 Bu konuda örnek Yargıtay Kararları için bkz.: Yarg. 9. H.D., 06.11.2003 T., E.2003/18733, No.2003/18729; Yarg. 9. H.D., 19.9.2005 T., E.2005/25448, No.2005/30363.
- 4 Bkz.: Yarg. 9. H.D., 06.11.2003 T.,E.2003/18733, No.2003/18725.
- 5 Bkz.: Yarg. 9. H.D., 10.2.2004 T., E.2003/23396, No.2004/1896.
- 6 Bkz.: Yarg. 9. H.D., 09.10.2003 T., E.2003/12544, No.2003/16689.
- 7 Mukteza (özelge): Vergi Usul Kanunu'nun 369. maddesi uyarınca, vergi dairelerinin veya Maliye Bakanlığı'nın mükelleflerin sorularına verdikleri cevap.
- 8 Cumhuriyet Sinan ÖZDEMİR, "İşe İade Tazminatında Vergi Kesintisi", <http://www.alomaliye.com> (Erişim tarihi: 12.09.2007).
- 9 Kıdem tazminatından gelir vergisi kesilemeyeceği konusunda bkz.: Ankara 1. Vergi Mahkemesi kararı, 30.6.2004 T., E.2004/155, No. 2004/622; Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararı, 28.10.2004 T., E. 2004/3086, No.2004/3572.
- 10 Bkz.: Nağme HOZAR, "Danıştay Son Noktayı Koydu: İş Güvencesi

Tazminatından Gelir Vergisi Kesilemez", MESS İşveren Gazetesi, Temmuz 2007.

- 11 Bkz.: Dan. 3. D. B., 15.2.2007 T., E.2006/3799, No. 2007/414; 15.2.2007 T., E.2006/3800, No. 2007/415; 15.2.2007 T., E.2006/3801, No. 2007/416. R.G. 15.6.2007 T., No. 26553.
- 12 Bkz.: Ali GÜZEL/Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 9.B., Beta Ya., İstanbul, 2003, s.160-163.
- 13 Bkz.: T.C. Çal. ve Sos. Güv. Bak. Sos. Sig. Kur. Başk. Sig. İşl. Gnl. Md. Sig. Prim. Dai. Bşk. Genelgesi B.13.2. SSK. 5.01.08.00/VIII-031/154443
- 14 Aynı görüş için bkz.: İş Hukuku, AKTAY-ARICI-KAPLAN/SENYEN, s.195.

Prof. Dr. Veysi SEVİĞ

ICC Vergi Komisyonu Türkiye Delegesi

İşe İade İşlemlerinde İhbar ve Kıdem Tazminatının Mahsubu Sırasında Ortaya Çıkan Vergisel Sorun

1) KONUNUN TANIMI

İş Yasası'nın 17. maddesi uyarınca "belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi" gerekmektedir. Buna göre iş sözleşmeleri;

- İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,
- İş altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,
- İş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,
- İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılmaktadır. Bu süreler asgari olup, yapılacak sözleşmeler ile artırılabilir.

Yasal düzenleme gereği olarak işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Bu bağlamda ihbar önellerine uyulmadan iş akdinin feshi halinde, çalışana önel süresi kadar ihbar ücreti ödenmekte-

dir. İşveren bunu yargı kararı ile öderse, bu ödemeye ihbar tazminatı denilmektedir.

İhbar tazminatının vergilendirilmesi konusu uygulamada zaman zaman duraksama yaratmış bulunmaktadır.

Bu konuda uygulamada iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre; ihbar tazminatı bir işsizlik tazminatı niteliğinde olduğundan Gelir Vergisi Yasası'nın 25. maddesinin birinci fıkrasına göre vergiden müstesnadır¹.

İkinci görüşe göre ihbar tazminatı ücret niteliğinde olup, Gelir Vergisi Yasası'nın 61. maddesinin 1 ve 2. fıkraları gereğince vergiye tabi tutulması gerekmektedir. İşverenin bildirim önellerine uymamak suretiyle fesih bildiriminde bulunması halinde önellere ilişkin ücret tutarında ödeyeceği tazminatın, İş Yasası'nda açıkça tanımlanan önellere göre belirlenen peşin ödeme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Çünkü belirsiz süreli hizmet akitlerinden yasa koyucunun ihbar önelleri öngörmesinin gerek işveren bakımından gerekse de işçi açısından belli bir amacı ve mantığı vardır. İşçi açısından yapılan

İşe iade edilen kişi işyerinden kendisine ödenen ihbar tazminatının geri istenmesine yönelik bir yazı ve ekinde yapılan vergi kesintilerini gösteren bir liste ile ilgili vergi dairesine yazılı olarak başvurmak suretiyle düzeltme isteminde bulunabilecektir.

düzenlemenin amacı işçinin bir anda işsiz kalmasını önlemek ya da belirli bir süre daha ya da belirli bir miktarda gelir elde etmesini temin ederek ona nispi bir koruma sağlamaktadır. Elde edilen gelir ihbar önellere endekslenerek belirlenmiştir. Ancak bu önellere uyularak yapılan peşin ödemeler ücret olarak adlandırılmış; önellere uyulmaması halinde yapılacak olan ödemeyi tazminat olarak tanımlamıştır.

Dolayısıyla işveren tarafından işçiye ödenen ihbar tazminatları ücret kapsamına giren bir gelir niteliğinde kabul edilerek gelir vergisine tabi tutulmalıdır.

Yapılan bu açıklamalar, işveren tarafından işçiye ödenen ihbar tazminatının ücret kapsamına giren bir gelir unsuru olduğunu ve bu nedenle de gelir vergisi kapsamına girdiğini göstermektedir².

Bir başka anlatımla “ihbar tazminatı” özünde işçinin fesihten önce çalışması öngörülen bir süre karşılığı ücret tutarı olarak düşünülmüştür. Bu sürelerle denk gelen ücret çalışana aynen ödenecektir. İhbar tazminatının bu sürelerle denk düşen ücret tutarı olarak algılanması ve vergiye tabi tutulmasında yasanın anlatımı ile çelişen bir özellik görülmemektedir³.

II) GEÇERLİ SEBEBİ BULUNMAYAN FESİHLER

İş Yasası'nın 21. maddesi uyarınca “işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.”

İşveren işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde

işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı konuya ilişkin olarak yapılacak ödemedan mahsup edilmektedir.

Bu konuda da işe iade davasında feshin geçersizliği sonucu nedeniyle işçinin işe başlamak için işverene başvurması durumunda, iş sözleşmesi feshedilirken kendisine ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının işverene iadesi aşamasında, işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatı üzerinden kesinti suretiyle alınan gelir vergisinin nasıl bir işleme konu edileceği hususu uygulamada duraksama yaratmaktadır.

III) OLAYIN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN ANALİZİ

Çalışana İş Yasası'nın 17. maddesi kapsamında yapılan ihbar tazminatı ödemesi; yine aynı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca ortaya çıkan yeni hukuki durum (yeniden işe başlatma) nedeniyle işverene borçlanma suretiyle iade edilmekte, bu bağlamda da ödemeye ilişkin işlem mahsup yoluyla kapatılmaktadır. Bu işlem gerçekte ihbar tazminatı ile ilgili işlemin bir anlamda iptal edildiğini göstermektedir.

Dolayısıyla böyle bir durumda “vergiye tabi olan bir işlem, yasa maddesinde yer alan bir hükümün uygulanması sonucu iptal edilerek, bunun sonucunda da “verginin konusuna girmeyen bir olay” dolayısıyla ödenen verginin hukuki dayanaktan yoksun kalmasına neden olmaktadır.

Verginin konusuna giren bir olayın yasal düzenleme sonucunda geçersiz sayılması vergiye tabi olmayan bir olayın varlığını göstermektedir.

Böyle bir durum Vergi Usul Yasası'nın düzeltme hükümleri içerisinde de değerlendirilmektedir. Kendisine bu konuda ihbar tazminatı ödenen kişi gerçekte verginin mükellefi konumundadır. Böyle bir durumda işe iade edilen kişi işyerinden kendisine ödenen ihbar tazminatının geri istenmesine yönelik bir yazı ve ekinde yapılan vergi kesintilerini gösteren bir liste ile ilgili vergi dairesine yazılı

Vergi uygulamaları açısından hangi hallerde ödenen vergilerin yine hangi hallerde hesaplanacak vergilerden mahsup edilebileceği hususu özel hükümlerle belirlenmiş bulunmaktadır.

olarak başvurmak suretiyle düzeltme isteminde bulunabilecektir.

Bu başvuru sonucunda ilgili vergi dairesi konuyu inceleyerek hak sahibinin istemi doğrultusunda işlem yapabilir.

İşten çıkartılanlar eğer birden fazla ise bu takdirde konuya ilişkin işverene yetkilendirme verilerek suretiyle söz konusu düzeltme isteminin işverence takibi sağlanabilir. Ancak böyle bir durumda işveren tarafından çalışanları temsilen yapılacak bu yetkilendirme sonucunda düzeltme suretiyle geri alınacak vergilerin işe iade edilenlerin borcuna mahsup edileceğine yönelik olarak çalışanlara tahhütte bulunulması gerekmektedir.

Yasa maddesinde yer alan “mahsup edilir” kavramı vergi hukuku açısından önem arz etmektedir. Çünkü vergi uygulamaları açısından hangi hallerde ödenen vergilerin yine hangi hallerde hesaplanacak vergilerden mahsup edilebileceği hususu özel hükümlerle belirlenmiş bulunmaktadır.

İş Yasası'nın 17. maddesi uyarınca işveren bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat öderken, bu ödemeye ait gelir vergisi kesintisini ödemenin yapıldığı ayı izleyen ay içerisinde Gelir Vergisi Yasası'nda öngörülen sürede muhtasar beyanname ile beyan ederek ilgili vergi dairesine ödemek zorundadır.

Bilahare İş Yasası'nın 21. maddesine göre çalışanın yeniden işe başlatılması halinde söz konusu çalışan için yeniden bordro düzenlenmesi bu bağlamda da işçinin çalışma süresinin kesintiye uğramamasına yönelik işlem yapılması gerekmektedir.

Çalışanın işe başlaması ile ilgili olarak düzenlenecek bordrolar üzerinden hesaplanarak vergi dairesine intikal ettirilecek gelir vergisi kesintisi ile daha önce ihbar tazminatı olarak yapılan ödemeye yönelik hesaplanarak vergi dairesine intikal ettiril-

miş olan vergiler arasında hem tahakkuk ve hem de ödenmeleri açısından zaman yani dönem farkı vardır. Bu farklılık hukuki çözümü tartışılır hale getirmektedir.

Böyle bir durumda çalışanın daha önce toplu olarak almış olduğu ihbar tazminatının bu defa aylık olarak hesaplanan ücret ödemesine dönüşümü hukuken mümkün olmayacağından İş Yasası'nda bu durum “mahsup edilir” ifadesi ile hükümlendirilmiştir. Ancak bu tanımlamaya dayanılarak mahsup işinin basit bir muhasebe işlemi gibi kabul edilerek değerlendirilmesi mümkün değildir.

Önce çalışana ödenmiş bulunan ihbar tazminatının iptal edilmesi, bilahare de çalışan için düzenlenen aylık bordrolar üzerinden çalışanın yeniden işe başlatılması (iadesi) sonucu düzenlenen bordrolar ile hesaplanan ücretlerin kendisine ödemesi gerekmektedir.

Böyle bir durumda daha önce ödenen vergilerin hak sahiplerine ödenmesi veyahut da söz konusu kişiler için yeniden düzenlenen bordrolar üzerinden hesaplanacak vergilere mahsup edilmesi konusunda idarenin özel nitelikte bir görüşüne gereksinim vardır.

Dolayısıyla söz konusu olay uygulamada tartışılır olmuştur.

Çalışanın işyerinden ayrılması ile işe iadesi arasında geçen süre içerisinde işe iade kararı veyahut da uygulaması nedeniyle çalışana ücret tahakkuk ettirilmesi durumunda da düzeltme yoluna başvurulması gerekmektedir.

Daha önce ihbar tazminatı nedeniyle düzenlenen bordro üzerinde hesaplanan ve vergi dairesine muhtasar beyanname ile beyan edilerek yatırılmış bulunan gelir vergisinin işe iade dolayısıyla düzenlenecek bordrolar üzerinden hesaplanacak vergiden düşülmesi konusu uygulamada sorun yaratan bir işlem olarak değerlendirilmektedir.

Bu konuda İş Yasası'nın 21. maddesinde yer alan daha önce yapılan ödemelerin, bundan sonra işe başlama dolayısıyla yapılacak ödemelerden mahsup edilmesi aşamasında belli bir süre önce ödenmiş bulunan gelir vergisinin idarenin bilgisi dışında yeniden düzenlenen bordrolar üzerinden hesaplanacak olan gelir vergisinden indirim konusu yapılması mümkün değildir.

Dolayısıyla böyle bir durumda da özellikle işe

Daha önce ödenen vergilerin hak sahiplerine ödenmesi veyahut da söz konusu kişiler için yeniden düzenlenen bordrolar üzerinden hesaplanacak vergilere mahsup edilmesi konusunda idarenin özel nitelikte bir görüşüne gereksinim vardır.

iadesi yapılan çalışanın ilgili vergi dairesinden düzeltme isteminde bulunması gerekmektedir.

IV) MALİYE BAKANLIĞI'NDAN GÖRÜŞ İSTENEREK OLAYIN ÇÖZÜME KAVUŞTURULMASI

İşe başlatma kararı sonucunda yeniden işe başlayanlara daha önce yapılan ödemeler sırasında kesinti suretiyle alınan vergilerin, bundan böyle işe başladıktan sonra yapılacak ödemelerden mahsup edilmesi konusunda Maliye Bakanlığı'ndan görüş istenmesi mümkündür.

Konunun bu bağlamda çözümlenmesi durumunda yayımlanacak bir tebliğ ile yürürlükte bulunan İş Yasası'nın 21. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca "mahkeme veya özel hakem daha önce yapılan feshin geçersizliğine karar vermesi halinde" işçinin yeniden işe başlatılması sonucu daha önce ödemesi yapılan ihbar tazminatı ve kıdem tazminatının mahsubu sırasında ihbar tazminatı üzerinden daha önce hesaplanan ve ilgili vergi dairelerine yatırılmış bulunan vergilerin, işe başlanması nedeniyle yapılacak ödemeler üzerinden hesaplanacak vergilerden mahsup edilmesi sağlanabilecektir.

Ancak uygulamada idarenin böyle bir olayın çözümüne yönelik görüş vermesi genellikle gecikmeli olmaktadır. Bu nedenle uygulamada farklı görüşlere göre oluşan çözümlerin zaman içerisinde uyumsuzluk konusu haline gelmesi de mümkündür.

V) OLAYIN YARGIYA TAŞINMASI

İdarece olayın çözümlenmesine yönelik herhangi bir duyuru yapılmazsa bu takdirde konunun

yargıya taşınması gündeme gelecektir. Bu bağlamda oluşacak yargı kararları konuya içtihadi çözüm getirmiş olacaktır.

Konunun yargıya taşınmasını önlemeye yönelik olarak ya vergi idaresi konuya çözüm getirecek veyahut da yapılacak yasal düzenleme ile bu tür mahsup işlemlerinin yapılmasına yasal nitelikte ortam hazırlanmış olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Benokan, Ömer-Özcan, Turgut, "İş Kanunu ve Vergi Uygulaması" HUD Yayınları, 2007, Sf:494.
- 2 Beyanname Düzenleme Kılavuzu 2007, HUD Yayınları, Sf:107.
- 3 Eraslar, Eyüp, "İşe İade Davası Sonucu Verilen Tazminattan Vergi Kesilmesi" İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:81, Sayı:3, Sf:973.

Asgari Geçim İndirimi Uygulama Esasları

Bilindiği gibi Gelir Vergisi Kanunu'nda 5615 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere ücretlilerde "vergi iadesi" kaldırılmış, yerine 1.1.2008 tarihinden geçerli olmak üzere "asgari geçim indirimi" uygulaması getirilmiştir.

Maliye Bakanlığı 265 seri no.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile uygulama esaslarını belirlemiştir.

Bu yazıda uygulama esasları kısaca açıklanacaktır.

1. Asgari Geçim İndiriminden Kimler Yararlanacak?

Asgari geçim indiriminden gerçek usulde vergilendirilen ücretliler yararlanacaktır. Aşağıda sayılan ücret geliri elde edenler ise asgari geçim indirimi uygulamasından yararlanamayacaklardır:

- Ücretleri diğer ücret kapsamında vergilendirilen hizmet erbabı,
- Dar mükellefiyet kapsamında ücret geliri elde edenler,
- Başka bir kanun hükmü (3218, 4490, 4691 sayılı Kanunlar vb.) uyarınca ücretlerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmayanlar,
- Ücret geliri elde etmeyen diğer gerçek kişiler.

2. Asgari Geçim İndiriminin Hesap Şekli

Asgari geçim indirimi, ücretin elde edildiği takvim yılı başında belirlenen 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarına;

- Mükellefin kendisi için % 50'si
- Çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u
- Çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere ilk iki çocuk için % 7,5'i
- Diğer çocuklar için % 5'i

olmak üzere ücretlinin şahsi ve medeni durumu dikkate alınarak hesaplanan indirim oranlarının uygulanması sonucu hesaplanan tutarın, Gelir Vergisi Kanunu'nun 103 üncü maddesinde yer alan Gelir Vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranla (halen % 15) çarpılması sonucu bulunan indirim tutarının 1/12'sinin aylık gelir vergisinden mahsup edilmesi suretiyle bulunacaktır.

Buna göre aylık indirim tutarını şu formülle ifade edebiliriz:

Asgari geçim indiriminin aylık tutarı = (Yıl başında geçerli olan asgari ücretin aylık brüt tutarı x asgari geçim indirimi oranı) x %15

Görüldüğü gibi, geçim indirimin hesabında kişinin ücret tutarının, dolayısıyla gelir vergisi stopaj

Birden fazla yerden ücret alanlarda uygulama, en yüksek ücretin elde edildiği işverenlerce yapılacaktır.

matrahının hiçbir etkisi bulunmamakta, ücret seviyesi ne olursa olsun indirim, ücretlinin eş ve çocuk durumuna göre belirlenmektedir.

Asgari geçim indiriminin yıllık tutarı, her ücretli için asgari ücret üzerinden hesaplanan yıllık vergi tutarını aşamayacak ve yılı içerisinde asgari ücret tutarında meydana gelen değişiklikler, asgari geçim indirimi uygulamasında dikkate alınmayacaktır.

Ücretlinin faydalanacağı azami indirim tutarı, elde ettiği ücret geliri üzerinden hesaplanan gelir vergisi ile sınırlı olduğundan, mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde ücretliye herhangi bir iade yapılmayacaktır.

Birden fazla yerden ücret alanlarda uygulama, en yüksek ücretin elde edildiği işverenlerce yapılacaktır. Ücret gelirlerini yıllık beyanname ile beyan edenler de indirimden yararlanacaktır.

3. Ücretlinin Eş ve Çocuk Durumu Nasıl Belirlenecek?

İndirimin uygulamasında “çocuk” tabiri, mükellefle birlikte oturan veya mükellef tarafından bakılan (nafaka verilenler, evlat edinilenler ile ana veya babasını kaybetmiş torunlardan mükellefle birlikte oturanlar dâhil) 18 yaşını veya tahsilde olup 25 yaşını doldurmamış çocukları, “eş” tabiri ise, aralarında yasal evlilik bağı bulunan kişileri ifade etmektedir.

Ücretliler, medeni durumları ve çocuk sayıları ile eşinin iş ve gelir durumu hakkında Tebliğ ekinde yer alan “Aile Durumu Bildirimi” (EK:1) ile işverenlerine bildirimde bulunacaklardır. Durumlarında herhangi bir değişiklik olması halinde (evlenme, boşanma, ölüm, doğum vb.), bu değişiklikleri işverene bir ay içerisinde bildireceklerdir. Asgari geçim indirimi oranını etkileyen değişiklikler, söz konusu değişikliğin işverene bildirildiği tarih itibarıyla uygulanacak olup, eşlerin her ikisinin de ücretli olması halinde çocuklar yalnızca sosyal gü-

venlik yönünden tabi oldukları eşin bildirimine dahil edilecektir.

Prensip olarak bildirim ilk işe girişte verilmesi gerekir. Ancak bir defaya mahsus olmak üzere halihazırda çalışmakta olan tüm ücretlilerin de bu bildirimde bulunmaları gerekmektedir.

Bu uygulamada eşin çalışmadığı ve herhangi bir gelirin olmadığına ilişkin olarak (aksi tespit edilmediği sürece) ücretlinin beyanı yeterli olacaktır.

Sadece ücret geliri elde eden eş, “çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eş” kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yani ücret karşılığında çalışan eş için indirimden yararlanılamayacaktır. Sadece emekli maaşı alanlar ise çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eş olarak kabul edilecektir.

18 yaşını doldurmuş çocuklardan öğrenimi sona erenler, öğrenimin sona erdiği ayı takip eden aydan itibaren anne veya babasının asgari geçim indirimi hesabında dikkate alınmayacaklardır.

Yıl içinde işyeri veya işvereni değişen ücretliler, yeni işyerlerinde veya işverenleri nezdinde çalışmaya başladıkları aydan itibaren asgari geçim indiriminden yararlanmaya devam edeceklerdir.

4. İşverenlerce Yapılacak İşlemler

4.1. Asgari Geçim İndirimine İlişkin Bordro:

İşverenler, kendilerinde mevcut medeni durum ve çocuk sayısı ile ilgili bilgiler doğrultusunda, her yıl Ocak ayı itibarıyla örneği Tebliğe ekli "Asgari Geçim İndirimine Ait Bordro" yu (EK:2) dolduracaklardır.

- Her bir ücretlinin yararlanacağı asgari geçim indirimi ayrı ayrı hesaplanarak bordroda ilgili aya ait sütunda gösterilecektir.

- Yıl içerisinde meydana gelen değişiklikler için ayrı bir bordro düzenlenebileceği gibi değişiklikler istenirse aynı bordro üzerinde de gösterilebilecektir.

- Bordro işveren nezdinde muhafaza edilecek, istendiği takdirde yetkililere ibraz edilecektir.

4.2. Asgari Geçim İndiriminin Muhtasar Beyannameden Mahsubu ve Ücretlilere Ödenmesi:

Hesaplanan yıllık asgari geçim indirimi tutarının her aya isabet eden kısmı, işverenlerce, ücret üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilecektir.

Ücretliye yansıtılacak tutar ücret ödemesinin yapıldığı dönemde ücret bordrosunda açılan “Asgari Geçim İndirimi” satırında gösterilecek ve işveren tarafından ilgili aya ilişkin verilecek muhtasar beyannamede kesilen vergiler toplamından mahsup edilerek kalan kesinti tutarı ödenecektir.

Mahsup edilecek asgari geçim indirimi, yukarıda açıkladığımız üzere, ücretlinin o aydaki ücretinden kesilen gelir vergisinden fazla olamayacaktır. Aşması halinde, aşan kısmın iadesi mümkün değildir.

Muhtasar beyanname üzerinde asgari geçim indirimi tutarının mahsup edilebilmesi için, söz konusu tutarın mutlak suretle ücretlilere ödenmiş olması gerekmektedir. Ücretlilere ödenmeyen tutarların mahsup edilmesi halinde bu tutar işverenlerce muhtasar beyanname üzerinden eksik beyan edilmiş ve ödenmemiş gelir vergisi olarak kabul edilecektir. Bu konuda Kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı için Bakanlığın yaptığı düzenlemenin geçerliliği tartışılmaktadır.

Üç aylık dönemler halinde muhtasar beyanname veren işverenler de her yılın Ocak ayından itibaren asgari geçim indirimi tutarını her ay ücret ödemesi sırasında ücretliye peşin olarak ödeyeceklerdir. Örneğin, Ocak-Şubat-Mart dönemine ilişkin asgari geçim indirimi tutarı, Nisan ayında verilecek muhtasar beyannamede mahsup konusu yapılacaktır.

Muhtasar beyanname üzerinde asgari geçim indirimi tutarının mahsup edilebilmesi için, söz konusu tutarın mutlak suretle ücretlilere ödenmiş olması gerekmektedir.

5. “Net Ücret” Uygulanan İşyerlerinde İndirim Uygulaması

Bilindiği gibi ülkemizde yaygın olarak “net ücret” uygulanmaktadır. Eski iade sisteminde, net ücret uygulanan işyerlerinde de ibraz edilen fişler üzerinden hesaplanan indirim tutarları ücretlilere ödenmekteydi. Geçim indiriminde de aynı uygulamanın devam edip etmeyeceği uzun süre kamuoyunda tartışılmıştır. Maliye yetkilileri önce konunun özel hukuk alanına girdiğini, bu nedenle Maliyenin herhangi bir açıklama yapmasına gerek bulunmadığını savunduktan sonra, 265 seri no.lu Tebliğde, net ücret üzerinden anlaşmak suretiyle çalışanların da asgari geçim indiriminden yaralanacağı, hesaplanan vergiden mahsup edilen asgari geçim indirimi tutarlarının net ücretleri ile birlikte ücretliye ödenmesi gerektiği açıklanmıştır. Bunun gerekçesini, indirimin kişisel bir indirim olması oluşturmaktadır.

Net ücret anlaşması yapılan hallerde, asgari geçim indiriminden kaynaklanan stopaj azalışının sadece işvereni etkilemesi gerektiğini düşünenler de vardır. Bu görüş sahipleri, Kanunda bu konuda açık bir hüküm olmadığını, Maliye'nin böyle bir düzenleme yapmaya yetkisi bulunmadığını, net ücret anlaşmasının doğal gereği olarak işverenin personele vaat ettiği net ücreti ödemek dışında bir mükellefiyetinin olamayacağını, ücretle ilgili yasal yükümlülüklerde meydana gelecek artış ve azalışların, personelin işverene olan maliyetini azaltıp artırmabileceğini ifade etmektedirler. Bu görüşün sahiplerine göre daha önce uygulanmakta olan vergi iadesi, personelin fatura, fiş toplaması karşılığında Devletin verdiği bir ödül idi ve bu nedenle personele verilmekteydi. Vergi iadesi yürürlükten kaldırıldı. Bunun yerine getirilmiş olsa bile asgari geçim indirimi ücret stopajını azaltan bir unsurdur. Net ücret uygulamasında stopaj azalışı işverene yansıyan, net ücret alanının hak iddiasına konu olamayacak bir değişikliktir.

6. Eski İade Sistemi ile Geçim İndiriminin Karşılaştırılması

Vergi iadesinin kaldırılarak yerine geçim indiriminin ihdas edilmiş olması, asgari ücret seviyesinin

Tablo: Bazı Ücret Seviyeleri İçin Eski ve Yeni Sisteme Göre Ödenecek Tutarların Karşılaştırması

Aylık Ücret Matrahı (YTL)	Vergi iadesinin yıllık tutarı (YTL) ^(*)	Asgari Geçim İndiriminin Yıllık Tutarı (YTL)					
		Bekar (veya evli, eşi çalışan, çocuksuz)	Evli (Eşi çalışmayan, çocuksuz)	Evli (Eşi çalışmayan, 1 çocuklu)	Evli (Eşi çalışan, 1 çocuklu)	Evli (Eşi çalışmayan, 2 çocuklu)	Evli (Eşi çalışan, 2 çocuklu)
1.000	710	558	670	753	642	837	725
1.500	950	558	670	753	642	837	725
2.000	1.190	558	670	753	642	837	725
2.500	1.430	558	670	753	642	837	725
3.000	1.670	558	670	753	642	837	725
3.500	1.910	558	670	753	642	837	725
4.000	2.150	558	670	753	642	837	725
4.500	2.390	558	670	753	642	837	725
5.000	2.630	558	670	753	642	837	725
5.500	2.870	558	670	753	642	837	725
6.000	3.110	558	670	753	642	837	725
7.000	3.590	558	670	753	642	837	725
8.000	4.070	558	670	753	642	837	725
9.000	4.550	558	670	753	642	837	725
10.000	5.030	558	670	753	642	837	725

(*) 2007 yılı için geçerli vergi iadesi tarifesi üzerinden hesaplanmıştır. Eğer kaldırılmasaydı, yıllık gelir vergisi matrahını geçmemek üzere, ibraz edilen barcamalar için 3.800 YTL'ye kadar %8, sonraki 3.900 YTL için %6 ve 7.700 YTL'yi aşan kısım için %4 iade ödenecekti.

de ücret geliri elde edenler için avantajlı olmakla birlikte, orta ve özellikle yüksek ücret geliri elde edenlerin aleyhine olmuştur. Bu ücretliler yüksek parasal kayıplar yaşayacaktır. Çünkü eski sistemde kişilerin gelir vergisi matrahları alacakları iade tutarını etkilemekte iken, yeni sistemde bunun hiçbir etkisi yoktur.

Yukarıdaki tabloda, bazı ücret seviyeleri için eski ve yeni sisteme göre ödenecek tutarlar karşılaştırılmalı olarak yer almaktadır. Geçim indirimi yıl başında geçerli asgari ücret düzeyine göre hesaplanacak olup, 2008 yılı başında geçerli olacak asgari ücret tutarı henüz belli değildir. Bu nedenle hesaplamalar için 2008 yılı başında asgari ücretin 620 YTL olacağı varsayılmıştır.

Elio MINICONE

Lombarda Sanayi Birliği (Assolombarda) Metal Sektörü Direktörü

İtalyan İş Kanunu'nda Yer Alan Esneklik Hükümleri ve Bunların Rekabet Edebilirlik Üzerindeki Etkileri

İtalyan iş mevzuatının katı niteliğinden dolayı işçilerin korunma düzeyi daima yüksek olmuştur. İş ilişkisini düzenleyen hükümler, bu ilişkiye nasıl başlanacağını, nasıl yönetileceğini ve nasıl sona erdirileceğini ayrıntılarıyla düzenleyen içeriktedir. Oysa şirketlerin iş ilişkisinden beklentisi daha fazla esnekliktir.

Esneklik; sözleşme türüne, çalışma süresine, ücretlere, sözleşmenin geçerlilik süresine vb. ilişkin olarak karşımıza çıkabilir.

Geçen yüzyıldan günümüze İtalyan işgücü piyasası prensip olarak iki nedenle katı bir görünüm arz etmiştir. Bunlardan ilki; tipik İtalyan iş ilişkisinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dayanması, ikincisi ise iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin çok katı kurallara bağlanmış olmasıdır. Belirsiz süreli iş sözleşmesi türüne dayanan bu genel yapıya ilişkin en önemli istisnalar, son birkaç on yıl içinde yapılan bazı düzenlemelerle getirilmiştir.

Bu kapsamda İtalyan işgücü piyasasına bir parça esneklik getiren en önemli düzenlemeleri şöyle özetleyebiliriz:

- **25/1955 sayılı Kanun:** Söz konusu Kanun,

eğitim ve belirli süreli iş sözleşmeleriyle genç işçilerin işgücü piyasasına erişimine yardımcı olmayı amaçlayan çıraklık sözleşmesi ile çıraklık uygulamasını getirmiştir.

- **230/1962 sayılı Kanun:** Söz konusu Kanun ile sınırlı olarak gösterilen hallerde belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı tanınmıştır. Bu Kanun, 2001 yılında değiştirilerek belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecek halleri genişleten 368/2001 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile ilgili 99/70/EC sayılı AB Yönergesi'ni temel alan 368/2001 sayılı yeni Kanuna göre belirli süreli iş sözleşmesi; sadece eski Kanunla katı bir biçimde sınırlanmış birkaç durumda değil, daha geniş biçimde ve yapılanma, değişim ve teknik nedenler gibi hallerde de yapılabilmektedir.

- **863/1984 sayılı Kanun:** Kanun; İtalyan mevzuatına kısmi süreli çalışma kavramını getirmiştir. Bu Kanun da 2001 yılında kısmi süreli çalışma uygulamasını genişletmek amacıyla 61/2001 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir.

- **56/1987 sayılı Kanun:** Söz konusu Kanun işverenlere çalıştıracakları işçiyi doğrudan seçme im-

kânı sağlamıştır. Bu Kanun'dan önce işverenler sadece üst düzey çalışanları serbestçe seçme serbestisine sahip bulunmaktaydılar.

- **196/1997 sayılı Kanun:** “Treu Kanunu” olarak da anılan Kanun, İtalyan işgücü piyasasına “geçici iş ilişkisi” kavramını getirmiştir.

İtalyan işgücü piyasasının son birkaç on yıl içinde aşağıdaki gibi önemli değişimlerle yüzleşmek zorunda kaldığı söylenebilir:

- Tarım sektöründeki gerilemeye karşılık olarak sanayi sektörünün egemenliğinde bir üretim yapısına dönüşüm,

- çalışma nüfusunun yapısının oluşumunda yaşa bağlı olarak ortaya çıkan değişimler (Bugün İtalya'da istihdam; genç ve yaşlılardan ziyade nüfusun orta yaşlı kesiminde yoğunlaşmıştır.),

- çalışma nüfusunun yapısının oluşumda cinsiyete bağlı olarak ortaya çıkan değişimler.

İtalyan işgücü piyasasının temel karakteristikleri ise;

- düşük istihdam oranı (özellikle genç, yaşlı ve kadın işçiler için),

- İtalya'nın kuzeyi ve güneyi arasındaki güçlü dengesizlikler ve

- yüksek düzeydeki kayıt dışı istihdamdır.

Ortaya çıkan bu olgular, daha ziyade emek yoğun çalışma biçimleri, erkek egemen işgücü ve sabit işler olarak ortaya çıkan geleneksel çalışma biçimlerinin tartışmaya açılmasına neden olmuştur.

Mevcut durumuyla Lizbon Stratejisi'nde ortaya konulan istihdam oranlarını yakalamak İtalya için hiç de kolay değildir.

Diğer taraftan istihdam piyasasında yaşanan bu değişimlerden sonra sosyal tarafların bu konudaki rollerinin altın çizilmesi de önemlidir.

Bu çerçevede istihdam politikalarının, İtalyan işgücü piyasasının mevcut yapısındaki farklı unsurlara daha uygun tedbirlerin hayata geçirilmesini sağlayacak şekilde geliştirilmesi gerekmektedir.

Gerek işletmelerin, gerekse çalışanların ihtiyacını karşılayacak çözümlerin bulunması amacıyla sosyal taraflar arasında zor, ama olumlu bir diyalog süreci başlatılmıştır. Bu diyalog süreci, sosyal taraflarla Hükümet arasında ekonomik sisteme ilişkin üçlü anlaşmaların imzalanmasına neden olmuştur. Bunun en önemli örneklerinden biri; kayıt dışı istihdamın kayıt altına alınması, İtalya'nın kuzeyi ile güneyi arasındaki ekonomik eşitsizliğin gi-

derilmesi ve işgücü piyasasına esneklik kazandırılması konularına ilişkin olarak 2002 yılında imzalanan “İtalya Anlaşması”dır.

İşgücü piyasasına ilişkin reform sürecinin esaslı noktalarından biri de Marco BIAGI¹ tarafından kaleme alınan “İtalyan İşgücü Piyasası İçin Beyaz Kitap” isimli eserdir.

Beyaz Kitap;

- işgücü piyasasına girme şansının artırılması,
- istihdam politikalarının geliştirilmesi ve
- esneklik politikaları ile işçiyi korumaya yönelik tedbirlerin birleştirilmesi

gibi önemli konuları gündeme getirmiştir.

Sosyal taraflarca müzakere edilen “Beyaz Kitap”, Biagi Kanunu olarak da bilinen 276/03 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile hayata geçirilen İtalyan işgücü piyasasına ilişkin reformun başlangıç noktasını oluşturmaktadır. O dönemde yaşanan süreçte radikal sol kanada mensup siyasi partiler 276/03 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe konulmasına muhalefet etmiştir. Ancak söz konusu KHK'nin İtalyan işgücü piyasasına esneklik getirdiği söylenebilir.

276/03 sayılı KHK;

- iş paylaşımı (iki işçinin tek bir işi paylaşması),
- çağrı üzerine çalışma (işverene üretim sürecinin ihtiyaç duyduğu zamanda işgücünü kullanma imkanı veren iş ilişkisi) ve

- entegrasyon sözleşmesi (gençler, uzun süreli işsizler ve yaşlı nüfus gibi işgücü piyasasında nispeten zayıf konumda olan kesimlerinin işgücü piyasasına entegre edilmesi)

gibi esneklik uygulamalarını hayata geçirmiştir:

“Biagi Kanunu” olarak anılan 276/03 sayılı KHK, asli işlere ilişkin olarak ve belirli bir projeye münhasır olarak yapılan özel bir sözleşme türü olan “proje bazlı çalışma” kavramını da hayata geçirmiştir. Bu özel sözleşme türü, işçilere sağlanan güvenceleri artıran bir uygulamadır.

276/03 sayılı KHK aynı zamanda hali hazırda var olan düzenlemeleri de daha esnek hale getirerek yeniden düzenlemiştir. Nitekim, “Biagi Kanunu” bu amaçla;

- kısmi süreli sözleşmelerin teşviki,
- geçici istihdam bürolarından yararlanma imkânının artırılması (KHK bu doğrultuda İtalyan iş mevzuatına “Personel Leasingi” gibi bir kurumu da

kazandırmıştır) ve

- çıraklık sözleşmesi yapılabilecek hallerin genişletilmesi

gibi düzenlemeleri öngörmüştür:

Biagi Kanunu aynı zamanda, işgücü piyasasına erişim ve işgücününün yönetimi konularında da esneklik getirmiştir.

Sosyal tarafların birinci derecede rolünün olduğu en son ve en önemli danışma süreçlerinden birisi de "Sosyal Eşitlik ve Sürdürülebilir Büyüme İçin Sosyal Güvenlik, İstihdam ve Rekabet Edebilirlik Hakkında Protokol"ün 2007 yılında imzalanması ile sonuçlanmıştır. Bu Protokole paralel olarak hazırlanan ve şu an İtalyan Parlamentosu'nda görüşmeleri süren kanun tasarısı, esnekliği artırmaya yönelik bazı tedbirler içermektedir. Tasarıda çalışma süreleri (örneğin fazla çalışma maliyetlerinin düşürülmesi) ve işsiz kesime yönelik ilginç düzenlemelere yer verilmiştir. Öte yandan tasarı, çağrı üzerine çalışma yapılabilecek sektörlerin azaltılması ile bu çalışma türünün neredeyse ortadan kaldırılması ve belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin sınırlamalar getirilmesi gibi daha az ilgi çeken düzenlemeler de içermektedir.

Yukarıda değindiğimiz gelişmelerden sonra son yıllarda, işgücü piyasasına erişim ve işgücü yönetimi konularında esneklik sağlanması bakımından önemli bir ilerleme kaydedildiğini söyleyebiliriz. İstatistiki veriler de bu yeni esneklik enstrümanlarının işgücü piyasası üzerindeki olumlu etkisini teyit etmektedir. Ne var ki; bu esneklik enstrümanlarının İtalyan işgücü piyasasında varlıklarını sürdürüp sürdüremeyeceği bilinmemektedir. Zira bunların değişimi farklı hükümetlerin yapacakları değişikliklere bağlı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde esneklik anlamında çok az ilerleme kaydedilmiştir. Aslında bu konudaki başlıca girişim 300/70 sayılı Kanun'un 18. maddesini daha esnek biçimde değiştirmeye yönelik kanun tasarısıdır. Anılan tasarı, söz konusu maddede yer alan ve geçersiz fesih halinde çalışanın işe iade tazminatı tercih etmemesi durumunda, işvereni işçiyi işe almak zorunda bırakan ve 15 işçiden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmak zorunda olunan yaptırımın geçici olarak askıya alınmasını öngörmekteydi. Ancak söz konusu tasarıyla getirilmek istenen bu hüküm, işçi sendikalarının muhalefetiyle karşılaşmıştır.

Çalışma mevzuatının katılımı bugünlerde İtalya

için ciddi bir soruna işaret etmektedir. Çünkü bu durum, işgücü arzı ve talebinin ekonomik dalgalanmalara uyum sağlamak bakımından kapasite düşüklüğüne neden olmaktadır.

Günümüzde şirketlerin rekabet edebilirliği esneklik ile paralellik arz etmektedir. Yükselen esneklik talebi aynı zamanda küreselleşme ile bağlantılıdır.

Gerek işletme gerekse kamu yönetimini, işgücü etkinliğinin verimlilik, kalite ve yenilikçilik anlamında artırılması bakımından stratejiler geliştirmeye yönelen küreselleşme; aslında işletme ve ülke düzeyinde rekabet edebilirliği de artırmaktadır.

Yükselen rekabet edebilirlik ihtiyacı ile yüz yüze olan işletmeler, üretim organizasyonu ve yeni teknolojilerdeki pazar taleplerini daha hızlı biçimde karşılayabilmek için; daha esnek ve uyum kabiliyeti daha yüksek bir işgücüne ihtiyaç duymaktadır.

İtalyan işgücü piyasasının daha rekabet odaklı olabilmesi için; daha esnek ve mevzuattaki kısıtlayıcı düzenlemelerle daha az sınırlanmış olması gerekmektedir.

Esneklik, kuralsızlık değil fakat açık ve gerekli kuralların varlığı anlamına gelmektedir. Bu noktada işyeri esnekliğinin sağlanması yanında, İtalyan sosyal modelinin asli unsurlarından olan sosyal değerlerin korunması da önem taşımaktadır.

İşgücü piyasasının esnekliği; uygun bir sosyal koruma sistemi ve çalışanların beceri düzeylerini işgücü piyasasının ihtiyaçlarına göre geliştirmeyi hedefleyen bir sistemle bir arada düşünülmelidir.

Dengeli bir sosyal yardım sistemi ise bir işten diğerine geçiş sürecinde çalışanları desteklemek için uygun bir araç olacak, diğer taraftan da sistemin esnekleşmesine katkı sağlayacaktır.

Esnekliğin artırılması demek işletmelerin daha rekabetçi olabilmelerine yardımcı olmak demektir. Daha rekabetçi işletmeler ise tüm ulusun refah ve istihdam düzeyinin artırılması demektir.

Avrupa Komisyonu'nun Haziran 2007 tarihli tebliğinde yer alan önerileri doğrultusunda İtalya bugün esneklik, güvence ve rekabet edebilirlik anlamında kendi dengelerini bulmaya çalışmaktadır.

DİPNOT

- 1 İtalya'da teröristlerce öldürülen İş Hukuku Profesörü ve İtalyan Çalışma Bakanlığı danışmanı.

İhsan ÇAKMAK

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Milletlerarası (Uluslararası) Sözleşmelerin Türkiye Uygulaması

Türkiye'yi bağlayıcı hale getirilmemiş bir uluslararası sözleşmeye dayanarak iç hukukta uygulama yapılmamaktadır. Yani Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi o milletlerarası sözleşmenin Türkiye'yi bağlayıcı safhaya gelip gelmediğini araştırmakta ve sonucuna göre işlem yapmaktadır. Hatta İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurup dava açabilmek için dahi önceden o konuda Türkiye'yi bağlayıcı hale getirilmiş ve usulüne uygun yapıлып yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşme bulunması gerekmektedir. Başka bir anlatımla; uluslararası sözleşme metninin gövdesini iyi bilmek kadar o konudaki iç mevzuatı da bilmek önemlidir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin (f) bendi gereğince, Danıştay 1. Dairesinin istisari mahiyette incelemek ve düşüncesini bildirmek üzere Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlık tarafından gönderilecek işler ile milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasını inceleyip gereğine göre karara bağlamak veya düşüncesini bildirmek görevi vardır.

Uluslararası sözleşmeler için uygulamada; bazen, anlaşma, bazen antlaşma, bazen konvansiyon bazen de protokol kelimesinin kullanılması tercih edilmektedir.

Uluslararası sözleşmelerin uygulamada Türkiye'yi bağlayıcı hale gelip gelmediklerini tespit etmek çok önemlidir. Herhangi bir uluslararası sözleşmenin istisnai durumlar hariç olmak üzere genellikle; 1963 yılından itibaren Türkiye'yi bağlayıcı duruma gelebilmesi için Resmi Gazeteler'deki ilanlarıyla birlikte şekil bakımından 6 ayrı sayfayı tamamlamış olması gerekir. Aksi halde İngilizce veya Fransızca sözleşme metninin iç hukukta Türkiye'yi bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

TBMM'deki onay kanunu ile Bakanlar Kurulu'nca çıkartılan onaylama kararnamelerinin Resmi Gazeteler'de ayrı ayrı ilanlarını da saydığımız takdirde, şekil bakımından 1. safha; Türk ve yabancı bürokratların sözleşme metnini tartışıp, müzakere edip beğeniliyorsa, parafe safhasıdır. 2. safha; TBMM'den onaylama kanununun çıkartılması safhasıdır. 3. safha; TBMM onaylama kanununun Resmi Gazete'deki ilanı safhasıdır. 4. safha; Bakanlar Kurulu'nun onaylama kararnamesini hazırlama safhasıdır. 5. safha; B.K. Kararnamesi'nin Resmi Gazete'de tekrar ilan ettirilmesi safhasıdır. 6. safha; ise, onaylama ve tasdik belgelerinin Türkiye tarafından ilgili milletlerarası kuruluşun genel sekreterliğine veya genel müdürlüğüne gönderilmesi, ulaştırılması, tevdi ve teslim edilmesi safhasıdır.

Başka bir ifadeyle, Resmi Gazeteler'deki Onay Kanunu ile Onaylama Kararnameleri'nin ilan edilmesi şeklini hariç tutarsak ve 244, 1173, 4009, 4059, 4749 sayılı Kanunlar'daki istisnai halleri de dışlarsak, genel olarak 4 esaslı safhadan geçmektedir. Yani Resmi Gazeteler'deki ilan safhalarını saymazsak; uluslararası sözleşmeler (andlaşmalar) yürürlüğe girinceye ve iç hukukta geçerli hale gelinceye kadar genellikle dört esaslı safhadan geçmektedir. Resmi Gazete'de ayrı ayrı kanun ve kararnamelerin yayımlanmaları hariç olmak kaydıyla Türkiye'yi bağlayabilmesi için gereken 4 safha şunlardır;

1. SAFHA: Müzakere ve görüşme safhasıdır. İkili veya çok taraflı bir sözleşmenin tarafı olan devletlerin Dışişleri Bakanlıkları veya talimat alan ilgili bakanlıkları arasında, sözleşme metnini yetkili temsilciler eliyle karşılıklı görüşerek müzakere etme safhasıdır. Bu safhada yetkilendirilmiş kişi ve kişiler 1963 tarihli 244 sayılı Kanunun 1. maddesine göre Bakanlar Kurulu tarafından imzalanmış temsil yetki belgesini ellerine alarak, Türkiye veya diğer ülkede oturup karşılıklı olarak, sözleşme metnini konuşup tartışır. Yetki belgesi; temsilci seçilen grup veya kişiye Bakanlar Kurulu tarafından daha önceden imzalanarak verilir. Bakanlar Kurulu kararıyla verilen temsil yetki belgesi Resmi Gazeteler'de yayımlanmaz. Yetki belgesiyle Türkiye'yi temsilen hazır bulunan kişi veya grup, müzakereden sonra metni beğeniyorsa katılma arzusunu açıklar ve gerekirse ilk imzayı koyarlar. Yahut parafe ederler. Sonra sözleşme metnini alıp Türkiye'ye getirirler veya Türkiye'ye tebliğe gönderilmesini sağlarlar.

Bir sözleşmenin konuşulup, görüşülüp, tartışılması için gereken görevlendirme yazısını yani temsilcilik yetki belgesini, Anayasa'nın 104. maddesinde belirtildiği şekilde Cumhurbaşkanı vermez. Çünkü, elçiler için 104. maddeye göre yapılan uygulama, 244 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki sözleşmeler için verilen yetki belgesinden farklı bir

durumdur. Fakat Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanı'nın temsilcilik belgesi almadan, arzu ettikleri sözleşme metnini doğrudan imzalama yetkileri vardır. Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanı'nın dışında kalan kişi veya gruplarda görüşme ve müzakere safhasını, Cumhurbaşkanı'nın değil Bakanlar Kurulu'nun yetki verdiği temsilciler müzakere edip bitirirler.

2. SAFHA: Karşılıklı imzalanma safhasıdır. Eğer o sözleşmenin müzakeresi sırasında Cumhurbaşkanı, Başbakan veya Dışişleri Bakanı hazır bulunuyorlarsa, doğrudan kendileri imzalayabilirler. Şayet, sözleşme metnini müzakere eden kişi veya gruba yetkili temsilci sıfatı verildiği halde, tartışılan sözleşme metni için imzalama yetkisi verilmemişse, yani yetkili temsilcilerden daha üst makamlarca tekrar tartışıldıktan sonra imzalanacağı belirtilmiş ise, yetkili temsilci veya grup, o sözleşme metnini sadece parafe ederek Türkiye'ye geri dönerler. Ondan sonra, 1963 tarihli 244 sayılı Kanun gereğince sözleşme metnini ya Bakanlar Kurulu kendi aralarında tartışıp imza ederek onaylayıp doğrudan yürürlüğe koyar ya da tekrar tartışılıp, müzakere edilerek ileride Bakanlar Kurulu'nca uygun görülürse onaylanabileceğine dair bir onay kanunu çıkartılması için Başbakanlıkça TBMM'ye gönderilir.

1963 tarihli, 244 sayılı Kanun'un 2, 3 ve 5. maddelerinde belirtildiği şekilde, eğer Bakanlar Kurulu'nun imzasıyla yürürlüğe girebilecek nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılırsa, sadece Bakanlar Kurulu tarafından imzalanıp onaylandıktan sonra Resmi Gazete'ye gönderilerek ilan ettirilir. Ama; 244 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. bendinde açıklandığı şekilde, Türk kanunlarında değişiklik yapma zorunluluğu getirmeyen ve maliye ile ilgili teknik veya idari sözleşmelerin B.K. kararıyla onaylanmasının Resmi Gazete'de yayımlanması şart değildir. Bazen de, B.K. kararı gizli verilmektedir. Gizli alınan Bakanlar Kurulu kararları da zaten Resmi Gazete'de ilan edilmemektedir.

Fakat, sözleşme; önemi itibariyle, TBMM'den geçmesi ve kanun numarası verilmesi zorunlu olan sözleşme niteliğinde ise, yani Türk kanunlarında değişiklik yapma zorunluluğunu getiren bir sözleşme durumu varsa, TBMM genel kurulunda tekrar tartışılıp kanunlaştıktan, onay kanunu çıkartıldıktan sonra yine Resmi Gazete'de ilan edilmesi için gönderilir. Eğer TBMM'den geçmiş ve kanun nu-

Uluslararası bir sözleşmenin yürürlüğe girinceye kadar geçecek safhalarını iç hukuk kuralları belirlemektedir.

marası verilmiş bir sözleşme haline gelmiş ve Resmi Gazete'de yayımlanmış duruma da gelmişse 1963 yılından sonrakilerin yürürlüğe konulabilmesi için ayrıca mutlaka Bakanlar Kurulu'nun onaylama kararının da bulunması gerekmektedir. Aksi halde, bağlayıcılığa kavuşmamaktadır.

Yürürlüğe girmesi ve geçerli hale gelmesi için sadece Bakanlar Kurulu'nca onaylanması yeterli nitelikte görülen sözleşmelere örnek olarak: Türkiye'ye Göç Eden Türk Soylu Bulgaristan Vatandaşlarının Emekli Aylıklarının Türkiye'ye Transfer Edilmesi Andlaşması, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi Andlaşması, Avrupa Toplulukları Komisyonunun Türkiye'de Temsilcilik Kurması ve Temsilciliğin Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıkları Konusunda 1987 tarihli Antlaşma, 1990 tarihli Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu Statüsü Antlaşması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 numaralı Ek Protokolü ile Tır Karneleri Himayesinde Uluslararası Eşya Taşınmasına Dair Gümrük Komisyonu Sözleşmesi gibi sözleşmeler gösterilebilir.

Diğer taraftan (7) Nolu İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek Protokolü örneğinde olduğu gibi Türkiye'nin hiç imzalamadığı, TBMM ve B.K. kararından geçirmedeği için bağlayıcı niteliği bulunmayan sözleşmeler de vardır.

Türkiye'yi bağlamayan bazı sözleşmelere Yaklaşım Yayıncılık tarafından piyasaya verilen 2007 baskı Milletlerarası Sözleşmelerin Türkiye Uygulaması'na ilişkin kitaplarımızda yer verilmesinin sebebi; o konuda bilgi, kültür birikimine katkı sağlayabilmek ve hukuk teorilerinin geliştirilmesine yardımcı olabilmektir. Bu arada şunu hemen belirtmek gerekir ki, 1963 tarihli 244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden daha önce çıkmış sözleşmelerin şayet TBMM onay kanunu varsa, uygulanabilirliği için bu yeterli olmaktadır.

Ancak, 244 sayılı Kanun'un 2, 3, 4 ve 5. maddelerine göre TBMM'ye, kanunlaştırılmak üzere gönderilmeyen ve kanun numarası verilmeyen, diğer bir ifade ile büyük ekonomik ve siyasi değer taşımayan, Türkiye'yi borç altına sokmayan ve Türk kanunlarında değişiklik yapmak zorunluluğu getirmeyen sözleşmeler sadece Bakanlar Kurulu onaylama kararıyla geçerli hale gelebilmektedirler.

3. SAFHA: Sözleşmeyi onaylama safhasıdır. Bazı sözleşmelerin niteliği itibarıyla sadece Bakanlar Kurulu'ndan geçip onaylanması ve yürürlüğe gir-

Akit devletler yaptıkları sözleşme metnini onayladıktan sonra, bu sözleşmenin onaylandığını gösteren tasdiknameleri karşılıklı olarak gönderirler ve teslim aldıklarını birbirlerine bildirirler.

mesi yeterli görülmekle beraber bazı önemli sözleşmeler önce TBMM Genel Kurulu'ndan geçmekte ve Bakanlar Kurulu'nca ileride onaylanabileceğine dair kanun çıkartılmaktadır. Yani Sözleşme için yeni bir kanun numarası verildikten sonra, Bakanlar Kurulu'na onaylamaya gönderilmektedir. Bakanlar Kurulu'nun onayından sonra da ilan edilmek üzere sözleşme Resmi Gazete'ye yollanmaktadır.

Milletlerarası sözleşmelerin yapılması, yürürlüğü ve yayımlanması ile bazı sözleşmelerin geçerliliğini kavrayabilmek için 1963 tarihli, 244 sayılı Kanun'un ve 1969 tarihli, 1173 sayılı Kanun'un tüm maddeleri ile 1982 Anayasa'sının 90 ve 104. maddelerini, Dışişleri Bakanlığı Teşkilat Kanunu'nun 2. maddesini ve 1969 tarihli Viyana Uluslararası Andlaşmalar Yapma Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesini, eğer konu şahsın hukukunu ve aile hukukunu da ilgilendiriyorsa, 2675 ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Uygulaması Hakkında yapılan kanunları ve maliye hazinesini de ilgilendiren bir durum varsa, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu (Maliye ve Hazine ile ilgili bir kısım kararların TBMM'den geçirilmesine gerek görülmemekte, sadece Bakanlar Kurulu Onaylama Kararı ile yetinilmektedir. Hatta Resmi Gazeteler'de ilan edilmemesi de öngörülmektedir.) ve 4501 sayılı Kanun birlikte ele alınarak inceleyip, irdeleyip değerlendirme yapılması icab eder. Çünkü uluslararası bir sözleşmenin yürürlüğe girinceye kadar geçecek safhalarını iç hukuk kuralları belirlemektedir.

İster Bakanlar Kurulu'nca onaylanıp yürürlüğe

konulsun, isterse TBMM'den geçirilmesi zorunlu olan nitelikte bir sözleşme olsun eğer Türk kanunlarında değişiklik yapmak zorunluluğu getiren bir uluslararası sözleşme niteliği taşıyorsa, o halde her ikisinin de mutlaka Resmi Gazete'de ilan edilmesi zorunluluğu vardır. Sadece Türk kanunlarında değişiklik yapmak zorunluluğu getirmeyenlerin ve 244 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. bendindeki belirtilenlerin Resmi Gazeteler'de yayımlanması zorunlu değilse de uygulamada Maliye ve Hazine dışındakilerin tamamına yakın kısmı ilan edilmektedir. Mesela, Maliye ve Hazine kapsamı dışında kalanlardan; Kadınların Siyasi Haklarına Dair 1959 tarihli ve 7288 sayılı Kanuna İstinaden çıkartılan Bakanlar Kurulu Onaylama Kararnamesi ile 2307 sayılı 1980 tarihli Norveç - Türkiye Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin Uygulanmasına Dair İdari Anlaşma'nın Bakanlar Kurulu Onaylama Kararnamesi uygulamada Resmi Gazeteler'de ilanına gerek görülmemeyen pek az örneklerden iki tanesidir.

(9.4.2002 tarih ve 24721 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki 2002 tarihli, 4749 sayılı Kanun'un 9, 10, 12. maddelerinde belirtildiği şekilde milletlerarası bazı anlaşmaların imza tarihi itibarıyla yürürlüğe gireceği ve Resmi Gazeteler'de ilan edilmeyeceği açıklanmaktadır. Fakat, Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi hususu Hazine ve maliye ile ilgili olup şahsın hukuku ve aile hukukuna ait milletlerarası özel hukuk sözleşmeleri ile diğer milletlerarası sözleşmelerin dışında kalmaktadır. Kaldı ki o tür anlaşmaların dahi Resmi Gazete'de ilanları gerektiği yolunda Anayasa Mahkemesi'nde açılmış iptal davaları mevcut olup halen devam ettiği anlaşılmaktadır.)

Sonuçta sözleşmelerin Resmi Gazeteler'de ilan edilmesi yürürlük için çoğu zaman yeterli görülmediğinden, bağlayıcı nitelik taşımaz. Ayrıca, fazladan belgeleri karşılıklı olarak devletlerin birbirlerine göndermeleri teatisi ve sunuşu safhasından sonra geçerlilik kazanır ve yürürlüğe girer.

4. SAFHA: Belgelerin karşılıklı sunuluş ve teatisi yani birbirlerine tevdi safhasıdır. Akit devletler yaptıkları sözleşme metnini onayladıktan sonra, bu sözleşmenin onaylandığını gösteren tasdiknameleri karşılıklı olarak gönderirler ve teslim aldıklarını

birbirlerine bildirirler. Bazen de onaylandığı halde, birbirlerine tevdi etmezler, göndermezler. Yani milli menfaatlerine aykırı gördükleri için yürürlüğe girmesini ertelerler ve özellikle yürürlüğe girmesini geciktirecek şekilde davranırlar.

Eğer sözleşme iki taraflı bir sözleşme değilse, yani çok taraflı uluslararası bir sözleşme niteliğinde ise ya taraf devletlerden birine sunulur yahut bağlı olduğu uluslararası kuruluşa onaylama belgesini gönderirler.

Mesela; ILO Sözleşmeleri Genel Müdürlüğü'ne, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne veya Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne gönderme gibi.

Çok defa uluslararası sözleşmelerin hangi tarihte yürürlüğe gireceği, sözleşme metninin kendi maddelerinde gösterilmiştir, başka bir deyişle karşılıklı olarak, hangi tarihte yürürlüğe gireceği sözleşme metninin maddelerinde açıklanmaktadır.

Bazı hallerde yürürlüğe koyma şartının gerçekleşmesi için, sözleşme metnini onaylayıp gönderen devlet adedinin belli bir sayıya veya orana kavuşması şartına bağlanmış sözleşmeler de bulunmaktadır.

Milletlerarası sözleşmelerin geçerliliği yürürlüğü ve uygun bulunması ile ilgili Anayasa'nın 90. maddesinin uygulamasında, dikkat edilmesi gereken hususlar şöyle sıralanabilir.

A) 90. maddeye 2004 yılında 5170 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik neticesinde; eğer bir uluslararası sözleşme, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşme durumunda ise ve bu sözleşmenin maddeleri Türkiye'deki iç hukukla çatışır, çelişirse, o takdirde yapılan uluslararası sözleşmeye öncelik verilir. Çünkü o sözleşmeye üstünlük tanınacaktır.

1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler üç temel başlık altında toplanmıştır. Bunlar, 1- Kişi Hakları, 2- Sosyal ve Ekonomik Haklar, 3- Siyasi Haklardır.

Anayasa'nın 13. maddesinde her türlü temel haklar kanunla sınırlandırılabilir denilmektedir.

Eğer sözleşmenin niteliği temel hak ve hürriyetlerle ilgili durumda ise, o sözleşmenin iç hukuka üstünlüğü vardır ve iç mevzuat uygulanmaz.

Yani temel hakların sınırlandırılmasına cevaz verilmiştir. - Kişi (dokunulmazlığı) Hakları; a) Yaşam Hakkı, b) Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti ve Hakkı, c) Din ve Vicdan Hürriyeti ve Hakkı, d) Düşünce ve Kanaat Hürriyeti ve Hakkı e) Bilim ve Sanat Hürriyeti ve Hakkı, f) Basın Hürriyeti, g) Toplantı Yapma Hak ve Hürriyeti i) Mülkiyet Hakkı, i) İspat Hakkı, k) Hak Arama Hürriyeti, l) Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı diye sıralanabilir. 2- Keza siyasi haklar ise; a) Seçme ve Seçilme Hakkı, b) Kamu Hizmetine Girme Hakkı, c) Vatani Hizmette Girme Hakkı ve Görevi, d) Vatandaşlık Hakkı, e) Dilekçe Verme Hakkı diye sıralayabiliriz. Yine 3- Sosyal ve Ekonomik Hakları, a) Eğitim ve Öğrenim Hakkı, b) Çalışma ve Sözleşme Serbestisi Hürriyeti ve Hakkı, c) Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Yapma Hakkı, d) Sosyal Güvenlik Hakkı, e) Ailenin Korunması Hakkı şeklinde sıralamak mümkündür.

Uluslararası sözleşmelerin, hangi türü olursa olsun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez ve Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmaz. Ayrıca usulüne uygun yapılmış uluslararası sözleşmelerin hepsi de birer kanun hükmündedir. Fakat 2004 yılında 5170 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik neticesinde usulüne uygun yapılmış bir uluslararası sözleşmenin metni, iç hukuktaki mevzuatla çatışıyor, çelişiyor ve zıt duruma geliyorsa, hemen bu sözleşmenin niteliğine dikkat etmek icab eder. Eğer sözleşmenin niteliği temel hak ve hürriyetlerle ilgili durumda ise, o sözleşmenin iç hukuka üstünlüğü vardır ve iç mevzuat uygulanmaz. Uluslararası sözleşme hükümleri uygulanır. Ancak usulüne uygun yapıp yürürlüğe girmiş sözleşme için böyledir. Usulüne uygun yapıp yürürlüğe girmemişse iç hukuku bağlamaz ve o takdirde iç hukuktaki kanun hükümleri uygulanır.

Şayet sözleşme, temel hak ve hürriyetlerin dışında kalan bir uluslararası sözleşme niteliğinde olursa o halde sözleşme usulüne uygun yapıp yürürlüğe girmiş olsa dahi iç hukukla sözleşme hükümleri zıtlığı, çeliştiği ve çatıştığı zaman, en son tarihte hangisi çıkmış ise, onun önceliği vardır ve o geçerlidir. Fakat sözleşme daha sonraki bir tarihte yapılmış olursa, o sözleşmeye itibar edilir ve o uygulanır. Ama iç kanun daha sonra yapılmışsa, iç kanunun maddeleri önce uygulanır. Yani, iç kanun ve iç mevzuat, sözleşmeye naza-

ran öncelik taşır. Sözleşme hükümleri geriye gider.

B) Yine iki tane kanundan herhangi birisi (sözleşme veya iç kanun) özel, diğeri genel konuyu düzenliyorsa, yani biri özel kanun, diğeri genel kanun vasfını taşıyorsa, o takdirde hangisi özel kanun durumuna gelmişse ona itibar edilir. O uygulanır. Bu da uluslararası sözleşmelerin uygulanmasında ikinci kuraldır. Bunu ayırt etmek için de, öncelikle bir uluslararası sözleşmenin temel hak ve hürriyetleri düzenleyen bir sözleşme olup olmadığını tespit etmek gerekir.

Düşüncemize göre uluslararası sözleşmelerin, hem üç-dört madde civarındaki kendi onay kanunu, hem de 8-10 satırlık onaylama ile ilgili Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin her sözleşme metninin baş kısmında, aynen yer alması çok önem kazanmaktadır. Çünkü o uluslararası sözleşmenin bir onay kanunu veya onaylama kararnamesi çıkmış mı, çıkmamış mı, var mı, yok mu, hangi kanuna dayanmaktadır ve hangi konu ile ilgilidir. Sözleşme metninin hangi kısmı yürürlükte? Hangi maddelerine çekince konulmuştur veya muhalefet şerhi var mıdır? Hangi bölümü iç hukukta yürürlüğe konulacaktır? Hangi bölümü iç hukukta uygulanmayacaktır? Türkiye için bağlayıcılığı var mıdır, yok mudur? Çoğu zaman Bakanlar Kurulu'nun Onaylama Kararnamesi'nde açıklanmış vaziyettedir.

Bu arada, belirtilmesi gereken diğer bir husus daha vardır ki, o da şudur; 1982 Anayasası'nın 90. maddesi, 1961 Anayasası'nın 65. maddesine, yine 1982 Anayasası'nın 104. maddesi de 1961 Anayasası'nın 97. maddesine tekabül etmektedir. Milletlerarası sözleşmelerin uygulanması bakımından her iki Anayasa da birbirinin devamı durumundadır.

Avrupa Konseyi bünyesinde çalışan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1949 yılında kurulmuştur. Strazburg'tadır. Avrupa Konseyi üyesi olan devletler veya vatandaşlarının başvurduğu bir mahkemedir. Mahkemenin hakim üyeleri, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerden seçilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmek, yani dava açabilmek için ihtilaf yaratan o ülkede iç hukuka başvurma yollarının kalmamış olması, yani iç hukukun tüketilmiş olması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Yaklaşım Yayınevi'nce basılıp piyasaya verilen 2007

baskı “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye Uygulaması” adlı kitabımızda mevcut olan örnek başvuru dilekçesini doldurarak doğrudan ve aracı koymadan posta yoluyla Strazburg'a gönderilmesi gerekmektedir. Gönderildikten sonra, Mahkemece dilekçe incelenerek, eğer davanın esasa alınması uygun görülürse Türkiye Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla ihtilaf oluşturan kurumlardan savunma istenilmektedir. Bu Mahkemenin kararları, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkeler bakımından bağlayıcıdır. Türkiye Avrupa Konseyi'nin üyesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen tazminat kararlarında gösterilen paraları insan haklarını ihlal eden ülke hangisi ise o ödemek zorundadır.

Diğer taraftan, Türkiye'nin imza koyduğu bazı milletlerarası sözleşmelerin iç hukukta gereğinin yerine getirilip getirilmediği, uyum yasaları çıkarılıp çıkarılmadığı hususları; Fransa'nın Strazburg şehrindeki Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, İsviçre'nin Cenevre şehrindeki ILO Sözleşmeleri Genel Müdürlüğü, Amerika'nın Newyork şehrindeki Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği, Fransa Paris'teki Ekonomik İşbirliği ve Kalkınmakta Olan Ülkeler Teşkilatı Genel Sekreterliği (OECD), Hollanda'nın Lahey şehrindeki, Lahey Özel Hukuk Konferansı Genel Sekreterliği, Belçika'nın Brüksel şehrindeki Nato Genel Sekreterliği Teşkilatı vs. tarafından takip edilmekte ve ülkemiz hakkında görevlendirecekleri komite veya komisyon tarafından rapor düzenlenmektedir.

Özetle tekrar etmek gerekirse; milletlerarası bir sözleşmeyi (andlaşmayı) yapılması, yürürlüğü, yayınlanması ve geçerliliğini iyi anlayıp uygulayabilmek için; 1982 Anayasası'nın 90 ve 104. maddelerini, 1994 tarihli, 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığı Teşkilat Kanunu'nu, 1963 tarihli 244 sayılı Kanun ile 1969 tarihli 1173 sayılı Kanun'un tüm maddelerini ve 1969 tarihli Viyana Uluslararası Andlaşmalar Yapma Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesini, şayet şahsın hukuku konusuna da giriyorsa, 2675 sayılı ve 5718 sayılı Kanunları, keza maliye ve hazineyi ilgilendiren bir konuya el atıyorsa, 4059 ve 4749 sayılı Kanunları, kamu hizmetleriyle ilgili tahkim yoluna başvurmayı gerektiriyorsa 4501 sayılı Kanunu da okuyup değerlendirmek ve ona göre inceleyip, irdelemek gerekir diye düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

Daha fazla bilgi için bakınız; Yaklaşım Yayıncılık tarafından 2007 baskısı yapılan kitaplardan:

- a) Kara ve Hava Taşımalarına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler,
- b) İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye Uygulaması,
- c) Şahsın Hukukuna İlişkin Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Milletlerarası Sözleşmeler,
- d) İçtihatı, İş ve Çalışma Hayatı ile Sosyal Güvenlik Hukukuna Ait İkili ve Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerin Türkiye Uygulaması.

Şeyda Aktekin

MESS Müşavir Avukatı

Geçici İşçilerin Çalıştırılma Koşullarına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi Taslağı'nda Son Gelişmeler

1. Giriş

Yenilik ve insan gücü üzerine inşa edilmiş olan bilgi teknolojilerine dayalı ekonomi, gerek işletmelerin, gerekse işçilerin değişime daha kolay adapte olmalarını gerektirmektedir. Bilgi ekonomisine geçişte başarılı olmanın yolu, esneklik ve iş güvencesini dengeleyecek, daha iyi ve daha çok sayıda istihdam yaratacak şekilde yasal, akdi ve düzenleyici şartlarda sosyal tarafların da işbirliği ile reformlar yapılmasıdır. Bu doğrultuda son yıllarda AB'de esnek istihdam türlerinin ve atipik iş sözleşmelerinin geliştirilmesine yönelik bir eğilim gözlenmektedir.

Geçici iş ilişkisi¹ ile çalışma da, son yirmi yılda en hızlı artış gösteren atipik istihdam biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. 2000 yılına gelindiğinde ise, AB-15'te işçilerin %2'lik bir kısmı geçici iş sözleşmeleri ile istihdam edilmekteydi. Merkezi Dublin'de bulunan Avrupa Hayat ve Çalışma Şartlarının Geliştirilmesi Vakfı'na göre, Danimarka, İtalya, İspanya ve İsveç'te geçici işçilerin sayısı yirmi yıl öncesine göre beş katına çıkmıştır².

Geçici iş sözleşmeleri ile işçi çalıştırmanın hızla

yaygınlaştığı sektörler arasında metal ve elektronik sektörü de bulunmaktadır. Yeni AB üyesi ülkeler içinde konuyla ilgili verilere sahip olan Polonya, Slovakya, Slovenya ve Macaristan'da ise geçici iş ilişkisi ile istihdam oranı % 0,5 ile % 1,4 arasında değişmektedir³.

Bugün her geçen gün daha fazla şirket, kısa vadeli personel ihtiyaçlarına cevap verebilmek için gerekli esnekliği sağlayabilmek bakımından geçici iş ilişkisi ile çalışma yolunu seçmektedir. Uluslararası Geçici İstihdam Büroları Konfederasyonu CI-ETT'e göre geçici iş ilişkisi ile istihdam, %27 gibi bir oranda izin, hastalık vb. nedenlerle devamsızlık yapan personelin yerini doldurmak amacıyla kullanılmaktadır.

Geçici iş ilişkisi ile istihdamın en sık görüldüğü işler de ülkelere göre değişiklik göstermektedir. Örneğin İngiltere'de geçici iş ilişkisi ile istihdam %80 oranında hizmet ve kamu sektöründe görülürken, Fransa'da daha çok inşaat ve üretim sektöründe görülmektedir. Bunun gibi AB-15'te geçici iş ilişkisiyle istihdam edilenlerin büyük bir çoğunluğu erkekken, her üç İskandinav ülkesinde bu tip

Geçici iş ilişkisinin pek çok farklı türü mevcut olmakla birlikte en geleneksel şekli; tarım ve inşaat gibi sektörlerde, düşük vasıf gerektiren işlerde belirsiz aralıklarla iş çıktıkça yapılan çalışmadır.

istihdam şekli ile daha çok kadınlar çalıştırılmaktadır. Hollanda ve İngiltere’de ise geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan erkek ve kadınların sayısı aşağı yukarı eşittir⁴.

2. Geçici İş İlişkisi Nedir?

Geçici iş ilişkisi, bir işverenin kendi işçisine karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkını geçici bir süreyle ve işçinin de rızasını almak koşuluyla bir başka işverene devretmesidir⁵.

Geçici iş ilişkisinin pek çok farklı türü mevcut olmakla birlikte en geleneksel şekli; tarım ve inşaat gibi sektörlerde, düşük vasıf gerektiren işlerde belirsiz aralıklarla iş çıktıkça yapılan çalışmadır. Bununla beraber son zamanlarda pek çok ülkede en fazla yaygınlaşan geçici iş ilişkisi türü, bir başka işverene geçici olarak gönderilmek üzere işçi istihdam edilmesini kapsamaktadır⁶.

Geçici iş ilişkisi iki türlü olarak ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisidir. Burada işçinin çalıştırılmak üzere başka bir işverene gönderilmesi istisnai bir nitelik taşımakta olup, aslanan işçinin kendi işverenin yanında çalışmasıdır.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ise, geçici işçi çalıştıran işveren, geçici işçi ve geçici istihdam bürosu olmak üzere üçlü bir ilişkidir. Geçici istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi arasında aracılık eden bir kuruluştur. AB’de konuyla ilgili yasal düzenlemelerin niteliği her üye devlette değişiklik gösterse de, genellikle geçici işçiyi asıl olarak çalıştıran ve geçici işçi çalıştıran işverene kiralayan işyerinin, geçici istihdam bürosu olduğu kabul edilmektedir⁷.

Geçici istihdam bürolarının ana faaliyeti işverenlere daimi çalıştırılacak işçi temini olan özel istihdam bürolarından farkı; iş ilişkisinin kimler arasında kurulduğu noktasında kendini göstermekte-

dir. Nitekim işçi temini faaliyetinde, iş ilişkisi işçi ile özel istihdam bürosu arasında değil, işçi arayan işveren ile işçi arasında kurulur. Özel istihdam bürosu sadece işçi temini faaliyetini yerine getirir. Geçici iş ilişkisinde ise durum farklıdır. Burada, işçinin geçici iş ilişkisi ile başka bir işveren nezdinde çalıştırılmasında, işçinin asıl işvereni, geçici istihdam bürosudur.

3. Özel istihdam Büroları Hakkında 181 Sayılı ILO Sözleşmesi

Geçici işçi istihdam eden bürolar fiilen 50’li yıllardan bu yana Avrupa ülkelerinde faaliyet göstermektedir. Ancak geçici iş ilişkisinin yasal düzenlemelere girmesi, 90’lı yılları bulmuştur.

ILO’nun 1933 tarihli Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 34 sayılı Sözleşmesi ile, aynı konudaki 1949 tarihli 96 sayılı Sözleşmesi’ni revize eden Özel İstihdam Bürolarına ilişkin 181 sayılı ILO Sözleşmesi’nin kabulündeki etkenlerden biri de geçici istihdam bürolarının yaygınlaşmasıdır. Bu çerçevede 181 sayılı Sözleşme’nin 1. maddesinde, Sözleşme kapsamındaki özel istihdam bürosu tanımında “kendi bünyesinde çalışan işçileri bir üçüncü tarafa (kullanıcı işletmeye) sağlama hizmetlerini yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler” ifadesi de bulunmaktadır. Bu tanımla, geçici iş ilişkisi, ILO nezdinde ilk defa tanınmış olmakta ve sınırlı da olsa bu konuya ilişkin hükümler getirilmektedir⁸.

4. Geçici İşçilerin Hukuki Durumu

Geçici iş ilişkisi ile çalışmada iki temel sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki yukarıda da belirtildiği üzere geçici işçilerin yasal işverenin kim olduğu, ikincisi ise yasal işverenin geçici istihdam bürosu olduğu durumlarda geçici işçilerin belirli süreli iş sözleşmesiyle mi, yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesiyle mi çalıştıklarıdır.

Geçici işçilerin yasal işverenin kim olduğu sorunu ile ilgili olarak; İngiltere ve İrlanda dışındaki bütün ülkelerde geçici işçiler “geçici istihdam bürosunun işçisi olup, geçici işçi çalıştıran işverenin emir ve talimatları altında çalışan kişi” olarak tanımlanmaktadır. İngiltere’de ise 1973 tarihli bir yasa ile “istihdam bürosu⁹” ve “istihdam işletmesi¹⁰”

ayırımına gidilmiştir. Buna göre istihdam bürosu işverenler adına sürekli eleman arayan veya bulan firma, istihdam işletmesi yani geçici istihdam bürosu ise, başka bir işverenin yönetiminde ve kontrolünde çalıştırılmak üzere işçi istihdam eden firmadır. Bu ikinci durumda başka bir işverene gönderilen işçi, gönderildiği işverenin değil, istihdam işletmesinin işçisi sayılmaktadır. İrlanda'da ise, geçici işçiler gönderildikleri işletmenin işçisi sayılmaktadırlar¹¹.

Geçici işçilerin belirli süreli iş sözleşmesiyle mi, yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesiyle mi çalıştıkları konusunda ise, geçici işçiler, İsveç'te belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmiş sayılmaktadırlar. Almanya'da da bu işçiler, kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmektedir. Belçika'da 2000 yılında uygulamaya konulan "geçici istihdam büroları aracılığıyla emek piyasasına uyum"¹² adlı istihdam projesi ile geçici istihdam bürolarının uzun süreli işsizleri ve sosyal uyum desteği alan kişileri belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam etmesi sağlanmıştır. Hollanda'da sosyal taraflar arasında imzalanan bir toplu iş sözleşmesi uyarınca geçici işçilerin iş sözleşmeleri üç buçuk yıl sonunda belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir. Danimarka, Yunanistan ve Finlandiya'da ise geçici çalışma, temel olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile yapılmaktadır¹³.

Geçici işçilerle ilgili olarak üye devletlerde gözlemlenen en önemli düzenlemelerden biri de geçici işçilerin, geçici işçi çalıştıran işverenin benzer bir işte veya pozisyonda çalışan işçisi ile ücret, sosyal yardımlar ve diğer istihdam koşulları bakımından eşit işlemde faydalandırılmaları şartıdır. Bunun yanı sıra, üye devletlerde süre, sektörel ve mesleki yönden kısıtlamalar da bulunmaktadır.

5. AB Düzeyinde Geçici İş İlişkisi ve Yönerge Taslağı

1980'lerin başından beri geçici iş ilişkisi Avrupalı işletmelerin daha büyük esneklik arayışı içine girmeleri nedeniyle büyük önem kazanmaya başlamıştır.

80'li yıllardan itibaren AB Konseyi ve Parlamentosu geçici iş ilişkisi konusunda bir çerçeve yönerge hazırlanması ve bu şekilde çalıştırılan işçilerin korunması gerekliliğini vurgulayan mevzuat çalışmaları içine girmişlerdir. 1982 yılında konuyla ilgili

Sosyal taraflar arasındaki tartışmaların can alıcı noktası, "emsal işçi" ve geçici işçilerle geçici işverenin işyerindeki daimi işçileri arasında çalışma koşullarının eşitliği kavramlarında karşımıza çıkmaktadır.

li bir yönerge teklifi hazırlanmışsa da hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir.

Daha sonra, 1990 yılında AB Komisyonu değişik istihdam türleri arasında asgari düzeyde bir uyum sağlamaya yönelik bir dizi kurallar belirleyerek kısmi süreli çalışma, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma ve geçici iş ilişkisi gibi atipik istihdam biçimlerini kapsayan üç adet Yönerge teklifi hazırlamıştır. Avrupa Topluluğu Temel Sosyal Haklar Şartı Eylem Programı kapsamında hazırlanan bu üç Yönerge Taslağından ikisi belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışan işçiler ile atipik hizmet akitleri ile çalıştırılan işçiler arasında çalışma şartları bakımından eşitlik sağlanmasını amaçlamaktaydı. Üçüncü Yönerge Taslağı ise geçici işçiler hakkında olup bu işçilerin sağlık ve güvenliklerini garanti altına almayı hedeflemekteydi.

Söz konusu üç yönergeden belirli süreli hizmet akdiyle çalıştırılan işçilerle geçici işçilerin sağlık ve güvenliklerini düzenleyen Yönerge, 25 Haziran 1991 tarihinde 91/383/EC sayısıyla yürürlüğe girmiştir.

Komisyonun yukarıda anlatılan çalışmaları geçici işçilerin çalışma şartlarına ilişkin bir yönerge hazırlanması konusunda herhangi bir sonuç veremeyince, Komisyon Avrupa Birliği'ni kuran Anlaşma'ya ek Sosyal Politikaya İlişkin Protokol'ün eki Sosyal Politika Anlaşması'nın 3. maddesindeki prosedürü işletmeye karar vermiştir. Buna göre, sosyal taraflara taslakların hazırlanma sürecine katılma ve tarafların kendiliğinden diyalog başlatması yollarını kullanmaları suretiyle AB yasama faaliyetleri sürecine katılma imkanı tanınmıştır. Böylece; sanayiye temsil eden işveren ve işçi kuruluşlarının üst düzeyde temsilcilerinin karşılıklı görüşmeler sonucu çalışma hayatı ile ilgili düzenleme-

leri kendilerinin yapmaları esası kabul edilmiş olmaktadır.

Bu sistemin hayata geçirilmesi ile 1995 yılından itibaren sosyal taraflar aralarında anlaşmalar yapmak suretiyle Birliğin yasama sürecine katılma imkanı bulmuşlar ve;

- Ebeveyn izni
- Kısmi süreli çalışma,
- Belirli süreli çalışma,
- Tele çalışma,
- İş kaynaklı stres,
- Silis tozuna bağlı mesleki hastalıklar,
- İşyerinde taciz ve şiddet

konularında çerçeve anlaşmalar imzalamışlardır.

Bu prosedür çerçevesinde Mayıs 2000 tarihinde geçici iş ilişkisi konusunda müzakerelere başlayan sosyal taraflar, 21 Mayıs 2001 tarihinde bir anlaşmaya varamamış olduklarını ilan etmişlerdir.

Sosyal taraflar arasındaki tartışmaların can alıcı noktası “emsal işçi” ve geçici işçilerle geçici işverenin işyerindeki daimi işçileri arasında çalışma koşullarının eşitliği kavramlarında karşımıza çıkmaktadır. İşçi kesimi, emsal işçi kavramının referans noktasının geçici işverenin işyerinde aynı ya da benzer işi yapan işçi olarak algılanmasını savunmakta, bu çerçevede geçici işçilerin ücret, çalışma saatleri, sağlık ve güvenlik gibi çalışma şartları konusunda emsal işçilerin referans alınması gerektiği görüşünü taşımaktadırlar. İşveren kesimi ise böyle bir düzenlemenin kabulü halinde bunun, ulusal mevzuatlarında geçici işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması esasını getiren ve işçinin herhangi bir geçici işveren nezdinde çalışmadığı zamanlarda da geçici istihdam bürosundan ücret almaya devam etmesini düzenleyen üye devletler açısından adil olmayacağı görüşündedir.

Sosyal taraflar arasında herhangi bir anlaşma sağlanamamış olmasından ötürü Avrupa Komisyonu Mart 2002 tarihinde konuyla ilgili bir Yönerge Taslağı hazırlamıştır. Komisyon söz konusu Tasla-

Taslak, geçici iş ilişkisinde mevcut esneklik potansiyelinin maksimum kullanımının sağlanmasını hedeflemektedir.

ğı hazırlarken; sosyal tarafların müzakereler esnasında üzerinde anlaşma sağladıkları noktaları göz önünde tutmuştur.

Taslak 21 Mart 2002’de Konsey’e ve AP’ye sunulmuştur. Daha sonra Eylül 2002’de Ekonomik ve Sosyal Komite çoğunluk kararı ile Taslak üzerindeki görüşünü AP’ye bildirmiştir. Bunun üzerine AP Kasım 2002’de Taslağı tekrar ele alarak bazı değişiklikler yapmış ve son şeklini vermiştir¹⁴.

6. Yönerge Taslağının Önemli Noktaları

6.1. Taslağın Genel Değerlendirmesi

Yönerge geneli itibarıyla geçici işçilere, geçici işverenin işyerinde aynı ya da benzer işte çalışan bir emsal işçiyle temel çalışma şartları bakımından daha elverişsiz koşullarda çalıştırılmaması suretiyle ayrımcılık yapılmamasına yönelik hükümler taşımaktadır. Bunun yanı sıra Taslak, geçici iş ilişkisinde mevcut esneklik potansiyelinin maksimum kullanımının sağlanmasını da hedeflemektedir.

Yönerge, bu konuda bir sınırlamaya ve iki adet istisnaya yer vermektedir. İşverenin geçici işçiye farklı muamele yapması için haklı bir neden bulunması halinde ayrımcılık yasağına bir sınırlama getirilmiştir. Geçici işçinin emsal işçiden farklı bir duruma sahip olması ve aynı şekilde davranılmasına imkân bulunmaması durumu da ayrımcılık yasağına uymamak için haklı bir neden olarak gösterilmiştir.

Geçici işçilerin geçici istihdam bürosu tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması ve başka bir işverene geçici olarak verilmediği zamanlarda da ücret almaya devam etmesi halinde bu kişiler üye devletler tarafından Yönerge kapsamı dışında tutulabilirler.

Yönerge Taslağı ile getirilen bir başka istisna da; üye devletlerin sosyal taraflara toplu iş sözleşmeleriyle geçici işçilere yeterli ölçüde koruma getirmeleri koşuluyla, ayrımcılık yasağı prensibinden ayrılma imkânı vermesidir.

Bu iki istisna ile Yönerge, katı düzenlemelerden kaçınmakta, esneklik imkânı sağlamış olmaktadır.

Yönerge ile aynı zamanda geçici işçilerin durumunun geliştirilmesi ve daimi istihdama yönlendirilmeleri için gerekli tedbirlerin alınması için bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bu noktada, Yönerge,

AB'de konuyla ilgili hali hazırda sürmekte olan tartışmaların odağını, geçici işçilerin eşit ücret hakkında yararlanması için geçmesi gereken süre oluşturmaktadır.

geçici işçilerin geçici işverenin işyerindeki boş pozisyonlardan haberdar edilmeleri konusunu ve geçici işçilerin işyerinde daimi olarak çalıştırılmalarını engellemek amacıyla yapılacak anlaşmaların geçersiz olacağını düzenlemektedir.

Taslak Yönerge, geçici işçilerin geçici işveren tarafından verilen sosyal hizmetlerden ve gerek geçici istihdam bürosunda, gerekse geçici işverenin işyerinde düzenlenecek eğitimlerden yararlandırılmalarını da hüküm altına almaktadır.

En son olarak Taslak Yönerge, geçici işçilerin geçici istihdam bürosunda kurulacak ulusal ya da AB düzeyindeki mevzuatla belirlenen işçi temsilciliği organları için gerekli sayının hesabında dikkate alınacaklarını düzenlemektedir. Bu işçilerin, geçici işçi alan işyerindeki sayının hesabında da dikkate alınıp alınmayacakları konusunda üye devletler kendi düzenlemelerini getireceklerdir. Taslak Yönerge, her halükârda geçici işverene geçici işçi çalıştırıldığını işçi temsilciliğine bildirim yükümlülüğü getirmektedir.

6.2. Taslak Yönergenin Madde Bazında İncelenmesi

- Madde 1 Kapsam

1. madde ile Taslak Yönergenin kapsamı belirlenmektedir. Buna göre söz konusu Yönerge, geçici istihdam bürosu ile iş sözleşmesi ya da iş ilişkisi bulunan ve başka bir işverene o işverenin emir ve talimatı altında çalışmak üzere gönderilen işçilere uygulanacaktır. Taslakta kapsamla ilgili yapılan bu düzenleme, 91/383/EEC sayılı Yönerge'de yapılan "geçici iş ilişkisi, bir başka işverenin emri ve kontrolü altında çalıştırılan geçici işçi ile geçici istihdam bürosu arasında kurulan ilişkidir" tanımıyla da paralellik taşımaktadır. Maddenin 2. fıkrasında ise Yönergenin özel ve kamu kesiminde geçici istihdam bürosu olarak faaliyet gösteren ve ge-

çici işçi çalıştıran işletmelere uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır.

- Madde 2 Amaç

2. madde Yönergenin amacını; geçici işçilerin korunması, geçici işçilere ayrımcılık yasağı prensibinin uygulanması ve geçici istihdam bürolarına işveren sıfatının tanınması ile iş yaratma ve işgücü piyasasının işleyişini kolaylaştırma konularına katkı sağlayabilmek bakımından geçici iş ilişkisine uygun bir çerçeve oluşturmak olarak belirlemektedir.

- Madde 3 Tanım

3. maddede işçi, geçici işçi, geçici iş, geçici istihdam bürosu, geçici işveren ve temel çalışma ve istihdam şartlarının tanımları yapılmaktadır. Maddenin 2. fıkrasında ise, bir işçinin belirli süreli, kısmi süreli iş sözleşmesiyle veya geçici iş ilişkisi doğrultusunda çalıştırılması nedeniyle ulusal mevzuatta yer alan ücret, iş sözleşmesi, istihdam ilişkisi veya işçi tanımı kapsamından ayrı tutulamayacağı hükmü getirilmiştir.

- Madde 4 Sınırlama ve Yasakların Gözden Geçirilmesi

Söz konusu madde, geçici iş ilişkisinin yasaklanması ya da sınırlandırılmasının sadece geçici işçilerin korunması amacıyla, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri çerçevesinde ve işgücü piyasasının düzgün işleyişinin sağlanarak suiistimallerin önlenmesi amaçlarıyla yapılabileceğini hüküm altına almaktadır.

- Madde 5 Ayrımcılık Yasağı

Söz konusu maddede geçici işçilerin temel çalışma ve istihdam koşullarının, geçici işveren nezdinde çalıştıkları süre boyunca, en az, o işyerinin daimi işçisi olarak işe alınmış olsalardı sahip oldukları iş koşulları ile aynı olması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bu konuda "4.1. Taslağın Genel Değerlendirmesi" bölümünde bahsedilen ayrımcılık yasağının sınırlandırılmasına ve iki istisnaya yer verilmektedir.

- Madde 6 Sürekli İstibdam Geçiş

Söz konusu maddeyle geçici işçilerin mesleki kariyerlerinin ilerlemesi için birtakım tedbirler alınması öngörülmüştür. Buna göre geçici işçiler iş görme edimini ifa ettikleri işyerinde boş yer bulunması durumunda bilgilendirileceklerdir.

- Madde 7 Geçici İşçilerin Temsili

Söz konusu maddeyle, geçici işçilerin geçici iş-

tihtdam bürosunda kurulacak ulusal ya da AB düzeyindeki mevzuatla belirlenen işçi temsilciliği organları için gerekli sayının hesabında dikkate alınacakları düzenlenmektedir.

- *Madde 8 İşçi Temsilcilerinin Bilgilendirilmesi*

Maddeyle geçici işverene işyerinde geçici işçi çalıştırıldığı konusunda ulusal ya da AB düzeyindeki mevzuatla belirlenen işçi temsilciliği organlarını bilgilendirilme yükümlülüğü getirilmektedir.

Taslağın 9-13. maddelerinde ise, Yönergenin uygulanmasında asgari şartlar, cezalar, yürütme, Komisyon tarafından gözden geçirme ve yürürlük tarihi konularında düzenlemeler bulunmaktadır.

7. Geçici İş İlişkisi Hakkında Tartışmalar

Geçici iş ilişkisi hakkındaki Taslak, İngiltere, İrlanda, Polonya ve Almanya'nın muhalefeti ile yönerge haline gelememiş ve Ekim 2004 tarihinden bu yana rafa kaldırılmıştır.

AB'de konuyla ilgili hali hazırda sürmekte olan tartışmaların odağını geçici işçilerin eşit ücret hakkından yararlanması için geçmesi gereken süre oluşturmaktadır. Buna göre geçici işçiler işyerinde çalışmaya başladıkları ilk günden itibaren mi eşit ücret hakkından yararlanacaktır, yoksa bunun için belirli bir süre koşulu mu getirilecektir? İngiltere, geçici işçilerin eşit ücret hakkından yararlanabilmeleri için işyerinde altı haftadan fazla bir süre çalışmış olunması koşulunun getirilmesi görüşündedir. Ancak Fransa ve Belçika gibi bazı ülkeler de geçici işçilerin bu haktan hiç bir süreye gerek olmaksızın yararlanmaları gerektiğini savunmaktadır.

Portekiz Dönem Başkanlığı konuyu programına alarak, 2003/88/EC sayılı Çalışma Süresi Yönergesi'nin revizyonu ve geçici iş ilişkisi konularındaki mevcut Yönerge Taslaklarının katma değer yaratacağı düşüncesi birlikte değerlendirilmesi amacıyla

İş Kanunu gerek 7. maddesinde, gerekse iş ve işçi bulmaya aracılık konusunu düzenleyen 90. maddesinde, mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik bir düzenleme getirmemektedir.

uzlaşma metinleri hazırlamıştır¹⁵. Söz konusu uzlaşma metinleri 5-6 Aralık 2007 tarihlerinde yapılan AB İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici Hakları Konseyi'nde görüşülmüştür. İki teklifin birlikte değerlendirilmesi kararına birçok üye devlet destek verirken, yapılan değişikliğin çok yeni olması sebebi ile Konsey Yönerge teklifine ilişkin nihai kararın şimdilik 2008 yılına ertelenmesine ve daha geniş çaplı bir uzlaşma için üye devletler arasında diyalogun devam etmesine karar vermiştir¹⁶.

8. Türk Hukukunda Durum

Geçici iş ilişkisi kavramı mevzuatımıza 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü ile girmiştir. Buna göre, söz konusu Kanun'un 7. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının;

"İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür.

Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir."

hükmüyle, işçinin çalıştırılmak üzere istisnai olarak başka bir işverene gönderilmesi konusunda düzenleme getirmektedir. Mesleki faaliyet olarak ortaya çıkmayan bu geçici iş ilişkisi türünde, aslo- lan işçinin kendi işverenin yanında çalışmasıdır. Başka bir işveren yanında çalışmaya gönderilmesi ise istisnai niteliktedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi türü, Yönerge Taslağında düzenlenen mesleki anlamda geçici iş ilişkisi türünden farklılık göstermekte ve ayrıca işverene işçiyi "sadece aynı holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işte veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla" başka bir işveren devretme imkânı vermektedir. Görüldüğü gibi İş Kanunu, mes-

leki anlamda iş ilişkisine yer vermediği gibi, bu madde kapsamında düzenlenen geçici iş ilişkisi türünü dahi birtakım sınırlamalara tabi tutarak düzenlemiştir.

Nitekim mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, yukarıda da belirtildiği gibi geçici işçi çalıştıran işveren, geçici işçi ve geçici istihdam bürosu olmak üzere üçlü bir ilişkidir. Geçici istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi arasında aracılık eden bir kuruluş olup, genelde işçinin asıl işvereni geçici istihdam bürosudur.

İş Kanunu gerek 7. maddesinde, gerekse iş ve işçi bulmaya aracılık konusunu düzenleyen 90. maddesinde, mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik bir düzenleme getirmemektedir. Nitekim 90. maddede yer alan hükümlerle, ülkemiz mevzuatında istihdam faaliyetleri alanında önemli bir değişiklik gerçekleştirilerek özel istihdam bürolarının faaliyetlerine izin verilmiştir. Daha sonra bu husus, gerek 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu¹⁷ ile, gerekse Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği¹⁸ ile daha ayrıntılı olarak düzenlenmişse de, bu düzenlemeler, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi anlamında bir düzenleme içermemektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşma sürecinde, özel istihdam bürolarının iş aracılığı faaliyeti ile birlikte geçici işçi temini faaliyeti de öngörülmüş ve bu konuda bazı düzenlemeler getirilmişti. Ancak özel istihdam bürolarının da iş aracılığı yapmasına ilişkin madde kabul edilirken, Tasarı'da yer alan ve mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisini düzenleyen madde hükümetin TBMM'ye sunduğu metinde yer almamış, sonuçta 4857 sayılı İş Kanunu, bu madde olmadan yasalaşmıştır¹⁹.

9. Sonuç

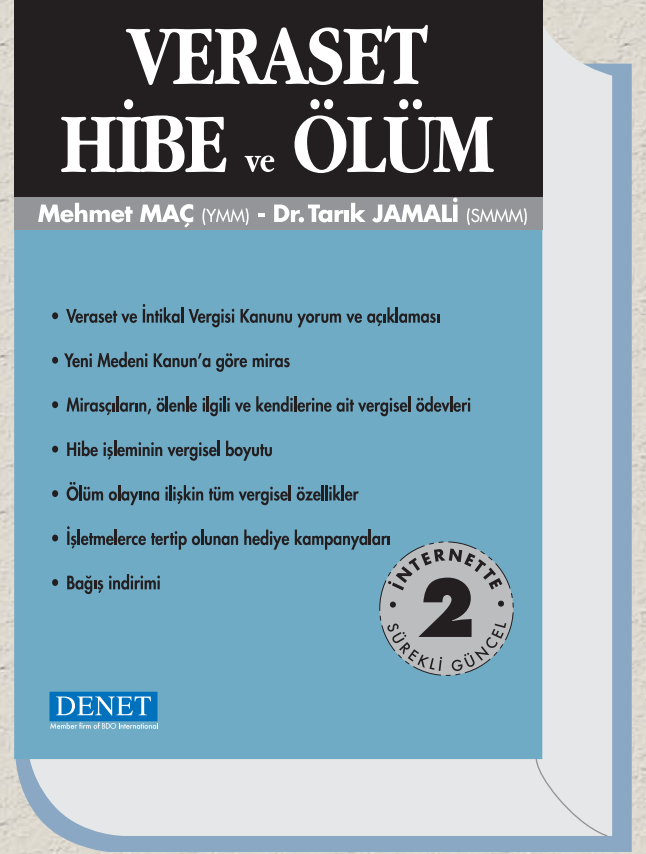
Avrupa Birliği'nde geçici iş ilişkisi ile çalışma gittikçe artan bir öneme sahip bir istihdam türüdür. AB 15 üyesi pek çok ülkede bu çalışma türü toplam istihdamın %1-%2'sini oluşturmaktadır. Özellikle 90'lı yıllardan itibaren gelişme gösteren bu istihdam türünün, yasal çerçeve içine alınma eğiliminin yaygınlaşmasının ardında yatanlardan nedenlerden biri de geçici iş ilişkisinin esneklik aracı olarak kabulü ve dolayısıyla istihdamı artırıcı işlevinin tanınması gelmektedir. Geçici iş ilişkisi yoluyla işçilere uzun süreli iş bulma yolundaki hedef-

lere ulaşmada başarılı olduğu da genel kabul gören bir gerçektir²⁰.

Geçici iş ilişkisine ilişkin Yönerge Taslağı, işgücünde daha fazla esneklik isteyen İngiltere ve daha fazla sosyal güvence taraftarı Fransa'nın başını çektiği iki ayrı görüşe mensup AB üye devletleri arasında uzun zamandır tartışma konusu oluşturmaktadır. Bu nedenle, Portekiz Dönem Başkanlığı, söz konusu Yönerge Taslağı'nı Çalışma Süresi Yönergesi ile birlikte ele alan bir yaklaşım benimseyerek bu çalışma türünün AB düzeyinde yasal çerçeveye kavuşması için girişimde bulunmuştur. Ancak bu girişim de üye devletlerin anlaşamamaları nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Konuyla ilgili çözümlerin güvenceli esneklik prensibi gözetilerek bulunması, bu çalışma türünün esneklik aracı olarak istihdamı artırıcı işlevinin engellenmemesi açısından bir daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Temporary Agency Work.
- 2 <http://www.etuc.org/a/501>.
- 3 <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/employment/status/tempagency.htm>.
- 4 <http://www.etuc.org/a/501>.
- 5 Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike, Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal, 2005, s. 262.
- 6 Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma, TİSK, Kasım 2006, s. 13.
- 7 <http://www.etuc.org/a/501>.
- 8 Aynı görüşte Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, agm.
- 9 Employment agency.
- 10 Employment business.
- 11 Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma, TİSK, Kasım 2006, s. 40, 41.
- 12 Interim d'insertion, Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma, TİSK, Kasım 2006, s. 41, dipnot 11.
- 13 Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma, TİSK, Kasım 2006, s. 41, 42.
- 14 COM (2002)701 Final.
- 15 16061/07 ve 15086/07 ADD1.
- 16 16139/07 (Presse 284) Pres Release.
- 17 05.07.2003 tarih ve 25159 sayılı RG.
- 18 19.02.2004 tarih ve 25378 sayılı RG.
- 19 Alpagut, agm., s. 276.
- 20 Alpagut, agm., s. 278.



e-kitaplarımız

internette ücretsizdir

www.bdodenet.com.tr

Kitapların metni ekranda görülebilir.
Arama motorları ile kavram aranabilir.

Yazıcıda bastırılabilir.
Sürekli güncellenmektedir.

BDO
BDO Denet