

SİCİL

Mart '09 • Yıl 4 • Sayı 13

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHI
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. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Atakan CEYLAN

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

26 Mart 2009

M E S S

**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**

Abidei Hürriyet Cad.
Mecidiyeköy Yolu No. 268,
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04

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

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine 5
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin
Belli Başlı Hükümleri* 19
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler 29
Prof. Dr. Ufuk AYDIN

İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni 41
Doç. Dr. Levent AKIN

TİSK'in Önerileri Üzerine Düşünceler 49
Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret 59
Şahin ÇİL

Toplu İşçi Çıkarma 75
Av. Erten CILGA

KARAR İNCELEMELERİ

Asul İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları 83
Prof. Dr. Nuri ÇELİK

Ücretin Düşürülmesinin İş Şartı Haline Gelmesi 93
Prof. Dr. Fevzi DEMİR

*Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde)* 101
Doç. Dr. Murat ŞEN

*Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak
Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması* 117
Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi 126
Dr. Ertan İREN

TOPLU İŞ HUKUKU

Toplu İş Sözleşmesinin Süresiyle İlgili Bazı Düşünceler 134
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

KARAR İNCELEMESİ

Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Taraflarca Değiştirilmesi 142
Doç. Dr. E. Murat ENGİN

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Yeterliliği Sorunu 148
Prof. Dr. Kadir ARICI

Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu 159
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

SGK Bizi Gözeliyor! 174
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Getirdiği Dört Prim Affi 181
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

4958 Sayılı Kanunla Değişiklikten Sonra 506 Sayılı Yasanın 24. ve 69. Maddelerine Göre, Ana ve Babaya Hem Ölüm Aylığı ve Hem De Ölüm Geliri Bağlanabilir Mi? 189
Coşkun ERBAŞ

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

İşyerinde Sigara İçme Yasağı 195
Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK

Sosyal Güvenlik Uygulamalarında İdari Para Cezalarının Dava Yoluna Başvurmadan, İdari Aşamada Çözüm Yolları 202
Mehmet BULUT

MALİ HUKUK

Nedensiz veya Geçersiz İş Sözleşmesi Sonlandırmalarına Bağlı Ödemelerin Vergilendirilmesi 207
Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türü İstibkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesi 220
Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Fransız İşgücü Piyasasının Modernizasyonuna Doğru 222
Delphine RUDELLI

KARAR İNCELEMESİ

Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi? 227
Av. Selçuk KOCABIYIK



Ekonomik krizlerle mücadeledeki başarı ancak esnek düzenlemelerle mümkün olacaktır.

Tüm dünyayı olduğu kadar Türkiye'yi de derinden etkileyen ekonomik kriz karşısında, tedbir paketini açıklamakta geciken hükümetimiz, geçtiğimiz günlerde "Torba Kanun" olarak da adlandırabileceğimiz, birçok kanunda değişiklik yapan 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'u kabul etti. İçinde bulunduğumuz dönem içerisinde, özellikle kısa çalışmanın uygulamada hayata geçirilebilmesini, mevcut hükümlere nazaran kolaylaştırılması beklenen Kanun'da, ne yazık ki beklenen olmadı. Kısa çalışma yapılabilecek sürenin 2008 ve 2009 yıllarına münhasır olmak üzere uzatılması ve ödenek miktarının yükseltilmesi olumlu gelişmeler olarak nitelendirilebilse de, alınan tedbirlerin etkili ve uygulamada yaşanan sıkıntılara çare olduğunu söylemek mümkün değil.

Şöyle ki; bilindiği üzere, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğe göre; kısa çalışmaya geçebilmenin şartlarından biri genel ekonomik krizdir. Düzenleme de; genel ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nun duruma açıklık getireceği hüküm altına alınmışsa da şu tarihe kadar, bu yönde bir açıklama yapılmamıştır. Hal böyle olunca, geriye kısa çalışma yapılabilecek ikinci durum olan "zorlayıcı nedenler" kalmaktadır. Ne var ki, Yönetmelik de, zorlayıcı nedenlerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvuruların Kurum tarafından reddedileceğini hüküm altına alarak işverenlerin elini kolunu bağlamıştır. Değişikliğin, hiç değilse 2008 ve 2009 yıllarına münhasır olarak sektörel krizleri,

kısa çalışma yapılabilecek durumlar arasında sayması işyerlerine az da olsa nefes aldırabilirdi. AB uygulamalarına bakıldığında pazar daralmaları, bu kapsamda değerlendirilirken, neden ülkemizde böylesi katı düzenlemelerin kabul edildiği anlaşılamamaktadır. Öte yandan Bakanlık tarafından, işyerlerince yapılan başvurulara yönelik incelemeler de uygulamada bir hayli vakit almaktadır. Bu süreçte her geçen günün önemli olduğu düşünüldüğünde işyerlerinin yaşadıkları sıkıntıyı tarif etmek hiç de zor olmasa gerekir.

Öte yandan, Yargıtay, işçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilenmesi durumunda feshin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek geçerli nedenle fesih olarak sayılabilecek hallere bir örnek daha vermiştir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, ücretin düşürülmesinin iş şartı haline gelmesi, toplu işçi çıkarmalar, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü istihkakın bankalar aracılığıyla ödenmesi, kıdem tazminatı hesabında ücret, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin taraflarca değiştirilmesi, geçersiz iş sözleşmesi fesihlerine bağlı ödemelerin vergilendirilmesi, Genel Sağlık Sigortası edimlerinden yararlanmada prim koşulu dergimizin bu sayısında değerlendirilen konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemeleriyle yine siz değerli okuyucularımızla buluşmanın keyfini yaşıyoruz.

Saygılarımla,

Av. İsmet SİPAHİ



Yatırım Uzmanı Garanti'den
Hep Kazandıran Döviz Mevduat Hesabı.
Siz de dövizin düşüşüne ya da yükselişine
endekslı bir mevduat hesabı açtığınız
öngörünüz tutmasa bile faiz alın, hep kazanın.

**Döviz yatırımından korkmayın.
Hep Kazandıran Döviz Mevduat Hesabı Garanti'den.**



Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine - Tekrar

1. GİRİŞ (Tekrar'ın Nedeni)

Sicil Dergisi'nin Mart 2008 tarihli 9. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı” başlıklı makalemde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında -aynen bu düzenlemenin dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesinin 3. paragrafında olduğu gibi- bir defa yapılan belirli süreli sözleşmeler için “esaslı neden” veya aynı anlama gelen “objektif neden” öngörülmediğini açık bir biçimde ortaya koymuştum.

Bu tür sözleşmeler için “esaslı/objektif neden”in, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında, belirli süreli sözleşmelerin birden fazla üst üste ve zincirleme biçiminde yapılması; söz konusu Yönergenin 5. paragrafında da -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- sözleşmenin uzatılması (yenilenmesi) durumunda gerekli görüldüğünü vurgulamıştım. Ayrıca, Türk hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılması halinde dahi “esaslı /objektif neden” arayan baskın görüşün, büyük ölçüde “*objektif koşul*” ile “*objektif neden*” kavramlarının aynı anlama geldiğini sanmasından kaynaklandığına işaret etmiştim.

Makalenin Sicil Dergisi'nde yayımlanmasından sonra, burada öne sürdüğüm görüşler

için düşüncelerine başvurduğum bazı meslektaşlarımdan aldığım yanıt, sadece “görüşlerime katılmadıkları” yolunda oldu. Bu konuda daha sonra yazılan makalelerde, açıklamalarım doğrudan değerlendirilmedi. Benim görüşlerime katılmayan akademisyenlerin, söylediklerimin doğruyu yansıtmadığını; açıkçası, gerek 11. maddenin birinci fıkrasının gerekçesinin ve gerekse Yönergenin birinci, üçüncü ve beşinci fıkralarının söylediğim gibi olmadığını, Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde -Yönerge uyarınca- bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de mutlaka objektif neden arandığını; ayrıca 11. maddenin birinci fıkrasında objektif neden olmaksızın yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin yaptırıma bağlanmış olduğunu (temenni niteliğinde ya da zorlama yorumlarla değil) ifade etmelerini beklerdim.

Bu beklentimi karşılayan bir yazıya rastlamadım. Dahası, Türk İş Hukuku'nun önde gelen isimlerinden olan N. Çelik ile S. Süzek'in yeni yayımlanan “İş Hukuku” kitaplarında -aynı şekilde bu konuda yazılan makalelerde- Sicil'deki açıklamalarıma dip notlarda ve sadece “yazara göre” veya “aksi görüş” sözleriyle değinilmiş olması¹ karşısında, bu konu üzerinde tekrar durma gereğini duydum. Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bazı karar-

larında ILO Sözleşmesine ve AB Yönergesi'ne oldukça ayrıntılı bir biçimde yer verilmiş olması ve ayrıca bir karara ilişkin "karşı görüş" açıklaması da ilginçtir, önemlidir. Bütün bu hususlar bana böyle bir "tekrar"ın yararlı olacağı inancını vermiştir.

Öncelikle belirtmek isterim ki, Sicil Dergisinde bu konuda daha önce yayımlanan makalede olduğu gibi, buradakiler de herhangi bir yorumdan çok, "tespit" niteliğinde açıklamalardır. Bu tespitlerde yanıldığımı düşünen meslektaşlarım, makalenin sonunda soracağım soruların yanıtını vermek durumundadırlar.

2. İŞ HUKUKUNA VE İŞ KANUNU'NA EGEMEN OLAN ANLAYIŞ

İş hukuku işçinin korunması ihtiyacından doğmuş bir hukuk dalı olmakla birlikte; zamanımızda kendini gösteren ekonomik ve teknolojik gelişmeler, özellikle küreselleşme olgusu, işçi ile birlikte işletmelerin de korunması gereğini ortaya koymuştur. İş hukukunun işçiye başta işi, ücreti ve sağlığı olmak üzere güvence sağlama işlevi önemini korumakta; ancak, işverenler için de işletmenin varlığının korunması amacıyla, onların değişen koşullara uyumunu sağlayacak esnekliği içeren düzenlemeler öngörülmüş bulunmaktadır. Böylelikle, işletmelerin daha verimli, daha üretken ve daha kârlı çalışabilecekleri düşünülmüştür. Zamanımızda bu olguyu ifade etmek üzere, "güvenceli esneklik" kavramı kullanılmaktadır. Bugün AB'ye üye ülkelerin ekonomik ve sosyal alandaki temel hedeflerinden birinin, esneklik ile güvence arasında uygun bir denge sağlanmasının gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir².

Bu noktada açıklanması gereken bir husus da şudur: Sosyal taraflar (3 İşçi Konfederasyonu ve TİSK) ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yeni bir İş Kanunu taslağı hazırlamakla görevlendirilen Bilim Kuruluna söylenen tek şey, yapılacak çalışmada "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşmelerinin, Avrupa Birliği'nin Yönergelerinin ve Ülke Koşullarının" göz önünde tutulmasıdır. Gerçekten de, yasanın Genel Gereğesinde açıkça, "Av-

rupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğu" vurgulanmış; bunun mevcut İş Kanunu'nda değişiklik yerine, yeni bir yasa hazırlanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. İşaret edilmelidir ki, aynı Genel Gereğede, yeni bir iş kanununu gerekli kılan nedenler arasında "esneklik gereksinimi" de açıkça belirtilmiştir³.

Bu olgunun yasa maddelerinin değerlendirilmesi ve yorumu bakımından büyük önem taşıdığı açıktır. Gerçekten de, Yargıtay'ın -tarihi eski de olsa- ifade ettiği bir görüşe göre, "yasalarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz"⁴.

İlginç bir gelişme, bu anlayışın Yüksek Mahkemenin oldukça yeni bir kararında da somut olarak benimsenmiş bulunmasıdır. Kararda şöyle denilmektedir: "Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş ilişkisinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın normatif dayanakları 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerek 1699/70 Sayılı Konsey Direktifi, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 338 ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddeleridir."⁵.

Ne var ki, uyuşmazlığın normatif dayanakları arasında uluslararası düzenlemeleri öncelikle belirten Dairenin, Sözleşme ve Yönergede öngörülen esasları tam olarak kavrayamadığı da verdiği kararlarda ortaya çıkmaktadır. Bu konuya ileride değinilecektir.

3. TASARI İLE YASAL DÜZENLEME ARASINDAKİ FARK

İş Kanunu Tasarısında, belirli süreli iş sözleşmesi, Alman "Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun" esas alınarak (§ 3/1), aşağıdaki gibi düzenlenmiş bulunmaktaydı:

"Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan sözleşmedir."

Bilindiği üzere, Tasarı'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımına ilişkin olarak bir "Değişiklik Önergesi" verilmiş; Önerge kabul edilerek Yasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrası Tasarıdakinden farklı

bir biçimde düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerle, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında AB'nin 99/70 sayılı Yönergesi esas alınmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yasalâşan metin şöyledir:

“İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”

Maddeye ilişkin “Değişiklik Önergesi”nin gerekçesi incelenen sorun bakımından son derecede önemlidir. Gerekçede “İlgili AB Direktifinde ...” sözleri ile Yönergeye işaret edilmekte ve “*Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılırken, sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir*” denilmektedir.

Görülüyor ki, TBMM'de yapılan değişikliğin amacı, belirli süreli iş sözleşmesini AB Yönergesi'nin 3. maddesi doğrultusunda tanımlamaktır. Sözleşmenin süresinin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiş; hangi sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi sayılacağı -örnekler verilerek- açıklanmıştır.

Maddenin kendisinde olduğu gibi, gerekçesinde de, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında “objektif/esaslı neden” aranacağına dair en küçük bir işaret yoktur. Kaldı ki, TBMM'nin iradesi bu yolda olsa idi, madde gerekçesinde ona göre değişiklik yapması; en azından “belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşeceği” sözlerini metinden çıkartması kaçınılmaz olurdu.

Özetle, maddenin ifadesindeki bozukluk ve Yönergedeki tanımda bulunmayan ve İş Kanunu içinde çelişki yaratan “yazılı şekil” koşulu bir yana bırakılırsa, Meclis'te yapılan değişikliğin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesine uyum sağlama amacına yönelik olduğu kuşku götürmez.

Ne var ki, belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken Yönergedeki düzenleme aynen alınmadığı ve araya “yazılı şekil” de konulduğu

için madde tartışmalı ve yasanın 8. maddesi ile çelişkili bir hale gelmiştir. Bununla birlikte, değiştirilen kısmın sadece sözleşmenin tanımına ilişkin örneklerden biri olduğu; Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadelerin” İş Kanunu'na aynen aktarılmış olduğu açıktır.

Tasarıdaki (ve Alman yasasındaki) tanımda olmayan “objektif koşul” terimine yasada yer verilmesi, öğretiyi nerdeyse oybirliği içinde belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da “objektif/esaslı neden” aranacağı; bu yoksa sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı görüşüne götürmüştür.

Daha önce de işaret edildiği gibi, AB Yönergesi'nde ve İşK. m. 11'de kullanılan “objektif koşul” ile “esaslı neden” kavramlarının aynı anlama geldiğinin sanılması böyle bir yanlışlığa yol açmıştır.

Nitekim, birçok yazar -hiçbir tereddüt duymadan- objektif koşul ile objektif neden kavramlarının özdeş olduğunu ileri sürmüşlerdir⁶.

Sadece Mollamahmutoğlu, kitabının 3. basısında, AB Yönergesi'nde bu iki kavramın ayrı yerlerde ve farklı anlamda kullanılmış olduğunu kabul etmektedir⁷.

Aşağıda açıklanacağı gibi, AB Yönergesi'nde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tanımında “objektif koşul” (§ 3); sözleşmesinin uzatılmasında ise “objektif/esaslı neden” (§ 5) kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlar ve ifade biçimi İş Kanunu m. 11'de aynen benimsenmiş bulunmaktadır.

4. İŞ KANUNU'NUN 11. MADDESİNİN ULUSLARARASI DAYANAĞI

Bu aşamada, taşıdığı önem dolayısıyla öncelikle belirtilmesi gereken bir husus, Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerinde, belirli süreli iş sözleşmelerinin esneklik uygulamalarından biri olarak kabul edildiğidir⁸. Sözelimi, Almanya'da 2001 yılında yürürlüğe giren “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun” ile yasa koyucunun, esaslı (objektif) neden aranmaksızın yapılacak belirli süreli sözleşmelerin, “iş ilişkilerinin esnek bir biçimi” olarak önem kazandığı; bu yolla istihda-

İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 11. maddesini değerlendirirken, maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni göz ardı etmek mümkün değildir.

mın önemli ölçüde artacağı görüşünden hareket ettiği ifade edilmiştir⁹. Aynı anlayış, Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesi'nde de yer almaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri zamanımızda, tıpkı kısmi süreli çalışma, ödünç çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi, atipik iş ilişkilerinden biri, bir esneklik uygulaması olarak kabul edilmektedir¹⁰. İşçinin korunması ilkesi ise, hakkın kötüye kullanılmaması amacıyla, bu tür sözleşmelerin ancak objektif bir nedenin varlığı durumunda tekrarlanabilmesinde kendini göstermektedir.

Bilindiği üzere, hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri, ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme" ve özellikle Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulduğu ifade edilmiştir.

O halde, İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 11. maddesini değerlendirirken, maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni göz ardı etmek mümkün değildir¹¹. Bu bakımdan aşağıda hem söz konusu Yönerge ve hem de ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi incelenecek ve bunların ışığında İş Kanunu'nun 11. maddesi tüm yönleriyle ele alınacaktır.

Avrupa Birliği'nin söz konusu 99/70 sayılı Yönergesi'nin "Genel Düşünceler" başlıklı giriş bölümünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirli iş kolları, meslekler ve işler için karakter-

istik nitelik taşıdıkları ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılama olanağına sahip oldukları belirtilmektedir. Burada ayrıca, Avrupa Birliği'nde belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların yarısından fazlasının kadın olduğu ifade edilerek, bu anlaşmanın (Yönergenin) kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağına işaret edilmektedir (m. 8, 9).

Yönerge'nin 1. paragrafında, bu çerçeve anlaşma ile iki amaç güdüldüğü ortaya konulmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırım yasağı ilkesinin uygulanmasıyla belirli süreli iş ilişkilerinin kalitesinin yükseltilmesidir. Diğeri ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir çerçeve belirlenmesidir.

Yönerge'nin 3. paragrafında, belirli süreli istihdam edilen işçi tanımlanmıştır. Tanım aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmesini de belirlemektedir.

Yönergeye göre, belirli süreli istihdam edilen işçi, sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan bir iş sözleşmesi ile çalışan kişidir¹².

Yönerge'nin 5. paragrafı "Kötüye kullanmayı giderecek önlemler" başlığını taşımaktadır. Burada ise, üst üste (zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri yolu ile bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi için üç hususa işaret edilmektedir:

a) Belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini (uzatılmasını) haklı kılacak objektif nedenler bulunmalıdır.

b) Üst üste yapılacak olan iş sözleşmelerinin toplam azami süresi saptanmalıdır.

c) Bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabilecekleri belirlenmelidir.

Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinde dikkati çeken husus, burada amaçlanan, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste (zincirleme) yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğudur. Yönergede bu konuda önlem alınması istenmektedir.

Buna karşılık, bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlandırma,

açıkçası “objektif/esaslı neden” öngörölmüş deęildir¹³.

Yönergede dikkati çeken diğer husus, belirli süreli istihdam edilen işçinin (veya belirli süreli iş sözleşmesinin) tanımında -aynen 4857 sayılı İş Kanunu m. 11/1’de olduğu gibi- “objektif koşul” teriminin kullanılmış olmasıdır. Yönergenin 3. paragrafının Almanca, İngilizce ve Fransızca metinlerinde kullanılan terim tamamen aynıdır (objektive Bedingungen, objective conditions, conditions objectives).

Bu tanım ile ortaya konulan husus, belirli süreli iş sözleşmesinin, *sona erme zamanının objektif koşullara göre belirlendiği* bir sözleşme olduğudur. Yönerge, “belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması, belli bir olgunun ortaya çıkması gibi” durumları sözleşmenin sona ermesine ilişkin objektif koşullara örnek olarak vermektedir.

Nitekim, Alpagut da, “*belirli bir olgunun ortaya çıkması*” sözü ile neyin anlaşılması gerek-

Hiç kuşku yoktur ki, Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bir düzenlemede yanlışlıkla farklı kavramların kullanılması söz konusu olamaz (Uluslararası Çalışma Örgütü’nün toplantılarına katılanlar, uluslararası bir sözleşme hazırlanırken, sözcüklerin bile ne kadar titizlikle seçildiğini çok iyi bilirler). Dolayısıyla, farklı anlam taşıyan bu kavramların bilinçli olarak kullanıldığı; bunlarla amaçlananın aynı şey olmadığı açıktır¹⁵.

İşte bu nokta, Türk hukukunda bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de “objektif/esaslı neden” arayanların göz ardı ettiği bir husustur; ama oldukça önemli bir husustur.

İş güvencesine ilişkin olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde ise, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanmasıyla ilgili bir iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin Sözleşme hükümlerinin uygulanma alanı dışında bırakılabileceği öngörölmüştür (m. 2). Ancak bunun ardından, Sözleşmenin işçileri koruyucu hükümlerinden

Belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimi böyle bir sözleşmenin kurulabilmesinin koşulunu göstermemekte; sadece hangi sözleşmelerin belirli süreli olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

tiğini açıklarken aynen şunları söylemektedir: “Ancak, belirli bir olgunun ortaya çıkması bir objektif nedenden ziyade, sürenin sonunu belirlemek için kullanılır ve objektif nedenin içeriğini ifade etmek için yetersizdir. Nitekim, AB Yönergesi’ndeki kullanımı da sürenin sonunun objektif olarak belirlenmesi anlamındadır”¹⁴.

Demek ki, belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimi böyle bir sözleşmenin kurulabilmesinin koşulunu göstermemekte; sadece hangi sözleşmelerin belirli süreli olarak kabul edilebileceğini -bazı örneklerle- ifade etmektedir.

Buna karşılık, Yönerge, belirli süreli iş sözleşmesinin uzatılmasında (yenilenmesinde) -yine aynen İş Kanunu m. 11/2’de olduğu gibi- “objektif/esaslı neden” (sachliche Gründe, objective reasons, des raisons objectives) aramaktadır. Bu kavram diğerinden farklıdır.

kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin alınması gereğine işaret edilmiştir (m. 3).

ILO Sözleşmesi’nde de -Yönergede olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir sınırlama öngörölmüş değildir. Sözleşmenin devlete yüklediği yüküm sadece, işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmalarını önleyecek önlemlerin alınmasıdır.

AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi’ni ve bu bağlamda ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi’ni inceleyen yazarlar da bu söylenenleri tartışmasız kabul etmektedirler.

Nitekim, Alpagut, Yönergede belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının, önlenmesi amacının hâkim olduğunu, bir kere için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmadığını, burada zincirleme sözleşmeler

için alınması gereken önlemlerin belirtildiğini ifade etmiştir¹⁶.

Yazar daha sonra “esneklik” konusunu işlediği bir başka yazısında, ilgili Yönerge ile ILO Sözleşmesi’ni değerlendirirken de aynen şunları söylemektedir: “... her iki düzenlemede de sözleşmenin ilk kez belirli süreli yapılmasına bir sınırlama getirilmemiştir”¹⁷.

Bu konuda ayrıntılı bir inceleme yapmış bulunan Başterzi de şunları söylemektedir:

“Yönergede objektif haklı nedenlerin bulunması koşulu ise, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bağlamında iş güvencesi kurallarını dolanmaya yönelik dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların önlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Şu halde Yönergeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılması sırasında objektif haklı bir nedenin bulunması zorunlu olmayıp sadece süresinin objektif ölçütlerle belirlenmesi yeterlidir”¹⁸.

Bununla birlikte, şaşırtıcı bir şekilde, her iki yazar da İş Kanunu’nun -özü bakımından Yönerge ile aynı olan- 11. maddesinin 1. fıkrasını değerlendirirken, belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında da objektif neden bulunması gereğini öne sürmektedirler.

Görülüyor ki, İşK. m. 11/1’de geçen “objektif koşul” kavramını, üstelik bazılarının yaptığı gibi, “haklı” sözcüğünü de ekleyerek, “*objektif haklı neden*” biçiminde ifade etmek ya ciddi bir yanılgıdır ya da bazı yazarların bu maddeye kendi arzuladıkları anlamı verme çabasının bir ürünüdür. Bu çaba her iki yazarın ele alınan makalelerinde olduğu gibi, baskın görüşü temsil eden diğerlerinin de yazılarında açık bir biçimde kendini göstermektedir.

Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; Alpagut, İş Kanunu m. 11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin bir kere için kurulması halinde de “objektif neden” bulunması gerektiğini öne sürerken şöyle demektedir:

“Kuşkusuz bu tür sözleşmenin -fesih, feshe karşı koruma ve feshin hukuki sonuçları dikkate alınarak- *sınırlandırılması gereği kabul edildiğinde*, bu birden çok kez (zincirleme) yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de söz konusu olacaktır”¹⁹.

Anlaşılan şudur ki, madde belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında bir sınırlama öngörmese bile, yazara göre, sınırlandırılması gereği vardır; bu bakımdan bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de objektif neden aranmalıdır.

Hiç kuşkusuz, aynı kavramı, yani “objektif koşul” kavramını AB Yönergesi söz konusu olduğunda başka, Türk mevzuatı söz konusu olduğunda ise başka bir biçimde açıklamak, kolay izah edilecek bir değerlendirme değildir; tam tersine, ciddi bir çelişkidir.

Bu çelişkinin farkına varan Mollamahmutoglu ise, kitabının yeni basısında, “Bize göre de... AB Yönergesi’nde “objektif koşul” ile “objektif neden” terimlerinin ayrı yerlerde farklı kullanıldığı doğrudur.” demekle birlikte, ardından “Ne var ki, Yönergedeki terimsel tercih ve ifadelere Kanun’da (İşK. m. 11/1) yer verilmediğinden, Yönerge esasında Kanun’un yorum ve değerlendirilmesi pozitif hukuk bakımından isabetli olmaz” sonucuna varmaktadır²⁰.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, TBMM’de kabul edilen metin ile Yönerge arasındaki tek fark, sözleşmenin tanımına ilişkin örneklerden birine ilişkindir; Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadelerin” İş Kanunu’na aynen alınmış olduğu ise tartışma götürmeyecek kadar net, açık bir olgudur.

Bu gerçeğe rağmen; üstelik de esneklik gereğinin bilincinde olup bu konuda yazı yazan Ekonomi ile Alpagut’un²¹, İş Kanunumuzun 11. maddesinin özünde esnek bir düzenleme içeren 1. fıkrasını, tam tersine bir anlayışla, hükmü katı ve uygulanma alanı dar olacak bir biçimde yorumlamaları açıklanmaya değer bulunmaktadır.

5. BU KONUDAKİ YARGITAY GÖRÜŞÜ

Yargıtay’ın belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkeme’nin baskın görüşün etkisi altında kaldığı, İşK. m. 11’deki “objektif koşul” ile “objektif neden” kavramlarını aynı anlamda kabul ettiği; bu bakımdan aynı gerekçede dahi her iki kavramı ardı ardına kullandığı görülmektedir.

Gerçekten de yeni sayılabilecek bu kararda, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerektiği ifade edildikten sonra aynen: “Zira, 11’nci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir.” sonucuna varılmaktadır. Yine aynı kararda, 2. fıkrada belirtilen olay (sözleşmenin tekrarlanması olgusu) için öngörülmüş bulunan yaptırımın otomatik bir biçimde 1. fıkraya uygulandığı görülmektedir: “Taraflar arasında, İş Kanunu’nun 11’nci maddesinin 1 ve 2’nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından..”²².

Bununla birlikte, Dairenin 2005 yılındaki bir kararının “Karşı Oy” yazısında, “Uyuşmazlık davacı işçinin belirli süreli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı noktasında toplanmaktadır” denildikten sonra, oldukça ayrıntılı bir biçimde maddenin uluslararası dayanakları olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi anlatılmakta ve ayrıca Hükümet Gerekçesinde de bu normlara değinildiği söylenmektedir. Karşı Oy sahibi yargıç, bütün bu anlatımlardan sonra şu sonuca varmaktadır: “Kanımızca belirli süreli bir sözleşmenin ilk yapılışında objektif koşullar, işin amacı ve niteliği gibi ölçütlere gidilmemelidir. Belirli süreli bir sözleşme ilk defa yapılmış ise sorun olmamalı. Ancak ikincinin yapılması ya da susma ile uzaması durumunda başlangıçtan itibaren sözleşme belirsiz süreli kabul edilmelidir. Böyle bir çözüm uygulamada rahatlık sağlar.”²³.

Doğrusu, maddenin uluslararası dayanaklarını ve Hükümet Gerekçesini inceleme ve bunu yazısına aktarma sağduyusunu gösteren Karşı Oy sahibi yargıcın, varmak istediği sonuç bakımından, ortaya çok daha sağlam ve kuşkusuz hukuki olan gerekçeler koymuş olması beklenirdi. Her şeyden önce, “objektif koşullar”, sözleşmenin belirli süreli sayılıp sayılmayacağına saptanabilmesi için, ilgili Yönergede -aynı

doğrultuda olmak üzere- İş Kanunumuzda belirtilen örneklere ilişkin bir kavramdır. Bu bakımdan, “sözleşmenin ilk yapılışında objektif koşullar” aranmaması anlamındaki ifade, bunun “objektif neden” ile karıştırıldığını; objektif koşul ile objektif neden arasındaki farkın kavranmadığını gösterir. Kaldı ki, burada önemli olan bir “temenni” sorunu değildir. Belirli süreli sözleşme ilk defa yapılmış ise, bunun sorun olmaması istendiğinde; en azından, objektif koşul kavramının sözleşmenin sona ermesine ilişkin örnekleri içerdiği veya İş Kanunu’nun birinci fıkrasında bir yaptırım öngörülmediği, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması yaptırımının maddenin 2. fıkrasında, onun birden fazla yapılması durumunda söz konusu olduğu söylenebilirdi. Bu yapılmadığı için, Karşı Oy çerçevesinde öne sürülen görüşler Dairenin sonraki kararları üzerinde herhangi bir etki yapmamıştır.

Yargıtay’ın bir başka kararının gerekçesinde de, uyuşmazlığın normatif dayanaklarına işaret edilmiştir. Burada da, ILO Sözleşmesi ile AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş; hatta bunların “esnek çalışmayı özendirdiği” dahi ifade edilmiştir. Buna rağmen, Yüksek Mahkeme’nin somut olayı çözüme bağlarken baskın görüşün etkisinden sıyrılmadığı ve sözleşmenin belirli süreli sayılabilmesi bakımından yine de “esaslı neden”in varlığı üzerinde durduğu görülmektedir²⁴.

6. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN YASAMIZDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmış; ikinci fıkrasında ise, bu tür sözleşmelerin “esaslı bir neden” olmaksızın birden fazla yapılamayacağı ifade edildikten sonra, bu hükme aykırı davranışının yaptırımı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin -herhangi bir tavan sınırlaması olmaksızın- belirli süreli olma özelliğini koruyacağı öngörülmüştür. Bundan sonra gelen 12.

maddede de, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları çizilmiştir.

İncelenen konu açısından göz önünde tutulması gereken husus, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırma olanağının bir “esneklik uygulaması” olarak kendini göstermesidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Kanunu’nun TBMM’de değiştirilerek kabul edilen 11. maddesi değerlendirilirken, bununla güdülen amaç ile içinde bulunduğumuz dönemin ihtiyaçları da göz önünde tutulmalıdır.

Hatırlanacağı üzere, yasamızın 11. maddesinin birinci fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır:

“Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”

Maddenin Yönergeden ve Tasarıdan farklılık taşıyan yönü her şeyden önce cümle yapısındaki bozukluktur. Gerçekten de, söz konusu tanımda -aradaki belirli sözcükler çıkarıldığında- “Belirli süreli işlerde... yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” gibi anlamsız bir ifade ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, tanımda -Yönergede olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına yol açan iki örneğe yer verilmiş; bunlar gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği öngörülmüştür.

Belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 11. maddenin ilk fıkrasında “objektif koşul” terimine yer verilmesi ve “yazılı şekil” koşulunun eklenmesi, öğretide yanlış algılamaya, zihin karışıklığına yol açmıştır. Öğreti, “belirli süreli işlerde” yapılan iş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği yolunda yorumlar yapmak; bunun yanında, 11. maddenin 1. fıkrasını maddenin 2. fıkrası ile ve ayrıca Yasa’nın 8. maddesi ile bağdaştırabilecek çözümler üretmek için çaba göstermek zorunda kalmıştır. Bunda pek de başarı gösterildiği söylenemez.

7. “BELİRLİ SÜRELİ İŞLERDE” İFADESİNİN ANLAMI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesi ta-

nımlanırken, “belirli süreli işlerde”, “belli bir işin tamamlanması” ve “belirli bir olgunun ortaya çıkması” gibi objektif koşullardan söz edildiği görülmektedir.

Bu örnekler arasında sayılan “belirli süreli işler” ifadesine verilecek anlama ilişkin olarak baskın görüş sahipleri çeşitli açıklamalarda bulunmuşlar; aslında bir anlam taşımayan bu ifadeye anlam verme çabası içine girmişlerdir. Daha önceki makalemde bunlara işaret ettiğim ve söz konusu yorumları isabetli bulmadığımı belirttiğim için (Sicil, 9. Sayı, Mart 08), burada aynı şeyleri yeniden yazmakta yarar görmekteyim. Ancak, şu söylenebilir ki, bu ifadeye verilmek istenen anlam sonuçta belli bir noktaya yönelmekte; Çelik’in savunduğu gibi, “belirli süreli işlerde” ifadesinden anlaşılması gerekenin, sürenin “*zaman ve tarih olarak belirlenmesi*” olduğu ortaya çıkmaktadır²⁵. Maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi de bu anlayışı destekler niteliktedir: “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. Buna göre, iş ilişkisi bir süreye (6 ay, 1 yıl vb.) bağlı olarak yapılmış ise, sözleşme belirli süreli sayılacaktır.

Bu kabul edildiğinde, belirli süreli iş sözleşmesini -baskın görüş doğrultusunda- şu şekilde tanımlamak mümkündür:

“Süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesidir”.

Hatırlanacağı üzere, Avrupa Birliği’nin 70/99 sayılı Yönergesi’ndeki tanım ise şu şekildedir:

Belirli süreli sözleşme, “sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan” sözleşmedir.

Yönergede de örnekler konusunda “gibi” dendiğine göre, sona erme zamanının “belirli bir tarihe ulaşma” yanında, sadece zaman olarak (6 ay, 1 yıl vb. biçiminde) belirlendiği sözleşmelerin -Yönerge bakımından da- belirli süreli sayılacakları tartışma dışıdır.

Bu durumda İş Kanunu m. 11/1’deki tanım

ile Yönerge'nin 3. paragrafındaki belirli süreli iş sözleşmesi tanımı arasındaki önemli tek farkın, maddemizde yer alan “yazılı şekilde” koşulu olduğu görülür.

Bütün bu yazılanlarla varılmak istenen sonuç şudur: Her iki düzenleme de hemen hemen aynı olduğuna göre ve her ikisinde de belirli süreli sözleşmenin tanımında “objektif koşul” kavramı yer aldığına göre, söz konusu kavrama Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde başka, Türkiye'de ise başka anlam verilmesi mümkün olamaz.

Bu durumda, Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde -bizde baskın görüşün iddia ettiği gibi- objektif koşul ile objektif (esaslı) neden kavramlarının aynı anlamı taşıyıp taşımadığı; belirli süreli sözleşmelerin yapılmasında objektif neden aranıp aranmadığı incelenen sorunun bakımından büyük önem taşır.

Bu bakımdan, aşağıda bazı Avrupa Birliği ülkelerinin incelenen konudaki düzenlemelerine değinilecektir.

8. BELİRLİ AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

Makalenin başında belirtmeye çalışılan gelişmeler sonucunda, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda işverenleri yatırıma teşvik etmek, yeni iş alanları yaratmak ve böylelikle önemi giderek artan istihdam sorununa bir çözüm bulabilmek bakımından, çalışma ilişkilerinde esneklik sağlayıcı önlemlere başvurulduğu görülmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam bu önlemler arasında önemli bir yer tutmaktadır.

Belirli ülkelerde bu eğilim doğrultusunda yasal düzenlemeler yapılmış ve nihayet Avrupa düzeyinde örgütlenmiş bulunan işçi ve işveren konfederasyonlarınca kabul edilen “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Anlaşma” Avrupa Birliği Konseyi'nce 99/70 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulmuştur. Avrupa Birliği üye ülkelere iş mevzuatlarını söz konusu Yönerge doğrultusunda düzenlemeleri için belirli bir süre tanımıştır. Birçok Avrupa ülkesi uyum çalışmalarını tamamlamış bulunmaktadır²⁶.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda istihdamın artırılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin bir kere yapılmasında herhangi bir kısıtlama öngörülmemekte; bu tür sözleşmeler esneklik gereği olarak değerlendirilmektedir.

Daha önce katı bir çalışma mevzuatına sahip olan Almanya'da 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren “Kısmi Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Yasa”, bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi için gerekli esnekliği sağlamış; ancak, koruma ilkesini de göz ardı etmemiştir. Yasa, herhangi bir esaslı neden aranmaksızın, iki yıla kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ve bu süreyi aşmamak kaydıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin en çok üç defa yenilenmesine olanak tanımıştır (§ 14/2). Ancak, bunun için, aynı işçi ile işveren arasında önceden bir sözleşme ilişkisi (belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi) kurulmamış olması gerekir.

Fransız hukukunda da, 1 Mayıs 2008 yürürlük tarihli yeni İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesi ve hatta zincirleme sözleşme yapılabilecek halleri sayma yöntemini benimsemiştir. Bu haller sınırlı olmakla birlikte, çeşitli istisna hükümleriyle kapsam oldukça genişletilmiş bulunmaktadır. Yasaya göre, belirli süreli iş sözleşmesi yine belirli süreli olarak bir defa yenilenebilir (L 1243-13); ancak toplam süre 18 ayı geçemez (L 1242-8).

Avusturya hukukuna göre de, işçi ile ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmede bir neden aranmaz; böyle bir sözleşme kural olarak geçerlidir. Buna karşılık, belirli süreli sözleşme tekrarlanıyorsa (zincirleme sözleşmeler), o zaman bunun geçerliliği bakımından esaslı bir nedenin varlığı aranır. Böyle bir neden yoksa sözleşme belirsiz süreli kabul edilir²⁷.

İspanyol hukukunda belirli süreli sözleşmelerle çalışma büyük ölçüde teşvik edilmektedir.

Bu ülkede belirli süreli sözleşmelerle çalışanların toplam istihdam içindeki payının %34 olduğu ifade edilmektedir²⁸.

İngiltere’de de belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında ve 4 yılı aşmamak kaydıyla yenilenmesinde objektif neden aranmamaktadır²⁹. Yine esneklik gereği olarak, Hollanda, İsveç ve Lüksemburg’da objektif neden aranmaksızın bu tür sözleşmeler yapılabilir. İtalya da iş hukuku mevzuatında 99/70 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda değişiklik yapmış ve belirli süreli sözleşme yapma yolunu kolaylaştırmıştır³⁰.

Görülüyor ki, Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin birçoğunda istihdamın artırılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin bir kere yapılmasında herhangi bir kısıtlama öngörülmemekte; bu tür sözleşmeler esneklik gereği olarak değerlendirilmektedir.

9. SORUNUN YAPTIRIM BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda, AB Yönergesi ve bu doğrultuda yapılan düzenleme çerçevesinde, hukukumuz bakımından da belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında objektif neden aranmadığı belirtildi. Böyle olmakla birlikte, sorunu bir de “yaptırım” bakımından değerlendirmekte yarar görülmektedir.

“Velev ki”, İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımdan belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da objektif/haklı neden arandığı sonucu çıkarılmış olsun, önemli olan ve çözümlenmesi gereken bir başka sorun, bunun yaptırımının ne olduğudur. Sözgelimi, bir sözleşmede esaslı bir neden olmaksızın sözleşmenin sona ereceği tarih gün, ay ve yıl olarak belirlenmiş ise ne olacaktır?

Ekonomi bu konuda, “4857 sayılı Kanun’a göre, objektif bir neden olmaksızın taraflarca sözleşmede zaman veya takvim olarak bir süre belirlemeleri, o sözleşmeyi belirli süreli olarak geçerli kılmaz” demektedir³¹. Ulucan’a göre de, “Bu durumda taraflar, yeni yasanın getirdiği sınırlar çerçevesinde, ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekler, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapamayacaklardır”³².

Bu görüşü öne süren yazarların, her şeyden önce maddenin “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır” yolundaki ilk cümlesini göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Çünkü, maddenin “mefhum-u muhalifinden”, yani karşıt anlamından, belli bir süreye bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreli sayılacakları açıkça ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, her iki yazar da böyle bir sözleşmenin geçerli olmayacağını veya yapılamayacağını öne sürmekte; ancak yapılmış ise, bu sözleşmenin nasıl değerlendirileceği, açıkçası *yaptırımın dayanağı* konusunda somut bir şey söylememektedirler. Ama, her ikisinin de görüşünün böyle bir durumda sözleşmeyi belirsiz süreli olarak nitelenmek yolunda olduğu bilinmektedir.

Süzek ise, sözleşmenin kurulmasında belirtilen objektif koşullar yoksa, sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını ifade etmekte; “yasada öngörülen objektif koşulların bulunmaması halinde iş akdinin ilk defa yapılmasında da belirli süreli olarak kurulabilmesi engellenmiştir” demektedir³³.

Yukarıda açıklandığı üzere, anılan fıkrada belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesinin objektif nedenleri değil -tıpkı AB Yönergesi’nin 3. maddesinde olduğu gibi- sözleşmenin sonunu belirlemeye ilişkin örnekler verilmiştir. Bu örneklerle amaçlanan, hangi sözleşmelerin belirli süreli sayılacaklarını ortaya koymaktır.

Kaldı ki, bu tanımda “objektif/haklı neden”den söz edilmediği gibi, herhangi bir yaptırım da öngörülmesi değildir.

Nitekim, bu gerçeği baskın görüşün sahiplerinden olan Ekonomi şu sözlerle ifade etmektedir: Maddede “bir defa için yapılanlarda objektif nedenin bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratılmıştır”³⁴. Maddenin birinci fıkrasının sadece tanıma ilişkin olduğu ve burada sözleşmenin belirsiz süreli sayılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmadığı açıktır. Bu nedenledir ki, yazar “bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden

arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” demekte ve böyle bir düzenlemenin TBMM’de nasıl yapılabileceğine ilişkin de bir örnek vermektedir³⁵.

Ne var ki, ortada olan gerçek, TBMM’nin iradesinin anılan yazarların arzuları doğrultusunda olmadığı, dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında bir objektif neden aranmadığıdır.

Maddenin birinci fıkrasında yer alan “objektif koşul” ile ikinci fıkrasında yer alan “objektif neden” kavramlarının aynı anlama geldiğini savunan yazarların büyük bir çoğunluğu ise, maddenin ikinci fıkrasında yer alan yaptırımın birinci fıkrası için de uygulama alanı bulunduğu düşüncesindedir.

Yargıtay da, daha önce işaret edilen bir kararında, bu görüşü savunmaktadır:

“İş Kanunu’nun 11’nci maddesinin 2 ve 3’üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir.”³⁶.

Bunun, maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırımını birinci fıkrası için de geçerli kılmak ve bu durumda ikinci fıkradaki yaptırımın nedenini açıklayabilmek adına, oldukça zorlama bir yorum olduğu söylenebilir. Şurası açıktır ki, sözleşmenin bir defa yapılmasında objektif neden arandığında -sözleşme ister aynı nedenle, isterse yeni bir nedenle tekrarlansın- yine objektif neden aranması her şeyden önce mantık gereğidir; evleviyet ilkesinin bir sonucudur. Hiç kuşku duymamak gerekir ki, baskın görüşün varsayımı gerçek olsa idi, maddeye iki fıkra daha eklemenin bir anlamı olmazdı.

Öte yandan, hatırlatmak gerekir ki, bugün için geçerli görülen yorum yöntemi, “lafzi” yorum değil, “amaca bağlı” yorumdur. Buna göre, bir maddenin değerlendirilmesinde, o maddeden kullanılan deyim veya ifadeler değil; yasanın tümüne egemen olan anlam ve temel düşünce göz önünde tutulur³⁷.

Yukarıda işaret edildiği üzere, Yargıtay’ın,

yasanın esneklik amacına değinildiği, maddenin dayanakları olan ILO Sözleşmesi ile AB Yönergesi’ne oldukça uzun bir biçimde yer verildiği bazı kararları da vardır. Ancak, gerekçe de belirtilen hususlar olayın çözümünde değerlendirilememiş; bu bakımdan gereken basiret gösterilememiştir.

Bu noktada, baskın görüş sahiplerine şu soru sorulabilir:

Maddenin birinci fıkrasının bu konuda yaptırım öngördüğü varsayıldığında, aynı yaptırımın maddenin ikinci fıkrasında tekrar belirtilmesinin anlamı nedir?

İlginç olan husus, baskın görüş sahiplerinin de aynı soruyu kendi kendilerine sormalarıdır. Ulucan, şöyle demektedir: “Ancak, burada tartışılması gereken konu, belirli süreli iş sözleşmesinin baştan itibaren objektif nedene dayanarak yapılmasını arayan yasanın, bunun yenilenmesi halinde, neden ayrıca esaslı bir neden olmadıkça zincirleme yapılamayacağını düzenlemiş olmasıdır.”³⁸.

Yanlış bir varsayımdan hareketle, “objektif koşul” kavramını “objektif/haklı” neden olarak algılayan; bunun sonucunda da, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için yasanın baştan itibaren objektif neden aradığını öne süren bu görüş, maddenin birinci fıkrası ile ikinci ve üçüncü fıkrası arasındaki bağlantıyı çözememiş, doğru değerlendirememiştir.

Meclis’de 1. fıkrada değişiklik yapılırken 2. fıkranın kaldırılması yoluna gidilmemiş olmasını eleştiren Alpogut’a göre: “Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması doğal, olması gereken bir durumdur.”³⁹.

Kanımca, asıl tartışılması gereken husus, böyle bir yorumun ne ölçüde doğal, daha doğrusu isabetli olduğudur. Tam tersine doğal olan, sistem sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arıyorsa, sözleşmenin ardı ardına kurulmasında veya uzatılmasında aynı nedenin aranacağına tekrar yazılmasına artık gerek bulunmadığıdır.

Ulucan ise, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında esaslı nedenden söz edilmesini şöyle yanıtlamaktadır: “bir defa yapılırken dahi ob-

jektif neden arayan yasanın, doğal olarak birden fazla zincirleme sözleşmelerde de tekrar konuya açıklık getirmek için esaslı bir neden aramış olduğu şeklinde yorumlanabilir"⁴⁰.

Bu yoruma da katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, sırf konuya açıklık getirmek için, yasa maddesine iki fıkra eklendiğinin kabulü pek de gerçekçi bir yaklaşım olmasa gerekir. Böyle bir düzenleme, yasa yapma tekniğine aykırı düşeceği gibi, "yasa koyucu abesle iştigal etmez" sözüne de uymaz.

Nihayet, sözleşmenin hangi hallerde belirsiz süreliye dönüşeceğini düzenleyen 2. fıkrayı "gereksiz" bulduklarını açıkça ifade edenler de vardır⁴¹.

Maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde, yukarıda belirtilen görüşlerin yerinde olmadığı kolaylıkla anlaşılır.

10. BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞMENİN BELİRSİZE DÖNÜŞMESİ

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin hangi durumda belirsiz süreliye dönüşeceği 11. maddenin 2. fıkrasında açık bir biçimde gösterilmiştir:

"Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir".

Bu ifadeden bazı önemli sonuç çıkmaktadır:

1. Bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için esaslı bir neden aranmaz.

2. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste değil de, aralıklı olarak (sözgelimi, mevsim veya kampanya işlerinde olduğu gibi her yıl belli dönemlerde) yapılıyorsa, bunun için yine esaslı neden aranmaz.

3. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste, yani zincirleme biçimde yapılıyorsa, bunun için esaslı bir nedenin varlığı aranır.

4. Üst üste (zincirleme) yapılan iş sözleşmesinde "esaslı neden" bulunmuyorsa, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.

Maddenin gerekçesi bu konuda herhangi bir tereddüt bırakmayacak kadar açıktır. Daha önce de işaret edildiği üzere, gerekçede -AB Yönergesi'nin "Genel Düşünceler" başlıklı giriş bölümünden (§. 8) aynen alınarak- belirli sü-

reli iş sözleşmelerinin bazı işkolları, meslekler ve işler için karakteristik bir anlam taşıdığı ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi açısından bu sözleşmelerin esaslı bir neden olmadıkça üst üste yapılmalarının önlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Gerekçede, belirli süreli iş sözleşmesinin hangi halde belirsiz dönüşeceği şu sözlerle net bir biçimde ifade edilmiştir:

"Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır".

Görülüyor ki, İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin -yaptırım olarak- belirsiz süreliye dönüşmesi, sadece bu sözleşmenin birden fazla ve üst üste yapılması durumunda söz konusu olmaktadır. Yasadaki açık olan bu düzenleme karşısında, yapılmasında objektif neden bulunmayan bir sözleşmeyi -tanımındaki "objektif koşul" terimini yanlış değerlendirerek ve başka bir olguya göre getirilen yaptırımı buna uygulayarak- belirsiz süreli saymak mümkün değildir.

Hiç kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılması durumu saklıdır. Açıkçası, esaslı neden aranmayacağına kabul edilmesi durumunda, bir kere yapılmış olsa dahi, bu hak kötüye kullanılmış ise, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerekir. Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması durumunun saklı tutulması, belirli süreli iş sözleşmesi yapılan her halde objektif neden aranacağı sonucunu doğurmaz⁴². Gerçekten de, bir hakkın varlığı bir olgudur; bu

İş Kanunu'nda AB Yönergesi'ne göre eksiklik olarak nitelendirilebilecek bir husus vardır; bu da belirli süreli sözleşme yapma olanağının üst sınırının gösterilmemiş olmasıdır.

hakkın kötüye kullanılması başka bir olgudur. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş ilişkisine son verilip ardından aynı işçi ile belirli süreli bir sözleşme yapılması durumunda, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının incelenmesi ve değerlendirilmesi kaçınılmaz olur. Nitekim, Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararda açıkça “kötüye kullanma”dan söz etmemekle birlikte, aynı sonuca varmıştır⁴³.

Bu yazıya son vermeden önce, bir noktaya da işaret etmekte yarar görülmektedir:

İş Kanunu’nda AB Yönergesi’ne göre eksiklik olarak nitelendirilebilecek bir husus vardır; bu da belirli süreli sözleşme yapma olanağının üst sınırının gösterilmemiş olmasıdır. Yasamıza göre, “Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar”. Burada bir sınırlama getirilmemiş olması ne Yönerge ile ve ne de Avrupa ülkelerindeki uygulamalarla bağdaşır niteliktedir. Bu hususta Alman “Kısmi Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Yasa” (§ 14/2) örnek alınarak bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

11. SONUÇ VE SORULAR

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ne İş Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ve ne de Avrupa Birliği Yönergesi’nde bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde objektif/ esaslı neden arandığına ilişkin en küçük bir belirti dahi yoktur. Objektif/esaslı neden sadece iş sözleşmesinin tekrarlanmasında aranmakta ve böyle bir nedenin bulunmaması durumunda, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılmaktadır.

Maddenin bu şekildeki düzenlemesi çağdaş anlayış ve gelişmelere tamamen uygundur. Gerçekten de, birinci fıkra “esneklik” içermekte; ikincisi ise “koruma ilkesi” doğrultusunda önlem getirmektedir.

Bu son aşamada -yazının başında da belirtildiği gibi- baskın görüş sahiplerine ve yandaşlarına sormak istiyorum:

1. Bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin bir esneklik düzenlemesi olmadığını,
2. İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası-

na ilişkin olarak TBMM’de yapılan değişiklikte Avrupa Birliği’nin 99/70 sayılı Yönergesi’nin esas alınmadığını,

3. AB’nin söz konusu Yönergesi’nde yer alan “objektif koşul” ile “objektif neden” kavramlarının aynı anlamda kullanıldığını,

4. Yönergede bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de “objektif neden” arandığını,

5. Başta Almanya olmak üzere, AB’ye üye ülkelerin birçoğunda bir kez yapılan bu tür sözleşmeler için “objektif neden” arandığını,

6. Üye ülkelerin iç mevzuatlarının AB Yönergesi’ne aykırı olabileceğini,

7. Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadeler” Kanunda (İş Kanunu’nda) yer verilmediğini,

8. İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında, objektif koşul olmaksızın yapılan belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sayılacaklarına ilişkin bir yaptırım yer aldığını,

9. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasının gereksiz yere yasada yer aldığını,

söyleyebilir misiniz?

Şayet, bütün bu açıklamalardan sonra, bu sorulara hâlâ “evet” diyorsanız, diyebiliyorsanız; bu yazıyı da kitaplarınızın veya makalelerinizin dipnotlarında “karşı görüş” olarak bir cümleyle geçiştirebilirsiniz; hatta tamamen göz ardı etseniz de olur!

DİPNOTLAR

- 1 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2008, 85 (dn. 6), 90 (dn. 29); S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 224 (dn. 40).
- 2 Bak. N. Süral, 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2007, 7 vd.; G. Alpagut, AB’de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2006; M. Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil Dergisi, s. 12, Aralık 2008, 5 vd.; İ. Köstekli, Esneklik - Güvence Dengesi: AB Deneyimi ve Türkiye, TİSK Akademik, 2008/II, 43 vd. “Esneklik” kavramı ve bunun gelişimi konusunda ayrıntılı bir inceleme için bak. A. Güzel, İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 203 vd.
- 3 M. Uçum/ R. Çakmakçı, İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, İstanbul 2003, 165-168.
- 4 E. Adal, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, İstanbul 2004, 175.

- 5 Yarg. 9. HD, 31.03.2008 T., E. 7443, K. 7075; Tekstil İşveren, Hukuk 31, Ocak 2009, 2-3.
- 6 G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, MESS Yayınları, Ocak 2004, 85; D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, Çeşme 2003, 46; Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, s. 1, 2004, 26; Çelik, 85 (dn. 6); Süzek, 230; S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 126.
- 7 H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 330.
- 8 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, 198; V. Laciner, Befristete Arbeitsvertraege im türkischen und deutschen Arbeitsrecht, Hamburg 2005, 23 vd.; Alpagut, İşveren, 10 vd.
- 9 J. Biebl, Das neue Kündigungs-und Befristungsrecht, München 2004, 77.
- 10 Alpagut, İşveren, 10 vd.; Mollamahmutoğlu, 365.
- 11 Bak.: D. Neumann, Europäisches Arbeitsrecht, Richtlinien, Verordnungen, Übereinkommen, Sellier, European Law Publishers, München 2003, 140 vd.; Başterzi, 127 vd.
- 12 Neumann, 142; Alpagut, Mercek, 78.
- 13 Alpagut, 78; Başterzi, 128; Süral, 10 ve dn. 14'de gösterilen yazarlar; T. Canbolat, Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, s. 13, İstanbul 2007, 193 Farklı değerlendirme için bak. Eyrenci, 26; Ulucan, 41.
- 14 Alpagut, Mercek, 79.
- 15 Karş.: Dipnot 6'da belirtilen yazarlar.
- 16 Alpagut, Mercek, 78.
- 17 Alpagut, İşveren, 11.
- 18 Başterzi, 128.
- 19 Alpagut, Mercek, 77.
- 20 Mollamahmutoğlu, 330.
- 21 Ekonomi, 9; Alpagut, İşveren, 13. Aynı şekilde: E. İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Durumu, İstanbul 2008, 73-74.
- 22 Yarg. 9. HD, 28.04.2008 T., E. 31272, K. 10447; Legal İHSGHD, s. 19, 2008, 1131.
- 23 Yarg. 9. HD, 11.10.2005 T., E. 12936, K. 33070, TÜHİS Şubat-Mayıs 2006, 83 vd.
- 24 Karar için bak. dn. 5.
- 25 Çelik, 86- 87.
- 26 Başterzi, 123-124.
- 27 Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Wien 2008, 108.
- 28 Köstekli, 55.
- 29 2002 tarihli ve 2034 no'lu "Terms And Conditions Of Employment", Successive fixed-term contracts, Art. 8.
- 30 Alpagut, İşveren, 12.
- 31 M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) -Kavram, Süre ve Yenileme- Legal İSGHD, s. 9, İstanbul 2006, 20; M. Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İSGHD, s. 5, İstanbul 2005, 48.
- 32 Ulucan, 40.
- 33 Süzek, 224.
- 34 Ekonomi, Belirli Süreli, 19.
- 35 Ekonomi, Belirli Süreli, 19, dn. 10.
- 36 Bak. dn. 22.
- 37 Bak.: N. Bilge, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2008, 203; J. G. Akıpek/T. Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul 2007, 124-126.
- 38 Ulucan, 45.
- 39 Alpagut, Mercek, 85.
- 40 Ulucan, 45-46.
- 41 Eyrenci, 26; Ulucan, 57; Alpagut, Mercek, 85.
- 42 Mollamahmutoğlu, 330.
- 43 Yarg. 9. HD, 29.01.2004 T., E. 12151, K. 1456; Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007, 637.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri

I. GENEL OLARAK

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen sürede, yapılan bazı küçük değişiklikler dışında Kanunu'nun sistemini ve genel yapısını etkileyecek esaslı değişiklikler yapılmamıştır. Ne var ki, son yıllarda pek çok kanunda yapılan köklü değişikliklerle birlikte, Borçlar Kanunu'nun da değişiklik yapılması gündeme gelmiş ve oluşturulan Komisyonca hazırlanan Taslak Meclise inmiştir.

Oldukça arı bir dile sahip Tasarıda kullanılan kavramlar da arılaştırılmıştır. Tasarının Altıncı Bölümü Hizmet Sözleşmeleri başlığını taşımaktadır. Bu bölümde oldukça önemli ve değişik hükümlere yer verilmiştir.

Belirtelim ki; Borçlar Kanunu'nda yer alan iş sözleşmesine ilişkin hükümler, çalışma hayatı bakımından en az diğer iş kanunları kadar önem taşımaktadır. Zira; Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde kapsam dışı bırakılan iş ilişkileri hakkında uygulama alanı bulacağı gibi, gerek 4857 sayılı İş Kanunu ve gerekse 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacaktır. Örne-

ğin; işverenin talimat verme hakkı, cezai şartın geçerliliği, rekabet yasağı, kişisel verilerin saklanması, giderlerin ödenmesi, işçinin özen ve sadakat yükümü, ibra ve feragat ve bunun gibi pek çok konuda, diğer iş kanunlarında hüküm bulunmadığı için, Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca Taslağın 393. maddesine göre; genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çıraklık sözleşmesine de uygulanacaktır.

Taslağın toplam 77 maddenin yer aldığı iş sözleşmesine ilişkin bölümünde, bazı konularda Yargıtay kararlarıyla yerleşik hale gelmiş birtakım uygulamalar da kanun hükmü haline getirilmiştir.

Bu incelemede, Tasarıda iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde yer alan belli başlı değişiklikler aktarılmaya çalışılmıştır.

II. HİZMET SÖZLEŞMESİ VE TARAFLARIN BORÇLARI

1) Tasarı 4857 sayılı İş Kanunu'nda kullanılan iş sözleşmesi yerine hizmet sözleşmesi terimini esas almıştır.

Tasarıda önemli bir yenilik olarak fiili hizmet ilişkisine göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Tasarının 393. maddesine göre; hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendikleri sözleşmedir. Hükümde; hizmet sözleşmesinde ücretin, "... zamana veya yapılan işe göre ..." olabileceği düzenlenmişse de, hizmet sözleşmesinde ücretin hem zamana ve hem de yapılan işe göre veya başkaca şekilde ödeneceğinin kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Maddenin devamında, işçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu vurgulanmış ve genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla çiraklık sözleşmesine de uygulanacağı, ancak özel kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür.

Tasarının, iş sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 394. maddesinde öncelikle, hizmet sözleşmesinin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, özel bir şekle bağlı olmadığı vurgulanmıştır. Bu hüküm esasen BK m. 314/I. fıkrası hükmünün tekrarı niteliğinde olup, aynı esas bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde de kabul edilmiştir. Bunun İş Kanunu'ndaki istisnası, belirli süreli iş sözleşmeleridir.

Maddenin ikinci fıkrası, BK m. 314/II. fıkrası hükmünün tekrarı niteliğinde, bir hizmet sözleşmesinin örtülü olarak ne zaman kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. Buna göre; bir kimsenin, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tara-

findan kabul edilmesi durumunda da aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.

Maddenin son fıkrasında önemli bir yenilik olarak fiili hizmet ilişkisi kavramına yer verilmiştir. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak hükümde, bu durumun söz konusu olabilmesi, geçersizliğin sonradan ortaya çıkması koşuluna bağlanmıştır.

Tasarının 395. maddesine göre; sözleşmeden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça işçi yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.

Tasarının 396. maddesinde işçinin özen ve sadakat borcu düzenlenmiştir. Tüm iş kanunları bakımından uygulanma olanağına sahip olan bu yükümlülüğe Tasarıda, mevcut hükümlerden çok daha geniş biçimde yer verilmiştir. Buna göre; işçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatla davranmak zorundadır.

Ayrıca işçi, işverene ait makinaları, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.

Bunun yanı sıra, işçi hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.

Nihayet maddede işçinin sırları saklama yükümlülüğüne de açık surette yer verilmiştir. Nitekim; işçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hiz-

Tasarıda özen ve sadakat borcunun bir devamı olarak; işçinin teslim ve hesap verme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

met ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Böylelikle; uygulamada iş sözleşmelerinde veya eki niteliğindeki hükümlerde yer verilen iş sırlarının korunmasına ilişkin düzenlemeler yasal bir zemine kavuşturulmuş, bir sözleşme hükmünde yer almasa dahi, işçinin sır saklamakla yükümlü bulunduğu belirgin hale getirilmiştir.

Tasarıda özen ve sadakat borcunun bir devamı olarak; işçinin teslim ve hesap verme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buna göre; işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. Ayrıca işçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür.

Kanunu'na tabi olan bir işçinin hangi saatten itibaren fazla çalışma ücretine hak kazanacağı da belli değildir.

Taslağın 398. maddesinde, fazla çalışma işçinin rızasına bağlı tutulmakla birlikte, bir halde işçinin fazla çalışma yapmakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Buna göre; normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa, işçi karşılığı ödenmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.

Tasarı'nın düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu başlıklı 399. maddesi de mevcut Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir maddedir ve tüm iş mevzuatı bakımından uygulanma olanağına sahiptir.

Hükme göre; işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat

Tasarının 404. maddesinde işçinin verdiği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.

Tasarı, işçinin fazla çalışma borcunu da özen ve sadakat borcu çerçevesinde değerlendirmiştir. Borçlar Kanunu'nun 329. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte Tasarıda fazla çalışma kavramı da tanımlanmış ve bu konuda özel kanunlardaki hükümlerin saklı bulunduğu düzenlenmiştir.

Hükme göre; fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Bu tanıma isabetli bulmak mümkün olmadığı gibi, ne işe yaradığını anlamak da mümkün değildir. Zira maddede zaten özel kanunlardaki hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Özel kanun olarak ilk akla gelen İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda zaten fazla çalışmanın ne surette meydana geleceği düzenlenmiştir.

Öte yandan; Tasarıda Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri için günlük veya haftalık iş süresinden söz edilmemiştir. Bu duruma göre; Borçlar

verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. Böylelikle işverenin işyerinde tek taraflı olarak yapacağı düzenlemelerin hangi hallerde işçi bakımından bağlayıcı nitelikte olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Hükümün gerekçesinde; maddede, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapabilmesi ve ayrıca özel talimat verebilmesinin kabul edildiği, işverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu hâlde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemeler olduğu, bununla birlikte söz konusu özel talimatın bağlayıcı olması için, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşulunun aranmasından vazgeçildiği ifade edilmiştir.

Tasarının 404. maddesinde işçinin verdiği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.

2) Tasarıda işverenin borçları arasında öncelikle ücret ödeme borcu düzenlenmiştir. Tasarının m. 401/I. fıkrasına göre, işveren işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.

Fıkranın ilk halindeki “adet olan ücreti ödemekle yükümlüdür” yerine, tüm işçiler için zaten geçerli olan yasal asgari ücrete atıf yapılması isabetli bir değişiklik niteliğinde ise de,

Tasarının fazla çalışma ücreti başlıklı 402. maddesi önemli yenilikler içermektedir. Öncelikle maddede fazla çalışma ücretinin oranı %50 olarak belirlenmiştir. Öte yandan maddede, İş Kanunu'na uygun olarak, fazla çalışma karşılığının serbest zaman olarak da ödenebileceği düzenlenmiştir. Ancak İş Kanunu'ndaki gibi, serbest zamanın ne kadar süre içerisinde kullanılacağı belirlenmemiş, sadece “uygun bir zamanda” kullanılacağından söz edilmiştir. Ayrıca, İş Kanunu'nda fazla çalışma için ücret yerine serbest zaman kullanma tercihi işçiye bağlı olduğu halde, Tasarının m. 402/II. fıkrasındaki, “İşveren, işçinin rızasıyla ... izin verebilir.” şeklindeki ifadeden, işçi rıza göstermedikçe fazla çalışma karşılığı serbest zaman veremeyeceği sonucu çıktığı gibi, işçi talepte bulunmuş olsa dahi, işverenin fazla çalışma karşılığı olarak para yerine serbest zaman vermeme hakkı bulunduğu sonucu da çıkmaktadır.

Bilirkişinin dava dışında taraflarca atanması uygulaması Türk usul hukukunda bulunmamaktadır. Bu bakımdan “tarafların atadığı bilirkişi”, “tarafların bilirkişiye bilgi ve belge vermesi” gibi Türk hukukuyla bağdaşmayan ibarelere yer verilmemesi gerekirdi.

fıkranın asgari ücrete atıf yapılarak bitirilmesi gerekirken, bu kez de , “... asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücret ...” ifadesine yer verilmesi yeni bir belirsizlik ortaya çıkaracaktır. Nitekim; yasal asgari ücretten az olmamak üzere işverenin işçiye vereceği ücretin belirlenmesinde; işçinin objektif ve subjektif nitelikleri, piyasanın genel gidişi, işverenin ekonomik gücü, üretim ve yatırım durumu, rekabet gücü, maliyetler, coğrafi durum ve benzeri nitelikte onlarca faktör rol oynayabilir. Bu itibarla; aynı işi yapan kişilerin ücretleri arasında önemli farklılıklar bulunması da mümkün olabilir. Bir işveren işçisine, kendisiyle benzer konumdaki işverenin işçisine verdiği ücreti vermek zorunda değildir. Bu bakımdan; hükümdeki “... asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücret ...” ifadesinin çıkarılması, ileride meydana gelebilecek sayısız ihtilafın önüne geçmek için zorunludur.

Tasarının “İşin sonucundan pay alma” başlıklı 403. maddesinde; sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu payın belirlenmesinde yasal hükümler ile genel kabul görmüş ticarî esasların göz önüne alınacağı öngörülmüştür. Ne var ki; Türk Hukukunda hiç de yaygın olmayan bu ücretlendirme şeklinde genel kabul görmüş ticarî esaslardan söz etmek mümkün değildir. Öte yandan; maddenin ikinci fıkrasına göre, işçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyuşulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır.

Belirtmek gerekir ki, bilirkişinin dava dışında taraflarca atanması uygulaması Türk usul hukukunda bulunmamaktadır. Bilirkişi mahkeme tarafından atanır ve fakat taraflar bilirkişiye değil mahkemeye bilgi veya belge sunmak zorundadırlar. Bu bakımdan; anılan maddelerden, “tarafların atadığı bilirkişi”, “tarafların bilirkişiye bilgi ve belge vermesi” gibi Türk hukukuyla bağdaşmayan ibarelere yer verilmemesi gerekirdi.

Türk hukukunda çok fazla uygulaması olmayan ve Borçlar Kanunu’nda da yer almayan ücret şekline ilişkin bir diğer hüküm Tasarının “Aracılık ücreti” başlıklı 404. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümde de, işçiye eğer belirli işlerde aracılık yapması karşılığı ücret ödemesi kararlaştırılmışsa, ücreti talep hakkının ne zaman doğacağı ve ne zaman sona ereceği düzenlenmiştir.

Buna göre; işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar. Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir. Sözleşme işverence kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmî ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için bu ücrete tâbi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Maddenin son fıkrasında, 403. maddede olduğu gibi, hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işverenin, işçiye veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Yukarıda yapılan eleştiriler burada da geçerlidir.

Tasarının 405. maddesinde ikramiye ödenmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Böyle bir düzenleme mevcut Borçlar Kanunu’nda bu-

lunmamaktadır ve diğer mevzuatta da bu yolda bir düzenleme olmadığı için tüm iş kanunları bakımından uygulanacak bir hüküm niteliğindedir.

Hükme göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir. Ancak, işçilerin bu ikramiyeyi isteme hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı halinde doğar. Hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir.

Kuşkusuz işverenin özel günler nedeniyle işçilere ikramiye ödemesine bir engel bulunmamaktadır. İşverenin bu konudaki yükümlülüğü bir sözleşme hükmünden doğabileceği gibi, maddede, bu yükümlülüğün bir çalışma şartının varlığı veya işverenin tek taraflı taahhüdü ile de doğabileceği isabetli olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte; ikramiyenin salt belirli günler nedeniyle değil, başka türlü vesilelerle de verilmesi mümkün iken, maddede salt “... bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla ...” verilmesinden söz edilmesi isabetli olmamıştır.

Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, iş sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümünün ödeneceğinin düzenlenmiş olması son derece isabetsizdir. Halbuki Tasarının ilk halinde, özel günler için verilen ikramiyenin çalışılan süreyle orantılı olarak ödeme yükümlünün aksini kararlaştırılmadıkça doğmayacağı düzenlenmişti. Yapılan değişiklikte, bayram, yılbaşı, doğum günü gibi belirli bir gün için kararlaştırılan ikramiye uygulanması halinde dahi, kıstelyevm esasına göre ödeme yapılacağından söz edilmesi son derece isabetsizdir. Sadece belirli günler vesilesiyle verilen ikramiye uygulamasında, o veya bu nedenle iş sözleşmesi söz konusu günde devam etmeyen işçinin kıstelyevm esasına göre ikramiyeden yararlanması mümkün olmamak gerekir. Madde düzenlenirken; belirli günler için verilen ikramiye uygulaması ile belirli bir süre çalışmakla hak kazanılan ikramiye uygulaması birbirine karıştırılmıştır.

Tasarının 406. maddesinde, ücretin ödenmesi süresine ilişkin usul ve esaslar Borçlar Kanunu'nun 326 ve 327. maddeleri esas alınarak ve fakat daha geniş olarak hükme bağlanmıştır. İşçiye belirli koşullarla avans verilmesi yükümüne yine yer verilmiştir.

Hükme göre; aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir. Daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa, aracılık ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektirdiği takdirde, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşmayla ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilir. Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise, payın

iş kanunlarına tabi işverenlerden 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenler ücretleri banka hesabına yatırmak suretiyle ödemekle yükümlü iken, Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ücretlerinin, işçi sayısı ne olursa olsun, banka vasıtasıyla ödenmesi gerekecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

Görüldüğü gibi Tasarıda, kasten sebebiyet verilen zararlar için de takas sınırı getirilmiştir. Ayrıca işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemeyecektir. Eğer işçi rıza gösterirse, işverenin ondan olan alacağını işçiye olan ücret borcuyla takas etmesi mümkündür. Bu rızanın kanımca

Tasarı kanunlaştığında diğer iş kanunlarına tabi işverenlerden 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenler ücretleri banka hesabına yatırmak suretiyle ödemekle yükümlü iken, Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ücretlerinin, işçi sayısı ne olursa olsun, banka vasıtasıyla ödenmesi gerekecektir.

hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır.

İşveren ayrıca, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür.

Tasarının 407. maddesinde ücretin ödenme yeri ve ücretin korunmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir.

Bilindiği gibi; 5754 sayılı Kanunla 4857, 854 ve 5953 sayılı Kanunlarda değişiklik yapılmış ve 18.11.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelikle de 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenlerin işçi ücretlerini banka hesabına ödemesi esası getirilmiştir. Taslağın 407. maddesinin ilk fıkrasında ise işçi sayısı konusunda bir sınır getirilmeksizin, ücretin özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği düzenlenmiştir. Böylelikle; Tasarı kanunlaştığında diğer

iş sözleşmesinde baştan alınmasına bir engel bulunmamaktadır.

Tasarının 408. maddesinde Borçlar Kanunu'nun 325. maddesini karşılayan bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre; işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde direnime düşerse işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.

Maddeye göre, hizmet sözleşmesinde işverenin direnimi, alacaklının direniminin özel bir hâlidir. İşverenin, işçinin iş görme ediminin ifasının engellendiği şu iki durumda da ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir: (1) İşverenin, işçisinin gereği gibi önerdiği iş

Tasarıda, kasten sebebiyet verilen zararlar için takas sınırı getirilmiştir.

görme edimini kabulde direnime düşmesi ve (2) İşverenin, işçinin iş görme edimini ifasını kusuruyla engellemesi, işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesi, o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi nedenlere dayanabilir. Bu iki durumdan biri gerçekleştiği takdirde işveren, kabulden kaçındığı ya da ifasını kusuruyla engellediği iş görülmediği hâlde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacak ve daha sonra, aynı işin görülmesini ondan isteyemeyecektir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde, işverenin kabulden kaçındığı veya ifasını kusuruyla engellediği iş nedeniyle, işi yapmayan işçinin, bu şekilde elde ettiği serbest zamanı başka bir işte değerlendirerek elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı yararlar ile yapmaktan kurtulduğu giderlerin ücret alacağından indirilmesi hükme bağlanmıştır.

Tasarının 409. maddesinde işçinin çalışmayı durdurması durumunda işverenin ücret borcu düzenlenmektedir. Maddenin başlığı da işçinin çalışmayı durdurmasıdır. Maddede, işçinin kusuru olmaksızın belirli nedenlerle çalışmaması hali düzenlenmiştir. İşçinin çalışmayı durdurması terimi ise daha çok kusuruyla çalışmaması halini çağrıştırmaktadır. Bu itibarla, işçinin belirli nedenlerle çalışmamasının sonuçlarının düzenlendiği bir maddenin başlığının da buna uygun olarak konulması daha isabetli olurdu.

Ancak Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinde olduğu gibi, Tasarının bu maddesi de son derece muğlaktır. Hükme göre; uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse, işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Maddede işçinin kusuru olmaksızın işini ifa edememesi halinde işverenin ücret ödeme yükümü; hizmet ilişki-

sinin uzun süreli olmasına ve ayrıca işçinin iş görme edimini ifa edemediği sürenin iş gördüğü süreyi oranla kısa bir süre olması koşullarına bağlanmıştır. Bu süre ölçütlerinin son derece muğlak olduğu açıktır. Ayrıca işçinin askerliği esnasında işverenin neden ücret ödemekle yükümlü olacağını ve hakkaniyete uygun ücretin ne olduğunu anlamak mümkün değildir.

Tasarının 410. maddesi de Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Hükme göre; işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için mahkemece takdir edilecek miktar bu orana dahil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Gelecekteki ücret alacaklarının, devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir.

Benzer düzenlemeye İş Kanunu'nun 35. maddesinde de yer verilmiştir.

Tasarının 411 ve 412. maddelerinde parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenen işçilere verilecek ücrete ilişkin esaslar hükme bağlanmıştır. Buna göre; işçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse, işveren ona yeterli iş vermekle yükümlüdür. İşveren, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür. Parça başına veya götürü ya da zamana göre iş sağlayamayan işveren, en azından iş görme edimini kabulde direnir hükümleri uyarınca zamana göre iş görmede ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür.

412. maddede ise parça başına veya götürü usulde çalışan işçiye ödenecek birim ücretin bildirilmesi ve bu bildirim yapmamanın yaptırımını düzenlenmiştir. Bu düzenleme Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Buna göre; işçi, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde işveren,

her işin başlamasından önce ona ödenecek birim ücretini bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim yapmayan işveren, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlüdür.

Tasarının 413. maddesinde de Borçlar Kanunu'nun 331. maddesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre; aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Fıkroda söz konusu edilen araç, işçinin işi yapması için gerekli olan makine, araba, torna, tezgâh, tamir takımı gibi iş âletlerini; malzeme ise, aracın kullanılması veya işin görülmesi için gerekli olan hammadde, yakıt, su, kömür, tohum ve benzerlerini ifade etmektedir.

İkinci fıkraya göre; işçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülürse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yüküm-

redici bir kural getirilmiştir. Buna göre, zorunlu giderlerin tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi hâlde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

Bu düzenlemenin pek çok tereddütlere yol açacağını söylemek yanlış olmaz. Öncelikle, işveren işçiye işyeri dışında çalıştırdığında neden geçimi için zorunlu harcamalarını karşılaması gerektiğini anlamak mümkün değildir. Nitekim taraflar iş sözleşmesinde, işçinin ücretini, işyeri dışında da çalışacağını göz önünde bulundurarak buna göre belirlemiş olabilir. Ücret, işçinin bu çalışma şekli dikkate alınarak belirlenmiş olabileceğine göre, hâlâ işyeri dışında çalıştığı takdirde zorunlu harcamaların ödenmesi yükümü getirilmesi tarafların iradesinin önüne geçmek anlamını taşır.

Kaldı ki; "... geçimi için zorunlu harcamalar..." ifadesi de son derece muğlaktır ve işçi ile işveren arasında çeşitli uyumsuzluklara neden olacak niteliktedir.

Zorunlu giderlerin tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi halde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

lüdür. Ancak, fıkra emredici nitelikte olmadığı için, sözleşmede bunun aksi kararlaştırılabileceği gibi, malzeme ve araçların kullanımına ilişkin işçiye ayrıca ücret ödenmeyeceği konusunda yerel bir âdet de olabilir.

Tasarının 414. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan son derece önemli bir düzenleme içermektedir. Maddenin birinci fıkrasında, işverenin, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü gideri ve işçiye işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu harcamaları ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada, yazılı olarak yapılmış bir hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ya da sonradan yapılacak yazılı bir anlaşmada, işçi tarafından üstlenilen giderlerin kendisine götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir. Son fıkrasında ise, işçiye korumaya yönelik em-

Benzer bir düzenleme 415. maddede yer almaktadır. Maddede taşıma araçlarının gerektirdiği giderlerden sorumluluk düzenlenmiştir ve bu düzenleme de Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanması durumunda, taşıtın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerin, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanması durumunda, işverenin sadece motorlu aracın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerden değil, aynı zamanda bunların vergi, zorunlu malî sorumluluk sigortası primlerini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı da

ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ancak, işveren tarafından karşılanacak olan bu giderler, “hizmet için kullanıldığı ölçüde” sınırlanmasına tâbi tutulmuştur. Son fıkrasında ise, işçinin işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanması durumunda, işverenin, bunların kullanımının ve bakımının gerektirdiği olağan giderleri, yine hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Yine giderlere ilişkin 416. maddede, işçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödeneceği, işçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verileceği düzenlenmiştir.

III. İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

Tasarının 417, 418 ve 419. maddeleri işçinin kişiliğinin korunmasına ayrılmıştır. Genel olarak işçinin kişiliğini korunmasını düzenleyen 417. maddeye göre; işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

Maddenin son fıkrasında da; işverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna veya sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmininin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda; işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil

bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğünün düzenlendiği, cinsel tacizin yanında diğer psikolojik tacizlerin de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayıldığı, yürürlükteki İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bir bütünlük sağlandığı, hizmet akdinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmaların düzenleme ile sona erdirildiği, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırıldığı, kabul edilen madde ile hizmet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına son verildiği belirtilmiştir.

Madde tüm iş kanunları bakımından uygulama olanağına sahiptir ve son derece önemli yenilikler getirmektedir. Şöyle ki;

Öncelikle maddede, işverene işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık olarak düzenlenmiş ve ayrıca sadece cinsel tacize karşı değil, son dönemlerde giderek daha fazla duyulan mobbing olarak tabir edilen psikolojik tacizlere karşı da önlem alma yükümü getirilmiştir. Psikolojik taciz hukukumuz için yeni bir kavramdır ve sınırlarının ne olduğunu belirleyebilmek son derece güçtür. Nitekim bir işyerinde herkesin, o veya bu şekilde, örneğin; yeterli ücret zammı yapılmadığı, performans notunun eksik verildiği, yükseltilmediği, çalışma yerinin değiştirildiği, kıyafetlerine karışıldığı gibi sınırsız gerekçelerle kendisini psikolojik taciz altında hissetmesi mümkündür. Bu kavramın içinin doldurulmasının zaman alacağı, pek çok iddialara ve uyuşmazlıklara neden olacağı açıktır. Konu yargı kararlarıyla zaman içerisinde şekillenecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesine uygun bir düzenleme yapılarak, işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği

İşverenin gözetme yükümünün sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı düzenlenerek, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir ölçüde ortadan kaldırılarak kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir.

konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü olduğunun düzenlenmiş olması uygulama birliği sağlanması bakımından isabetli olmuştur.

Nihayet; maddenin son fıkrasında; işverenin gözetme yükümünün sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı düzenlenerek, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir ölçüde ortadan kaldırılarak kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir.

İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 418. maddede Borçlar Kanunu'nun 337. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin işveren ile bir ev düzeni içinde birlikte yaşadığı durumlarda, işverenin işçinin beslenme ve barınma gereksinimlerini karşılamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin kusuru olmadan hastalanması veya kaza gibi nedenlerle iş görememesi hâlinde, işverenin, en az iki hafta süreyle, işçiye bakma ve onu tedavi ettirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Fıkra göre, işçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün arttırılacaktır.

Maddenin son fıkrasında, kadın işçilerin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da işverenin yine aynı sürelerle bağlı olarak, aynı edimleri ifa etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

Tasarının "Kişisel verilerin kullanılmasında" başlıklı 419. maddesinde Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir hükme yer verilmiştir.

Buna göre; işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet

sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Maddenin gerekçesinde; kişisel veri terimi, bilgisayarda saklanabilen veriler için kullanılmış gibi ifade olunmuş ise de, herhalde bunu nerede saklanırsa saklansın işçiye ait kişisel bilgiler şeklinde anlamak gerekir. Kuşkusuz işçiye ait kişisel bilgilerin tamamının kullanılması yasaklanmamıştır. Yasaklanan husus, işi görmesi ile ilgili bulunmayan, işini ifa edebilmesi için zorunlu olmayan kişisel verilerin kullanılmasıdır.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

İş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması Tasarının 420. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; iş sözleşmesinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

Anılan hüküm; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yıllarca istikrarlı olarak sürdürdüğü, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce feshinde sadece işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olduğu yolundaki kararlarının bir ifadesi niteliğindedir.

İş sözleşmesinde tek taraflı olarak ceza koşulunun geçersiz olması için, bunun fahiş nitelikte olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan, öngörülen ceza koşulunun sadece işçi aleyhine olup olmadığıdır.

Öte yandan bu hüküm, iş sözleşmesinde işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunu değil, salt işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunu yasaklamaktadır. Bu itibarla; iş sözleşmesinde iki tarafı da bağlayıcı nitelikte olan ceza koşulu hükümleri geçerli olmaya devam edecek, fakat yargının kararlaştırılan miktarın fahiş olup olmadığı konusundaki incelemesine tabi olacaktır.

Önemle belirtelim ki; kendisi için eğitim gideri yapılan işçinin belirli bir süre çalışmadan ayrılması halinde eğitim giderlerinin geri alınacağına ilişkin hükümler tek taraflı ceza koşulu niteliğinde olmadığından, yine Yargıtay kararlarıyla istikrar kazanmış koşullarla geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir.

Prof. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler

1. GENEL OLARAK

Bütün dünyayla beraber 2008 yılı ortalarından itibaren ülkemizde de yaşanmaya başlanan ekonomik kriz sebebiyle işçi-işveren ilişkilerinde önemli değişiklikler yaşanmaktadır. Bir kısım işverenler işletmelerini küçültme yolunu tercih ederek işçi sayısını azaltırken; bazıları da çalışma sürelerini düşürme, üretimi kısma, işi geçici olarak durdurma veya ücretsiz izin uygulamalarına gitmektedir. Sadece ekonomik kriz dönemlerinde değil, işyerlerinde karşılaşılan zorlayıcı sebepler dolayısıyla da işverenlerin benzer önlemlere başvurdukları görülmektedir. Bütün bu önlemler birlikte değerlendirildiğinde, ortaya çıkan durumdan her iki tarafın da; ama işçilerin çok daha büyük oranda etkilendiği görülmektedir. Ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebepler dolayısıyla alınan önlemlere bakıldığında işçiler ya işsiz kalmakta, ya ücretlerinde düşüş yaşamakta ya da ücretsiz izin uygulamasında olduğu gibi işini kaybetmemesine rağmen ücretini alamamaktadır.

Geçmiş yıllarda da sıkça yaşanan bu durumun işçiler ve hatta işverenler yönünden olumsuz sonuçlarını kısmen de olsa azaltmak için getirilen önlemlerden biri “kısa çalışma”

uygulamasıdır. İş Kanunu'nun hazırlanması sırasında 9 kişilik Bilim Komisyonunca kaleme alınan metnin 67. maddesinde yer alan “kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği”, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. madde numarasını alarak uygulamaya konulmuştur. Böylece, 4857 sayılı İş Kanunu batılı ülkelerde de örneği görülen kısa çalışma kurumunu genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerin ortaya çıktığı hallerde işletilebilecek kanuni bir çözüm olarak getirmiştir¹.

Uygulamada genel kabul gördüğü üzere işletme rizikosuna² katlanma yükü işverendedir ve işletme rizikosu dolayısıyla ortaya çıkan zorlukların yükü işçilere yüklenemez. Ancak bu durum, işletme rizikosu ile karşılaşan işverenin işçileriyle anlaşarak çalışma koşullarını değiştirmesini ya da örneğin ücretsiz izin gibi geçici önlemlere başvurmasını engellemez. Buna karşın, bir yandan karşılaşılan riziko ile başa çıkmak, diğer yandan işçilerle tek tek anlaşmaya çalışmak ciddi güçlükleri beraberinde getirmekte; elde edilen sonuçlar ise çoğunlukla hem işçi ve hem işveren bakımından tatmin edicilikten uzak kalmaktadır.

Bütün bu sorunlar karşısında kısmi bir çözüm niteliği taşıyan kısa çalışma, ancak kanunda öngörülen koşullar altında ve işçinin rızasına gerek olmaksızın geçici olarak çalışma süresinin önemli ölçüde azaltıldığı ya da işin tamamen tatil edildiği, buna karşın işçinin azalan ya da kesilen ücretinin yerine İşsizlik Sigortası Fonu'ndan ödeneğin öngörüldüğü bir çalışma biçimidir³. Böylece ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebebin ortaya çıkması ile ücret ödemede güçlük yaşayan işverene hem maddi hem de manevi destek sağlanmakta; daha önemlisi işçiye eksilen ya da ödenemeyen ücretinin bir kısmı verilebilmekte, aynı zamanda işçinin işsiz kalma riski belli bir süre için bertaraf edilmektedir⁴.

Özetlemek gerekirse, kısa çalışmayı kanunda sayılan nedenlerle ekonomik açıdan sıkıntıya düşen işletmelerde, işçi ve işverenlerin çıkarlarının İşsizlik Sigortası Fonu'nun da dahil edilmesiyle uzlaştırıldığı ve işin geçici olarak kısmen ya da tamamen durdurulduğu veya çalışma süresinin azaltıldığı bir uygulama olarak tanımlamak mümkündür. Bir başka anlatımla kısa çalışma, işverene ait olan işletme rizikosuna dahil bazı risklerin işçi, işveren ve devlet arasında paylaşımı şeklinde ifade edilebilir.

2. KISA ÇALIŞMAYA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Ülkemizde kısa çalışmaya ilişkin hukuki düzenlemeler oldukça yenidir. Kısa çalışma ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, "özellikle ekonomik krizlerde çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izne çıkarılması durumunda, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği kavramları getirilerek bunlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır" denildiği görülür⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabul edilmesinin ardından uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 2004 yılında "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶. Kısa ça-

lışmaya ilişkin yönetmeliğin uygulanmasında karşılaşılan tereddütlerin ortadan kaldırılması ve ilgililerin gereksiz başvuru ve işlemlerde bulunmasının önlenmesi amacıyla, yine 2004 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca "Kısa Çalışma Ödeneği Tebliği" çıkarılmıştır⁷. Böylece 2004 yılının ikinci yarısı itibariyle kısa çalışmaya ilişkin birincil ve ikincil mevzuat tamamlanmıştır. İlginç bir biçimde bu gelişmelere rağmen uzun süre kısa çalışmaya ilişkin ciddi talep olmamıştır. Öyle ki, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı 2008 yılında bir gazeteye verdiği demeçte "Şu ana kadar 'biz ekonomik kriz veya zorunluluktan dolayı kısa çalışma ödeneğinden istifade etmek istiyoruz' diye müracaat eden işveren yok" demiştir⁸. Kanımızca böyle bir müracaatın yapılmamasının sebebinin ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeple karşılaşılan işverenlerin bulunmamasında değil, 4857 sayılı Kanun ve özellikle Yönetmelik hükümlerince getirilen sürecin karmaşıklığı ve pratik olmaktan uzak yapısında aramak gerekir. Bu arada ekleyelim ki, tarafımızca yapılan araştırmada 2003-2008 döneminde kısa çalışmaya ilişkin herhangi bir yargı kararına rastlanmamıştır.

2008 yılının başlarında, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de hissedilmeye başlanan global ekonomik kriz gerekçe gösterilerek bazı kanunlarda değişikliğe gidilmiş; 5763 sayılı Kanun'la⁹ gerçekleştirilen düzenlemeler kamuoyuna "istihdam paketi" olarak sunulmuştur. 5763 sayılı Kanun 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda¹⁰, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda önemli sayılabilecek değişiklikler yapmış ve hatta kanunla öngörülen önlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak üzere İşsizlik Sigortası Fonu kaynaklarından önemli bir mablağı (2008 için 1.3 trilyon YTL; 2009-2012 arası fon nema gelirlerinin 1/4'ü) hazineye aktarmıştır. Bu yönüyle 5763 sayılı Kanun istihdam paketinin mali yükünü İşsizlik Sigortası Fonu'na yüklemiştir denilebilir¹¹.

5763 sayılı Kanun konumuz olan kısa çalışma ile ilgili önemli bir değişiklik yapmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde yer alan düzenlemeyi; metinde küçük birtakım de-

Yeni dönemde kısa çalışma talebi ile ilgili esaslar özellikle Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle önemli ölçüde değiştirilmiştir.

ğişiklikler yaparak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na nakletmiştir. Böylece, kısa çalışmaya ilişkin kanuni düzenleme artık 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesi hükmü haline gelmiştir.

4447 sayılı Kanun'un Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine ilişkin Ek 2. maddesi incelendiğinde, yeni düzenlemenin öncekine göre daha sade olduğu ancak bazı sorunlara yol açabileceği izlenimi doğurmaktadır. Şöyle ki, Ek m.2'de kimi yerde sigortalı, kimi yerde aynı anlamda olmak üzere işçi ifadesi kullanılmakta; "... Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 506 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür" ifadesi yer almaktadır. Oysa, bilindiği gibi 506 sayılı Kanun (142-143, ek 36, geçici 20, 81 ve 87. maddeler dışında) yürürlükten kaldırılmış; yerine 5510 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Dolayısıyla 4447 sayılı Kanun Ek m.2'de yer alan 506 sayılı Kanun ifadesini 5510 sayılı Kanun biçiminde anlamak gerekecektir.

Bu arada ekleyelim ki, 5763 sayılı Kanun, işsizlik ödeneğinin miktarında görece bir artışa gitmiş ve ödeneğin miktarını günlük ortalama net kazancın %50'sinden brüt kazancın %40'ına indirirken; ödenek tavanını aylık asgari ücretin netinden asgari ücretin brüt tutarının %80'nine yükseltmiştir¹². Rakamsal olarak ifade etmek gerekirse 2009 rakamlarıyla, önceki dönemde 477 TL olan tavan, bu değişiklikle (666x0,8=) 533 TL'ye yükselmiş; oransal açıdan yaklaşık %12'lik bir artış gerçekleşmiştir. Kısa çalışma ödeneği açısından bu artış anlamlıdır. Zira, günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. (4447 s. K. Ek. m. 2, f. 3)

Kanunlarda yapılan bu değişikliklerden sonra 2009 yılının başlarında, öncekine göre oldukça farklı unsurlar içeren yeni "Kısa Çalış-

ma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik" çıkarılmış¹³ ve uygulamada daha hızlı ve daha verimli işleyen bir sisteme geçilmesi hedeflenmiştir. Aşağıda ayrıntıları ele alınacak yeni yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle önceki 2004 tarihli yönetmelik de yürürlükten kaldırılmıştır.

Global ekonomik krizin 2009 yılı başlarında daha fazla hissedilmesinin bir sonucu olarak kısa çalışma uygulamasının artan önemi, işçi ve işveren kesiminin hükümete baskı yapmasına ve ödenek ile ilgili daha elverişli koşulların düzenlenmesi taleplerine yol açmıştır. Sosyal tarafların taleplerini dikkate alan hükümet 4447 sayılı Kanun'da yeni bir değişiklik tasarısı hazırlamış ve Kanuna geçici bir madde eklenmesine ilişkin tasarı 18.02.2009 tarihinde 5838 Kanun numarası ile kabul edilerek kanunlaşmıştır¹⁴. Söz konusu hüküm şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 8-2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, ek 2 nci maddenin ikinci fıkrasında kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık süre, altı ay olarak uygulanır; üçüncü fıkrasında öngörülen kısa çalışma ödeneği miktarı %50 oranında artırılarak ödenir ve kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmez. Bu maddenin yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında süre, işverenin talebi halinde aynı şartlarla ve bu maddede öngörülen süreyi aşmamak kaydıyla uzatılır.

Bu maddede öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Ancak, bu dönemde kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür."

3. YENİ DÖNEMDE KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 13 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kısa çalışma uygulamasında yeni bir döneme girilmiştir. Uygulamanın ana hatları aşağıda yer almaktadır.

a. Kısa Çalışma Talebi

Yeni dönemde kısa çalışma talebi ile ilgili esaslar özellikle Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle önemli ölçüde değiştirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı bildirimde bulunur. (Yön. m.4, f.1) Bu hüküm önceki yönetmelikte konuyu düzenleyen maddeyle farklıdır. Mülga Yönetmeliğe göre kısa çalışmaya giden, yani işyerinde çalışma sürelerini azaltan ya da faaliyeti kısmen veya tamamen durduran işveren Kurum'a bildirimde bulunmak zorunda idi (Mülga Yön. m.4). Oysa mer'i Yönetmelik "kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren" den söz etmektedir. Dolayısıyla, bundan böyle Kanun veya Yönetmelikte yer alan sebeplerle kısa çalışma uygulamasına gitmeyi düşünen işveren, eskiden olduğu gibi önce faaliyeti durdurma ya da çalışma sürelerini azaltıp bildirimde bulunma yerine, öncelikle Kurumdan talepte bulunma yoluna gidecektir. Faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması ancak talebin uygun bulunması halinde söz konusu olabilecektir.

Böylece önceki dönemde sıkça dile getirilen¹⁵ ve birçok uyuşmazlığa yol açabileceği ileri sürülen uygulamadan dönülmüş ve daha pratik bir yöntem seçilmiştir. Kanımızca, Kanundaki ifadeyle (4447 s.K. Ek m.2) uyumluluğu tartışılabilir olmakla beraber önce kısa çalışma talebi ve sonra uygulamaya geçilmesi biçimindeki yeni sürece ilişkin değişiklik yerinde olmuştur.

Kurumdan kısa çalışma talebinde bulunan işveren ayrıca durumu, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı olarak bildirmekle

Mülga yönetmelikte yer alan ve talep aşamasında işverene durumu işyerinde ilan ederek işçilere bildirim yükümü getiren düzenleme, Yönetmelikle talebin kabul edilmesinden sonraki aşamaya kaydırılmıştır.

yükümlüdür. Bu bildirim şekli bir zorunluluk olup, sendikanın rızasının alınması ya da sendikayla müzakerede bulunulması gerekli değildir¹⁶. Ekleyelim ki, mülga yönetmelikte yer alan ve talep aşamasında işverene durumu işyerinde ilan ederek işçilere bildirim yükümü getiren düzenleme Yönetmelikle talebin kabul edilmesinden sonraki aşamaya (yerinde) kaydırılmıştır¹⁷.

b. Kısa Çalışma Talebinin Gerekçeleri

İşsizlik Sigortası Kanunu ve Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğe göre kısa çalışmaya gitmeyi düşünen işverenin dayanabileceği iki sebep vardır: İlki genel ekonomik kriz; diğeri zorlayıcı sebeplerdir.

Bunlardan genel ekonomik kriz ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları ifade eder. (Yön. m.3, f.1/b)¹⁸ Buna karşılık zorlayıcı sebep ise, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenlerdir (Yön. m.3, f.1/b-f). Ekleyelim ki, zorlayıcı sebeple bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması veya stok artışı gibi işyeri ekonomik kriz sebeplerine dayalı olarak yapılan başvurular (Tebliğ m.4, f.2) kısa çalışma uygulaması anlamında zorlayıcı sebep sayılmaz¹⁹.

Genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerden biriyle karşı karşıya kaldığını, kendisinin ve işçilerinin zor duruma düşeceğini düşünen işveren bir sonraki aşamada Türkiye İş Kurumu'ndan kısa çalışma talebinde bulunacak ve ayrıca eğer varsa durumu toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikaya yazılı olarak bildirecektir (Yön. m.4, f.1).

İşveren kısa çalışma talebinde;

- Genel ekonomik krizin veya zorlayıcı sebeplerin işyerine etkileri ile zorlayıcı sebebin ne olduğunu,

- İşyerinin ünvanını, adresini, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikayı, Bakanlık bölge müdürlüğü ile sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını,

- Varsa iddiasını kanıtlayıcı somut belgeleri belirtmek zorundadır.

İşveren bu bilgileri içeren Kısa Çalışma Talep Formu'nu Türkiye İş Kurumu'nun web sitesinden²⁰ indirerek dolduracak; ayrıca yine aynı siteden giriş yaparak Excel formatındaki dosyaya kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri Kurum'ca belirlenen formatta hazırlayarak, manyetik ortamda Kurum'a; inceleme esnasında ise yazılı olarak Bakanlık iş müfettişine teslim edecektir (Yön. m.4).

c. Kısa Çalışma Talebinin Değerlendirilmesi ve Kısa Çalışma Süresi

Kısa çalışma düzenlemesinin İş Kanunu'ndan 4447 sayılı Kanun'a aktarılması sürecinde, Kanun metninde yapılan bir değişiklikle, "kısa çalışma talebinin uygunluğunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır" ifadesi yerine, "talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" ifadesi getirilmiştir. Böylece bir yandan Bakanlığın bu konuda tek yetkili olması esnasından dönülmüş; öte yandan mülga yönetmelik ve tebliğde yer alan ifadelerin kanuna uygunluğu tartışmaları son bulmuştur²¹.

İşverenin kısa çalışma talebinin değerlendirilmesi ise, talebin gerekçesine bağlı olarak iki farklı biçimde gerçekleşecektir.

aa. Genel Ekonomik Kriz Sebebiyle Başvurunun Değerlendirilmesi

İşverenin genel ekonomik krize dayalı olarak kısa çalışma talebinde bulunabilmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bu talep öncesinde bir açıklama yapmış olması gerekir. Bakanlık genel ekonomik krizin varlığına ilişkin kuvvetli emareler varsa kendiliğinden ya da işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi durumunda bu iddia üzerine duruma açıklık getirecektir. (Yön. m.5, f.2)²²

Yönetmeliğin bu düzenlemesi uygulamada sorunlar yaratacak nitelik taşımaktadır. Bir kere, Bakanlığa başvuru hakkı sadece işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarına (kanımızca her birine ayrı ayrı) tanınmıştır. Bu hakkın sendikalara tanınmaması eksikliklerdir. İkincisi, genel ekonomik krizin varlığının kabul edilmesi ve bu yönde bir beyanda bulunulması bazen siyasi iktidarların ekonomi politikalarında zayıflık, hatta başarısızlık biçiminde algılanabilecektir. Bu sebeple bir başvuru olmadan Bakanlığın kendiliğinden genel ekonomik kriz açıklaması yapmasını beklemek güçtür. Üçüncüsü ise Bakanlıkça yapılacak açıklamanın niteliğidir. Yönetmelikte "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanını duruma açıklık getirir" hükmünde yer alan "açıklık getirme" ifadesinin ne anlama geldiği tartışılabilir Kanımızca burada belirtilen açıklık getirme ifadesi Bakanlığın genel ekonomik kriz ülkemizi etkilemektedir" anlamında bir beyandır. Ancak Yönetmelik, siyasi sonuçları da olabilecek "böyle bir açıklama yapılır", "karar verilir" gibi bir ifade kullanmak yerine daha esnek ama daha az anlaşılır olan "açıklık getirir" ifadesini benimsemiştir.

İşverenin genel ekonomik kriz sebebiyle kısa çalışma talebinde bulunabilmesi için öncelikle yukarıda değindiğimiz açıklık getirme beyanının yapılmış olması gerekir. Bu açıklık getirilmeden yapıldığı tespit edilen başvurular daha başından sebep yönünden ve içerik incelemesine geçilmeden reddedilecektir. Benzer biçimde, kısa çalışma talebinin Kurum yerine Bakanlığa yapılması, bildirimde Yönetmeliğin 3. maddesindeki hususların yer almaması ya da başvurunun "Kısa Çalışma Talep Formu" doldurmadan yapılması hallerinde şekil bakımından reddi söz konusu olabilecektir (Yön. m.5).

Bakanlıkça getirilen açıklık üzerine genel ekonomik kriz dolayısıyla işyerinin ciddi an-

İşverene ait işyeri/işletmenin yaşanan genel ekonomik krizden ciddi anlamda etkilenip sarsıldığı iddiaları iş müfettişlerince denetlenecektir.

Ülkemizdeki bürokrasinin işleyiş hızı dikkate alındığında müfettiş, Bakanlık, Kurum, işveren, sendika sürecinin zaman alacağı ve bu durumun aciliyet taşıyan kısa çalışma uygulamasının mantığıyla bağdaşmadığı söylenebilir.

lamda etkilenip sarsıldığını düşünen işverenin başvurusu Kurumca sebep ve şekil yönünden değerlendirildikten sonra, bu kez Bakanlık müfettişlerince ivedilikle uygunluk denetimine tabi tutulacaktır. Bir başka anlatımla, işverene ait işyeri/işletmenin yaşanan genel ekonomik krizden ciddi anlamda etkilenip sarsıldığı iddiaları iş müfettişlerince denetlenecektir.

Yönetmelikte “uygunluk tespiti” olarak nitelenen bu süreçte iş müfettişlerinin işletme ekonomisini iyi değerlendirmeleri, işveren başvurularını olumsuz bir gözle değil, tam tersine işletmelerin varlığını ve çalışanların işlerini koruyabilmeleri için olumlu bir gözle değerlendirmeye tabi tutmaları kısa çalışma uygulamasından beklenen yararı artıracaktır²³.

bb. Zorlayıcı Sebep Dolayısıyla Başvurunun Değerlendirilmesi

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik ve bu konudaki tebliğin 4. maddesinin son fıkrasına göre işverence Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'ne zorlayıcı nedenlerle yapılacak başvurularda, genel ekonomik kriz sebebine dayalı başvurularda olduğu gibi Bakanlığın konuya açıklık getirmesi ön koşulu bulunmamaktadır. Bu başvurular Kurum'ca önce şekil ve sebep yönünden değerlendirilecektir. Eğer koşullar sağlanmışsa talep Kurum'ca Bakanlık iş müfettişlerine intikal ettirilecektir²⁴. Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular müfettişlere intikal ettirilmeden Kurum'ca reddedilecektir. (Yön. m.5, f.3).

Bu aşamalardan geçerek müfettişlere intikal

eden taleplerin değerlendirilmesinde ise, yukarıda “genel ekonomik kriz” sebebine dayalı başvurulardaki esasların dikkate alınması yerinde olacaktır.

cc. Talebin Sonuçlandırılması ve Kısa Çalışmaya Geçilmesi

İş müfettişleri tarafından yapılan inceleme sonucu kısa çalışma talebi uygun bulunursa, müfettişler bir rapor hazırlayacaktır. Bu raporda kısa çalışmanın başlama ve bitiş tarihleri yer alacak; ayrıca kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri içeren (daha önce işverence başvuru esnasında düzenlenmiş) listenin son şekli de rapora eklenecektir. Bu belgeler Bakanlıkça Kurum'a; Kurum tarafından işverene; işveren tarafından da varsa taraf işçi sendikasına iletilecek, işyerinde de yazılı olarak ilan edilecektir. (Yön. m.5 f.4)

Ülkemizdeki bürokrasinin işleyiş hızı dikkate alındığında müfettiş, Bakanlık, Kurum, işveren, sendika sürecinin zaman alacağı ve bu durumun aciliyet taşıyan kısa çalışma uygulamasının mantığıyla bağdaşmadığı söylenebilir.

Bu aşamayla birlikte artık kısa çalışma uygulamasına geçilebilecektir. Yönetmeliğe göre kısa çalışma;

- En fazla üç ay süreyle işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az 1/3 oranında azaltılması biçiminde ya da,

- En fazla üç ay süreyle, en az 4 hafta süreyle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması biçiminde gerçekleştirilecektir. (Yön. m.3, f.1/c)

Yönetmeliğin düzenlemesinden çok net olarak anlaşılacakla beraber, m.3, f.1/c hükmünü; “işyerinde çalışma süresi geçici olarak 1/3 ya da daha yüksek oranda üç aydan fazla bir süreyle azaltılsa veya faaliyet kısmen ya da tamamen üç aydan fazla durdurulsa bile Yönetmelik anlamında kısa çalışma ve bunun sonuçları en çok üç aylık dönem için sözkonusu olabilecektir” şeklinde anlamak gerekecektir. Daha net bir ifadeyle, kısa çalışma talebi uygun bulunan işverenin işçilerine en çok üç ay için kısa çalışma ödeneği verilecektir. Zira, çalışma süresinin azaltılması ya da işin durması uygula-

ması daha uzun sürse bile ödenek süresi üç ayı aşamaz (Yön. m.7, f-2).

Bu arada ekleyelim ki, Kurum'a yapılan talebin reddi halinde bu işlem aleyhine 4447 sayılı Kanun'la düzenlenmiş işsizlik sigortasında olduğu gibi yargı yoluna (iş mahkemesine) gidilebilecektir²⁵.

dd. 2008-2009 Yıllarına İlişkin Özel Durum

Küresel ekonomik krizin etkilerinin artışı ile birlikte işçi ve işveren kesimi, yukarıda da değindiğimiz gibi, krizle baş etme çabaları kapsamında Hükümetten kısa çalışma düzenlemesinin yeniden ele alınmasını talep etmiştir. Bu kapsamda kabul edilen 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile, kısa çalışmayı düzenleyen 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinde, "...sadece 2008 ve 2009 yapılan başvuruları kapsamak üzere" işçilerin daha lehine hükümler getirilmiştir.

5838 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenlemelere göre;

- 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinde yer alan kısa çalışmanın azami süresi üç aydan altı aya çıkarılmıştır. Böylece işveren hem genel ekonomik kriz ve hem de zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma talebinde bulunur ve talebi kabul edilirse, işçiler üç değil altı aya kadar ödenek alabileceklerdir. Hükümde dikkat çekici husus, değişikliğin "genel ekonomik kriz" sebebiyle yapılmasına rağmen ayırım göstermeksizin zorlayıcı sebeple gidilen kısa çalışmayı da kapsamıdır.

- İşsizlik ödeneği düzeyindeki kısa çalışma ödeneği Kanun'un yürürlük süresince %50 artırılmıştır. Şu halde 2008-2009 yılları için kısa çalışma ödeneğinin günlük tutarı son dört aylık prime esas kazanç brüt tutarının (%40x1,5) %60'ı; tavan ise asgari ücret brüt tutarının (%80x1,5) %120'si olacaktır. Başka bir anlatımla tutar aylık tavanda 799 TL'ye yükselerek 133 TL artırılmıştır.

- 4447 sayılı Kanun'a göre kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür (Ek m.2, f.3). Ancak, yeni düzenlemeye göre kısa

çalışma ödeneği ödenen süreler işsizlik ödeneği süresinden düşülmeyecektir. Böylece, örneğin kendisi için ödenen işsizlik sigortası primi dolayısıyla 8 ay (240 gün) işsizlik ödeneğine hak kazanan bir işçinin (sigortalının) işyerinde 2009 yılı itibarıyla kısa çalışmaya gidilmiş ise, bu işçi 8 aylık işsizlik ödeneğine dokunulmamak (bu hakkı saklı tutulmak) kaydıyla 6 aya kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecektir.

- 5838 sayılı Kanun'un yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında işverenin talebi halinde aynı şartlarla kısa çalışma süresi altı aya kadar uzatılabilecektir. Kanımızca hükmün geniş yorumlanarak 2008 yılında yapılan ve süreci tamamlanmış ya da henüz tamamlanmamış (ancak uygun bulunacak olan) tüm kısa çalışma başvurularının sürelerini uzatacak biçimde anlaşılması yerinde olacaktır.

- 5838 sayılı Kanun'da öngörülen (%50 artırılmış) ödenek aynı kalmak üzere, kısa çalışma süresini 6 ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Kanımızca bu hükmü, kısa çalışma ödeneği verilecek en çok 6 aylık süreyi 6 ay daha uzatarak en çok 12 aya çıkarmak biçiminde anlamak gerekecektir. Böylece 2008-2009 yıllarında yapılan kısa çalışma başvurularında; kısa çalışma ödeneğinden 12 aya kadar yararlanmak mümkün olabilecektir. Ancak ekleyelim ki, Bakanlar Kurulunun kısa çalışma ödeneği verilecek süreyi uzatması halinde, bu dönem için kısa çalışma ödeneği verilen süreler, olağan dönemde olduğu gibi, işsizlik ödeneği süresinden düşülecektir.

d. Kısa Çalışma Ödeneğinin Verilmesi

Kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmek için biri işverene, ikisi işçiye ilişkin olmak üzere üç koşul bulunmaktadır²⁶. Yönetmeliğe göre, işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için;

- İşverenin kısa çalışma talebinin Bakanlıkça uygun bulunması,

- İşçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 sayılı Kanunun 50'nci maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması²⁷,

Eğer işveren işyerinde çalışma süresini önemli ölçüde azaltmış ancak faaliyeti durdurmamışsa, bu durumda kısa çalışma ödeneği azaltılan kısmı tamamlayacak düzeyde olacaktır.

- Kısa çalışma ödeneği talebinde bulunması gerekmektedir. (Yön. m.6)

Yönetmelik hükmünden, işçinin kısa çalışma talebini münferiden Türkiye İş Kurumu'na yapması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa kısa çalışma ödeneği talep eden işçilerin işverenleriyle aralarındaki iş ilişkisi hala sürmektedir. Dolayısıyla, süreç ekonomisi bakımından; kısa çalışma ödeneği talep eden işçilerin taleplerinin işverence toplanması ve Kuruma iletilmesi yerinde olacaktır.

Kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve ödenmesine gelince; günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneğinin miktarı kadardır. Kısa çalışma ödeneği 4447 sayılı Kanun'un 50. maddesindeki esaslara göre ödenir²⁸. Kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak kaydıyla kısa çalışma süresi kadardır. Ödeneğin süresi; herhalde hak edilen işsizlik ödeneği süresini aşamaz²⁹.

Kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde çalışılmayan süreler için verilir. Böylece, eğer işveren işyerinde çalışma süresini önemli ölçüde azaltmış ancak faaliyeti durdurmamışsa, bu durumda kısa çalışma ödeneği azaltılan kısmı tamamlayacak düzeyde olacaktır³⁰.

İşyerinde zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yapılması halinde, ödemeler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin (III) numaralı bendinde ve 40. maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

İşçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereği ödenecek sigorta primi, İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır.

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi, işsizlik sigortasından yararlanmak için 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50. maddesinde

öngörülen koşullar gerçekleşmeden işsiz kalırsa, kısa çalışma ödeneği aldığı süre düşüldükten sonra, daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar işsizlik ödeneğinden yararlanır³¹.

Kurum birimi, işçilerin başvurusunu, izleyen ayın sonuna kadar sonuçlandırır. Kısa çalışma ödeneği, işçinin kendisine, aylık olarak her ayın sonunda ödenir. Kısa çalışma ödeneği nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir veya temlik edilemez. (Yön. m.7)

e. Kısa Çalışma Uygulamasında Diğer Hususlar

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin genel ilkelerin ortaya konulması ve son dönemde yapılan hukuki değişikliklere değindikten sonra; uygulamada yaşanabilecek bir kısım sorunlara ilişkin değerlendirmelere de yer vermek gerekir.

aa. Kısa Çalışma Ödeneğinin Kesilmesi

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Hakkında Yönetmeliğe göre bazı hallerde işçiye verilen kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi söz konusudur.

- Kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi,
- Yaşlılık aylığı almaya başlaması,
- Herhangi bir sebeple silah altına alınması,
- Herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması,
- Kısa vadeli sigortalardan geçici iş göremezlik ödeneği almaya hak kazanması halinde işçiye verilmekte olan kısa çalışma ödeneği kesilecektir. (Yön. m.8, f.1)

Kanımızca, hükümde yer alan düzenleme ödeneğin kesileceği halleri tek tek saydıgından sınırlayıcı nitelik taşımakta ve bu halleri yorum yoluyla genişletme imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kısa çalışma ödeneği almakta olan bir kimsenin bu dönemde kendi ad ve hesabına basit bir ekonomik faaliyete girişmesi, malullük ya da ölüm aylığına veya sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanması gibi hallerde kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, kısmi süreli çalışan işçinin aynı zamanda bir başka işyerinde yaptığı çalışmasını bu dönem-

de de devam ettirmesi, kendisine verilmekte olan kısa çalışma ödeneğinin kesilmesini gerektirmeyecektir³².

bb. Kısa Çalışmanın Erken Son Bulması

Her ne kadar kısa çalışmanın başlangıç ve bitiş tarihleri başlangıçta belirlenmiş olsa da, işverence alınan bir kararla kısa çalışmanın planlanandan erken son bulması da her zaman mümkündür. Örneğin 3 ay için planlanan kısa çalışma pekâlâ işlerin düzelmesi sebebiyle 2 ay 15. günde sona erdirilebilir. Böyle bir halde, yani işverenin ilan ettiği süreden önce normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde durumu; Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bildirimde belirtilen tarih itibarıyla kısa çalışma sona erer. (Yön. m.9)

Yönetmelikte düzenlenen bu husus, mülga yönetmelikten (m.12) sadece bir cümlesiyle farklıdır. Şöyle ki, yürürlükten kalkan düzenlemede yer alan "... işçiler de bildirimde belirtilen tarihte işbaşı yaparlar" ifadesi 13.01.2009 tarihli Yönetmeliğe alınmamıştır. Bu durum kısa çalışmaya son verildiğinde işçilerin işbaşı yapmaktan kaçınma haklarının varlığını akla getirir de; uygulamanın doğası gereği kısa çalışmada bulunan işçilerin işbaşı yapmalarının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Aksine, kendisine yapılan bildirimde rağmen işine dönmeyen işçinin iş sözleşmesini İş K. m.17 çerçevesinde süreli fesih ettiğini (kendisinden ihbar tazminatı talep edilebileceğini) ileri sürmek ya da iş görme borcunu ifade temerrüde düşmüş saymak mümkündür. Bu ikinci halde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi hakkının bulunduğu kabul etmek zorunludur (İş K. m 25/II-g, h.)³³

Öte yandan, bilindiği gibi kısa çalışma ödeneği 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'ndaki esaslara uygun olarak (m.50) ödenir. Söz konusu hükme göre ise, "... işsizlik ödeneği her ayın sonunda aylık olarak işsiz kendisine ödenir." Dolayısıyla kısa çalışmanın erken sona ermesi halinde işbaşı yapan işçilere, işbaşı yaptıkları ayın sonunda ve bir önceki ödeneğin verildiği

tarih ile işbaşı tarihi arasına denk gelen kısa çalışma ödeneğinin verileceği açıktır.

Son olarak ekleyelim ki, doktrinde genel kabul gördüğü üzere, işveren kısa çalışmanın devamı sırasında ya da sonunda işyerini kapatabilir³⁴.

cc. Kısa Çalışmanın İş Sözleşmesine ve Fesih Haklarına Etkisi

İşyerindeki faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması biçimindeki kısa çalışma uygulaması iş sözleşmesinin kanundan kaynaklanan bir nedenle ve kendiliğinden askıya alınması halinin tipik bir örneğidir. Böylece, kısa çalışmaya gidilmesi sebebiyle işyerinde faaliyetin durmasıyla çalışmasına ara verilen işçilerin bu dönemde iş sözleşmeleri askıda kalacak; ancak kısa çalışma süresi son bulduktan sonra işçiler işbaşı yaparlarsa askı hali kendiliğinden sona erecektir. Buna karşın süre dolmasına rağmen kriz ya da zorlayıcı sebep dolayısıyla işbaşı yapılamamış ve örneğin ücretsiz izne geçilmişse, bu kez iradi bir askı hali ortaya çıkacaktır³⁵.

Kısa çalışmanın çalışma süresinin azaltılması biçiminde uygulanması durumunda ise, iş sözleşmesinin askı halinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu halde tarafların iş sözleşmesinin koşullarında esaslı bir değişikliğe gitme (İş K. m. 22) hususunda anlaşıklarını kabul etmek gerekecektir³⁶.

Bu noktada işverenin kısa çalışma uygulamasına gitmesinin bir fesih sebebi olup olmadığı da tartışılabilir. Kanımızca, kısa çalışma uygulaması gerek çalışma süresinin azaltılması ve gerekse işyerinde faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması biçiminde ortaya çıksın, her iki halde de bir fesih sebebi olarak kabul edilmelidir³⁷. Şöyle ki, İş Kanununun 24/II-e hükmüne göre, işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümlerine veya sözleşme şartlarına

Çalışma saatlerinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma uygulama önerisini reddeden işçi yönünden İş K. m.22 hükmünün işletilmesi mümkündür.

uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse bu hal işçiye derhal fesih hakkını verir. Her ne kadar kısa çalışma döneminde işçinin ücret kaybı kısa çalışma ödeneği ile telafi edilmeye çalışılıyor olsa da; bu ödeneğin tutarı itibarı ile önceki ücretten az alacağı açıktır. Dolayısıyla, işçinin kazancı sözleşmede belirtilenden az olacağı için, işçinin İş K. m.24/II-e çerçevesinde derhal fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği gibi, çalışma saatlerinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma uygulama önerisini reddeden işçi yönünden ise İş K. m.22 hükmünün işletilmesi mümkündür.

Tüm bunların dışında kısa çalışma döneminde tarafların iş sözleşmesini (durumun koşullarına uyan sebeplerle) derhal fesih ve süreli fesih haklarının bulunduğu kabul edilmektedir³⁸.

Son olarak ekleyelim ki, kısa çalışmaya ilişkin hükümlere uymamanın yaptırımını düzenleyen İş Kanununun 104. madde hükmü 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na aktarılmadığı için; kısa çalışmayı düzenleyen Ek. m.2 hükümlerine aykırı davranan işveren aleyhine, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği idari para cezası uygulamasına gidilmeyecektir.

dd. Kısa Çalışmanın Sosyal Sigortalılığa Etkisi

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğe göre, işçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁹ gereği ödenecek sigorta primi İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılır. (Yön. m.7, f.5) İlk bakışta Fon'un Kurum'a ayırım olmaksızın kısa ve uzun vadeli sigorta primleriyle, işsizlik sigortası primini dahi aktarması gerektiği gibi bir yoruma elverişli gibi görünse de; ödeneye ilişkin esasları 4447 sayılı Kanun'la irtibatlandırılan hüküm karşısında (Yön. m.7, f.1) bunun mümkün olmadığı kanısındayız. Zira 4447 sayılı Kanun'a göre, sigortalı işsizlere sağlanan haklardan biri de 5510 sayılı Kanun gereği sigorta primlerini ödemektir. (4447 s. K 5754 s. Kanunla değişik m.48, f.6/b) 5510 sayılı Kanuna göre ise, kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler

genel sağlık sigortalısı sayılır. (5510 s. K. m.60, f.1/g) Bu bağlamda, işçinin işsizlik ödeneği aldığı dönemde İşsizlik Sigortası Fonu'nun işçi için Kuruma yalnızca Genel Sağlık Sigortası primini (%12 oranında) aktarması gerekecektir. Nitekim Türkiye İş Kurumu'nun uygulaması da bu yöndedir⁴⁰.

Kısa çalışmanın işyerindeki çalışma süresinin azaltılması biçiminde uygulanması halinde işçi önceki döneme göre daha az da olsa işvereninden ücret almaya devam edecek ve bu dönemde aldığı ücretten sosyal sigorta primlerinin tümü kesilecektir. Bu dönemde kısa çalışma ödeneği adı altında yapılan ödeme haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde ve çalışılmayan sürelerle ilişkin olacaktır. (Yön. m.7, f.3) Kanımızca, çalışma süresinin azaltılarak kısa çalışmaya gidilen bu dönemde işçiler sadece genel sağlık sigortalısı değil (5510 s. K. m.60, f. 1/g) genel anlamda sigortalı sayıldıklarından (5510 s. K, m.4, f.1/a) bunlar için Fon tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na genel sağlık sigortası primi aktarılmasına gerek olmayacaktır. Bu sayede işsizlik sigortası fonu kaynaklarının korunacağı açıktır⁴¹. Böylesi bir uygulamanın işçinin iki yönden genel sağlık sigortalısı sayılması gibi mükerrer sigortalılık riskini de ortadan kaldıracacağı söylenebilir.

SONUÇ

İş hukuku mevzuatımıza 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüyle giren kısa çalışma uygulaması uzun süre işlerlik kazanamamış ve kendinden beklenen yararı sağlayamamıştır. Bu duruma kanuni düzenlemenin pratik olmaktan uzak yapısı kadar, 2003-2008 döneminde ciddi ekonomik krizler yaşanmamasının yol açtığı da söylenebilir. Ancak, 2008 yılının ortalarında ülkemizde de hissedilmeye başlanan global ekonomik krizin işçi ve işverenler üzerindeki etkilerini hafifletmeye yönelik çabalar arasında kısa çalışma uygulaması da telaffuz edilmeye başlanmış, kısa çalışma düzenlemesi ile ilgili hukuki değişikliklere gidilmiştir.

Kısa çalışmaya ilişkin 2008 değişikliklerinden ilki düzenlemenin İş Kanunun'dan alınarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na aktarılması olmuştur. Yerinde olduğunu düşün-

Kısa çalışma, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerle işletmelerin içine düştüğü parasal sıkıntılara geçici bir çözüm niteliğini taşır.

düğümüz bu işlemle beraber metinde de düzenlemeye işlerlik kazandıracak değişikliklere gidilmiştir. Öte yandan, 2009 yılının ilk günlerinde bir yandan uygulamanın ayrıntılarını düzenleyen 2004 tarihli yönetmeliğin yerine, yeni Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik çıkarılmış; diğer taraftan kanuni düzenlemede 2008 ve 2009 yıllarında yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, işçiler lehine iyileştirici hükümler kabul edilmiştir. Böylece kısa çalışma ödeneğinden yararlanacak olanlara önceki döneme göre daha fazla ödeme yapılmasına olanak sağlanmıştır.

Kısa çalışma, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerle işletmelerin içine düştüğü parasal sıkıntılara geçici bir çözüm niteliğini taşır. Prim ödeme, talepte bulunma gibi koşulların sağlanmasıyla, kısa çalışmaya gidilen işyerlerinin işçilerine belli bir süre için ödenek verilmekte; böylece bir yandan işçilerin ücret kayıpları kısmen telafi edilerek işsiz kalmaları önlenmekte, diğer yandan işverenin önceki ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmadığı için kısmi bir ekonomik rahatlama sağlanmaktadır. Bu yönüyle kısa çalışma, primlerle finanse edilen kamu fonlarından sosyal taraflara geçici nitelikli kaynak aktarılması anlamına gelmektedir.

Bilindiği gibi kısa çalışmaya ilişkin düzenlemeler uzun süre işlerlik kazanamamıştır. Ancak 2008'in ortalarından başlayarak yapılan değişikliklerin sistemi hızlandıracağını ve amaca hizmet edeceğini söylemek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, kısa çalışma ile irtibatlandırılan işsizlik sigortası uygulamamız oldukça zayıftır. İşsizlik sigortası yardımlarına hak kazanmak güç; yardımlar düşüktür. Prime esas kazanç tavanının asgari ücretin altı buçuk katı olduğu bir yerde; işsizlik ve dolayısıyla kısa çalışma ödeneğinin en yüksek tutarının asgari ücretin %80'i düzeyinde olmasını anlamak güçtür. Bu uygulama bir yandan işsizlik sigortası

fonlarının devasa boyutlara ulaşması sebebiyle değişik kesimlerin fondan yararlanma taleplerini arttırırken; Fon'un asıl sahibi olan sosyal taraflara yeterince güvence sağlayamamaktadır. Kanımızca İşsizlik Sigortası Kanunu'nda da bir değişikliğe gidilerek, işsizlik ve dolayısıyla kısa çalışma ödeneğinin (sadece 2008-2009 yılına ilişkin değil) kalıcı biçimde arttırılması uygulamanın işlerlik kazanmasına ve daha verimli hale gelmesine yardımcı olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Ercan AKYİĞİT, "Kısa Çalışma," TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s. 1; A.Nafiz KONUK, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", MERCEK, Nisan, 2004, s. 53-54; Öner EYRENCİ, "4857 sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", Yeni İş Yasası Seminer Notları, İstanbul, Haziran 2003, s. 160; Nizamettin AKTAY, "İş Kanununda Gece Çalışmaları/Telafi Çalışması, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", Türk Metal Dergisi, Mayıs 2004, s. 29 vd; Murat DEMİRCİOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, B. 2, İstanbul, 2008, s. 232 vd; Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, B. 2, Eskişehir, 2007, s. 221 vd; Kenan TUNÇOMAĞ-Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, B. 4, İstanbul, 2005, s. 154; Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-E.Tuncay KAPLAN, İş Hukuku, B. 2, Ankara, 2007, s. 238 vd; Öner EYRENCİ-Savaş TAŞKENT-Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, B. 3, İstanbul, 2006, s. 238-239.
- 2 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliğiyle Feshi, İstanbul, 2003, s. 46 vd.
- 3 Nurşen CANIKLIOĞLU, "4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 503.
- 4 EYRENCİ, 159, AKYİĞİT, s. 2
- 5 Bkz. İş K. Ön Tasarısı m. 67 (Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Ön Tasarının 67. maddesinde yer alırken kanunlaşma sürecindeki madde numarası 65 olmuştur).
- 6 R.G. T. 31.03.2004, s. 25419.
- 7 R.G.T. 26.08.2004, s. 25565.
- 8 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk ÇELİK'in 15.11.2008 tarihli beyanı için bkz. <http://www.ensonhaber.com/ekonomi/164015/kisa-calisma-odeneği-isteyen-olmadı.html> (10.02.2009)
- 9 R.G.T. 26.05.2008, s. 26887.
- 10 Bilindiği gibi 4447 sayılı Kanun'un adı İşsizlik Sigortası Kanunu değildir. Kanun; SSK, Tarım SSK, Bağkur, Tarım Bağkur, Tasarrufu Teşvik Kanunu ve İş Kanunlarında değişiklik yapan ve aynı zamanda işsizlik sigortasını kuran kanundur. Öte yandan 4447 sayılı Kanun belki de Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en uzun isimli kanunudur. Biz de bu uzun ismi kullanmak yerine uygulamada yerleşmeye başladığı üzere "İşsizlik Sigortası Kanunu" ifadesini

- kullanıyoruz (Bkz. R.G.T. 08.09.1999, s. 23810).
- 11 Ufuk AYDIN, "İstihdam Paketi Neler Getiriyor?", Yeni Ufuk Dergisi, Eskişehir Sanayi Odası Dergisi, s. 43, Nisan-Haziran 2008, s. 20-21.
- 12 Bkz. Ve karşı. 5763 s. K. m. 15 ve 4447 s. K. m. 50.
- 13 R.G.T. 13.01.2009, s. 27109.
- 14 R.G.T. 28.02.2009, s. 27155 (mükerrer).
- 15 CANIKLIOĞLU, s. 513-514; AKYİĞİT, s. 15-16; KONUK, s. 54-55.
- 16 CANIKLIOĞLU, s. 512; SÜZEK s. 743; ÇELİK, s. 331
- 17 Bkz. ve karşı. Mülga Yön. m. 4; Yön. m. 5, f. 4.
- 18 Hangi hallerin ekonomik kriz sayılacağına ilişkin tartışmalar için bkz. CANIKLIOĞLU, s. 507; KONUK, s. 55.
- 19 AKYİĞİT, s. 6-7; CANIKLIOĞLU, s. 508; ÇELİK, s. 331, SÜZEK, s. 744; KONUK, s. 56; DEMİRCİOĞLU, s. 233; GÜVEN-AYDIN, s. 222; AKTAY-ARICI-KAPLAN/SENYEN s. 239; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s. 239.
- 20 <http://www.iskur.gov.tr/LoadExternalPage.aspx?uicode=statkisacalismauygulama>
- 21 Bkz. CANIKLIOĞLU, s. 515.
- 22 SÜZEK, s. 745-746; CANIKLIOĞLU, s. 515; AKYİĞİT, s. 15-16.
- 23 KONUK, s. 57.
- 24 SÜZEK, s. 745-746.
- 25 A. Can TUNCAY-Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 11, İstanbul, 2005, s. 400.
- 26 Önceki dönem uygulamaları için bkz. ve karşı. AKYİĞİT, s. 22 vd, KONUK, s. 56; CANIKLIOĞLU, s. 523 vd; SÜZEK, s. 744; ÇELİK, s. 331-332.
- 27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali GÜZEL-A. Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, B.10, İstanbul 2004, s.434 vd; TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 376 vd.
- 28 Bkz. TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 377; GÜZEL-OKUR, s. 435; SÜZEK, s. 746-747; ayrıca bkz. Ufuk AYDIN, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, (Ünite 14), AÖF Yayını, Eskişehir, 2008, s. 297 vd.
- 29 Ancak hatırlanacağı gibi bu süre 2008 ve 2009 yıllarında yapılan başvurular 6 aya kadar uzatılmış ve ikinci kez 6 aylık uzatma yetkisi Bakanlar Kurulu'na vermiştir (Bkz. 5838 s-K, m. 1).
- 30 Önceki dönemde bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. CANIKLIOĞLU, s. 524-526; AKYİĞİT, s. 25-26.
- 31 Hatırlanacağı gibi 5838 sayılı Kanun'la 2008 ve 2009 yıllarında gidilen kısa çalışmalarda, ödenek verilen sürelerin işsizlik sigortasına ilişkin (180 ila 300 gün arasında değişen) ödenek süresinden düşülmeyeceği; ancak uygulamanın Bakanlar Kurulu'nca uzatılması halinde kısa çalışma ödeneği verilen sürenin işsizlik sigortasına ilişkin işsizlik ödeneği süresinden düşüleceği hükme bağlanmıştır (Bkz. 5838, K, m. 1, f. 2).
- 32 AKYİĞİT, s. 5; CANIKLIOĞLU, s. 540-541.
- 33 AKYİĞİT, s. 35.
- 34 Bkz.Münir EKONOMİ, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesinin 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.443, A.Cengiz KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004 s. 48, ÇELİK, s. 332.
- 35 KÖSEOĞLU, s. 51; CANIKLIOĞLU, s. 518-519; AKYİĞİT, s. 19 Ayrıca iş sözleşmesinin askıya alınmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper SÜZEK, İş Akdinin Askıya Alınması Genel Teorisi, Ankara 1989.
- 36 Ayrıntılar için bkz Ufuk AYDIN, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları", Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, s. 5, Mart 2007.
- 37 Aynı görüş AKYİĞİT, s. 20; aksi görüş CANIKLIOĞLU, s. 522, KÖSEOĞLU, s. 51; ENGİN, s. 55 vd.
- 38 CANIKLIOĞLU, s. 521-523; AKYİĞİT, s. 20-21.
- 39 4447 s. K. Ek. m. 2, f. 3 ise kanımızca hatalı biçimde 506 sayılı Kanun ifadesi kullanılmaktadır. Oysa, bilindiği gibi 506 s. Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.
- 40 Bkz. <http://www.iskur.gov.tr/loadExternalPage.aspx?uicode=Statkisacalismauygulama>
- 41 Aynı yönde bkz. CANIKLIOĞLU, s. 538 ve karşı. AKYİĞİT, s. 28.

Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni

Hukuk sistemimiz içinde yetki konusunu düzenleyen genel hüküm Hukuk Usulü Mahkemeleri Yasası'nın 9. maddesinde yer alır (HUMK.9). Buna göre, "Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Medenî Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür. Davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır. Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılır. Şu kadar ki, kanunda dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise, davaya o mahkemede bakılır. Ancak davanın, sırf davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı belirtiler veya başka delillerle anlaşılırsa mahkeme onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir. Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir."

Öğretide, anılan 9. maddenin kamu düzenine ilişkin olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple de yetki sorunu ilk itiraza bağlı tutulmakta ve yargıcın re'sen dikkate alması gereken bir sorun olarak görülmemektedir¹.

Bu genel kurala rağmen hukuk usulü öğre-

tisinde, yetkinin kamu düzenine ilişkin görüldüğü haller de bulunmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, kamu düzenine ilişkin olan bu yetki kuralları için, intizamı âmme esasına binaen tâyin edilmiş salâhiyet ve münhasıran iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesail ifadeleri kullanılmıştır (HUMK. 22, 23). Ancak yasanın işaret ettiği bu yetki kurallarının hangileri olduğu açıkça düzenlenmemiştir. O nedenle bir yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, onunla ilgili yasal ifadenin mutlak olup olmamasına ve o yetki kuralının getiriliş amacına göre belirlenmektedir.

Bu noktada kamu düzeni kavramının yetki bağlamında iki farklı kategoride ele alındığı görülmektedir. Bunlardan ilk grubu oluşturan, kamu düzenine ilişkin olan ve kesin kabul edilen yetki kurallarıdır. Öğretide, bu gruptaki yetki kurallarının kesin nitelikte kabul edilmesi, yasanın kamu düzeni düşüncesiyle bu davaların yalnız belli bir yer mahkemesinde görüleceğini öngörmüş olmasına dayandırılmıştır². Örneğin, iflas davasındaki yetki (HUMK.17/c.2), miras ile ilgili bazı davalar için miras bırakanın son ikametgâhı mahkemesinin yetkisi, gayrimenkulün aynına ilişkin davalar için gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, Ticarî İşletme Rehni Kanunu'ndaki yetki bu niteliktedir ve kesindir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda kesin yetki ifadesine yer verilmemiştir. Ancak özellikle yetki itirazı bakımından uygulamada, kesin yetki ile kamu düzenine ilişkin ve fakat kesin olmayan diğer yetki kuralları arasında zımnî bir ayırım yapıldığı görülmektedir. O sebeple konunun daha iyi açıklanabilmesi için aynı ayırım bu çalışmada da kullanılmıştır.

Buna göre hakkında kesin yetki hükmü bulunan bir dava, yalnız kesin yetkili mahkemede açılabilir. Taraflar yetki sözleşmesi ile kesin yetkili mahkemenin yetkisini kaldıramayacakları gibi, kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. Dahası kesin yetki itirazı ilk itiraz değildir, her zaman yapılabilir. Mahkeme de yetkisizliğini her zaman kendiliğinden gözebilir. Bu bağlamda kesin yetki bir dava şartı durumundadır.

Yetkinin kamu düzenine ilişkin kabul edildiği ikinci kategoride ise yetki kuralları kesin değildir. Bunlar, kamu düzenine ilişkin ve fakat kesin olmayan yetki kuralları olarak adlandırılmaktadır. Sigorta sözleşmesinden doğan tazminat davaları hakkındaki yetki kuralları, babalık davası hakkındaki yetki kuralları ve iş davaları hakkındaki yetki kuralları bu nitelikte görülmektedir. İş mahkemelerinin yetki hükmü, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde yer alır. Buna göre, "İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz."

İkinci gruba giren yetki kurallarında, yetki kamu düzenine ilişkin olduğu halde kesin değildir. Çünkü bir dava için iki yetki kuralı

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin açık hükmünden de anlaşıldığı gibi kesin olmasa da kamu düzenine ilişkin yetki kurallarının aksine yetki sözleşmesi yapabilmek mümkün değildir.

bulunmaktadır ve genel yetkili mahkemenin yetkisi kaldırılmamıştır (m.9). Her dava için öngörülmüş olan iki yetki kuralından biri, genel yetki kuralını içermektedir. Nitekim bu durum, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesindeki yetki düzenlemesi için geçerlidir.

Kamu düzenine ilişkin olduğu halde kesin olmayan yetki hallerinde davacıya, davasını bu iki (genel ve özel yetkili) mahkemeden birinde açmak hususunda bir seçim hakkı sunulmuştur. Hatta bu konuda yasa metninde bir sınırlama bulunmadığından anılan seçim hakkının hem işçi hem de işveren tarafından kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işveren işçisi hakkında açacağı davayı işçinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde açabileceği gibi, bu davayı işçiyi çalıştırdığı işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine de taşıyabilmektedir. Aynı şekilde işçi de davayı ya işverenin ikametgâhı mahkemesinde ya da işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilmektedir³.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin açık hükmünden de anlaşıldığı gibi kesin olmasa da kamu düzenine ilişkin yetki kurallarının aksine yetki sözleşmesi yapabilmek mümkün değildir⁴. Ayrıca, bu nitelikteki yetki kurallarının ihlali halinde yetki itirazı her zaman ileri sürülebilmekte ve dahası mahkeme de yetkisizliğini re'sen gözetmektedir⁵. Buna karşın, kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki hallerinde, yetki kuralının aksine yetki sözleşmesi yapabilmek mümkündür.

İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki yetki hükmünün kamu düzenine ilişkin ancak kesin olmayan bir düzenleme olduğu görüşü, iş hukuku öğretisinde büyük ölçüde destek görmüştür. Kaldı ki bu sonuca 5. maddenin gerekçesinde yer verilen açıklamalardan hareketle de ulaşılabılır⁶. Buna göre, "Gerek işçi ve gerek işveren veya vekili tarafından bu kanuna göre iş mahkemesinde açılacak davalarda hangi yer mahkemesinin yetkili olduğunu göstermek üzere tedvinine lüzum görülen bu madde, Hükümet Tasarısında derpiş edilmemiş olan bir ihtiyacı karşılamaya matuf bulunmaktadır. Bilhassa işçilerin içinde buldukları şartlar bakımından, dava olunan ikametgâhı mahkemesinde dava

açmaya mecbur kalmalarından doğabilecek güçlüklerin önlenmesi maksadiyle bu davaların dava olunanın Medeni Kanun gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde açılacağı gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili yer mahkemesinde de görülebileceği esası konulmuş, kamu intizamı bakımından konulan bu yetki hükmünün hilafına mukavele olunamayacağı da tasrih edilmek suretiyle işverenlerin işçiler tarafından aleyhlerine dava açılmasını güçleştirmek üzere iş mukavelelerinde veya işyeri dahil talimatnamelerinde başka yargı merci tayin etmeleri önlenmiştir”.

Bu durum karşısında, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen iki yer mahkemesinin yetkisini veya davacının seçme hakkını ortadan kaldıran ya da bu mahkemelerin yanında ayrıca başka bir mahkemeyi yetkili kılan sözleşmeler, kamu düzenine aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmalıdır⁷. Bunun doğal sonucu olarak da, yetki itirazı ilk itiraz olmaksızın çıkmalı, taraflar her zaman yetki itirazında bulunabilmeli ve iş mahkemesi de yetkisizliği resen nazara almakla yükümlü sayılmalıdır⁸.

Anılan temel değerlendirmelere rağmen yetki konusu uygulamada hala uyuşmazlık konusu olmakta ve sorun içtihatlarla çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda 9. Hukuk Dairesi, daha önceleri⁹ ilk itiraz kapsamında gördüğü yetki kuralını artık kamu düzenine ilişkin saymaktadır. Daireye göre, “Davacı, davalıya ait eczane işyerinde çalıştığını belirterek, işçilik alacakları isteğinde bulunmuş, mahkemece dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu yetkisizlik kararı verilmiştir... 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ‘İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.’ Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili bulunması imkânı yoktur. Diğer taraftan yetkinin kamu düzenine ait olduğu hallerde yetki itirazı ilk itiraz değildir. Taraflar

her zaman bu itirazda bulunabilecekleri gibi mahkemede her zaman kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceler.”¹⁰.

Her ne kadar bu kararda olduğu gibi yetkisizlik genellikle ilk itiraz olup olmaması ile ilgili olarak ele alınıyor olsa da, aynı itirazın davanın ilk oturumdan önce yapılabilmesine de bir engel yoktur. İş mahkemelerindeki sözlü yargılama usulünün doğal bir sonucu olan bu durum, anılan dairenin kararlarında da açıkça belirtilmiştir¹¹.

Aynı dairenin konuyu yetki sözleşmesi bağlamında ele alan bir başka kararında yer verilen görüşler ise şunlardır: “Davacı... Ltd. Şirketi, işleteni olduğu... gemisinde kaptan olarak çalışan davalının gemide arıza bulunmadığı halde sürekli arıza bildiriminde bulunarak, servis, söryev ve yol masrafları yönünden şirketi zarara uğrattığını ileri sürerek alacak talebinde bulunmuştur. Davalı... söz konusu gemide kaptan olarak çalıştığını, davanın haksız ve yersiz olduğunu ileri sürerek uygulanacak hukuk ve yetki yönünden itirazda bulunmuştur. Mahkemece... Malta Mahkemelerinin yetkili kılındığı gerekçesiyle, yetki yönünden dava dilekçesinin reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi gereğince iş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Söz konusu bu hüküm kamu düzenindedir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. maddesinde de yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecekleri belirtilmiştir. Yukarıda söz edildiği gibi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralı kamu düzeniyle ilgilidir. Gerek bu kanunun 5. maddesi, gerek 2675 sayılı MÖHUK'nun 31. maddesi karşısında tarafların yetki sözleşmesi-

ne itibar edilemez. Somut olayda, davacı Türk vatandaşı olup, Türkiye’de faaliyet gösteren davalı şirketin işleteni olduğu... Gemisinde, hizmet akdiyle kaptan olarak çalışmıştır... Dava, kanunen yetkili olan davalının ikametgâhı... mahkemesinde açılmıştır. Mahkeme davayı görmeye yetkilidir”¹².

Yetkiyi kamu düzeninden sayan bu yaklaşım, daha önceki kararlarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 9. maddesine yer veren Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin son kararlarına da yansımıştır¹³. Anılan dairenin konuya ilişkin en yeni değerlendirmelerini içeren içtihadındaki görüşleri şunlardır: “Davacı, 506 sayılı Yasa’nın 53. ve 54. maddelerinde yazılı malullük şartlarını taşıdığını ileri sürerek, çalışma gücünün en az 2/3 oranında kaybettiğinin tespitini istemiş, davalı kurumca yetki itirazında bulunulmuştur. Mahkemece, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine, istek halinde dosyanın yetkili Mardin İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davacı yanca temyiz edilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesinde ‘İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşmeler muteber sayılmaz.’ hükmü öngörülmüştür. Görülüyor ki madde de önce davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılacağına ilişkin HUMK.’nin 9. maddesindeki genel kural tekrarlanmış, bununla yetinilmeyerek davanın işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer İş Mahkemesinin de yetkili olduğu hükme bağlanmıştır, işçiyi korumak ve kolaylık sağlamak amacıyla düzenlenen bu özel yetki kuralı uyarınca sigortalı işçi (veya işveren) seçimlik hakka sahip bulunmakta, davayı dilerse davalının yerleşim yerinde, dilerse işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilmektedir. Maddede ayrıca, açıklanan yetki kuralına aykırı olarak yapılacak sözleşmelerin geçersiz olacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme kamu düzenine ilişkin olduğundan belirtilen iki yer mahkemesinin yetkisini veya davacının seçme hakkını ortadan kaldıran ya da bu mahkemelerin yanında başka bir mahkemeyi de yetkili

kılan sözleşmeler geçersizdir. Öğretinin başkan görüşü¹⁴ ve Yargıtay uygulaması¹⁵ da bu doğrultudadır. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olduğundan, yetki itirazı ilk itirazlardan değildir. Taraflar yargılamanın her aşamasında yetki itirazında bulunabileceği gibi mahkemede her zaman kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceler.”¹⁶

Yetki itirazı konusunda Yüksek Mahkemenin 9. ve 21. Hukuk Dairelerinin görüşleri, yetkiyi kamu düzeninden saymaya yönelik olsa da, 10. Hukuk Dairesinin görüşü hem sonuç hem de dayanak itibarıyla bunlardan farklıdır.

Anılan dairenin kararlarında yetki konusunda usul yasasının 9. maddesi kullanılmakta ve bu uygulamaya gerekçe olarak da, 506 sayılı Yasada yetki konusunu düzenleyen bir hükmün bulunmaması gösterilmektedir. Bu tercih sonucunda da yetkisizlik bir kamu düzeni sorunu olmaktan çıkıp, ilk itiraza tabi kılınmaktadır. Dairenin görüşü, kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir: “Dava 506 sayılı Kanuna göre çalışmaların tespiti istemine ilişkin olup aynı kanunun 134. maddesi gereğince iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Öte yandan 506 sayılı Kanunun 134. maddesinde yetki yönünden açık bir hüküm bulunmamasından ötürü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yetkiye ilişkin 9 ve devamı maddelerinin uygulanması gerekmektedir. Anılan yasanın 9/2. maddesine göre, davalı birden fazla ise davacının seçimlik hakkı olup dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir. Somut olayda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 9/2. maddesi hükmüne göre dava, davalı işverenin kanuni ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde açılmış olması karşısında, mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”¹⁷

Yetki itirazlarına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 9. maddesinin uygulanmasını gerekli gören bu yaklaşım, başka bir davada, farklı gerekçeyle de olsa Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir. Dava konusu olayda yerel mahkeme, Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğünün ikametgâhının Ankara olduğunu, kural olarak davanın Ankara

İş Mahkemelerinde açılmış olması gerektiğine işaret ettikten sonra, uyuşmazlığın Kurumun Erzurum'daki şubesinin işlemlerinden kaynaklanması nedeniyle davanın Erzurum İş Mahkemesinde dahi açılabilmesini mümkün görmüştür. Ayrıca dava arkadaşı durumunda bulunan A'nın ikametgâhının Erzurum olması karşısında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9/2 hükmünün de olayda uygulanamayacağını belirtmiştir. Konu önüne gelen Hukuk Genel Kurulu ise şu gerekçelerle kararı bozmuş ve olayda 9. maddenin uygulanmasını gerekli görmüştür: "...5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesinde İş Mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı iş yeri için yetkili mahkemede bakılabileceği hükmü getirilmiştir. Ancak, bu madde, anılan yasanın iş akdi ve iş kanunundan doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde görevli mahkemeye dair olarak getirdiği düzenlemeye ilişkin 3. maddesiyle bağlantılı olduğundan, birlikte değerlendirilmek gerekir. Olayda işçinin işini yaptığı işyeri Şenkaya ilçesidir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere uyuşmazlık iş akdi veya iş kanunundan değil, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Ortada iş kanununa dayanan haktan doğan bir hukuk uyuşmazlığı bulunmadığında göre, yetkili mahkemenin genel hükümler dairesinde belirlenmesi icabedeceği kuşkusuzdur."¹⁸

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yukarıda yer verilen görüşünde değerlendirilmesi gereken nokta, 506 sayılı Yasa'da yetkiye dair hüküm bulunmaması halinde başvurulması gereken yasanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu olup olmayacağıdır.

Kanımızca sigortalıyı ilgilendiren böyle bir sorunda ilk önce İş Mahkemeleri Kanunu'na başvurulmalıdır. Zira Sosyal Sigortalar¹⁹ ve Bağ-Kur²⁰ Kanunlarında, bu kanunlardan kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin İş Mahkemeleri olduğu açıkça belirtilmiştir.

Aynı uygulama 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu için de geçerlidir²¹. Böyle bir halde, yasanın açıkça işaret

ettiği mahkemenin yetki kurallarını düzenleyen özel bir yasa varken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na gitmek isabetli olmamaktadır. Nitekim 10. Hukuk Dairesinin yetkiye ilişkin bir başka kararında, İş Mahkemeleri Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu arasındaki ilişkiye de işaret edilmiş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nda açık hüküm bulunmadığı hallerde başvurulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla böyle bir konuda özel kanun niteliğindeki İş Mahkemeleri Kanunu'nun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na karşı önceliği bulunduğu kabul edilmelidir. Adı geçen dairenin bu kararında yer alan ifadeler şunlardır: "Bilindiği gibi 1479 sayılı Kanunda, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu konusunda açıklık olmaması nedeniyle, yetkili mahkemenin; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümleri gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesinde, bu kanunda açıklık bulunmayan durumlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükmüyle uygulanacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesinde 'Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür.' denilerek genel yetki kuralı, 21. maddesinde ise, 'Haksız bir fiilden mütevellit dava, o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir.' denilerek özel yetki kuralı düzenlenmiştir. Medeni usul hukukuna göre bir dava için genel ve özel yetki kuralı bir arada bulunuyor ise, davacının seçimlik hakkı söz konusu olup, davasını genel veya özel yetkili mahkemede açabilir. İnceleme konusu davadaki somut olayda, davalının yerleşim yeri her ne kadar Karşıyaka ise de, davacı kurum seçimlik hakkını kullanarak davayı haksız eylemin meydana geldiği Manisa'da açtığından işin esasına girilip uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken, mahkemece, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."²²

Aynı gerekçe, Hukuk Genel Kurulu Kararı için de geçerlidir. 1950 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu'nun ilk maddesinde bu mahkemelerde görülecek işler sayılmış olsa da, bu tarihten sonra yürürlüğe giren ve İş Mahkemeleri Kanunu'na atf yapan çok sayıda yeni yasa hazırlanmıştır. Dolayısıyla, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olması, İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu yönde bir hükme yer verilmiş olmasından değil, ilgili sosyal güvenlik yasalarında davaların iş mahkemelerinde görüleceğinin belirtilmiş olmasından kaynaklanır. O sebeple Hukuk Genel Kurul kararında belirtildiği gibi, "uyuşmazlık iş akdi veya iş kanunundan değil, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanmakta" olsa da görevli mahkeme İş Mahkemesidir ve bu mahkemenin yetkisi konusunda verilecek kararlarda da konuyu düzenleyen özel yasa durumundaki İş Mahkemeleri Kanunu'na müracaat edilmelidir.

Yukarıda yer vermeye çalıştığımız açıklamalar doğrultusunda hareket edildiğinde, 506 ve 1479 ile 5510 sayılı Yasadan kaynaklanan davalarda ortaya çıkan yetki sorunlarında uyuşmazlığa İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin uygulanması daha isabetli olacaktır²³. Kanımızca 5. maddenin özel bir yetki hükmü olduğu ve usul yasasının 9. maddesi ile kıyaslandığında öncelikli olarak uygulanması gerektiği kabul edilmelidir²⁴. Bu noktaya varılması halinde, başta da belirtildiği üzere davaya uygulanacak yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin ve fakat kesin olmayan bir yetki kuralı olarak nitelendirilebilecektir²⁵. Çünkü bahis konusu 5. maddede iki yetki kuralı bulunmaktadır ve bunlar, genel yetkili mahkemenin HUMK. 9'da düzenlenen yetkisini kaldırmamıştır. Zira her dava için öngörülmüş olan iki yetki kuralından biri, genel yetki kuralıdır. Dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olsa da davacıya seçenek sunması sebebiyle kesin görülmeyen yetki hallerinde de davacı, davasını bu iki (genel ve özel yetkili) mahkemeden birinde açabilecektir. Bu açıdan bakıldığında başta da belirttiğimiz üzere, kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları ile kamu düzenine ilişkin özel yetki kuralları ara-

sında bir fark olmadığı belirtilmektedir²⁶. Buna karşın, sunduğu seçenekler sebebiyle öğretide bazı yazarlarca kesin görülmesi de İş Mahkemeleri Kanunu'na 5. maddesi, kamu düzenine ilişkin bir karakter taşımaktadır ki bu durumda, bir yetki sözleşmesinin yapılabilmesi mümkün olamayacağı gibi²⁷, yetkisizlik itirazı da ilk itiraz olmaktan çıkacak²⁸ ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen ve yargıç tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir dava şartı haline gelecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 2001, C.1, 548 vd. Baki Kuru/Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008, 174.
- 2 Kuru/Arslan/Yılmaz, 175.
- 3 Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 328. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998, 171. Murat Şen, İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmeleri, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-1, 568.
- 4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir olayda, toplu iş sözleşmesi ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesindeki yetki kuralını değiştiren bir hüküm getirilmiştir. Yerel mahkemenin bu tür bir düzenlemenin 5. maddenin yapısına aykırı olacağı kararı özel daire tarafından uygun görülmemiş ve karar bozulmuştur. Bozma kararında toplu sözleşmenin ilgili hükmünün yasanın 5. maddesinde yer alan kuralı ortadan kaldırmayı hedefleyen bir şart olmadığı gerekçesine dayanılmışsa da, yerel mahkemenin direnmesi üzerine konuyu ele alan Hukuk Genel Kurulu yerel mahkemeyi haklı görmüştür. Genel Kurula göre, kamu düzeni düşüncesiyle kanuna konulan 5. maddede yetki konusunda madde hükmü dışında sözleşme yapma serbestisini kaldırılmıştır. Dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 22. maddesi, mahkeme yetkisinin kamu düzeni esasına dayalı olarak belirlenmediği hallerde uygulanır. Bu sebeple, toplu iş sözleşmesinde sendika ile işveren arasında kabul edilen yetki anlaşması bu olayda göz önünde tutulamaz (YHGK. 5.6.1968, 9-433/419). Aynı nitelikli bir başka kararda ise yetki anlaşması asıl ve alt işveren arasında yapılmıştır. Bu anlaşmayı geçerli görmeyen kararda yer verilen görüşler şunlardır: "...Zararlıdır sigorta olayına maruz kalan işçinin, ... çalışmakta iken sürekli iş göremezliğe maruz kaldığı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, yönteminde yapılan yetki itirazı sonucu yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı belirgin olarak 5521 sayılı Yasanın 5. maddesidir... Maddenin açık hükmüne göre, davacının iki seçimlik hakkı vardır. Birincisi, davalıların Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhi sayılan yer mahkemesinde, diğeri de işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede dava açmasıdır. Somut olayda, davacı seçimlik hakkını

kullanarak davalıların Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhların bulunduğu Ankara'da davasını açmış olduğu açıktır. Öte yandan, davacı işçinin, işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemenin de Artvin olmayıp, Şavşat ilçesi olduğu da ortadadır. Bundan başka, komisyon ile taşeron arasındaki sözleşmede yetkiye ilişkin koşul, tarafları bağlayıcı nitelikte olduğu, davacıyı bağlamayacağı da tartışmalıdır. Kaldı ki, bir an için davacıyı da bağladığı kabul edilse de, anılan sözleşmedeki yetkiye yönelik koşul 5521 sayılı Yasanın 5. maddesine uygun olarak düzenlenmediğinden giderek, 5. maddeye aykırı olduğundan geçerli sayılamaz. Bütün bunlardan başka, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9/2. maddesine göre de, davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhının bulunduğu mahkemede de açılacağı açık seçiktir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." Y21HD. 29.04.1997, 2738/2857. Aynı yönde bir başka karar için bkz. Y9HD. 18.11.1999, 13657-K. 1999/17636 (Karar metinleri için bkz. Günay, 213-214, 229).

- 5 Kuru, 551. Kuru/Arslan/ Yılmaz, 176.
- 6 Adalet Komisyonu Raporu, m. 5'e ilişkin açıklama - (Sıra Sayısı, 181, 8).
- 7 Kuru, 552. Cevdet İlhan Günay, İş Mahkemeleri Kanunu, 207-208. Kuru/Arslan/Yılmaz, 176. 811. Sarper Süzek, İş Hukuku 2008, 104. Fevzi Şahlanan, İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976, s. 1-4, 39. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2008, 134. Bektaş Kar, İş Yargısının Kaynakları, Sicil 2006/2, 30. Kesin yetkili mahkemelerle ilgili paralel değerlendirmeleri için ayrıca bakınız Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özokes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, 127. Ancak öğretilerde aksi yönde görüşler de yer almaktadır. Buna göre 5. maddedeki düzenleme kamu düzenine ilişkin görülmemeli, anılan madde ile yetkili kılınan mahkemeler yanında, tarafların davalarını görmek için başka bir yer mahkemesini yetkili kalabilmeleri de mümkün görülmelidir (Narmanlıoğlu, 63 vd. Nüzhet Erol, Türk İş Hukukunda Mahkemelerin Yer İtibariyle Selahiyeti ve Selahiyet Anlaşması, İstanbul Barosu Dergisi, 1968/5-6, 333 vd. Sabih Selçuki, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Sendikalar İş Mahkemeleri Kanunları, İstanbul 1971, 769, 770. Mustafa Çenberci, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, 71 vd. Bkz. aşağı. dnpn. 27, 28.). Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesinin bu yöndeki eski uygulamasına ilişkin kararlar için bkz. Şen, 575-576. Bu bağlamda ileri sürülen ve işçinin lehine olmak koşuluyla yetki sözleşmesini mümkün gören görüş ve eski içtihatlar için bkz. Şen, 577-578.
- 8 Bu noktada belirtmeliyiz ki, iş mahkemelerinde görülen bazı davalarda görev ile yetki itirazı aynı anda yapılmaktadır ve bunlardan hangisinin önce inceleneceği uyumsuzluklara neden olmaktadır. Yüksek mahkeme bu tür olaylarda önce görev itirazının incelenmesi gerektiği görüşündedir. Yüksek mahkemeye göre: " Davacı taraf, davalı şirketin hizmet sözleşmesini feshettiğinden söz ederek kıdem, ihbar, kötüniyet tazminatları ile ücret isteklerinde bulunmuştur. Davalı taraf davacılarla aralarındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığını savunmuş, şirket

merkezinin de İstanbul'da oluşu nedeniyle görev ve yetki itirazlarında bulunmuştur. Mahkemece, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayalı olduğunun açıkça anlaşıldığı ancak davalı tarafın aynı zamanda yetki itirazında bulunduğunu böyle durumda özellikle yetki itirazının çözümlenmesi gerektiği ileri sürülerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca Mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir. Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. Medeni Usul Hukukuna göre görev ve yetki itirazlarının birlikte yapılması halinde öncelikle görevsizlik kararı verilir. Yetki itirazı görevli Mahkemede incelenir. Aksi düşünce ile hüküm kurulması bozmayı gerektirir." Y9HD. 27.11.1997, 16274/19869 (Karar metni için bkz. Günay, 210).

- 9 Dairenin, yetki itirazını ilk itiraz olarak gören önceki uygulamasına ilişkin içtihatlar için bkz. Y9HD. 26.6.1997, 10123/13011, Şen, 579.
- 10 Y9HD. 25.2.2008, 245/2294 (Yayınlanmamıştır).
- 11 Yargıtay'ın bir kararında: "...Somut olayda davalı belediyenin ikametgâhı Adaklı ilçesidir. Davacı işçinin çalıştığı işyeri de Adaklı Belediyesidir. Davalı Belediye 8.7.1996 tarihli dilekçe ile yetki itirazında bulunmuştur. Bu itiraz 16.7.1996 tarihli ilk oturumda 10 günlük sürede yapılmayışı nedeniyle mahkemece red edilmiştir. Bilindiği üzere İş Mahkemeleri sözlü yargılama usulüne tabidir. (HUMK. 478 m) sözlü yargılama usulünde 10 günlük süre uygulanmadığı gibi davalı ilk oturumdan önce vereceği dilekçe ile de yetki itirazında bulunabilir. Davalı belediye yetki itirazını yukarıda sözü edilen ilk oturumdan önce dilekçe ile yapmıştır. Bu durumda mahkemece yetkisizlik kararı vermek gerekirken işin esasının incelenmesi ve buna göre hüküm kurulması hatalıdır." Y9HD. 26.06.1997, 10123/13011 (Karar metni için bkz. Günay, 209).
- 12 Y9HD. 4.6.2007, 12043/17765 (Yayınlanmamıştır).
- 13 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin eski uygulaması, hizmet tespitine yönelik bir davada verdiği kararında açıkça görülmektedir. Buna göre: " Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu vekili... süresi içerisinde yetki itirazında bulunmuş ve yetkili mahkemeyi de göstermiştir. Davalı M. B.'nin ikametgâhının Elbistan ilçesi olmadığı işe giriş bildirgesi içeriğinden anlaşılmaktadır. Davanın açıldığı Elbistan ilçesinde Sosyal Sigortalar Kurumunun Şubesinin de olmadığı ortadadır. Hal böyle olunca uyumsuzluğun çözüm yerinin İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin yollamada bulunduğu HUMK. 9 ve 17. maddeleri gereğince çözümlenmesi gerektiği söz götürmez. Bu nedenle dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermek gerekirken işin esasına girilip yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Y21HD. 5.10.1999, 6756/6553 (Karar metni için bkz. Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Ankara 2002, 1353).
- 14 Süzek, 104. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, 1022. Şahlanan, 28 vd.
- 15 YHGK. 5.6.1968, 9/433-419. Y9HD. 4.6.2007, 12043/17765, Y9HD. 25.02.2008, 245/2294.
- 16 Y21HD. 27.10.2008, 2007-23615/ 2008-16624.
- 17 Y10HD. 21.11.2005, 7346/11946.

- 18 YHGK. 10.10.1990, 10-314/466 (Karar metni için bkz. Araslı, 1352).
- 19 Uyuşmazlıkların çözüm yeri: Madde 134-Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür.
- 20 Uyuşmazlıkların çözüm yeri: Madde 70-Bu Kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür.
- 21 Uyuşmazlıkların çözüm yeri: Madde 101-Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.
- 22 Y10HD. 27.10.2005, 8264/11110 (Yayınlanmamıştır).
- 23 İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesindeki yetki kuralının, işçilerin taraf olduğu davalar hakkında ve işçileri korumak için konulduğundan hareket eden bir görüşe göre, kanun koyucu bu hüküm ile işçiyi işyerinden uzaklaştırmak istememiş, işçiye işyerindeki mahkemede leh ve aleyhindeki davaları takip etmek için kolaylık sağlamak istemiştir. Bu nedenle, işveren ile Sosyal Sigortalar (Güvenlik) Kurumu arasındaki davalarda yetkili mahkeme, 5. madde hükmüne göre değil, Usul Yasasının 9. maddesine göre belirlenmelidir (Kuru, C. 5, 5636).
- 24 Nitekim 9. Hukuk Dairesi bu yönde verdiği bir kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır: "...2834 sayılı... Kanununun 22. maddesi, 'üçüncü şahıs ile Tarım Satış Kooperatifleri veya Birlikleri arasında çıkacak uyuşmazlıklar, o kooperatif veya birliği yönetim merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemelerde görülerek hükme bağlanır' hükmü içermektedir. Bu hükmün, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, özel bir yetki kuralı olduğunda kuşku yoktur. Bu özel yetki, dava çeşitlerine göre değil, davaya taraflardan birinin Tarım Satış Kooperatifi olmasına göre belirlenmiş, her çeşit dava için geçerli bulunmaktadır. Ne var ki, zaman içerisinde... 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu... yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 5. maddesi, İş Mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisini belirlemiş, iş davalarının davalının ikametgâhı mahkemesinde veya işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesinde açılacağı ve buna aykırı sözleşme de yapılamayacağı kuralını koymuştur. Bu madde, Hukuk Genel Kurulunun 27.3.1968 gün ve 193/192 sayılı Kararında da ifade edildiği gibi, kamu düzeni ile ilgilidir. İşçinin, işini yaptığı işyerinin bulunduğu mahkemede dava açabilmesi, işçiler yararına, işçileri korumak düşüncesiyle kabul edilmiştir. 29.6.1960 tarih 13/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalı işçi veya hak sahiplerinin ardası olduğundan bu düşüncelerin, Sosyal Sigortalar Kurumu bakımından da geçerli olduğunda kuşku yoktur. Ardalık ilkesi Usul Hukukunda da geçerlidir. Bu durum karşısında, 5521 sayılı kanunun, iş davaları için özel yetki kuralları getirdiği kabul edilmelidir. 2834 sayılı kanunun 22. maddesinin koyduğu davada kooperatif ve birliğin taraf olmasına göre belirlenen ve her türden davayı içeren yetki kuralına kıyasla, iş davaları için belirlenen yetki daha özel bir nitelik taşımaktadır. İş davaları genel dava kavramı içerisinde, daha özel bir yer işgal eder. O halde, 5521 sayılı Yasanın 5. maddesi, 2834 sayılı Kanunun 22. maddesine göre daha özeldir. Bir konuda, genel hükümle özel hüküm çatıştığında, özel hükmün uygulanacağı ortadadır. Öte yandan, 5521 sayılı Kanunun 5. maddesi, bir usul hükmüdür derhal hükmünü icra eder. Anılan maddenin, iş davalarıyla sınırlı olarak, 2834 sayılı Kanunun 22. maddesini zımnen kaldırdığı da düşünülmelidir. Bu nedenlerle, davada yetkinin 5521 sayılı Kanunun 5. maddesine göre saptanması zorunludur..." YHGK. 1 7.6.1983, 1981-10-65/1983-692 (Karar metni için bkz. Günay, 210-211).
- 25 Kuru, 551.
- 26 Kuru, 552.
- 27 Ancak Çenberci, işçi lehine olmak koşuluyla bu halde dahi yetki anlaşmasına izin vermektedir. Yazara göre, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi yetkiyle ilgili genel hükümleri kaldırmamakta, sadece genel hükümlerle birlikte öngörmüş olduğu işyeri esasına dayanan yetkiyi bertaraf edecek anlaşmaları geçersiz saymaktadır. Ancak bu geçersizlik, sadece işvereni hedef tutup işçiyi etki alanına almamaktadır. Hüküm salt işçiyi koruma amacıyla konulmuş olduğu için, genel hükümler ve yetki anlaşması içinde kaldıkça, işçinin açmış olduğu davalar yetki yönünden reddedilmemelidir (Çenberci, 72.).
- 28 Çenberci de bu halde ilk itirazın mümkün olmayacağı görüşündedir. Yazar konuya ilişkin değerlendirmelerinde şu ifadeler yer vermektedir: "5. maddenin konuluş nedeni, işçiyi, açtığı davalarda işverenin, genel yetki yani ikametgâh esasına dayanan yetki ilk itirazlarına karşı korumak, ona işyeri mahkemesine de başvurabilme olanağını tanımaktır. Yasa koyucu sanki şöyle konuşur gibidir; 'Sayın işveren, sayın işçi, iş mahkemelerinde açılan davalar içinde genel yetki hükümleri uygulanır. Bu yönden ikametgâh yeri mahkemesinin yetkisi yine de asıldır. Nitekim hükümet teklifinde de bu hüküm yoktur. Fakat çeşitli nedenlerle işçinin işverenin ikametgâhı mahkemesinde dava açması güçlük doğurmaktadır. Bunun içindir ki işçi, ikametgâh yeri mahkemesine dava açmışsa, işverenin yetki ilk itirazında bulunmasını yasaklıyorum. Amacım, durumu bakımından işçiyi korumak'. Gerçekten maddenin gerekçesinde şu uzun cümle, bu konuşmanın resmîyete ve hukuk kalıbına bürünmüş bir anlatımından başka nedir? 'Bilhassa işçilerin içinde buldukları şartlar bakımından, dava olunanın ikametgâhı mahkemesinde dava açmaya mecbur kalmalarından doğabilecek güçlüklerin önlenmesi maksadıyla, bu davaların, dava olunanın Medenî Kanun gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde açılacağı gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili yer mahkemesinde de görülebileceği esası konulmuş, kamu intizamı bakımından konulan bu yetki hükmünün hilâfına mukavele olunamayacağı da tasrih edilmek suretiyle işverenlerin işçiler tarafından aleyhlerine dava açılmasını güçleştirmek üzere iş mahkemelerinde veya işyeri dahili talimatnamelerinde başka yargı mercii tayin etmeleri önlemiştir' (Çenberci, 71)."

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

TİSK'in Önerileri Üzerine Düşünceler

GİRİŞ

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Danışma Konseyi altı yıl aradan sonra ilk defa toplandı. Toplantıya katılan isimlere de bakılınca, kayda değer bir oturum olduğu konusunda tereddüt oluşmuyor. Söz konusu önemli toplantıda TİSK Başkanı Tuğrul Kudatgobilik'in çizdiği olumsuz tablo açıkça tespit edilebiliyor. Sayın Başkan gelişmiş ülkelerin ekonomiyi canlandırma paketlerini devreye soktuklarını, ama alınan tedbirlerin zararı ne ölçüde karşılayacağını belli olmadığını ifade ediyor. Sanayi üretimindeki keskin düşüş de dikkate alındığında, mevcut durumun vahameti bir kez daha gözler önüne seriliyor. Toplantıda söz alan işadamları bugüne kadar bayram tatillerini uzatarak, hatta 2009 izinlerini kullanarak idare ettiklerini, ancak iç talebi canlandıracak önlemler alınmazsa, çalışanlarıyla yollarını ayıracaklarını belirtiyorlar. Bir başka deyişle, son aylarda oluşan inanılmaz sayıda yeni işsiz sayısına yenilerinin ekleneceği anlaşılıyor. Bunun nereye kadar gideceği elbette bilinmez ama bu durumun toplumda derin ekonomik yaralar açmakta olduğu hususunda bir tereddüt yok. Ancak daha da vahimi, mevcut manzara ciddi sosyal yaraları da beraberinde getirecek gibi görünüyor.

Peki, bu önemli toplantıda sorunları gören TİSK, çözüm için neler öneriyor? Konfe-

derasyonun yayın organı olan "İşveren" dergisinin Ocak-2009 sayısı bu konuya ayrılmış. TİSK özetle; ikili sosyal diyalog yoluyla ülke, sektör ve işyeri düzeyinde çalışma barışının korunması ve gerginlik yaratabilecek konuların uzlaşmazlığa dönüşmeden kutuplaşma yaratılmaksızın çözülmesinin temel şart olduğunu; hükümet, işveren ve işçi taraflarının acilen bir araya gelerek "İşsizlikle Mücadele Üçlü Anlaşması" yapmaları gerektiğini, bu çerçevede tarafların istihdamın korunması hedefine yönelik rol ve sorumlulukları tespit edilerek, belirlenecek tedbirlerin hayata geçirilmesinin zorunlu olduğunu; Fransa'da uygulanan "Olağanüstü Hallerde İstihdamı Koruma Kanunu" örnek alınarak, olağanüstü durumlarda mevcut düzenlemelerden hangilerinin uygulanıp, hangilerinin uygulanmayacağını belirlenmesi gerektiğini; sendikal rekabetin ekonomik ve sosyal açıdan olumsuz sonuçlar doğurmasının önüne geçilmesi gerektiğini; işçi sendikalarının toplu sözleşme görüşmelerinde kriz dönemini dikkate almaları gerektiğini; kıdem tazminatı konusunda hem işçi kesimini tatmin edecek hem de işveren üzerindeki mali yükü hafifletebilecek makul bir çözümün bulunması gerektiğini belirtmektedir.

TİSK mevzuat değişikliklerine de değinmek-

Endüstri ilişkilerinin düzenli ve kalıcı bir barış ortamını oluşturabilmesi özellikle sosyal tarafların diyaloguna bağlıdır.

tedir. Örneğin son çıkan Alt İşveren Yönetmeliğiyle ve İş Kanunu'nun 2. maddesindeki kısıtlamalarla bu müessesenin uygulanamaz hale geldiğini, belirli süreli iş sözleşmelerindeki objektif koşul bulunması zorunluluğunun bu sözleşmeleri uygulanamaz kıldığını, ödünç iş ilişkisinin çok sınırlı bir uygulamaya sahip olduğunu ve taslakta olduğu gibi bu müessesenin mesleki olarak yapılabilmesi yönünde kanun değişikliği yapılması gerektiğini, yıllık ücretli izin sürelerinin bir bölümünün 10 günden az olmamak üzere en çok üçe bölünebileceği yönündeki hükmün değiştirilmesi gerektiğini, denkleştirme süresi ile ilgili iki aylık azami sürenin artırılması gerektiğini, tatil dönemlerinde de telafi çalışması yapılmasının önünün açılması gerektiğini, telafi çalışmasındaki iki aylık sürenin bir yıla kadar çıkarılmasının isabetli olacağını, madde metnindeki “günde üç saatten fazla olamaz” şeklindeki ibarenin “günde 11 saati aşmayacak şekilde” olarak değiştirilmesi gerektiğini, kısa çalışma uygulamasında genel ekonomik kriz dışında sektörel krizlerin de dikkate alınması gerektiğini, kısa çalışma ödeneğinin kriz süresince devam etmesi gerektiğini, kısa çalışmadan yararlanmak için yapılacak başvuruya 15 gün içinde cevap verilmesi zorunluluğu getirilmesinin doğru olacağını, başvurunun Bakanlıkça reddedilmesi halinde üçlü yapıdaki bir kurula itiraz mekanizmasının getirilmesi gerektiğini, kısa çalışma ödeneğinden yararlanılabilmesi için Bakanlıkça kriz olduğu yönünde bir açıklama yapılması zorunluluğunun kaldırılmasının doğru olacağını, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarının hafifletilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aşağıda TİSK'in söz konusu önerileri üzerinde duracak ve ayrıntılı olarak değerlendireceğiz.

Sosyal Diyalog

TİSK haklı olarak sosyal diyalog mekaniz-

malarının daha aktif hale getirilmesini talep etmektedir. Örneğin yakın bir süre önce Üçlü Danışma Kurulu'nun toplanması ve Sayın Çalışma Bakanı'nın söz konusu kurulun daha sık toplanacağı şeklindeki beyanını önemsemek gerekir kanısındayım. Bilindiği üzere endüstri ilişkilerinin düzenli ve kalıcı bir barış ortamını oluşturabilmesi özellikle sosyal tarafların diyaloguna bağlıdır. Çünkü, sosyal tarafların diyalogundaki gelişim devleti de etkiler. Üçlü diyalog o zaman daha demokratik, daha etkili ve daha sürekli olur. İşçi ve işveren sendikalarının birbirlerini etkileyip geliştirecekleri birliktelikleri, çalışma barışını da olumlu yönde etkileyecek, üretimin kesintisiz sürmesini sağlayacak, verimliliği artırıp paylaşımdaki uçurumları giderecektir. Aslında sosyal diyalogu gerçekleştirmek üzere daha önce Ekonomik ve Sosyal Konsey oluşturulmuştu, ne var ki bu Konsey neredeyse hiçbir hükümet döneminde düzenli bir şekilde toplanamamış, sosyal tarafların da kuruma sahip çıkmamaları nedeniyle, çalışmalardan çok da olumlu sonuçlar elde edilememişti. Bunda büyük ölçüde Konsey'in kamu ağırlıklı bir yapıya sahip olması etkili olmuştur.

Yeni İş Kanunu'nun 114. maddesinde ise üçlü temsile dayalı istişari nitelikte bir “Üçlü Danışma Kurulu” ihdas edilmiştir. İşçi ve işverenlerin bu müesseseden azami verimi alma isteklerinin derecesi, Üçlü Danışma Kurulu'ndan elde edilebilecek yararlar doğru orantılı olacaktır. Bunun için de tüm konfederasyonların söz konusu kurumun yaşaması ve işletilmesine destek vermeleri gerekmektedir. İş Kanunu md. 114'e göre; “çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin danışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu oluşturulur. Kurul'un çalışma usul ve esasları çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir”. Böylece, işçi-işveren ilişkilerini düzenlemek için oluşturulan ve her iki kesim ile hükümetin temsil edildiği Üçlü Danışma Kurulu hayata geçirilmiştir. 114. maddede adı geçen yönetmelik ise, “Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma

Kurulu'nun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" adıyla 04.04.2004 tarihli ve 25423 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin amacı ve kapsamı 1. maddesinde, "çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi, hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin bir danışmanın gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturulan Üçlü Danışma Kurulu'nun teşekkülü, görev ve yetkileri, organları, toplanması, çalışma usul ve esaslarını düzenlemek" şeklinde ifade edilmiştir.

Ne var ki, 2003 yılında yürürlüğe giren kanun metni ve 2004 tarihli ilgili Yönetmelik bulunmasına rağmen, bu müesseseden yeteri kadar verim alınmamıştır. Bugün böyle bir düşünce değişikliğinin olumlu olduğu ve tarafların söz konusu toplantılardan azami verimi almak için samimi bir gayret göstermeleri gerektiği düşüncesindeyiz.

Toplu Sözleşme Görüşmelerindeki Uyum

TİSK'in üzerinde durduğu bir başka konu da özellikle bugün yaşanan tarzdaki ekonomik kriz dönemlerinde sendikaların gerçekçi taleplerle toplu sözleşme masasına oturup, istihdamı koruyucu çerçevede görüşmeler yapmaları ve görüşmeler esnasında yapıcı olmalarıdır. Gerçekten de, geçmiş dönemlerin sendikacılığı ile sonuç alabilmek artık mümkün olmamaktadır. Sendikalı işçi sayısının büyük ölçüde azaldığı günümüzde işçi örgütleri gerçekçi ve samimi yaklaşımlarla örgütlenmelidirler. Bilindiği üzere, çalışma hayatının istikrar içinde devam edebilmesinin, ekonomik yaşamın gösterdiği değişkenliklerden toplumsal düzenin asgari oranda etkilenmesinin ve buna yönelik olarak işletmelerin rekabet güçlerini koruyarak var-

lıklarını sürdürebilmelerinin temeli, örgütlerin yapısının, teknolojisinin ve diğer öğelerin birbirleriyle ahenk içinde olması ve aynı zamanda tüm bunların örgütün dış çevresiyle de uyum sağlayabilmeleridir. Bugünün çalkantılı ve karmaşık ortamında, eski davranış biçimleri istenen sonuçları vermemektedirler. Bu nedenle örgütler değişim zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Yaşamlarını sürdürebilmek ve rekabetçi konumlarını koruyabilmek için gereklilik haline gelen bu değişim; varolan kuralları değiştirmek ve yeni davranış biçimleri geliştirmek şeklinde kendini göstermektedir. Birkaç yıl öncesine kadar "değişimi yönetmek" liderlerin karşı karşıya kaldıkları en önemli konuyken, bugün sorun artık "değişimi yönetebilmenin" de ötesinde "sürprizleri yönetebilmek" haline gelmiştir.

Değişim hızının bu denli artması ve "sürpriz" sayılabilecek gelişmelerin ortaya çıkması, işletme çevresinin krizlere ve çatışmalara yatkın hale gelmesine neden olmaktadır. Krizler örgütler ve çalışanları için artık temel sorunlar olmuştur ve çevremiz giderek daha krize yatkın bir hale gelmektedir. Bu nedenle, bugünkü değişim hızında başarılı olabilmenin temeli "proaktif yaklaşımların" uygulanmasından geçmektedir. Gelecekte olabilecekleri tam olarak tespit etmek mümkün değildir, ancak varolan koşulları ve verileri değerlendirerek gelecekle ilgili öngörülerde bulunulabilir. Bu tür değerlendirmeleri ve öngörülerini olanaklı olduğunca zamanında ve doğru yapabilmek artık işletmeler için yaşamsal bir önem taşır duruma gelmiştir.

Özellikle son on yıllık dönemde geniş bir küreselleşme gerçeğiyle karşı karşıya kalınmıştır. Dünya ekonomisi ile bütünleşmeyi gerçekleştiremeyen ülke ekonomileri mağdur olmuşlar, buna bağlı olarak da işletmeler kendilerini yoğun ve hata affetmeyen bir rekabet ortamında bulmuşlar ve çalışma hayatı da köklü bir değişime uğramıştır. Artık çalışma yaşamını düzenleyen yasaların amacı geçmişte olduğu gibi sadece "işçiyi korumak" değil, aynı zamanda işletmeyi de korumak olmalıdır. Söz konusu yeni şartlar işçilerin ve işverenlerin ortak bazı noktalarda buluşmaları zorunluluğunu getir-

Bugünkü değişim hızında başarılı olabilmenin temeli "proaktif yaklaşımların" uygulanmasından geçmektedir.

mektedir. Geçmişte toplu görüşmeler yoluyla optimum nokta bulma çabasındaki sosyal taraflar, üretmeden bölüşmenin olanaklı olmadığı gerçeğini kavramalıdır. Bu durum ise her iki tarafı daha çok üretmenin, aynı zamanda kendini krize rağmen güvende hissetmenin yollarını birlikte aramaya yöneltmelidir. İşçi ve işveren kesimlerinin iyi bir diyalog oluşturması ve müşterek çözümler üretmesi karşılıklı kayıpları asgaride tutacaktır. Görüldüğü üzere günümüzde “işyeri”, sosyal ortakların ortak çıkarlarının bulunduğu yeni bir içerik kazanmıştır. Bu gelişme sürecinde, sosyal taraflar bir çıkar ayrılığının tarafı ve hasmı olarak değil, ortak çıkarların bütünleşmiş bir parçası haline gelmeye başlamışlardır. Varolan koşullar işbirliği gereksinimini ön plana çıkarmıştır, bu durumda sosyal taraflar uyumsuzluk olasılığını olabildiğince bertaraf edip, sorunları barışçı çözüm yollarıyla çözme yolunu seçmelidirler. Çünkü, rekabetin tüm şiddetiyle etkisini hissettirdiği, sipariş üzerine ve sıfır stokla üretimin yapıldığı günümüzde hiçbir işletmenin grevde kaybedecek bir günü bile yoktur. Böyle bir durum işletmenin pazar payını kaybetmesine yol açacaktır, çünkü grev nedeniyle piyasada onun boşalttığı yeri hemen doldurabilecek rakip her an vardır. Söz konusu “ortak yönetim” anlayışı ulusal ekonomik istikrarın sağlanması yönünde de son derece olumlu sonuçlar doğurmaktadır.

Toplum hayatında iktisadi, sosyal ve siyasal düzeni geniş biçimde etkileyen örgütlenmeler olan sendikaların da yeni düzene ayak uydurmaları bir zorunluluk halini almıştır. Zira, yeni yapılanmada amaç; işçi-işveren arasında işbirliğini gerçekleştirmek, çatışma yerine uyumlu bir endüstri ilişkileri yaratmak ve piyasa şartlarına işletmelerin kolayca uyum sağlamaları-

Yeni dönemde çalışma ilişkileri husumete dayanan yaklaşımlardan “kader ortaklığı”na yönelmiş; işbirliği, diyalog ve sosyal sorumluluklara dayalı yeni ufuklara doğru gelişmiştir.

nı gerçekleştirmektir. Gerçekten de, iktisadi, teknolojik ve siyasi değişikliklere bağlı olarak, sendikaların yapısal ve işlevsel açıdan farklılıklar göstermek zorunda olmaları kaçınılmazdır. Özellikle işçi sendikaları toplumun iktisadi, sosyal ve siyasal düzeni içinde birer denge ve ahenk unsurudur. Bu nedenle bunların sendikal faaliyetleri, toplu pazarlık, ücret ağırlıklı olmaktan çıkmalıdır. İşçi sendikacılığı, sadece üyelerinin ekonomik çıkarlarına yönelik fayda sağlama yaklaşımını sürdürmemelidir. Sendikaların gelecekteki konumları işgücü piyasalarının gelişen dinamiklerine uyum sağlamaları ile olanaklı olacaktır. Üyelerine günün gerektirdiği eğitimleri vermemekte ısrarlı, uzlaşmaz, birbirinden kopuk ve benzer örgütlerle yapıcı değil kısır bir liderlik çekişmesi içinde olan bir sendikal yapının yaşayabilmesi söz konusu değildir.

Ancak, Türkiye 1980’li yılların başından itibaren, ücretlilerin alım gücünü her geçen gün daha zayıflatan bir enflasyonla yaşamaktaydı, bugün geline nokta ise enflasyon oranı iniyormuş gibi gözükse de, özellikle çalışanların bunu hissettiklerini söylemek mümkün değildir. Bu durum, doğal olarak çalışma hayatını olumsuz etkilemekte ve birçok toplumsal problemle karşı karşıya kalınmaktadır. Reel ücreti düşen işçi kesimi, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde işveren tarafından kabulü olanaklı olmayan taleplerde bulunmakta, büyük bir işveren kesimi ise işgücü maliyetlerini artırarak rekabet gücünü kaybetmemek için taleplere sıcak bakmamaktadır. Bu durum grevlere yol açabilir, ne var ki grev bir çare değildir, zira grevde kaybedilen gün sayısının büyük rakamlara ulaşması işletmelerin kapanması, dolayısıyla işçinin de işinden olmasıyla sonuçlanabilir.

Sendikalar çalışma hayatının önemli bir unsurudur ve kuruluşun rekabet gücünü artırıcı faaliyetler sosyal tarafları temsil eden sendikalarla iş ortaklığı anlayışıyla yürütülmelidir. Gerçekten de sendikalar işyerinin rekabet kabiliyetini artırmakta, sağlıklı işlediklerinde sorunların çözümünde yaptıkları katkılarla verimlilik sağlamaktadırlar. Bugün, ortaya çıkan ekonomik ve teknolojik şartlar, günümüze kadar geliştirilmiş çalışma koşullarını değişim yönünde zorlamaktadır. Önemli olan, bu yeni uygulamalar

Uzun yıllardır gündemde olan Kıdem Tazminatı Fonu Yasa Tasarısı güncelliğini hiç kaybetmemektedir.

nedeniyle sosyal tarafların zarar görmesini engellemektir. Bu nedenle, rekabet gücünü korumak/kazanmak yanında “toplumsal sorumluluk” unsuru da önemsenmelidir. Gerçekten de, yeni dönemde çalışma ilişkileri husumete dayanan yaklaşımlardan “kader ortaklığı”na yönelmiş; işbirliği, diyalog ve sosyal sorumluluklara dayalı yeni ufuklara doğru gelişmiştir. Aslında çalışma hayatının hiçbir sorununun çözümünü, işçi-işveren işbirliği dışında başka bir temele dayandırmak olanaklı değildir. Bunun için, çalışma hayatındaki uygulamalarda köklü değişimlerle yeni bakış açıları getirilmelidir.

Kıdem Tazminatı

TİSK'in önerilerinden biri de kıdem tazminatı konusunda makul bir çözümün bulunmasıdır. Zira yıllardır TİSK'in yayınlarında sürekli bu konu işlenmekte, hiçbir ülkede Türkiye'dekine benzer bir kıdem tazminatı uygulaması olmadığı işlenmektedir. Buna ilişkin olarak yapılan tartışmalar yıllardır sürmektedir. İşçi kesimi bu husus üzerinde masaya dahi oturmamakta, işveren kesimi ise konuyu gündemde tutmaya çalışmaktadır. Bu müesseseye ilişkin olarak tasarılar hazırlanmaktadır ancak konu öylesine hassastır ki 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girecek birçok konuda değişiklik yapmasına rağmen, kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesi yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

Uzun yıllardır gündemde olan Kıdem Tazminatı Fonu Yasa Tasarısı da güncelliğini hiç kaybetmemektedir. Gerçekten de İş Kanunu'nun geçici 6. maddesinde “Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur.” hükmü yer almaktadır. Ancak o günden beri herhangi bir gelişme olmamıştır. Tasarı ülkemizde gerek işçi gerekse işveren tarafı bakımından son derece büyük önem arz ediyor. Her ne kadar aralarında ayrılık olsa da, genel hatlarıyla işçi kesimi kıdem tazminatını sürekli bir güvence

olarak gördüğünden fon tasarısına tedirginlik ve kuşkuyla bakıyor. Hatta bazıları bunu bir genel grev nedeni yapacağını bile ifade ediyor. Bu tedirginliğin nedeni ise ülkemizde geçmiş dönemlerde oluşturulan bazı fonların (konut edindirme, tasarrufu teşvik vb.) olumsuz durumlarıdır. Peki Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı ile neler getirilmektedir?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, fon kurulması kıdem tazminatının kalkması anlamına gelmiyor. Mevcut düzenlemede çalışanlar kıdem tazminatına hak kazandıran her işten ayrılma sonunda tazminat alıyorlar. Yasa çıktığında ise artık çalışanlar fonda birikecek olan tazminatlarını alabilecekler. Tasarıya göre İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalıştırılanlar fondan yararlanabilecekler. Çalışanlar açısından sigortalı bir işte çalışmaya başlamak fondan yararlanabilmek için yeterli olacak. Çünkü işe başlamak fonla olan ilişkiyi de başlatmak anlamına gelmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesinin, 4447 sayılı Kanun ile de işsizlik sigortasının kabul edilip yürürlüğe girdiği ülkemizde bu iki müesseseye ile yakın bağlantıları olan kıdem tazminatı müessesesinin yeniden yapılandırılması şarttır. Zira bu müessesenin, zaman içinde yapılan yasal değişikliklerle uygulama alanı çok genişlemiş, hak kazanma şartları kolaylaşmış ve ödenecek miktar ise büyümüş bulunmaktadır. Fonlu çözüm, işverenleri gereksiz maliyet hesapları yapmaktan ve gereksiz kıdem tazminatı davalarına muhatap olmaktan kurtaracak, işçileri de işverenlerin gereksiz fesih istemlerine karşı koruyacak ve onlar için işverenlerin herhangi bir nedenle ödeme güçlüğüne düşmesi halinde tazminatlarını alma hususunda güvence teşkil edecektir.

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun içinde eski İş Kanunu'ndan kalan tek hüküm kıdem tazminatı maddesi olup 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki yeni anlayış çerçevesinde ihtiyaçlara cevap verememektedir. Bu nedenle, kıdem tazminatı üzerindeki tartışmaların bir an önce sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu yapılırken de her iki sosyal taraf için de olumlu sonuçlar doğuracak düzenlemeler getirilmelidir. Kaldı ki, bu mümkündür. Biraz daha ayrıntıya girmek gerekirse;

Kıdem tazminatı, malullük, yaşlılık ya da emeklilik aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmelerini fesheden ya da iş sözleşmeleri işverence herhangi bir şekilde sona erdirilip de malullük, yaşlılık, emeklilik aylığı ya da toptan ödeme almak için başvuran çalışanlara, çalışanın ölümü halinde yasal mirasçılarında ödenecektir. Bundan böyle iş sözleşmesini haklı sebeple fesheden ya da iş sözleşmesi haksız bir fesihle işverence feshedilen işçiye ya da evlendiği için iş sözleşmesini bir yıl içinde kendi fesheden kadın işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapılmayacaktır. Buna karşılık işten ister kendi isteğiyle ayrılmış olsun, ister çıkarılmış olsun, ister çalışıyor olsun, adına en az 10 yıl fona prim ödenen işçinin talebi halinde kıdem tazminatı ödenecektir. Burada dikkati çeken husus, 10 yıllık sürenin ister kesintili olsun ister kesintisiz, fakat fiilen çalışarak, bir başka deyişle fona prim ödenerek geçirilmiş olmasıdır.

İşçiye ve ölümü halinde yasal mirasçılarında, fona prim ödenmiş olan her tam yıl için prim hesabına esas olan ücretinin 30 günlük tutarı kadar fondan kıdem tazminatı ödenecektir. Yıldan arta kalan süreler için ise orantılı hesaplama yapılacaktır. Tazminatın hesabına esas alınacak ücrete bir de alt ve üst sınır getirilmiş olup, alt sınır yürürlükteki asgari ücret, üst sınır ise en yüksek devlet memuruna ödenecek emeklilik ikramiyesidir. Bu hükümler yıllardan beri alıştığımız hükümlere benzemektedir.

Kıdem Tazminatı Fonu için işverenlerden çalıştırdığı her işçinin aylık ücretinin %3'ü oranında aylık prim alınacaktır. Bu primler, ödeyen işveren tarafından vergi açısından gider olarak yazılabilecektir. İşte bu noktada kafamızda bazı soru işaretleri oluşmaktadır. Prim yükünün aylık ücretin %3'ü olarak tespiti normal görünüyorsa da, bu miktarın matematiksel

Geçmişte yapılan yasal değişikliklerle uygulama alanı genişletilen kıdem tazminatı, işletmelerin üzerinde çok ağır bir mali yük haline gelmiş ve istihdam yaratılmasını engeller bir nitelik kazanmıştır.

olarak kıdem tazminatı yükünü nasıl karşılayacağı kuşkuludur. Sanırız ki bu rakam karşısında fon açık verecektir. Açık vermemesi için işverenden en az yaklaşık %8 prim alınması gerekir ki, bu da tartışılması bile mümkün olmayan bir husustur. Bu noktanın öyle sanıyoruz ki, sigorta teknikleri kullanılarak iyi hesap edilmesi, prim-fon ilişkisinin iyi kurulması gerekir. İşte tam da bu noktada, fona ilişkin önemli tereddütlerimiz oluşmaktadır.

Geçmişte yapılan yasal değişikliklerle uygulama alanı genişletilen kıdem tazminatı, işletmelerin üzerinde çok ağır bir mali yük haline gelmiş ve istihdam yaratılmasını engeller bir nitelik kazanmıştır. Üstelik, bir çeşit iş güvencesi sayılabilecek olan bu kurum, ülkemizde işten çıkarmaların en önemli nedenlerinden biri haline gelmiştir. Uygulamada kıdem tazminatı müessesesi yaşlılık sigortası, işsizlik sigortası, gelir ve iş güvencesi, yoksulluğa düşmeyi önleyici ek güvence gibi fonksiyonları da üstlenerek her bir hizmet yılı için 30 günlük ücret tutarına ulaşmıştır. Bugün Türk çalışma hayatı 4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesine, 4447 sayılı Kanun ile de işsizlik sigortasına sahiptir. Bu iki kurum artık kıdem tazminatı müessesesinin kesinlikle gözden geçirilerek yeni bir çerçeveye oturtulmasını zorunlu kılmaktadır.

Kıdem tazminatı ile ilgili tartışmalar uzun zamandır sürmektedir. Tartışmalar zamanında Bilim Komisyonunca hazırlanan iki olasılık üzerinde yoğunlaşmıştır. Birinci olasılık, mevcut kıdem tazminatı müessesesinin, üstlenmiş olduğu fonksiyonlardan arındırılarak her tam yıl için işverence işçiye ödenecek 30 günlük ücret 15 güne indirilmek, buna karşılık hak kazanma olanakları genişletilmek suretiyle mevcut maddede değişiklik yapılması; ikinci olasılık ise, kıdem tazminatının, bir tür emeklilik ikramiyesine dönüştürülerek işçinin değişik işverenlere ait işyerlerindeki kıdem tazminatı primi ödenen tüm hizmet sürelerini kapsayacak, iş ilişkisi hangi nedenlerle sona ermiş olursa olsun işçinin hizmet birleştirmesinden yararlanabileceği, kıdem tazminatı ödenmemesi ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde işverenlerce ödenecek primlerden oluşturulacak bir fondan karşılanması şeklindedir.

Kıdem Tazminatı Fonu'nun gelecekte finansman krizi içine girebileceği endişesi ile mevcut sistemin, her tam yıl için işverence işçiye ödenecek 30 günlük ücretin üzerinde tartışılması koşuluyla devamı daha isabetli gözükmektedir. Zira bugün itibariyle yapılan aktüeryal hesaplamalar, Fon'un gelecekte Türkiye ekonomisi için büyük bir problem oluşturacağı izlenimini vermektedir.

Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması

Bugün yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesi uyarınca söz konusu ilişki iyice dar bir alana hapsolmuştur. Buna göre; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

Diğer yandan, 4857 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkra şu şekildedir: "(Değişik: 15.05.2008-5763/1 md.) Bu Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenler-

ce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır."

Bu noktadan hareketle devam edecek olursak, 5763 sayılı Kanun'la getirilen önemli prosedürden sonra beklenen ve bu prosedürün ayrıntılarını ve uygulamasını gösterecek "Alt İşverenlik Yönetmeliği" de 27.09.2008 tarihinde yayımlanmıştır. Bu Yönetmeliğe göre, bir süredir yapılan tartışmaların bir anlamı kalmamış ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki "ile" ibaresinin "veya" değil "ve" olarak anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, taşeron uygulaması neredeyse sonlanmış bulunmaktadır. Oysa yapılması gereken, ülkemizde büyük sayıda şirkette bulunan alt işverenlik uygulamasının sonlandırılması değil, kötü niyetli uygulamaların engellenmesidir. Bu anlamda belki de alt işverenin alt işvereni olması uygulamalarına mani olmak düşünülebilir. Zira bu durumda gerçekten de işçi haklarına hanel geldiği tespit edilebilmektedir.

Diğer yandan, alt işveren uygulamasını yarıda adı geçen yönetmelik vasıtasıyla adeta ortadan kaldırmak, hiç istenmeyen fason çalışma şeklini de daha baskın bir şekilde gündeme getirecektir. Soyer'in bu hususta kanımızca son derece isabetli bir şekilde açıkladığı üzere; kanunun amacı salt maliyetleri düşürmek amacıyla ve muvazaaya dayanmayan bir işlemle müstakil bir müteşebbis sıfatına sahip bir başka işverene iş verilmesini engellemek değildir. Bu belki de kanunun temel amaçları arasında yer almaktadır. Ancak bir hükme anlam verilirken, kanunun bütününe hakim olan tercihleri de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Kanun'dan tamamen farklı olarak, işgücü maliyetlerinin düşürülmesine olanak tanıyan çeşitli mekanizmalar getirmiş bulunmaktadır ve bu durum kanun koyucunun açık bir tercihi olarak karşımızda durmaktadır. Sadece maliyetleri düşürmek için bir başka işverene iş verilemeyeceğini savunan düşüncenin, işçileri daha çok koruduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira, sadece

Yapılması gereken, ülkemizde büyük sayıda şirkette bulunan alt işverenlik uygulamasının sonlandırılması değil, kötü niyetli uygulamaların engellenmesidir.

maliyetleri düşürmek için bir başka işverene iş verilemeyecek olması, fiilen fason üretimin teşvik edilmesi sonucunu doğuracaktır. İşyerinde kayıtlı olarak çalışan diğer bir işverene bağlı işçilerin çalışma koşulları ve işçilik güvenceleri ise, en azından üçlü iş ilişkisinden kaynaklanan müteselsil sorumluluk nedeniyle, fason üretim yapan işyerlerindeki işçilerden daha ileri düzeydedir¹. Belirtmek gerekir ki, Çil tarafından da isabetli olarak müteselsil sorumluluğun işçi yararına bir durum olduğu belirtilmekte ve yorumun bu ilişkinin varlığı yönünde yapılması gerektiği belirtilmektedir². Bu anlamda, maliyet kaygılarıyla işin bir başka işverene verilmesine kanunun imkân tanımadığını ileri sürmek, kanun koyucunun temel yönelimiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü 4857 sayılı Kanun, işgücü maliyetinden tasarruf edilmesini teşvik eden pek çok düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Denkleştirme uygulaması, telafi çalışması buna örnek olarak gösterilebilir. Sağlıklı bir üçlü iş ilişkisinin de bu ekonomik bakış açısıyla değerlendirilmemesi için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri

4857 sayılı İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak “belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak” yapılmasını düzenlemektedir. Oysa Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan taslağın 12. maddesinde, ilk defa yapılacak sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli olarak yapılması tümüyle tarafların iradelerine bırakılıyordu. Bu yönde bir düzenleme doğal olarak sözleşme özgürlüğü ilkesine daha uygun bir sonuç doğuracaktı. Taslakta buna ek olarak, çalışma ilişkilerinde asıl olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu ve esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılamayacağı hükmü getiriliyordu.

Kanunun 11. maddesi bazı tartışmaları ve belirsizliği de beraberinde getirme tehlikesini taşımaktadır. Şöyle ki, maddede tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması öngörülmüş, ancak, Kanun’un 8. maddesinde “süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin ya-

zılı şekilde yapılması zorunludur” şeklinde bir hüküm getirilerek iki madde arasında çelişki yaratılmıştır. Bu durumda, süresi bir yıldan az olan belirli süreli iş sözleşmelerinin şekli nasıl olacaktır? Kanımızca, bugün için tüm belirli süreli iş sözleşmeleri yazılı olarak yapılmalı, ancak yakın zamanda da bir kanun değişikliğiyle bu çelişki giderilmelidir.

Diğer yandan, yeni İş Kanunu md. 11/2’de “esaslı bir neden” olmadıkça birden fazla üst üste belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı ifade edilmiştir. Burada adı geçen “esaslı neden” ile maddenin ilk fıkrasındaki objektif neden arasında da kanımızca bir farklılık bulunmamaktadır. Bu durumda, ilk defa yapılacak belirli süreli iş sözleşmesi için aranan koşul, elbette sözleşmenin yenilenmesi için de aranacaktır. Bir başka deyişle, Kanun, bir kez dahi yenilendiğinde, belirli süreli iş sözleşmesinin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğini belirtmektedir. Bu şekilde, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması daha istisnai bir nitelik kazanmakta ve söz konusu sözleşmelerin uygulama alanı oldukça daraltılmaktadır.

Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi

Bilim Komisyonunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na sunmuş olduğu Tasarı’da ödünç iş ilişkisinin kurulması hususu mevcut kanuni hükümden farklı düzenlenmiş ve ödünç iş ilişkisinin oluşabilmesi için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Tasarı’daki hükme göre; “işveren (ödünç veren), rızasını almak suretiyle bir işçiyi başka bir işverene (ödünç alan) iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak verdiği ödünç iş ilişkisi kurulmuş olur”. Ancak, kabul edilen değişiklik önergesiyle, madde bugünkü şeklini almıştır. Bunun gerekçesi olarak da, “madde, ekonominin gereklerine ve mevcut uygulamalara uyumlu hale getirilerek, geçici iş ilişkisinin hangi hallerde ve ne şekilde uygulanacağı belirtilmiştir.” şeklinde bir ifade kullanılmıştır.

Ödünç iş ilişkisinin türleri incelenirken, ölçüt olarak ele alınacak olan nokta, işçi ile ödünç veren işveren arasında, “istisnai” olarak

mı, yoksa “kural olarak veya münhasıran” mı bir başka işverene ödünç verilmek üzere bir iş sözleşmesi yapıldığı hususudur. Bu anlamda, ödünç iş ilişkisi temelde iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlardan birincisi, muhtelif nedenlerle bir işverenin (ödünç veren) iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işçisini geçici bir süre için bir başka işverenin (ödünç alan) emrine vermesi şeklinde oluşmaktadır. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü ise; “meslek olarak yapılan” işçi ödünç vermedir. Bir işverenin, işyerini, kazanç elde etmek amacıyla işçi ödünç vermeye tahsis etmiş olması durumunda, onun işçi vermeyi meslek edinmiş olacağından söz edilebilir. Bu durumda, başka işletmelere işçi teminini meslek olarak yapmakta olan işverenin, işçiyi sadece ödünç vermek maksadıyla iş sözleşmesi yapması söz konusudur. İşveren bu amaçla işe aldığı işçileri kendi yanında çalıştırmamakta, gereksinimi olanlara ödünç olarak vermektedir. İşçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin emrinde hiç çalışmamaktadır. Hatta birçok durumda, ödünç veren işverenin o işçiyi çalıştırabileceği, üretim yapılan kendine ait bir işyeri dahi mevcut değildir. Nitekim, meslek olarak ödünç işçi veren işverenler genellikle bir ofiste faaliyette bulunmakta ve hukuki anlamda olmasa da ekonomik anlamda iş aracılığı yapmaktadırlar. Ödünç veren işverenin amacı, bu yaptığı hizmet karşılığında kazanç elde etmektir. İş Kanunu Tasarısı’nda başlangıçta “ödünç iş ilişkisi” ve “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” iki ayrı başlık halinde düzenlenmişken, işçi kesiminden gelen tepkiler üzerine mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin kullanılmasına ilişkin madde, metinden tümüyle çıkarılmıştır. Oysa mesleki faaliyet olarak yapılan ödünç işçi temini işi tüm dünyada yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve birçok ülkede de yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bu anlamda, Kanun’da değişiklik yapılarak ödünç iş ilişkisinin mesleki ve kazanç temin edici bir faaliyet olarak yapılmasının da yolu açılmalıdır. Bugün batılı ilkelere bakıldığında, istihdamın çok ciddi bir bölümünün bu şekilde sağlandığı tespit edilebilmektedir. Bir başka deyişle, genellikle çalışma yaşamına girecek olanlar işgücü piyasasına bu şekilde katılmaktadırlar. Bu nedenle,

ülkemizde de bu yönde bir adım atılmasının zamanının çoktan geldiği düşüncesindeyiz.

Yıllık Ücretli İznin Bölünmesi

4857 sayılı İş Kanunu’nun 56. maddesi uyarınca, 53. maddede öngörülen yıllık ücretli izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilecektir. İtiraf etmek gerekir ki, yeni kanunumuzun esneklik çerçevesinde şekillenmiş felsefesine uygun olmayan bu düzenleme hem işverenler hem de işçiler için memnun edici değildir. Zira üretimin sürekli kesintilere uğradığı, istikrarsızlığın adeta kural haline geldiği günümüzde işverenlerin bu düzenlemeye riayet etmeleri oldukça zor olmaktadır. İşçiler de diledikleri zamanda ve diledikleri oranda yıllık izinlerini kullanmak istemektedirler. Bu gerçek, firmalarda çift yıllık izin defteri tutulması gibi hukuka uygun olmayan yöntemlere tevessül edilmesine bile yol açabilmektedir. Bu nedenle, söz konusu on günlük sürenin ve sürenin en çok üçe bölünebileceği hususunun tekrar gözden geçirilmesinde yarar olduğu düşüncesindeyiz.

Denkleştirme Süresi ve Telafi Çalışması

4857 sayılı yeni İş Kanunu; 1475 sayılı İş Kanunu’nda katı bir şekilde düzenlenmiş olan, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölünerek uygulanması kuralını değiştirerek, bunun taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği esasını öngörmüştür. Buna göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilecek ve bu halde iki aya ya da toplu iş sözleşmeleri vasıtasıyla dört aya kadar bir denkleştirme süresi uygulaması yapılabilecektir. Böylece iş yoğunluğu, işin gerekleri, müşterinin değişken talepleri, konjonktürel talep dalgalanmaları, kriz dönemleri ve benzeri durumlarda işletmeler ve işçiler açısından doğru ve yararlı çözümler oluşturulabilecek, işletmelere önemli ölçüde esneklik sağlanacak ve uluslararası rekabet güçleri artırılacaktır. Ne var ki, denkleştirmeye ilişkin

söz konusu hüküm her ne kadar olumlu bir düzenleme olsa da, iki aylık bir süre müesseseden istenen faydanın sağlanması için yeterli değildir. Bu nedenle, TİSK'in önerisi olumlu karşılanmalı ve bu süre bir miktar artırılmalıdır.

Nihayet, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde düzenlenen ve kanımızca önemli bir ihtiyacı karşılayan telafi çalışmasında da, müesseseyi daha yapıcı ve yararlı kılacak değişikliklere ihtiyaç bulunmaktadır. Şöyle ki, kanun metninde tatil günlerinde telafi çalışması yapılamayacağı belirtilmektedir. Belki ulusal bayram ve genel tatil günleri için bu hüküm isabetli görülebilirse de hafta tatillerinde telafi çalışması yapılması yolunun kanuni düzenlemede açılması gerektiği düşüncesindeyiz. Son olarak, kanunda telafi çalışmasının, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla günde üç saatten fazla olamayacağı belirtilmektedir. Bu hükmün de günlük en çok çalışma süresi olan 11 saati aşamayacağı şeklinde değiştirilmesinin daha amaca uygun olacağı kanısındayız.

SONUÇ

Bir yandan İş Hukukunun temel varoluş sebebi olan "işçiyi koruma ilkesi"ne, diğer yandan da 4857 sayılı Kanun'un ana mantığına ve getirdiği düzenlemelere bakınca, gerçekten ciddi sorularla karşı karşıya kalmaktayız. Güvenlik ile esneklik arasında nasıl bir denge kurulmalıdır? İş Hukuku başlangıçtaki misyonundan, işçileri korumaktan uzaklaşmakta mıdır? Çalışma yaşamının dinamizmi karşısında İş Hukukunun içerdiği kuralların çağın gerisinde kalması mümkün değildir. Bir başka deyişle, İş Hukuku sürekli değişmek zorundadır. İş Hukukunun çağdaşlığından söz edebilmenin temel koşulu; işçinin, çalışma hayatının ortaya çıkardığı yeni çalışma ilişkilerinin, yeni çalışma ortamının olumsuzluklarından korunmasıdır. Ancak, bu durum, bugün çalışma mevzuatının, önceki koruyucu özelliğini aynen sürdüreceği anlamına da gelmemektedir. Çünkü, çalışma mevzuatının sanayi toplumu içinde taşıdığı koruma özelliği, günümüzün bilgi toplumunda temelini yitirmiş bulunmaktadır. Günümüzde İş Hukuku, sadece çalışanı korumak olan ge-

leneksel rolünü oynamamakta, istihdam ve iş yaratmayla da yakından ilgilenmektedir. Gerçekten de birçok ülkede İş Hukuku ve endüstriyel ilişkiler, başlıca hedefi şirketlerin rekabet gücünü ve istihdam artışını desteklemek olan bir yaklaşıma kaymıştır. Belirtmek gerekir ki, İş Hukuku alanında yapılacak değişikliklerden, tek başlarına istihdam yaratmalarını beklemek doğru değildir. Ancak, çalışma mevzuatı ekonomik sistemin verimli yönetiminin ve buna bağlı olarak istihdam yaratılmasının ve istihdamın sağlıklı sürdürülmesinin önünde bir engel oluşturmamalıdır. Bu nedenle, İş Hukukunun, işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini terk etmeden, yeni işler yaratılmasını engellemek için piyasaya ve işletmeye daha duyarlı olması gerekmektedir. İş Hukuku günümüzde, bir taraftan yaşama ve çalışma koşullarını korumanın aracı olmalıdır, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumundadır.

Nihayet, İş Hukuku her zaman olduğu gibi bugün de amaç çatışmasında bir uzlaşma armalıdır. Buradaki çözümde bir yanda daha fazla esneklik, diğer yanda işçinin korunması ve korumada yenilenme istemi dikkate alınmaktadır. Bir başka deyişle, esneklik ve işçinin korunması İş Hukukunda "ekonomik olan" ile "sosyal olan" arasında yeni denge arayışlarını da gündeme getirmektedir.

Bu çerçevede şekillenen TİSK önerileri ciddiye alınmalıdır. TİSK kayıtlı işçi çalıştıran, önemli katma değer yaratan kayda değer firmaların üye olduğu saygın bir kurumdur. Görüşlerine değer verilmelidir. Kaldı ki, yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşleri tek tek incelendiğinde büyük çoğunluğuna hak vermemek de mümkün değildir kanısındayız.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, Polat: "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", MESS-Sicil Dergisi, s. 20-21.
- 2 Çil, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 21.

Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret

A. GENEL OLARAK KIDEM TAZMİNATI

Bir işyerinde ya da işverenin buyruğunda veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin işini kaybetmesi halinde onun işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye toplu bir para verilmektedir ki buna “kıdem tazminatı” denilmektedir¹.

Kıdem tazminatının niteliği üzerine tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kıdem tazminatının teknik anlamda bir tazminat veya ikramiye ya da işsizlik sigortası olduğu görüşleri ileri sürülmüştür².

Kıdem tazminatı kendine özgü bir karaktere sahiptir. Genel ve teknik anlamdaki tazminata ilişkin kurallar bu tazminata uygulanamaz. Zira, ne işverenin kusuru ne de işçinin kusursuzluğu koşuluna dayanmayan bir tazminat türü olan kıdem tazminatı ayrıca, işçinin herhangi bir zarara uğraması şartına da bağlı değildir. Kıdem tazminatının gerçekleşme koşulu ve miktarı doğrudan yasayla belirlenmiştir³.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan bir işçilik hakkı olmakla beraber, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, kanunen belirlenen sınırlı ve

sayılı sona erme hallerinde ve belli bir kıdeme sahip olan işçiler için söz konusu olmaktadır⁴. Ayrıca “objektif sorumluluk” olarak adlandırılan kusursuz sorumluluk hali olarak da değerlendirilemez. Zira, kusursuz sorumlulukta kusur aranmaz ise de, hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekir. Oysa kıdem tazminatı, hukuka aykırılığın bulunmasını da şart kılmayan “iş hukukuna özgü” bir tazminattır⁵.

B. KIDEM TAZMİNATI HESABINDA ÜCRET

1. Son Ücret Kavramı

İşçinin kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret son ücrettir⁶. Bu ücret iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesih önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ancak ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazmina-

tının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Bu ücret iş hukuku öğretisinde ve uygulamada kabul edildiği gibi işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı, işçinin fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesaplanır⁷.

Tazminata esas aylık ücret, saat ücretinin önce 7,5 sonra da 30 ile çarpımı sonucunda belirlenmelidir⁸. Yoksa aylık ücretin tespitinin işçinin fiilen çalıştığı gün sayısı üzerinden hesaplanması doğru olmaz.

Aylık maktu ücret ödenen hallerde ise, 30 gün esasına göre ödenen ücret bir aylık ücret olarak esas alınmalıdır. Feshin gerçekleştiği takvim ayının 30 günden daha az ya da fazla olması ayrı bir hesap yöntemini gerektirmez. Örneğin feshin şubat ayının 28 gün çektiği bir ay içinde yapılması durumunda dahi, kıdem tazminatı 30 günlük maktu ücrete göre hesaplanmalıdır.

Ücret haftada bir ödendiğinde alınan ücret yediye, onbeş günde bir ödendiğinde onbeşe bölünmelidir⁹. İş Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ücret en geç ayda bir ödeneceğinden bir ayı aşan bir periyotta ücret ödenmesi mümkün değildir. Bu bakımdan işçi ücretinin bir ayı aşan şekilde ödenmiş olması halinde dahi hesaplamanın aylık ücrete dönüştürülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesi gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret son ücret olunca işçinin artmış olan ücret döneminde bir gün dahi çalışmış olması yeterlidir. Yoksa ücretin tahakkuk ettirilerek ödenmesi gereken günde çalışma şartı aranmaz. Örneğin toplu iş sözleşmesi ücret artışının yürürlüğe girdiği 1.1.2009 tarihinde işçinin çalışmış olması ve aynı gün içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçinin ücreti son gün için zamlı olarak hesaplanmalı ve ödenmelidir. Anılan ay ücretinin tahakkuk ettirilerek ödemesinin yapıldığı 31.1.2009 tarihine kadar çalışmamış olması bu sonuç değiştirmez. Örnekte, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması durumunda 1.1.2009 tarihinde

yapılmış olan zam nispetine göre aylık ücreti belirlenmeli ve kıdem tazminatı buna göre hesaplanmalıdır.

Bunun aksine son ücretin azalmış olması da imkân dahilindedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre tarafların karşılıklı iradelerin birleşmesi yoluyla çalışma koşullarını değiştirmeleri ve bu kapsamda ücreti azaltmaları olanaklıdır. Örneğin işçinin ücretinin ekonomik kriz, iş sözleşmesinin kısmi süreli iş ilişkisine dönüştürülmesi gibi nedenlerle düşürülmesi halinde -kötüniyete dayanan uygulamalar ayrık olmak üzere- kıdem tazminatının azaltılmış bu son ücret üzerinden hesaplanması gerekir. İşçinin yıl içinde yüksek miktarlara ulaşmış olan ücretinin esas alınması doğru olmaz. Bununla birlikte tarafların işçinin düşürülmüş son ücreti yerine daha fazla olan eski ücreti üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi noktasında anlaşmaları mümkün görülebilir. Zira son ücret üzerinden hesaplamayı öngören yasa hükmü, esasen işçiyi korumak için getirilmiş nispi emredici bir hükümdür. Tarafların daha yüksek olan eski ücret üzerinden kıdem tazminatı hesabını kararlaştırmaları mümkün görülmelidir.

Tarafların toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmesi ile kıdem tazminatının son ücret yerine daha fazla bir ücretle ödeneceğinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağını ayrıca ele almak gerekir. Örneğin son ücretin 2 katı tutarında bir hesaplama yapılabilmesine imkân veren toplu iş sözleşmesine geçerlilik tanınabilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, kıdem tazminatı tavan kontrolünün yapılacağı ve anılan hesap yöntemine göre tavan tutarını aşan bir kısmın dikkate alınamayacağı açıktır. Bunun dışında işçi ücretinin 2 katını esas alan düzenlemenin cezai şart kuralı olup olmadığı ve indirimin gerekip gerekmediği de ayrıca değerlendirilmelidir. Son olarak, kıdem tazminatının vergiden muaf olması sebebiyle iş ilişkisinin taraflarının vergi yükümlülüğünden kurtulmayı amaç edinerek bu tür düzenlemelere gitmelerinin mümkün olduğu dikkate alınarak çözümler üretilmelidir.

Yeri gelmişken tam süreli iş ilişkisinden kısmi süreli iş ilişkisine geçiş sebebiyle işçi ücretinin azaltılması, yine ekonomik krize bağlı

olarak ücret veya diğer eklerinin düşürülmesi gibi hallerde, işçinin iş sözleşmesinin feshedilerek kıdem tazminatının yüksek ücret üzerinden tam olarak ödenmesi ve ardından yeni çalışma koşullarına göre daha düşük ücretle iş ilişkisi kurulmasının mümkün olabileceği ve ödenmiş olan kıdem tazminatının avans olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Zira bu çözüm tarzı işçinin lehine olup, ücretin düşürülmesi sebebiyle son ücret esasına göre hesaplanması gereken kıdem tazminatı bu şekilde korunmuş olacaktır.

Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder. İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.

İşe iade davasının yargılaması sırasında en çok 4 aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği Yargıtay uygulamasıdır¹⁰. Bu durumda işe iade sonrasında işe almama suretiyle gerçekleşen fesihle kıdem tazminatının hangi ücret üzerinden hesaplanması gerektiği önem kazanır. İşçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmektedir¹¹. Ancak bu süre içinde kalmakla birlikte, 4 aya kadar boşta geçen süreyi aşan kısım kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmamaktadır¹². Bu durumda 4 ayı aşan boşta geçen süre bir tür askı hali olarak değerlendirilmelidir¹³. Bununla birlikte, kıdem tazminatı hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte alması gereken ücret dikkate alınmalıdır. Hemen belirtelim ki, kıdem tazminatı tavanı da işçinin işe alınmayacağına açıklandığı ya da bir aylık işe başlatmama süresinin sonu olan fesih tarihine göre belirlenir.

2. Ücretin Ekleri

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur¹⁴. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giye-

cek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır¹⁵. Bir Yargıtay kararında, primin kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁶. Düşüncemize göre prim adı altında sabit bir rakam olarak yapılan ödemeler ya da çalışma ve performansa göre değişse de, süreklilik gösteren bu tür ödemelerin tazminata esas ücrete eklenmesi gerekir. Ancak belli bir kota, üretim, satış miktarı ya da performansa bağlı olarak hak kazanılabilen, aksi halde ödenmeyen ve süreklilik göstermeyen prim ödemelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı düşüncesindeyiz. Yine iş sözleşmesiyle çalışan bir avukatın, işveren adına yürüttüğü dava ve icra takipleri sebebiyle hak kazandığı avukatlık ücreti kural olarak tazminata esas ücret içinde değerlendirilemez. Bununla birlikte iş sözleşmesinde temel ücretin yanında başarıya bağlı olmaksızın maktu bir avukatlık ücretinin ödeneceği kararlaştırıldığında, kıdem tazminatı, sözü edilen ek ödeme de dikkate alınarak belirlenmelidir. Yargıtay, işçinin başarısı ve işverenin kârlılığıyla doğrudan ilgili olan jestiyon ödemesinin tazminata esas ücrete eklenemeyeceğine karar vermiştir¹⁷.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere havlu, sabun yardımı gibi aynı edimler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak işçiye işyeri dışında da kullanabileceği, giyecek ve temizlik malzemeleri verilmesi durumunda sözü edilen aynı yardımların parasal karşılığı tazminata esas ücrete eklenmelidir. Yardımların yılda bir defa, hatta her toplu iş sözleşmesi döneminde sadece bir kez öngörülmüş olması da bu noktada önemsizdir.

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre kişisel korunma aracı olarak verilmesi zorunlu bulunan iş elbisesi, iş ayakkabısı, çizme, gözlük, eldiven gibi giyim eşyalarının parasal değeri, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz¹⁸. Buna karşın takım elbise, palto, ayakkabı gibi giyim eşyalarının parasal değeri karşılığı kıdem tazminatı hesabında göz önünde tutulur¹⁹.

Özel okullarda görev yapan öğretmenler bakımından ek ders ücretinin tazminata esas ücrete eklenip eklenemeyeceği temel bir sorun

olarak karşımızdadır. Öğretmen ya da yönetici ile kurucu arasında yapılan ve Milli Eğitim Müdürlüğü'ne gönderilen iş sözleşmesinde çalışanın aylık maktu ücretle çalışacağına kararlaştırılması ve ek ders yapılması halinde ek ders ücretlerinin belirlenmesi halinde tazminata esas ücretin ek ders ücretleri dikkate alınmaksızın hesaplanması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira aylık 20 saat karşılığı maktu ücretle çalışan öğretmen yönünden ek ders, bir yönüyle fazla çalışmaya benzemektedir. Ancak, iş sözleşmesinde ücret ödeme biçiminin aylık maktu ücret yerine ders ücretli olarak belirlenmesi durumunda ek ders ücretlerinin tazminata esas ücrete eklenmesi gerektiği söylenebilir.

İşçinin yapmış olduğu fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili karşılığı alacakları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Yargıtay'ın bir kararında arızı nitelikte olan fazla çalışma ücretinin tazminata esas ücrete yansıtılmasının hatalı olduğundan söz edilmiştir²⁰. Yargıtay'ın anılan kararına göre arızı nitelikte olmayan aylık maktu ücretin içinde ödenen fazla çalışma ücretlerinin tazminat hesabında dikkate alınıp alınamayacağı sorunu akla gelebilir. Düşüncemize göre fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinin hiçbir şekilde tazminata esas ücrete eklenmesi doğru olmaz. Yargıtay'ın sözü edilen kararında vurgu, fazla çalışmalarının arızı nitelikte olduğu yönündedir. Yoksa, sürekli fazla çalışma yapan bir işçi yönünden fazla çalışmaların karşılığının tazminata esas ücrete ekleneceği sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim, iş yaşamında sürekli olarak fazla çalışma yaptırılması yaygın olduğu halde, fazla çalışmaların tazminata esas ücrete ekleneceğine dair Yargıtay kararı bulunmamaktadır.

Burada konuyla bağlantılı başka bir soruna değinmekte yarar vardır. İş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğunun kararlaştırıldığı durumlarda, işçiye maktu olarak ödenen ücretin içinde yıllık 270 saat fazla çalışma karşılığının yer aldığı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²¹. Fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı düşünülürken, tazminata esas ücretin belirlenmesi bir sorun olarak karşımıza

çıkacaktır. Böyle bir durumda işçiye yıllık 270 saatlik fazla çalışma ücretinin aylık ücretlerle birlikte ödenmiş olduğu varsayıldığına göre, fazla çalışma ücreti olarak yapılan ödemelerin ayrıştırılarak tazminata esas ücretin belirlenmesi gerekecektir. Yılda 270 saat fazla çalışmanın zamlı tutarı ile birlikte karşılığı belirlenmeli ve bir aya düşen tutarı son aylık ücretten düşülmeli ve kalan miktar temel ücret olarak tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004 yılında verdiği bir kararında teşvik (özendirme) ikramiyesinin geniş anlamda ücrete dâhil olmadığı, bu nedenle kıdem tazminatına esas ücrete eklenemeyeceği kabul edilmiştir²². Kararın içeriğinden teşvik ikramiyesinin dayanağı ve ödenme şekli anlaşılammaktadır. İşverence işçi belli bir konuda özendirmek için bir defaya mahsus olarak verilen ödemelerin tazminata esas ücrete eklenemeyeceği açıktır. Ancak işçinin işyerindeki kıdemine göre hak kazanılan ve süreklilik gösteren kıdemli işçiliği teşvik primi gibi ödemelerin tazminata esas ücrete yansıtılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Jestiyon ikramiyesi yönünden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. İşçiye belli bir dönemde elde edilen başarı ya da sergilenen performans göre işverence jest olarak yapılan bu ödemeler kural olarak süreklilik göstermeyen arızı nitelikte ödemelerdir. Bu itibarla tazminat hesabına dâhil edilemezler. Ancak işçi için belli periyotlara göre maktu ya da asgari bir sabit jestiyon ödemesi kararlaştırılması halinde düzenlilik gösteren bu türlü ödemelerin tazminat hesabı yönünden değerlendirilmesi gerekir.

İşçiye 6772 sayılı Yasa gereği ödenen ilave tediye süreklilik gösterdiğinden tazminata esas ücrete eklenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 51. maddesine göre otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerler ile içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerden yüzde usulünün uygulandığı müesseselerde işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimle müşterilerinin hesap pusulalarına yüzde eklenmesi yoluyla veya müşterilerin kendi isteğiyle ödedikleri bahşişler asıl ücret niteliğinde olduğundan tazminata esas ücrete dikkate alınma-

lıdır. İşçinin sadece üçüncü kişi konumundaki müşterilerin verdiği bahşişle çalışması halinde de bahşiş ücretin kendisidir. Bu itibarla bahşiş miktarlarının ortalamasından oluşan aylık ücrette göre kıdem tazminatı hesaplanır.

Nakit olarak yapılan yemek yardımının kıdem tazminatına esas ücrete yansıtılacağına kuşku duymamak gerekir. Ayın olarak verilen yemek de para ile ölçülebileceğinden bir günlük değeri tazminata esas ücrete eklenmelidir. İşçiye son bir ay içinde çalıştığı gün sayısı kadar yemek yardımı yapılmış olmakla çalışılan gün sayısı ile bir günlük yemek bedeli çarpılır ve 30 güne bölünerek bir güne düşen yemek bedeli belirlenir.

Aynı olarak yapılan gıda ve erzak yardımının parasal değeri de tazminata dahil edilir. Yardımın aylık periyotlarla yapılması ile yılda iki defa dini bayramlarda verilmiş olması bu sonucu değiştirmez. Farklılık sadece hesap yönteminde kendisini gösterir. Aylık yapılan gıda erzak yardımının son aylık değeri tazminata esas ücrete eklenir. Yılda bir ya da iki defa yapılan yardımlarda ise yardımların toplam tutarı 365'e bölünerek bir güne düşen miktar ortaya çıkarılır.

İşçilerin işyerine ulaşımının sağlanması için verilen nakit ya da nakit yerine geçen (akbil vs.) yardımların tazminat hesabında dikkate alınacağı açıktır. İşverence servis hizmeti sağlanması yoluyla ulaşım yardımı yapılması halinde de, söz konusu yardımın parasal değeri tazminat hesabına eklenmelidir. Burada da işçinin ay içinde işe gelip gittiği günler bakımından hesaplama yapılmalı ve 30 güne bölünerek bir güne düşen tutar belirlenmelidir.

İşverence işçiye işyerine gidiş ve gelişler hatta özel yaşamında kullanmak üzere özel araç tahsis edilmesi halinde söz konusu aynı yardımın da parasal bir değerinin olduğu açıktır. Bu halde de aracın işçi yaşamına maddi katkısı ortalama olarak belirlenmeli ve tazminat hesabına eklenmelidir. İşverence araç yakıt giderinin de karşılanması halinde yakıt bedeli maddi bir menfaat olarak tazminata yansıtılmalıdır. Ancak işçiye tahsis edilen aracın şoförlü olması ayrıca bir ilaveyi gerektirmez.

İşçiye nakit olarak sağlanan kira yardımının

tamamı tazminata esas ücrete dikkate alınmalıdır. İşçiye kullanmak üzere konut tahsisinde ise bir aylık emsal kira değeri tazminata yansıtılmalıdır. İşçiye bedelsiz olarak oturması sağlanan konutun işverene ya da ortaklara, hatta üçüncü kişilere ait olması bu konuda önemsizdir. İşverenin üçüncü kişilerden alacakları karşılığında sağladığı bu imkân dahi tazminat hesabında gözetilir.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre konut kapıcılarına görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir. Ancak konut tahsis edilmişse, konutun İmar Kanunu ile belediyenin ilgili yönetmeliklerine uygun olması gerekir. Kapıcıya verilen konut için kira istenemeyeceği sözü edilen yönetmelikte düzenlenmiştir²³. Buna göre kapıcı ile oturduğu konut için yapılan kira sözleşmesi geçerli değildir. Konutun kira değerinin işçinin ücretine sayılması da imkânsızdır. O halde kapıcının bedelsiz olarak kullandığı konutun emsal kira değeri tazminata esas ücrete eklenmelidir²⁴.

Kapıcının su, elektrik ve ısınma giderlerine kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağına sözleşme ile belirleneceği de yönetmelikte ifadesini bulmuştur²⁵. O halde taraflar, kapıcının anılan giderlere katılması ya da katılmaması hususunu serbestçe kararlaştırılabilecektir. Tarafların iradesinin açık ya da örtülü biçimde ortaya çıkması mümkündür. Sözleşmede bu yönde bir açıklık bulunmaması durumunda işyerindeki uygulamanın bu konuda belirleyici olması gerekir. Çalışma koşullarının kapıcının elektrik, su ve ısınma giderlerine katılmaması şeklinde oluşması halinde işverence bunun aksine bir uygulamaya tek taraflı olarak gidilebilmesi mümkün olmaz. Bu yönde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin hükümleri uygulanmalıdır. Kapıcıya sözü edilen yardımların kısmen ya da tamamen sağlanması durumunda sağlanan yardımların tamamı tazminata esas ücrete eklenir. Elektrik, su ve ısınma giderleri süreklilik gösterse de aylara göre sürekli değiştiğinden son bir yıl içinde yapılan yardımlar toplamı 365'e bölünerek bir günlük tazminata esas ücrete eklenmelidir.

İşçinin evli olup olmasına göre ödenen aile yardımı, çocuk sayısına göre ödenen çocuk

yardımı ve eğitim durumunu ilgilendiren tahsil yardımı gibi yardımların süreklilik göstermesi halinde tazminata esas ücrete eklenmesi gerekir. Buna karşın bir defaya mahsus olarak ödenen evlenme, doğum, ölüm ve tahsil yardımı gibi yardımlar tazminat hesabında dikkate alınmamalıdır.

Temettü veya kâr payı adı altında yapılan ödemelerin devamlılık arz etmesi halinde kıdem tazminatı hesabına eklenmesi gerekir.

Yıllık izin ücreti asıl ücretin kendisi olup, ayrı bir kalem olarak tazminata esas ücrete eklenmez. İşçiye yıllık izne gönderildiği zamanlar ödenen izin harçlığı da arazi nitelikte olmakla kural olarak tazminat hesabında dikkate alınmamalıdır. Ancak işçinin izinlerinin düzenli olarak kullanıldığı ve her izin süresi için ek bir ödeme yapıldığı durumlarda belirtilen menfaatin parasal karşılığının tazminata yansıtılması mümkündür.

İşçiye henüz çalışılmayan dönem için verilen avans niteliğinde ödemeler, tazminata esas ücrete eklenmemelidir. Örneğin işçiye avans olarak ücret ödenmesinin ardından gerçekleşen fesihle, işçinin ödenen ücreti iadesi lazım geldiğinden tazminata esas ücretten avans miktarı dikkate alınmamalıdır.

Yine, ikramiyenin çalışılmayan dönem için peşin olarak ödendiği ve işçinin ikramiyenin kapsadığı zaman diliminde çalışmasının olmadığı bir örnekte, sözü edilen ikramiye tutarının iadesi ya da mahsubu gerekmele, tazminat hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Varsa önceki döneme ait ikramiye ödemeleri üzerinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

İşçiye uygulanan disiplin cezası sebebiyle yevmiyesinden kesilen tutar ile işverene vermiş olduğu zarar sebebiyle ücretinden kesinti yapılan miktarlar tazminata esas alınacak ücretin tespitinde eksi bir kalem olarak dikkate alınmamalıdır.

İşçilere dini veya milli bayramlara göre bayram harçlığı ve benzeri bir adla yapılan ödemeler süreklilik gösterdiğinde tazminat hesabına dahil edilir.

İşçinin görev yeri dışında görevlendirilmesine bağlı olarak yasa ya da sözleşmeye bağlı olarak ödenen harcırah, işçinin o yer ile ilgili

masraflarını karşılamaya yönelik ek ve geçici nitelikte bir ödeme olup bu yönüyle tazminata esas ücrete eklenmemelidir.

İşçinin buluşları sebebiyle hak kazandığı ödemeler de arazi nitelikte olup, tazminat hesabında dikkate alınmamalıdır.

Sigorta priminin işveren payı da brüt ücretin dışında işverenin yasal ilave bir yükümlülüğü olmakla tazminata esas ücrete gözetilmemelidir. Aynı şekilde bir dönem kesilen zorunlu tasarruf işveren payı ile konut edindirme yardımının işveren kesintisi tutarları tazminata esas ücrete dahil edilmemelidir. Yargıtay'ın bir kararında tasarruf teşvik işveren katkı payının kıdem tazminatı hesabına eklenemeyeceği açıklanmıştır²⁶.

İşçiye sağlanan eğitimin giderleri tazminata esas ücrete eklenmemelidir. Yine sözleşme hükümüne göre hak kazanılan cezai şart ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen işe başlatmama tazminatı tutarlarının tazminata esas ücrete yansıtılması söz konusu olmaz.

Vergi iadesi alacağı işçinin tüketim harcamaları sonucu ödediği verginin bir kısmının geri alınmasıyla ilgili olup, işveren bu uygulamada sadece bir aracıdır. Bu nedenle vergi iadesi ödemeleri tazminata esas ücreti ilgilendirmez.

İşçiye belli durumlarda ödenen geçici iş göremezlik ödeneği de tazminat hesabında dikkate alınmamalıdır.

Yargıtay, işçiye yurt dışında görevli olduğu sırada yurt dışı geçim farkı adı altında ödemenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağına hükmetmiştir²⁷. Düşüncemize göre işçinin yurt dışında olduğu sırada düzenli olarak ödenen para, adı ne olursa olsun tazminata esas ücrete eklenmelidir. Ancak sözü edilen ödemenin tazminata esas ücrete yansıtılması için, feshin, işçinin yurt dışında görev yaptığı sırada gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde işçinin yurt dışı görevi bittikten sonra Türkiye'de çalıştığı sırada yapılan fesihle son ücret, Türkiye'de ödenen ücret olmalıdır.

Uygulamada ağır vasıta ve özellikle tır şoförleri bakımından gidilen mesafeye göre yol primi adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Çoğunlukla asgari ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte ve ücretin esaslı kısmı

belirtilen primlerle sağlanmaktadır. Yurt dışına sefer yapan bir tır şoförünün sadece asgari ücretle çalışmayacağı bilinen bir durumdur. Böyle olunca tazminata esas ücretin tespitinde yol primi adı altında yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerekir. Yargıtay kararları bu yönde istikrar kazanmış durumdadır²⁸. Tır şoförü bir işçinin ayda ortalama kaç sefer yaptığı ve gidilen yola göre ne kadar yol primi aldığı belirlenmeli ve sabit ücrete ilavesiyle tazminata esas ücret ortaya konulmalıdır.

3. Son Ücretin ve Eklerinin Belirlenmesi

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken son temel ücret ile eklerinin tartışmalı olması halinde gerçek tutarın belirlenmesi bir zorunluluktur. Bu konuda bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya varsa protokol hükümleri, personel yönetmeliği, yönetim kurulu kararları yol gösterici olabilir. En belirgin ispat aracı işçinin imzasını taşıyan aylık ücret bordrolarıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5754 sayılı Yasa'yla değişik 32. maddesinde bazı işyerleri bakımından ücret ve eklerinin bankaya yatırılması zorunlu hale getirilmiştir. 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işyerleri açısından en az 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler aylık ücretlerle eklerini bankaya ödemek zorundadırlar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102. maddesinde de zorunluluğa rağmen ücret ve eklerinin banka hesabına yatırılmaması veya eksik yatırılması her ay ve her işçi bakımından 100 Türk Lirası idari para cezasının uygulanması şeklinde yaptırıma bağlanmıştır. Bankaya ödenmesi zorunlu olan işyerleri bakımından banka kayıtlarının ücretin miktarı konusunda ispat gücü artmıştır. Buna rağmen işçinin ücretlerinin bankaya tam olarak yatırılmaması ve bir kısmının elden ödenmesi ihtimal dahilindedir. Bankaya yatan ücretin düşük olduğunun ya da banka kayıtlarının gerçeği yansıtmadığının yazılı delille ispatı mümkündür.

Yine, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102. mad-

desi anlamında kesinleşmiş bir idari para cezası uygulaması tazminata esas ücretin tespiti noktasında etkili olur. İmzalı ücret bordroları ile banka kayıtlarının aksinin yazılı bir delille kanıtlanamaması durumunda tanık deliline de başvurulabilir. Ancak tanık beyanlarıyla, yazılı delilin aksinin kanıtlanması: iş hukukunun kendine özgü yapısı içinde ve ancak istisnai hallerde geçerli olmalıdır. Yargıtay, bu gibi durumlarda meslek odalarından ücret araştırması yapılmasını öngörmektedir. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı Yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmektedir, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir²⁹.

Ücret ve eklerinin ispatı konusunda yazılı bir delil bulunmaması halinde tanık beyanları ile de son ücretin kanıtlanması mümkündür. Bu noktada da işçinin kıdemi, meslek unvanı,

fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlarla, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinde sözü edilen "adet olan" ücret de gözetilmelidir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret son ücret olmakla, işçinin en son çalışma karşılığı hak kazandığı ücreti tespit olunmalıdır. İşçinin önceki dönemlere ait ücretinin bilindiği, ancak son ücretin belirlenemediği durumlarda, bilinen ücretin dönem asgari ücretine oranı belirlenmeli ve son dönem asgari ücrete aynı oran uygulanarak sonuca gidilmelidir. Bilinen dönem ücretten yola çıkılarak son ücretin belirleneceği durumlarda işçinin fiilen yaptığı işin ve meslek unvanının değişmemiş olması önemlidir.

Ücretin eki niteliğindeki ödemelerin zaman içinde kaldırılmış olması halinde sorunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında çözümü gerekir. Çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelen bu uygulamanın işçiyi bağlayıp bağlamayacağı anılan hükme göre ele alınmalı ve işçinin değişikliği kabul ettiği hallerde son ücret kavramı değişiklik olgusuna göre belirlenmelidir. Örneğin, yılda 4 ikramiye uygulamasının geçerli olduğu bir işyerinde İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun olarak ikramiye sayısının 2'ye indirilmesi halinde kıdem tazminatına esas ücret 2 ikramiye uygulamasına göre belirlenmelidir. İkramiye tutarının miktar olarak indirilmesi halinde ise, son dönemi ilgilendiren ikramiye tutarı ait olduğu dönem gün sayısına bölünerek bir güne düşen ikramiye tespit olunmalıdır.

Son ücret ihbar önelinin verildiği değil, feshin gerçekleştiği andaki ücrettir. Derhal fesihlerde işçiye ihbar tazminatı ödenmediği takdirde önel içinde doğabilecek ücret artışları son ücret hesabında dikkate alınmalıdır.

İşçinin işyerinde aralıklı çalışması halinde son ücret, kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde feshin gerçekleştiği son fesih tarihindeki ücrettir. Aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde farklı zamanlarda aralıklı çalışan işçi yönünden en son fesih nedenine göre kıdem tazminatı talep hakkı doğmamışsa, son dönem hizmetler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağından, tazminata hak kazanacak

bir şekilde gerçekleşen bir önceki fesih tarihindeki son ücrete göre kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

İşçinin emekli olmasına rağmen işyerinde çalışmaya devam etmesi ve emekli olduğu tarihte kıdem tazminatı ödenmemesi halinde de, kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşen son fesih tarihindeki son ücrete göre ve tüm süre üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır³⁰. Ancak, işçinin iradesiyle gerçekleşen emekliliğin ardından işçiye kıdem tazminatı ödenmiş olması durumunda, önceki hizmet dönemi tasfiye edilmiş olup, aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde devam eden çalışmalar yeni bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda son ücret üzerinden hesaplama sadece emeklilik sonrası için geçerli olmalıdır.

Ücret ve ücretin eki niteliğindeki ödemeleri işçiye fiilen ödenmemiş olması tazminata esas ücretin tespiti bakımından sonuca etkisizdir. İşçinin ödenmeyen işçilik alacaklarını talep etmemiş olması, hatta feragat etmiş olması da önemsizdir. Örneğin, işçiye hak kazandığı halde son bir yıl içinde ikramiye ödenmemiş olması ve işçinin sözü edilen alacağını talep etmemiş olması, hatta ikramiye ödetilmesi istediğinden vazgeçmesi halinde dahi tazminata esas ücrette ikramiye gözetilmelidir.

Yine ücret ve eki niteliğinde sayılan para ve para ile ölçülmesi mümkün olan hakların zamanaşımına uğramış olması, tazminata esas ücretten sayılmamayı gerektirmez. Ücret ve eki niteliğinde alacaklarda zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu gözetildiğinde, zamanaşımı defii sebebiyle tahsili mümkün olamasa da 10 yıllık zamanaşımına tabi olan tazminatlar bakımından aynı ücret ve ekleri hesaplamanın bir unsuru olarak dikkate alınmak durumundadır.

İşçinin ücretinin parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü uygulanarak ödendiği ve sabit olmadığı hallerde 1475 sayılı Yasa'nın 14/9. maddesi hükmüne göre son bir yıl içinde ödenen tutarın aynı süreye bölünerek bir güne düşen tutarı belirlenmelidir.

Mevsimlik işlerde, mevsime bağlı olarak işçinin iş sözleşmesi askıya alınmakta ve yeni çalışma sezonuna kadar işçinin iş görme borcu

ile işverenin ücret ödeme borcu belli bir dönem için yerine getirilmemektedir. Mevsimlik işlerde çalışan işçinin iş sözleşmesinin yeni çalışma mevsiminde işe çağrılmama yoluyla feshedildiği durumlarda fesih tarihi işe başlatılmadığı andır. Bu bakımdan mevsimlik işlerde kıdem tazminatına esas ücretin tespiti ayrı bir önem arz eder. Öğretide çalışılan mevsim içinde işçiye ödenen ücretler toplamının sezon içinde çalışılan gün sayısına bölünmesi yoluyla bir günlük tazminata esas ücretin belirlenebileceği ifade edilmiştir³¹. Parça başı, akort, götürü ve yüzde usulü ücret ödendiği hallerde hesap yönteminin mevsim içinde ödenen ücretlerin çalışma gün sayısına bölünerek hesaplanması gerektiğinden kuşku duymamak gerekir. Ancak, mevsimlik işte çalışmış olsa da aylık maktu ücretin ödendiği durumlarda, işçiye çalıştığı sürede son ay itibarıyla ödenen ücret otuz güne bölünerek bir günlük tazminata esas ücret belirlenmelidir.

Mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışan işçi toplu iş sözleşmesinde ayrık hüküm olmaması halinde çalıştığı süreyle sınırlı olarak toplu iş sözleşmesinde öngörülen aynı yardımlardan yararlandırılır³². Buna göre mevsimlik işçiye mevsime bağlı olarak ödenen aynı yardımların parasal değeri de kıdem tazminatı hesabına eklenmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Kısmi çalışma Kanunda yer almasına rağmen, kıdem nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmemiştir. Konu, konuya dair Yargıtay kararlarında kısmi süreli iş ilişkisinde kıdem tazminatına esas süre bakımından kısmi çalışılan sürelerin toplanarak bir tam yıla dönüştürülmesi yerine, işe giriş ve çıkış tarihleri arasında kalan sürenin tamamının dikkate alınacağı kabul edilmiştir³³. Hesaplama da esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır. Bir başka anlamıyla işçiye son ay içinde kısmi çalışmaları karşılığı ödenen ücret tutarı otuz güne bölünerek

tazminata esas alınması gereken bir günlük ücret bulunmalıdır. Kısmi süre karşılığında alınan ücretin oranlama yapılmak suretiyle tam süreye dönüştürülmesinin ardından otuz bölünmesi doğru olmaz. Yine, kısmi çalışma karşılığı ödenen ücretin ay içinde çalışma gün ya da saat sayısına bölünerek sonuca gidilmesi de yerinde bir çözüm tarzı değildir.

Geçici (ödünç) iş ilişkisi kapsamında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde de son ücret kavramına ödünç alan işverence ödenen ücret dahildir. İşçinin sürekli işverene ait işyerinde daha düşük ücret sisteminin benimsenmiş olması sonuca etkili değildir. Yine işçiye ödünç alan işverence ücretin eki niteliğindeki ödemeler ile para ile ölçülebilen diğer aynı haklar süreklilik göstermek kaydıyla tazminata esas ücretin tespitinde dikkate alınmalıdır.

İşçinin aynı işyerinde birden fazla işverene hizmet vermesi ve bu çalışmaların kısmi çalışma olarak ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam adı verilebilecek bir çalışma biçiminden söz edilmektedir³⁴. Bu gibi bir ilişkide, işçiye tüm işverenlerce ödenmekte olan ücret ve ekleri ile devamlılık arz eden para ile ölçülebilir haklar tazminat hesabında dikkate alınmalıdır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, bu ilişkide tazminata esas toplam ücret tek bir tavan kontrolüne tabi tutulmalıdır. Yoksa, birlikte istihdamı oluşturan işverenler bakımından ayrı ayrı tavan esasları gözetilmemelidir.

İşçinin aynı işverenin birden fazla işyerinde ayrı ayrı iş sözleşmeleri ile çalıştırılması tazminata esas ücretin tespiti bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin aynı işverene ait farklı iki işyerinde işyeri hekimi çalıştırılması yönünde ayrı ayrı ücret ödenmesini öngören sözleşmeler yapıldığında tazminata esas ücret ne şekilde belirlenecektir? İşverenle işyeri hekimi arasında farklı işyerlerinde çalıştırılmak üzere tek bir işyeri hekimliği sözleşmesi yapılması ile kısmi süreli olmak üzere birden fazla iş sözleşmesi yapılması arasında bir fark olmasa gerekir³⁵. Buna göre her iki ücretin toplamına göre kıdem tazminatı hesabının yapılması ve tek bir tavana tabi olması yerinde olur. Ancak farklı işyerlerinde çalışmak üzere yapılan iş sözleşmelerinin ayrı ayrı tarihlerde son bulması halinde

her bir fesih tarihine göre kıdem tazminatı hesaplanacağından sözleşmelerdeki toplam ücret üzerinden sonuca gidilmesi mümkün olamayacaktır. Nitekim Yargıtay, birbirinden bağımsız kısmi süreli iş sözleşmeleriyle aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışan bir işçi yönünden kıdem tazminatı tavanının ayrı ayrı dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir³⁶.

İşçinin ücretinin işverence ödenmeyip, işçi tarafından elde edilen gelirlerden karşılandığı durumlarda tazminata esas ücretin tespiti de önem arz eder. Taksi şoförünün günlük hâsılâtın sabit bir kısmını işverene verdiği ve kalan miktarını ücret olarak aldığı bir ihtimalde, işçinin aylık ortalama gelirleri üzerinde bir hesaplama gidileceği açıktır. Ancak taksi şoförünün işverene vermiş olduğu miktar sabit olduğuna göre, çalışma süresine, yeteneğine ve diğer bazı faktörlere göre işçiye düşen ve ücret olarak nitelendirilen kısım artabilecek ve sözleşmenin feshi halinde sözü edilen yüksek ücret üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gündeme gelebilecektir. Konuyu bir örnek ile açmak gerekirse, aynı işverene ait iki ticari taksi olduğu ve çalışan şoförlerin her ikisinin de işverene günlük 50 TL. ödediklerini varsayalım. Şoförlerden biri yasal çalışma süresini daha verimli kullanarak bazı dış etkenlere de bağlı olarak işverene verdiği miktar haricinde günlük 90 TL. kazandığı, diğer şoförün ise sadece 30 TL. günlük gelirinin olduğu bir örnekte her iki çalışanın işverene sağladığı fayda aynı olmakla birlikte tazminata esas ücretin tespiti noktasında her iki işçi yönünden belirgin bir fark ortaya çıkacaktır. Üstelik çok kazanan çalışanın aracı kullanımına bağlı olarak araç daha fazla yıpranmakta, bakım masrafları ve arıza riski artmaktadır. Buna rağmen çok çalışarak gelirini arttıran işçi yönünden işverenin kıdem tazminatı yükü üç kat daha fazladır. İşverenin, işçinin az ya da çok çalışmasından etkilenmediği bu tür örneklerde işçi ücretleri bakımından hakkaniyete uygun ortalama bir değer esas alınması faydalı olabilir.

Yargıtay'ca ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne

düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir³⁷. Bu çözümün, kıdem tazminatı hesabında son ücretin esas alınacağı şeklindeki hükümle uyum göstermediği ileri sürülebilir. Gerçekten işçinin son ücreti üzerinden kıdem tazminatı hesaplandığına ve yıl içinde artmış olan ücretlerin ortalaması alınmadığına göre ücretin ekleri bakımından da benzer bir çözümün aranması yerinde olur. Örneğin işçinin yıl içinde aldığı 3 ikramiyenin eski ücretten olması sebebiyle daha az olması ve fakat son ikramiyenin işçinin son ücreti üzerinden ödenmesi halinde tazminata esas ücretin tespitinde dikkate alınması gereken ikramiye de bu son ikramiye olmalıdır. Hesaplamanın, son dilim ikramiyenin ait olduğu dönemdeki gün sayısına bölünerek yapılması imkan dahilindedir. Daha somut bir ifadeyle, yılda 4 ikramiye ödemesinin olması durumunda her bir ikramiye 3 aylık bir dönem için uygulanmaktadır. İşçinin artmış olan son ikramiyesinin ait olduğu bu 90 güne bölünmesi halinde bir güne düşen ikramiye tutarı, kıdem tazminatının son ücretten hesaplanacağı şeklinde yasal kural ile daha uyumlu şekilde belirlenebilecektir. Aynı uygulamayı yol ve yemek yardımı gibi ödemeler için de yapmak olanaklıdır. İşçiye aylık olarak yapıldığı varsayılan bu gibi ödemelerin son ay için ödenen kısmının 30 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar tespit olunabilir. Buna göre periyodik olarak ödenen ve yıl içinde artmış olan parasal haklar yönünden son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile tazminata esas ücrete yansıtılacak tutar daha doğru biçimde belirlenebilecektir. Nitekim Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararında, yemek yardımı olarak son bir ayda işçiye yapılan ödemelerin 30'a bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarının belirlenebileceğini bir kararında kabul etmiştir³⁸. Yine 2008 yılında verilen ilke kararlarında³⁹, ücretin eki niteliğindeki periyodik ödeme tutarının ait olduğu zaman dilimine bölünmesi suretiyle tazminata esas bir günlük ücrete eklenmesinin, yasaya daha uygun olacağı vurgulanmıştır.

Tazminata esas ücretin tespitinde ücret dışında kalan hakların bir yıllık tutarının 365'e bölünmesi şeklinde uygulama, bu hakların yıl

içinde kaldırılmış olmasına rağmen tazminat hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında da bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Gerçekten ikramiye uygulamasının son 6 ayda kaldırıldığı bir örnekte tazminata esas ücrete ikramiyenin dikkate alınmaması gerekirken, son bir yılda ödenenler toplamının 365'e bölünmesi yöntemi benimsendiğinde, 6 aylık dönemde yapılan ikramiye ödemesinin 365'e bölünmesi suretiyle tazminata yansıtılması gündeme gelebilecektir.

Bununla birlikte dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesinin yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin tır şoförünün yıl içinde aldığı sefer (yol) primi sürekli değişiklik gösterebilecek ve belli bir dönemin hesaplamada esas alınması mümkün olmayabilecektir. Yine işçiye dini bayramlarda yılda 2 kez ödenen harçlığın belli bir dönem için yapıldığını söylemek zordur. Burada yıllık ödeme tutarının 365 rakamına bölünmesi yerinde olur. Son olarak belirtmek gerekir ki, yılda bir kez yapılan parasal yardımların (yakacak yardımı gibi) tazminata esas ücrete yansıtılmasının, yıllık tutarın 365'e bölünmesi suretiyle gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

İşe iade davasının işçi lehine kesinleşmesinin ve işçinin başvurusunun ardından işverence işe başlatılmadığı tarihin feshin gerçekleştiği an olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bu noktada tazminata ücretin eklerinin giydirilmiş ücrete eklenmesi noktasında bir sorun yaşanabilecektir. Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse, iş sözleşmesinin 31.6.2007 tarihinde feshedildiğini, işe iade yargılamasında kararın kesinleşmesine kadar birbuçuk yıllık bir sürenin geçtiğini ve işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığını varsayalım. İşverence işe başlatılmama tarihinin 31.1.2009 olduğu bu örnekte, ikramiye, yol yardımı ve yemek yardımı gibi ödemelerin fesih tarihinden geriye doğru son bir yıl içinde gerçekleşen miktarlara göre hesaplanması halinde, son bir yıl içinde sözü edilen alacaklara hak kazanılması mümkün olmadığına göre tazminat hesabında ücretin eklerinin dikkate alınamayacağı söy-

lenebilecek midir? Düşüncemize göre işçinin ücrete hak kazandığı dönemden geriye doğru gidilerek son bir yıl içindeki ücretin ekleri belirlenerek bir çözüme gidilmelidir. Aksi halde işe iade işe iade yargılamasının süresi içinde tamamlanamamış olması ve yasal üst sınır olan 4 aylık sürenin geçirilmiş olması işçi aleyhine sonuç doğacak ve işe iade yargılamasının uzaması tazminata esas ücretin azalmasına neden olacaktır. Yukarıda sözü edilen örneğe dönüşecek olunursa, 31.12.2007 tarihinde gerçekleşen feshi izleyen 4 ayın sonu olan 31.4.2008 tarihinden geriye doğru son 1 yıl içinde doğan ikramiye, yol ve yemek yardımı ve benzeri ödemeler tazminat hesabında dikkate alınabilmelidir.

İşçi çalışmış olsun ya da olmasın, işe başlatılmama suretiyle gerçekleşen fesih tarihinden geriye doğru gidildiğinde son bir yıl içinde olması gereken parasal haklarla para ile ölçülebilen menfaatlerin dikkate alınabileceği konuyla ilgili diğer bir görüş olarak ileri sürülebilir. Bu görüşe göre yukarıdaki örnekte işe başlatılmama tarihi olan 31.1.2009 tarihinden geriye doğru son bir yıl içinde sanki işçi çalışmış gibi olası haklar belirlenmeli ve 365 sayısına bölünerek bir güne düşen ücret ekleri miktarı tespit olunmalıdır. Bu son düşünce tarzının varsayıma dayalı olması sebebiyle yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Ancak, hemen belirtelim ki konuya dair Yargıtay'ın bir kararına rastlanmamıştır.

İşçinin tazminata esas ücretiyle ilgili son olarak değineceğimiz konu, işverenin eşit davranma yükümünü ihlal ederek işçi ücretlerin belirlenmesi halinde sorunun ne şekilde çözümlenmesi gerektiği noktasındadır. Gerçekten işverence mutlak ayrımcılık yaşadığını ilgilendiren bir sebeple işçiye emsallerinden eksik ücret öder veya noksan haklar sağlarsa, işçinin aradaki farkı talep hakkı vardır. İşçinin yoksun kaldığı ücret ve diğer haklar tazminata esas ücret hesabında dikkate alınmalıdır. Sözü edilen işçilik alacaklarının henüz işverenden talep edilmemiş olması bu durumu değiştirmez. Zira işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen yasal hakkını ilerleyen dönemlerde kullanması da söz konusu olabilir. O halde, eşit davranma borcuna aykırılık iddialarının sa-

dece kıdem tazminatının talep edildiği hallerde de incelenmesi gerekir. Ancak, aynı maddede sözü edilen ayrımcılık yasağına bağlı 4 aylık ücret tutarındaki tazminatın kıdem tazminatına esas ücrete eklenmesi söz konusu olmaz.

4. Hesap Yöntemi

İşçiye her bir hizmet yılı için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatının ödeneceği ve bir yıldan arta kalan süreler için de orantılı olarak hesaplama yapılacağı 1475 S. K. 14/I. fıkra hükmünde belirtilmiştir⁴⁰. Her yıla karşılık “30 günlük” ücret ölçütü işçi lehine olarak sözleşmelerle arttırılabilir. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde her yıl için işçinin 60 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenmesini öngören kuralın geçerli olduğunu kabul etmiştir⁴¹. Yine süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet akti hükmü olarak uygulanmasına devam edileceği şeklinde genel kuraldan hareket edilerek, yenisi imzalanıncaya kadar toplu iş sözleşmesinin 45 gün üzerinden ödemeyi öngören kuralının hizmet akti hükmü olarak uygulanacağı Yargıtay’ca benimsenmiştir⁴².

Her yıl için 30 günlük ücret esas alınarak kıdem tazminatı hesabı şu şekilde formüle edilebilir:

$$A = \frac{\text{Kıdemi oluşturan yıl sayısı}}{\text{30 günlük brüt giydirilmiş ücret}} \times 30 \text{ günlük brüt giydirilmiş ücret}$$

$$B = \frac{\text{Artan süre (gün olarak)} \times 30 \text{ günlük brüt giydirilmiş ücret}}{365}$$

$$A + B = \frac{\text{Ödenmesi gereken brüt kıdem tazminatı}}{\text{Ödenmesi gereken net kıdem tazminatı}} - \%0,06 \text{ Damga vergisi}^{43}$$

5. Kıdem Tazminatı Tavanı

Bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle belirlenen kıdem tazminatının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek emeklilik ikramiyesini geçemez⁴⁴. Bu üst sınır, öğretide “genel tavan”

olarak adlandırılmaktadır⁴⁵. En yüksek devlet memuru da Başbakanlık Müsteşarı olduğundan genel tavan, bu görevdeki kişinin emekliliği halinde Emekli Sandığı’nca ödenecek olan bir yıllık ikramiye oranını geçemeyecektir⁴⁶.

Genel tavan, iş sözleşmesinin feshedildiği andaki tavadır. Önelli fesih halinde önelin son bulunduğu tarih tavanın tespitinde dikkate alınır. İstirahat raporu içinde iş sözleşmesinin işverence feshi halinde ise, rapor bitimi tarihi fesin yapıldığı tarih olarak sayılacağından, bu tarihteki tavan gözetilmelidir. İşverence ihbar öneli tanınmaksızın işçinin iş sözleşmesinin feshine rağmen ihbar tazminatının ödenmemiş olması halinde de önel süresi içinde meydana gelen tavan artışından işçinin yararlanabileceği, Yargıtay’ca kabul edilmektedir⁴⁷.

İşçinin işe iade kararı üzerine süresi içinde başvuruya rağmen işverence işe başlatılmaması halinde fesih işe başlatmama tarihinde gerçekleşeceğinden, kıdem tazminatı tavanı işe başlatmama tarihine göre belirlenmelidir. İşçinin işe başvurma süresi kesinleşen kararın kendisine tebliği üzerine başlayacağından, bu yönde masrafın dosyaya verilmemesi halinde yıllarca böyle bir tebligatın gerçekleşmemesi ve yasal 10 günlük başvurma süresinin başlamaması ihtimal dahilindedir. Şüphe yok ki, bu süreyi kısaltmak isteyen işverenin gerekli tebligat masrafını yatırarak yasal başvuru süresini bir an önce işletmesi ve işçinin başvurusunun olup olmayacağı noktasında durumun netleşmesini sağlaması imkân dâhilindedir. Yine de, işçinin salt kıdem tazminatı tavan artışlarından yararlanmak için kötüniyetli olarak kararın tebliğini buna bağlı olarak başvuru süresini geciktirmesi, yasalar karşısında korunmamalıdır.

Mevsimlik işlerde işe işçinin iş sözleşmesinin mevsim sonu itibarıyla feshedilmesi halinde kıdem tazminatı tavanı anılan fesih tarihine göre belirlenmelidir. Ancak, mevsim sonunda fesih yerine iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda yeni sezon çalışma süresinin başlangıcında işçinin işe çağrılmadığı durumlarda iş sözleşmesi işe çağrılmamak suretiyle feshedilmiş sayılacağından işe çağrılması gereken tarihteki tavan gözetilmelidir.

İşçinin fesih tarihinde raporlu olmasına rağmen

men iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmişse, fesih sonuçlarını doğurur ve feshin gerçekleştiği andaki kıdem tazminatı tavanı gözetilir.

Özel tavan ise 1475 sayılı Kanun'un 14/6. fıkrasında öngörülmektedir. Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin yaşlılık veya malullük aylığına hak kazanması ve T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak hizmetlerinin bulunması durumunda son kamu kurumu işverenince Emekli Sandığı'na tabi hizmetleri için ödenmesi gereken kıdem tazminatı tutarı, anılan kanun hükümlerine göre ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktarı geçemez. Bir başka anlatımla işçiye ödenmesi gereken kıdem tazminatı tutarı o işçinin Emekli Sandığı'na tabi hizmetleri karşılığında kendisine ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesini aşamaz. Bu özel tavan, işçinin yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihi esas alınarak belirlenir.

Yargıtay kararlarında, Emekli Sandığı hükümlerine tabi olarak memur sıfatıyla çalışılan dönem için, 1475 sayılı Kanun'un 14/6. maddesindeki özel tavanın uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁸.

Bu bölümde son olarak ele almamız gereken konu, kıdem tazminatı tavanının mutlak emredici olup olmadığı sorunudur. Esasen kıdem tazminatının tabanını 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen her yıl için 30 günlük ücret oluşturur⁴⁹. Aynı maddede 30 günlük sürenin hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine olarak arttırılabileceği öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde 1475 sayılı Yasa'nın 98/D maddesine kıdem tazminatının yasaya aykırı olarak ödenmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Sözü edilen hüküm 4857 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükten kaldırılmış olsa da, tavanı öngören 14. madde halen yürürlükte. Kıdem tazminatı tavanını öngören kuralın mutlak emredici olup olmadığı tartışma konusudur. Öğretide kıdem tazminatı tavanını bertaraf eden sözleşme hükümünün batıl olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁵⁰. Yine tavanı aşan kısımların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınabileceği ve aynı tutarın gelir vergisi istisnasına tabi olmadığı görüşü benimsenmiştir⁵¹. Ancak yasayla aksine

imkân veren hallerde (örneğin 22.10.2003 tarihinde yürürlüğe giren 5004 sayılı Yasa m. 10) tavanın aşılması geçersizliğe götürmez⁵².

4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 6. maddesinde, yasal düzenleme ile kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar 1475 sayılı Yasa ile tanınan hakların saklı olduğu açıklanmıştır. Anılan Kanun çıkarılırken sosyal taraflar anlaşmamış ve kıdem tazminatı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nu 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesini yürürlükte bırakarak bir çözüm bulunmuştur⁵³.

Esasen kıdem tazminatı için bir fon kurulması düşüncesi ilk kez 1962 yılında Üçüncü Çalışma Meclisi'nde gündeme getirilmiş ve işverenlerin ödeyecekleri primler karşılığında kıdem tazminatının Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanması istenmiştir⁵⁴. 1975 yılında 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde 17. fıkra olarak işverenin sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak üzere kıdem tazminatıyla ilgili bir fon tesis edilmesi hükmü konmuş, fakat o tarihten sonra yana bu konuda hiçbir gelişme yaşanmamıştır⁵⁵. 4857 sayılı İş Kanunu'nun sisteminde, iş güvencesi ve işsizlik sigortası ile işverenin işçiye karşı yasal yükümlülükleri artmış durumdadır. OECD 2006 yılı raporuna göre Türkiye, üye ülkeler arasında işverenin kıdem tazminatı yükü en yüksek ülke konumundadır. Aynı raporda işsizlik sigortasının yaygınlaştırılması ve miktarının arttırılması yoluyla işverenin kıdem tazminatı yükünün azaltılması tavsiyesi yer almaktadır⁵⁶. Kıdem tazminatı tavanının mutlak emrediciliği sorununa bu açıdan bakıldığında da işverenin kıdem tazminatı yükünü arttıran yoruma gidilmemesi gerektiği söylenebilir.

DİPNOTLAR

- 1 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998, s. 400.
- 2 Kıdem tazminatının niteliği konusundaki görüşler için bkz. Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 591; Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 244; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, Bası 3. İstanbul 1984, s. 230; Tunçomağ/ Centel; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, B. 3. s. 218; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri B. 17, İstanbul 2004, s.258; Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973, s. 324 vd.; Reisoğlu, Safa; 1927 sayılı Yasa

- Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s. 20 vd.; Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, İstanbul 1999, s. 31 vd.; Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 2352 vd.
- 3 Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 2355.
- 4 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998, s. 400.
- 5 Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973, s. 338.
- 6 1475 S. K., 14/9. fıkra.
- 7 Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 601; Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 253; Oğuzman, M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 251; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 257; Narmanlıoğlu, Ünal; Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s. 271.
- 8 Yargıtay 9. HD., 3.3.2005 gün, 2004/15097 E, 2005/6832 K. "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının saat ücreti, aylık normal çalışma saati olarak 240 saat ile çarpılarak aylık ücreti bulunmuştur. 1475 sayılı İş Kanunu'na göre saat ücreti yedibuçuk ile çarpılarak günlük ücret, bu da otuzla çarpılarak aylık ücret bulunmalıdır. İhbar ve kıdem tazminatı belirlenen bu ücrete göre saptanarak sonuca gidilmelidir".
- 9 Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, Cilt 2, s. 2480.
- 10 Yargıtay 9. HD., 3.10.2005 gün, 2005/16932 E, 2005/31926 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, 3. cilt, s. 3449.
- 11 Yargıtay 9. HD., 14.10.2008 gün, 2008/29383 E, 2008/27243 K. "İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir".
- 12 Yargıtay 9. HD., 24.8.2005 gün, 2005/886 E, 2005/14880 K. "Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle 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 hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağına hesabında nazara alınması gerekmektedir".
- 13 Çil, Şahin: Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönerlerinden Hizmet Süresi, Sicil, Sayı 11, s. 23.
- 14 1475 S. K., Madde 14/11.
- 15 Basın İş Kanununda kıdem tazminatı hesabının giydirilmiş ücret üzerinden yapılması gerektiği yönünde bir kurala yer verilmemiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s.57 vd.; Yargıtay 9. HD., 4.4.2005 gün, 2004/20701 E, 2005/11972 K.
- 16 Yargıtay 9. HD., 20.12.2004 gün, 2004/11922 E, 2004/29003 K. "Davacının aldığı temel ücret ve prim miktarları dikkate alındığında primin ücret eki ve genişletilmiş ücret kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Primin değişik miktarda oluşundan ziyade sürekliliği ve çalışılan işin niteliği önem kazanır. Mahkemece yapılacak iş davacının hak kazandığı prim miktarının ücret kavramı içerisinde ele almak belgelerin eksikliği durumunda en azından hakkaniyete uygun olarak kıdem ve ihbar tazminatına yansıtılmaktır".
- 17 Yargıtay 9. HD., 9.3.2006 gün, 2005/20964 E, 2006/5818 K. "Jestiyon primi mahiyeti icabı muntazam ve devamlı ödenen bir alacak olmadığından ihbar ve kıdem tazminatına esas teşkil eden ücrete dahil edilmesi hatalıdır".
- 18 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. baskı, İstanbul 2008, s.711.
- 19 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. baskı, İstanbul 2008, s.712.
- 20 Yargıtay 9. HD., 25.4.1996 gün, 1996/8506 E, 1995/5553 K. "Kıdem ve ihbar tazminatı fark alacaklarının hesabında arzi nitelikte olan fazla çalışma ücretinin dikkate alınması hatalıdır".
- 21 Yargıtay 9. HD., 25.9.2007 gün, 2007/14667 E, 2007/28096 K. "İş sözleşmesinde yılda 90 gün ve 270 saate kadar fazla çalışmaların aylık ücretin içinde olduğu kuralına yer verilmiştir. Dosya içeriğine göre davacının yılda 270 saati aşan fazla çalışmaları kanıtlanabilmiş değildir. Böyle olunca fazla çalışma ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi de hatalı olmuştur".
- 22 Yargıtay HGK., 3.3.2004 gün, 2004/9-87 E, 2004/125 K. "İşçiye sağlanan diğer bazı menfaatler daimilik arz etmemeleri ya da sosyal yardım vasfı taşınamaları gibi nedenlerle kıdem tazminatı hesabında nazara alınmazlar. Örneğin fazla mesai, mamul yardımı, tahsil yardımı, işverinde giyilmek ve kullanılmak üzere verilen iş eşyaları, primler, ücretli izin parası, çalışılan hafta tatili ücreti, yolluk, otel ve ev gideri olarak ödenen paralar, gezici görev ödencesi, belirli sürelerde verilen özendirme ikramiyesi (teşvik ikramiyesi) avans ödemesi gibi. Somut olayda yerel mahkemece diğer işçilik alacaklarına ilişkin olarak verilen karar onanmış olup, uyumsuzluk teşvik ikramiyesinin (özendirme ikramiyesi) kıdem tazminatına esas alınan ücrete dahil edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davacı dava dilekçesinde teşvik ikramiyesi talebinde bulunmadığı gibi, teşvik ikramiyesi, İş Kanununun 14. maddesinin onbirinci fıkrasında yer alan geniş anlamdaki ücret kavramına dahil değildir. Bu nedenle hükme esas alınan bilirkişi raporunda nazara alınan teşvik ikramiyesinin, kıdem tazminatına esas alınan ücrete ilave edilmesi olanağı bulunmamaktadır".
- 23 Konut Kapıcıları Yönetmeliği m.13/3.
- 24 Yargıtay 9. HD., 21.3.2007 gün, 2006/22591 E, 2007/7952 K. "Kapıcı dairesinin fesih tarihindeki kira bedeli rayiç kiralar dikkate alınmak suretiyle belirlenerek kıdem tazminatının esas ücrete yansıtılması gerekirken bilirkişinin yapmış olduğu hesaba göre yüksek

- belirlenen kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmesi hatalıdır”.
- 25 Konut Kapıcıları Yönetmeliği m.13.
- 26 Yargıtay 9. HD., 14.10.1997 gün, 1997/13145 E, 1997/17675 K., Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2008, Cilt 2, s. 1016.
- 27 Yargıtay 9. HD., 27.10.2005 gün, 2005/5470 E, 2005/34907 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3. cilt, s.3442.
- 28 Yargıtay 9. HD., 7.2.2005 gün, 2005/950 E, 2005/3328 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3 Cilt, s.3487.
- 29 Yargıtay 9. HD., 23.9.2008 gün, 2007/27217 E, 2008/24515 K. “Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez”.
- 30 Yargıtay 9. HD., 16.8.2008 gün, 2007/13005 E, 2008/ 15143 K. “Somut olayda emeklilik sebebiyle iş sözleşmesi sona ermiş olsa da, davacı işçi tarafların karşılıklı anlaşması sonucu çalışmaya devam etmiş ve işverence kıdem tazminatı ödenmeyerek işçi alacağı olarak işveren muhasebe kayıtlarında bloke edilmiştir. Buna karşılık iş sözleşmesinin ilerde sona erdiği tarihte son ücret üzerinden ödeme yapılması kararlaştırılmıştır. O halde davacının kıdem tazminatı hesabının emekli olduğu tarih yerine 25.1.2005 tarihinde iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden hesaplanması gerekir”.
- 31 Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, 2. Baskı, Cilt 2, s.2480.
- 32 Yargıtay 9. HD., 5.2.2002 gün, 2001/20701 E, 2002/2257 K. karar ve açıklaması için bkz. Kar, Bektaş: Mevsimlik İş, Sicil, Mart 2007.
- 33 Yargıtay 9. HD., 20.11.2008 gün, 2007/31344 E, 2008/31565 K. “Kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD., 4.6.2001 gün, 2001/6848 E, 2001/9525 K). Hesaplama esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır”.
- 34 Yargıtay 9. HD., 24.3.2008 gün, 2007/27699 E, 2008/6006 K. “Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir”.
- 35 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve sözleşmelerin tabip odasının onayına tabi olması konusu için bkz. Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, 3. Cilt, s. 3143 vd.
- 36 Yargıtay 9. HD., 23.3.2005 gün, 2004/19514 E, 2005/9536 K. “Davacının davalıya ait işyerlerinde ayrı ayrı iş sözleşmeleriyle kısmi süreli olarak çalışmıştır. Her bir iş sözleşmesi birbirinden bağımsız olduğundan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14/7. maddesi uyarınca hesaplanan kıdem tazminatlarının tek tavana göre tabi tutulması isabetli değildir. Bu durumda iki kıdem tazminatının ayrı ayrı tavan esas alınarak hüküm altına alınmalıdır”.
- 37 Yargıtay 9. HD., 29.9.2005 gün, 2005/342 E, 2005/31714 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3 Cilt, s. 3450; Yargıtay 9. H.D., 12.4.1999 gün, 1999/5910 E, 1999/7119 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3. Cilt, s. 3653.
- 38 Yargıtay 9. HD., 27.10.2004 gün, 2004/8452 E, 2004/24241 K. “Kıdem ve ihbar tazminatına esas giydirilmiş ücretin hesabında; fesih tarihinden geriye doğru bir aylık sürede fiilen çalışılan günler için işverence davacı işçiye sağlanan servis ve yemek yardımı karşılığının aya diğer bir deyiş ile 30 güne bölünerek günlük brüt ücrete eklenmesi gerekirken bu yardımların fiilen bir ay çalışmış gibi giydirilmiş ücrete yansıtılması doğru değildir”.
- 39 Yargıtay 9. HD., 10.10.2008 gün, 2007/27615 E, 2008/26209 K. “İşçiye aylık olarak yapıldığı varsayılan bu gibi ödemelerin son ay için ödenen kısmının 30 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar tespit olunabilir. Buna göre periyodik olarak ödenen ve yıl içinde artmış olan parasal haklar yönünden son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile tazminata esas ücrete yansıtılacak tutar daha doğru biçimde belirlenebilecektir”.
- 40 Gazeteciler yönünden 5953 sayılı Yasa’nın 6. maddesinde 6 aydan az olan hizmetlerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı kuralı mevcuttur.
- 41 Yargıtay 9. HD., 26.1.2006 gün, 2005/37852 E, 2006/1426 K. karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3. Cilt, s. 3426.
- 42 Yargıtay 9. HD., 7.11.2005 gün, 2005/6448 E, 2005/35124 K. “Davacının üyesi olduğu sendika ile davalı İ... şirketi arasında imzalanan 01.07.1990 - 30.06.1992 tarihinde yürürlükte bulunan TİS’nde, kıdem tazminatı hesabında her yıl için 45 gün üzerinden hesaplanan miktarın esas alınacağı kuralına yer verilmiştir. Anılan TİS’den sonra taraflar arasında imzalanan bir sözleşme yoktur. Bir başka anlatımla kıdem tazminatının her yıl için 45 gün üzerinden hesaplanmasını gerektiren kuralı değiştiren, bir TİS veya ferdi sözleşme bulunmamaktadır. Böyle olunca, hizmet akti hükmü olarak devam eden kuralın uygulanması ve her yıl için 45 gün üzerinden hesaplanan kıdem tazminatına karar verilmesi gerekir”.
- 43 Giydirilmiş brüt ücretin fesih tarihinde geçerli olan kıdem tazminatı tavanını aşması durumunda hesaplamada bu tavan tutarı gözetilmelidir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 25/7. maddesi uyarınca İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu’na göre ödenmesi gereken kıdem tazminatının tamamı ile Basın İş Kanunu’nun hükümlerine göre ödenen kıdem

- tazminatının 24 aylığı aşmayan tutarı gelir vergisinden muaftır.
- 44 1475 S.K., m. 14/13; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun hükümleri bazı istisnalar hariç olmak üzere 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın 106. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 5510 sayılı Yasanın 104. maddesinde diğer kanunların 5434 sayılı Yasaya yapmış olduğu atıfların, 5510 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.
- 45 Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s. 671.
- 46 Kıdem tazminatı tavanı hesabı, yıllara göre ve güncel tavan için bkz. www.csqb.gov.tr/istatistik/kidem_tazminatı.htm
- 47 Yargıtay 9. H.D., 13.4.1998 gün, 1998/4280 E, 1998/6443 K. karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 3. Cilt, s. 3666.
- 48 Yargıtay 9. HD. 27.3.2006 gün, 2005/29328 E, 2006/7379 K. "4673 Sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesine istinaden davacının davalı kurumda geçen tüm hizmetleri kıdem tazminatında dikkate alınmalıdır. Ancak, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/6. maddesinde öngörülen kuralın da göz ardı edilmemesi gerekir. Anılan hükme göre, yapılacak hesaplamada T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre öngörülen emeklilik ikramiyesi aşılamaz. 4673 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesi hükmü İş Kanunu'nda öngörülen sınırlamayı bertaraf etmez. Öte yandan emekli ikramiyesinin Emekli Sandığı veya işverence ödenmesi bakımından işçi açısından bir fark bulunmamaktadır"; Yargıtay 9. H.D., 8.4.2003 gün, 2002/21830 E, 2003/5911 K. "4673 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesinde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olarak çalışıp da iş mevzuatına tabi statüye geçmiş yada geçecek olanların iş akitlerinin, kıdem tazminatını gerektirecek şekilde sona ermesi halinde Türk T... ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği kurala bağlanmıştır. Buna göre davacının davalı kurumda geçen tüm hizmetleri kıdem tazminatında dikkate alınmalıdır. Ancak, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/6. maddesinde öngörülen kuralın da göz ardı edilmemesi gerekir".
- 49 Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s. 837.
- 50 Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı Ankara 2006, s. 2486; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s. 838; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21.bası, s. 316; Şahlanan, Fevzi: Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, Sicil, Sayı 12, s. 44 vd.
- 51 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s. 838.
- 52 Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 2486.
- 53 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Tankut: Kıdem Tazminatının Geleceği Üzerine Gözlemler, İNTES, Mart-Nisan 2006.
- 54 Tunçomağ, Kenan: Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979, s. 920.
- 55 Ünsal, Engin: Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısı Taslağı Konusunda Bazı Düşünceler, TÜHİS, Kasım 2007-Şubat 2008, Cilt 21, s. 2-3.
- 56 Bkz. OECD 2006 Türkiye Raporu.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, 2. Baskı.
- Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, İstanbul 1999.
- Centel, Tankut: Kıdem Tazminatının Geleceği Üzerine Gözlemler, İntes, Mart-Nisan 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2004.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Çil, Şahin: Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlere Hizmet Süresi, Sicil, Sayı 11.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
- Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- Kar, Bektaş: Mevsimlik İş, Sicil, Mart 2007.
- Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998.
- Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973.
- Oğuzman, M.Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- OECD 2006 Türkiye Raporu, www.abgs.gov.tr/index.php?p=39507&l=1
- Reisoğlu, Safa; 1927 sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976.
- Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Şahlanan, Fevzi: Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, Sicil, Sayı 12.
- Tunçomağ, Kenan: Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979.
- Tunçomağ/ Centel; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, Bası 3.
- Ünsal, Engin: Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısı Taslağı Konusunda Bazı Düşünceler, Tühis, Kasım 2007- Şubat 2008, Cilt 21.

Av. Erten CILGA

MESS Hukuk Müşaviri

Toplu İşçi Çıkarma

İş sözleşmelerinin feshi genellikle her işçi bakımından bireysel olarak gerçekleştirilir. Ancak ekonomik sebeplerle fesihlerde, işçi çıkarma bazen toplu bir boyut kazanabilmektedir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işyeri kapanmaları veya işçi sayısının azaltılma halleriyle çok sık karşılaşılmaktadır. Ekonomik sebeplerle toplu işten çıkarma konusu, bireysel fesihlerden farklı düzenlemelere tabi olmaktadır. Bunun da sebebi, toplu işçi çıkarma öncesinde işverene bir istihdam planlaması ve işyerindeki işçi ya da sendika temsilcileriyle görüşmeler yapma yükümlülüğü getirilerek, daha az sayıda işçinin işten çıkarılmasının sağlanabilmesidir.

Mevzuatımızda toplu işçi çıkarmalar, ilk olarak mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede 1975 yılında bir değişiklik yapılmış ve madde "İşten çıkarmanın sonucu" başlığı ile birlikte değiştirilmiştir. Bahsi geçen maddede; işverenin derhal feshi (1475 sayılı İşK. m.17/I (b) -III), bildirimli fesih (1475 sayılı İşK. m.13) ve işçi tarafından derhal fesihle (1475 sayılı İşK. m.16-III) iş sözleşmesi sona erenlerin yerine altı ay süre ile yeni işçi alma yasağı ve iş sözleşmesi bu şekillerde sona eren işçilerin sayısının on veya daha fazla olması halinde bu kişilerin yeni işe yerleştirilebilmeleri için işverenin bu kişilerin isim ve

niteliklerini işten çıkarma tarihinden en az bir ay önce İş ve İşçi Bulma Kurumu örgütüne (İş-Kur) bildirme zorunluluğu bulunmaktaydı.

Daha sonra 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile söz konusu madde değiştirilmiş ve toplu işçi çıkarmanın esasları tespit edilmiştir. 4773 sayılı Yasa, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesini başlığı ile birlikte değiştirerek mevzuatımıza "Toplu İşçi Çıkarma"nın, işverenin "ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu topluca veya bir ay içinde toplam en az on işçinin iş akdini feshetmek istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna" bildirme yükümlülüğü şeklinde girmesini sağlamıştır.

4773 sayılı Yasa ile değiştirilen 1475 sayılı İş Kanunu, 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile (kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hariç) yürürlükten kaldırılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise toplu işçi çıkarma konusu, 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin 13 ve 14. maddeleri ile AB'nin Toplu İşten Çıkarmalarla İlgili Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin 20 Temmuz 1998 tarih

ve 98/59/EC sayılı Konsey Yönergesi'nde yer alan kriterler doğrultusunda düzenlenmiştir.

1. 158 SAYILI ILO (ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ) SÖZLEŞMESİ¹

ILO'nun toplu işçi çıkarma ile ilgili doğrudan bir düzenlemesi bulunmamaktadır. 158 sayılı ILO Sözleşmesi ise konuya ilişkin "toplular işçi çıkarma" başlığı altında doğrudan bir düzenleme getirmemekle birlikte; Sözleşme'nin "İşçi Temsilcilerine Danışma" başlıklı 13 ve "Yetkili Makama Bildirim" başlıklı 14. maddelerinde toplu işçi çıkarmaya yol açabilecek nedenler ve toplu işçi çıkarma halinde uyulması gereken kurallara ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu çerçevede, Sözleşme'nin "İşçi Temsilcilerine Danışma" başlıklı 13. maddesinin 1. bendinde ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşünen işverene;

- İlgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme işlemlerinin nedenleri, bu işlemde etkileyecek işçi sayısı ve grupları ve son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleştirileceği de dahil olmak üzere gerekli tüm bilgileri zamanında sağlama,

- İlgili işçi temsilcilerine, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, mümkün olduğunca önceden, ilgili işçiler için her nevi son verme işlemini önlemek veya asgariye indirmek amacıyla alınacak önlemleri ve bu işlemlerin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini, başka iş bulmak gibi önlemlerle hafifletmek amacıyla alınacak önlemleri danışma fırsatı tanıma

yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddede belirtilen hususların uygulanması ise aynı maddenin 2. bendi ile işçi sayısının belirli bir sayı veya yüzdeye ulaştığı hallerle sınırlandırılacağı düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin "Yetkili Makama Bildirim" başlıklı 14. maddesi uyarınca da yine, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşünen işverenin, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, son verme işlemlerini mümkün olduğu kadar önceden yetkili makama bildirme ve bildirimde

söz konusu son verme işlemlerinin yazılı gerekçeleri dahil bu işlemlerden etkileyecek işçi sayısı ve kategorileri ve son vermenin uygulanacağı süre hakkında bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu hükümlerde yer alan kriterler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarma hususunu düzenleyen 29. maddesinde de göz önünde tutulmuştur.

2. 98/59/EC SAYILI AB YÖNERGESİ

Avrupa Birliği'nde toplu işçi çıkarma konusu ilk olarak 75/129/EEC sayılı Yönerge ile düzenlenmiştir. Üye ülkelerdeki farklı toplu işçi çıkarma hükümlerinin neden olduğu ayrımcılığı ortadan kaldırmayı hedefleyen söz konusu Yönerge, 92/56/EEC sayılı Yönerge ile güncel gelişmelere ve gereksinimlere uyum sağlaması amacıyla değiştirilmiştir. 1975 ve 1992 tarihli bu iki Yönergenin birleştirilmesi için de 1998 yılında 98/59/EC sayılı Yönerge kabul edilmiştir.

98/59/EC sayılı Yönerge yalnızca önceki iki Yönergeyi birleştirdiğinden herhangi bir geçiş süresi verilmeden derhal yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Yönerge, toplu işçi çıkarma ve işçi temsilcisi kavramlarının tanımlarına yer vermektedir. Yönerge'de yer alan toplu işçi çıkarma tanımında üye devletlerin tercihine göre farklı seçeneklere yer verilmiştir. Buna göre toplu işçi çıkarma işçilerin şahsına bağlı olmayan bir veya birden fazla nedenle;

i) 30 günlük bir süre için:

- normal olarak 20'den fazla ve 100'den az işçi istihdam eden işyerlerinde en az 10,
- normal olarak en az 100 ancak 300'den az işçi istihdam eden işyerlerinde işçi sayısının en az % 10'u oranında,
- mutlak olarak en az 300 veya daha fazla işçi istihdam eden işyerlerinde en az

30,

ii) veya ilgili işyerlerinde normal olarak istihdam edilen işçi sayısı ne olursa olsun, 90 günü aşan bir süre içinde en az 20 kişinin işten çıkarılması

anlamına gelecektir.

Yönerge işçi temsilcisini ise "üye devletlerin

yasalarında veya uygulamalarında öngörülen işçi temsilcisi” olarak tanımlamaktadır.

Bunun yanı sıra; 30 günlük bir süre için işten çıkarmanın en az 5 kişi olması koşuluyla, işverenin kendi inisiyatifi ile işçilerin şahsına bağlı olmayan bir veya birden fazla nedenle iş sözleşmelerini sona erdirmesi toplu işçi çıkarılmayla eşdeğer sayılacaktır.

98/59/EC sayılı Yönerge; belirli bir süre veya spesifik bir görev için düzenlenen iş sözleşmeleri çerçevesinde yapılan toplu işten çıkarmalara uygulanmayacaktır. Ancak, toplu çıkarmalar, bu tür iş sözleşmelerinin sona ermesi veya tamamlanmasından önce yapılmışsa bu Yönerge hükümlerine tabi olacaktır.

Yönerge'nin “Bilgilendirme ve Danışma” başlıklı 2. maddesiyle işverene toplu işten çıkarmayı planlaması halinde işçi temsilcilerine danışma ve bir mutabakata varma yükümlülüğü getirilmektedir.

Söz konusu maddeye göre danışma en azından toplu çıkarmaları önlemenin yollarını ve araçlarını veya toplu çıkarmalardan etkilenecek işçilerin sayısının azaltılmasını ve özellikle işten çıkarılan işçilerin yeniden işe yerleştirilmelerine veya yeni koşullara uyarlanmalarına yardımcı olmayı amaçlayan ek sosyal önlemlerle işten çıkarmaların sonuçlarını yumuşatma olanaklarını kapsayacaktır. Üye devletler ulusal yasalara ve/veya uygulamalara uygun olarak işçi temsilcilerinin uzmanlara başvurabilmelerine imkan tanıyacak düzenlemeler yapabilirler.

Madde, işçi temsilcilerinin yapıcı önerilerde bulunabilmesini sağlamak için, ihtiyaç duydukları bilgilerin işveren tarafından uygun bir zaman öncesinden sağlanması yükümlülüğünü getirmektedir. Buna göre işverenler, uygun bir zamanda yapılan danışmalar sırasında, işçi temsilcilerine ilgili tüm bilgileri vermeye ve her türlü durumda aşağıdaki konularda;

- işten çıkarmanın nedenleri,
- çıkarılacak işçi gruplarının sayısı,
- normal olarak istihdam edilen işçi sayısı ve grupları,
- işten çıkarmaların etkili olacağı süreyi,
- ulusal yasaların ve/veya uygulamaların işverene tanıdığı yetkiye dayanarak çıkarılacak işçilerin seçiminde dikkate alınacak kriterleri,

- ulusal yasalara ve/veya uygulamalardan kaynaklanan ve işten çıkarma sonucunda ödenen ödemeler dışında kalan işten çıkarmaya yönelik her çeşit ödeneğin hesaplanma yöntemi

hakkında yazılı olarak bilgi vermek zorundadırlar.

Maddeye göre, işveren yetkili makama yukarıdaki bilgileri içeren yazılı belgenin bir örneğini göndermek zorundadır.

Bilgilendirme, danışma ve bildirimde bulunma yükümlülükleri, toplu işten çıkarmalarla ilgili kararın işverenden veya bu işvereni kontrol eden bir işyerinden kaynaklanmış olmasına bakılmaksızın uygulanır.

Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine aykırılık halinde, işverenin toplu işten çıkarma kararı alan işyerinin kendisine yeterli bilgileri göndermemiş olmasına dayanan savunması da dikkate alınmayacaktır.

Yönerge'nin “Toplu Çıkarmalarda Usul” başlıklı 3. maddesine göre işveren, toplu çıkarma yapmak istediğinde bunu yetkili kamu mercii-ne yazılı olarak bildirmek zorundadır.

Bu bildirim; toplu işten çıkarma ve işçi temsilcileriyle yapılan danışma ile ilgili tüm bilgileri, özellikle de işten çıkarmaların nedenlerini, çıkarılacak işçi sayısını, normal olarak istihdam edilen işçi sayısını ve işten çıkarmaların etkili olacağı süreyi içermelidir.

İşveren söz konusu bildirim bir suretini işçi temsilcilerine gönderir.

İşçi temsilcileri konuyla ilgili görüşlerini yetkili kamu mercii-ne bildirebilirler.

Söz konusu madde üye devletlere, bir yargı kararı ile işyerinin faaliyetinin durdurulmasından kaynaklanan toplu işten çıkarmalar söz konusu olduğunda, işverenin yetkili kamu mercii-ne ancak bu mercii-nin talebi olması halinde yazılı bildirimde bulunacağına dair düzenlemeler yapma imkânı getirmiştir.

Yönerge'nin 4. maddesine göre, işten çıkarmalar, bildirim önelleri konusunda işçilerin bireysel hakları saklı kalmak kaydıyla, yetkili kamu mercii-ne yapılan bildirim tarihinden 30 gün sonra hüküm ifade eder. Bu 30 günlük süre, yetkili kamu mercii tarafından söz konusu toplu işten çıkarma nedeniyle ortaya çıkan sorunlara çözüm aramak için kullanılacaktır.

Üye devletler yetkili kamu merciine bu süreyi kısaltma yetkisi verebilirler.

Bu ilk sürenin 60 günden az olması halinde, üye devletler, yetkili kamu merciine, toplu işten çıkarmaların yarattığı sorunların bu ilk süre zarfında çözülemeyecek gibi olması halinde ilk süreyi bildirimden itibaren 60 güne kadar uzatma yetkisi tanıyabilirler.

Üye devletler yetkili kamu merciine sürenin uzatılması konusunda daha geniş yetkiler tanıyabilirler.

Üye devletler bu maddeyi bir yargı kararı ile işyerinin faaliyetlerinin durdurulmasından kaynaklanan toplu işten çıkarmalara uygulamayabilirler.

3. TÜRK MEVZUATI

3.1. Toplu İşçi Çıkarma Kavramı

Mevzuatımızda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesi ile düzenlenen toplu işçi çıkarmasının, geneli itibariyle 98/59/EC sayılı AB Yönergesi ve 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile uyumlu hükümler içerdiği görülmektedir. Söz konusu madde, toplu işçi çıkarma kavramına yönelik bir tanım getirmemekte ancak, toplu işçi çıkarma konusunda izlenecek prosedür ve hangi hallerin toplu işçi çıkarma olarak kabul edileceği konularında düzenleme getirmektedir.

Öğretide İş Kanunu'nun 29. maddesi çerçevesinde toplu işçi çıkarma; “belirli sayıda işçinin aynı işten çıkarma kararının uygulanması kapsamında, ekonomik nitelikteki aynı nedenle işten çıkarılması²” ve “işverenin belli bir süre içinde belli sayıda işçinin sözleşmesini feshetmesi” olarak tanımlanmaktadır³.

3.2. Toplu İşçi Çıkarmasının Koşulları

3.2.1. Toplu İşçi Çıkarma İçin Geçerli Nedenler

İş Kanunu'nun 29. maddesinde toplu işçi çıkarma için geçerli nedenler;

- Ekonomik,
- Teknolojik,
- Yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri

Toplu işçi çıkarma için geçerli nedenler, işçinin kişiliği dışında gerçekleşen ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir.

olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, toplu işçi çıkarma nedenleri ile İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işletme, işyeri ve işin gerekleri arasında paralellik bulunmaktadır.

Toplu işçi çıkarma konusunda fesih sebebi büyük önem taşımaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu bakımından toplu işçi çıkarma için geçerli nedenler, işçinin kişiliği dışında gerçekleşen ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Anılan maddeye göre, iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih hakkını geçerli olarak kullanabilmesi için işten çıkarmanın ekonomik nedenlere veya teknolojik değişimlere ya da yapısal (reorganizasyon, verimliliğin, rekabet gücünün artırılması) zorunluluklara veyahut benzeri nedenlere dayanması gerekir⁴. Bu nedenle işçinin yeterlilik ve davranışlarından kaynaklanan nedenlere dayalı fesihlerle İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca yapılan haklı fesihler, bu fesihlerden etkilenen işçi sayısı yukarıda belirtilen sayı veya orana ulaşsa dahi, m. 29 anlamında toplu işçi çıkarma sayılmayacaktır⁵.

Bu haliyle söz konusu hüküm, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve 98/59/EC sayılı Yönerge ile uyumludur. Nitekim 98/59/EC sayılı Yönerge'nin 1. maddesinde toplu işçi çıkarma, “işçilerin şahsına bağlı olmayan bir veya birden fazla nedenle” yapılan işten çıkarmalar olarak düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplere ilişkin olarak Kanununun madde gerekçelerinde değinilen örneklerin toplu işçi çıkarma için de referans kaynağı olması gerekmektedir. Bu nedenle işletme, işyeri veya işin

gereklerinden kaynaklanan nedenlerin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde "işyerinin dışından kaynaklanan sebepler" ve "işyerinin içinden kaynaklanan sebepler" olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmesini, toplu işçi çıkarma için de geçerli kabul ederek sıralamak uygun olacaktır. Buna göre;

- Sürüm ve satış olanaklarının azalması,
- Talep ve sipariş azalması,
- Enerji sıkıntısı,
- Ülkede yaşanan ekonomik kriz,
- Piyasada genel durgunluk,
- Dış pazar kaybı,
- Hammadde sıkıntısı

gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere;

- Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması,
- İşyerinin daraltılması,
- Yeni teknolojinin uygulanması,
- İşyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi,
- Bazı iş türlerinin kaldırılması (örneğin bazı iş türlerinin başka bir işverene yaptırılması veya yapısal değişikliklerin uygulanması gibi⁶.)

gibi sebepler ise işyeri içi sebeplere örnek olarak gösterilmiştir.

Ekonomik, teknolojik ve yapısal bu sebeplerin toplu işçi çıkarmada da geçerli sebep olabilmesi için işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi ya da işyerindeki işin daha az işçi ile yapılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle işçinin yaptığı işi ortadan kaldırıcı nitelikte⁷ olması gerekmektedir. Burada kastedilen işçinin çalışma yerinin ortadan kalkması değil, işverenin işçiyi iş sözleşmesine uygun bir işte çalıştırma imkânının kalmamış olmasıdır⁸. Bu noktada, işverenin fesih yoluna gitmeden önce işçiyi başka şekillerde çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı hususu önem taşımaktadır. Yargıtay, işletme, işyeri veya işin gerekleri ile yapılan bireysel fesihlerde son dönemde verdiği kararlarında feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesinin uygulanmış olup olmadığını araştırmaktadır. Bu kararlara göre, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin onayı ile çalışma süresinin kısaltılması, yıllık ücretli izinlerin öne

alınması veya ücretsiz izin teklifinde bulunulması, işçinin onayı ile ücretinde indirim yapılması, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarının aranması gibi seçeneklerin hayata geçirilmesi, bunların da uygulanması olanaksızsa veya işyerini zor duruma düşüren ekonomik nedeni ortadan kaldırmak için yeterli olmamışsa son çare olarak fesih yolunun seçilmesi gerekmektedir. Bu nedenle feshin son çare olması ilkesinin, toplu işçi çıkarma bakımından da göz önünde tutulacağı söylenebilecektir.

Toplu işçi çıkarma, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sebebiyle yapılabileceğinden işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler ile yapılan fesihlerdeki gibi işçinin savunmasının alınma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak fesih, yazılı olarak ve sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilerek yapılmalıdır⁹.

3.2.2. Kanunda Belirlenen Belirli Bir Süre İçinde, Belirli Sayı veya Oranda İşçinin İşten Çıkarılması

Söz konusu madde uyarınca toplu işçi çıkarma konusundaki hükümlerin uygulanabilmesi için işten çıkarmaların belirli nedenlere dayanması ve işyerinde çalışan işçi sayısına göre belirli bir sayıda işçinin işine son verilmesi gerekmektedir¹⁰. Buna göre:

- a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,
- b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,
- c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin,

işine yine İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılacaktır.

Buna göre, 19 ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde, çıkarılacak işçi sayısı ne olursa olsun toplu işçi çıkarma hükümleri uygulanmayacaktır. Kanun'da yer alan hüküm gereği, bu maddede getirilen yükümlülüklerin uygulanabilmesi için en az 20 işçi çalıştırılması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinde, toplu işçi çıkarma kapsamında yapılacak fesihlerin aynı Kanun'un 17. maddesi uyarınca

yapılan bir süreli fesih olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler ve İş Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen deneme süresi içinde iş sözleşmesi sona erdirilen işçiler, toplu işçi çıkarma ile ilgili sayıya dahil edilmeyeceklerdir. Aynı şekilde işverenin ya da işçinin sağlık nedenleriyle haklı veya zorlayıcı nedenlerle feshi, emeklilik, askerlik veya kadın işçinin evlenme sebebiyle ayrılması bu kapsamda değerlendirilmez ve iş ilişkisi bu şekilde sona eren işçiler sayı tespitinde dikkate alınmaz¹¹.

İşyerinde çalışan toplam işçi sayısının belirlenmesinde Kanun, iş sözleşmelerinin türü bakımından bir ayırım getirmemiştir. Bu bakımdan, belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler kadar, belirli süreli, tam veya kısmi süreli iş sözleşmeleriyle veya çağrı üzerine çalışan işçiler de işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde dikkate alınacaklardır. Ancak geçici iş sözleşmesi ile çalışanlar, bu sayıya dahil edilmeyecektir, zira bu durumda, geçici işçinin iş sözleşmesi, işçisini geçici olarak başka bir işyerine gönderen işverenle devam etmektedir¹². Aynı şekilde, İş Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen ve nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren süreksiz işlerde çalıştırılan işçiler de sayıya dahil edilmeyecektir.

Hükümde, çalışan ve çıkarılan işçi sayısının belirlenmesi hususunda "işyeri" kavramı esas alınmıştır. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan işletmeler bakımından işletmeye ait işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı değil, her bir işyerinde çalışan işçi sayısı ayrı ayrı göz önünde bulundurulacaktır.

3.3. Toplu İşçi Çıkarma Konusunda İzlenecek Prosedür

3.3.1. Bildirim Yükümlülüğü

İş Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak isteyen işveren, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür.

Toplu işçi çıkarma yapılmak istenilen tarih-

Sendika temsilcileri ile yapılan toplantılar bir bilgi verme ve danışma toplantısıdır.

ten en az otuz gün önce yazılı olarak yapılacak bu bildirimde;

- İşçi çıkarmanın sebepleri,
- Bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları,
- İşe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceği

bilgilerinin yer alması zorunludur.

Bildirim yapılacak işçi grupları ibaresinden, işyerinde çalışan kişilerin, işyeri organizasyonu içinde çalıştıkları bölümlere ve/veya unvanlara ve/veya meslek gruplarına ve/veya iş değerlendirme sisteminin uygulandığı işyerlerindeki iş gruplarına göre ayırımın anlaşılması gerekmektedir. İşçi gruplarına örnek olarak işyeri organizasyonu içinde yer alan üretim bölümü, satış bölümü gibi bölümlerde çalışanlar ya da üretim bölümünde çalışan kaynakçılar gösterilebilir¹³.

Bildirimde bulunulacak idari makamlardan işyerinin bağlı olduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ilgili bölge müdürlüğü ve işyerinin bağlı olduğu Türkiye İş Kurumu ilgili il veya ilçe şube müdürlüğü anlaşılmalıdır. Bunun yanı sıra, işyeri sendika temsilciliğine de bir yazı ile bildirimde bulunulması gerekmektedir.

Kanun'a göre, işverenin idari makamlara yaptığı bildirimlerden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında görüşmeler yapılacaktır. Bu görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi, çıkarılacak işçi sayısının azaltılması veya çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınacaktır. Toplu işçi çıkarmalarda belirlenen işçi grubu arasında hangi işçinin işten çıkarılacağı tespitinde yaş unsuru, emeklilik hakkının elde edilip edilmediği gibi gerekçeler sebep olarak kullanılabilir. Görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir tutanak düzenlenecektir. Söz konusu tutanak için herhangi bir şekil şartı belirlenmemiştir. Bu toplantılar sonunda bir karar çıkması zorunluluğu bulunmamaktadır. Sendika temsilcileri ile yapılan bu

toplantılar 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 13. maddesinde belirtildiği gibi, bir bilgi verme ve danışma toplantısıdır¹⁴.

3.3.2. Bildirim Yükümlülüğüne Bağlı Sonuçlar

Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. Buradan anlaşılması gereken, toplu çıkarmadan etkileyecek işçilere yapılacak bir fesih beyanı, bölge müdürlüğüne bildirimden sonraki 30. günün sonunda yapılmış sayılacak ve dolayısıyla da bildirim süreleri bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlayacaktır. Ayrıca bu süre, işçinin kıdem tazminatının hesabında da dikkate alınacaktır. Öğretide bu süre içinde gerçekleşen toplu sözleşme zammı ya da bu dönem içinde toplu sözleşme kapsamında gerçekleşen yakacak yardımı, bayram harçlığı gibi sosyal yardımlar, asgari ücrette ve kıdem tazminatı tavanındaki artış gibi haklardan da işçinin yararlandırılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵. Bununla birlikte söz konusu madde uyarınca fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracağından, bu 30 günlük sürenin sonunda bildirim öneline ait ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle sözleşme sona erdirilebilecektir¹⁶.

3.4. Toplu İşçi Çıkarma Hükümlerinin Uygulanmayacağı Haller

İş Kanunu'nun 29. maddesinin 6. fıkrası hükmü uyarınca, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyetine son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmek ve işyerinde ilan etmekle ve toplu işçi çıkarmanın kesinleş-

Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez.

mesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediğinde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırmakla yükümlüdür. Görüldüğü gibi bu halde, işverenin işyeri sendika temsilcilerine bildirimde bulunma ve onlarla görüşme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu halde de fesih bildirimlerinin hüküm doğuracağı süre, bölge müdürlüğüne bildirimden itibaren 30 günlük sürenin sonunda başlayacaktır.

Aynı maddenin 7. fıkrasına göre de, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

3.5. Toplu İşten Çıkarılan İşçilerin Yeniden İşe Çağrılması

İş Kanunu'nun 29. maddesi, yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde olduğu gibi, işverene toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırma yükümlülüğü getirmektedir. Çağrının nasıl yapılacağı belirlenmediğinden İş Kanunu'nun 109. maddesinin işletilmesi uygun olabilecektir¹⁷. Öğretide, bu hükmün uygulamada etkili olabilmesi için, işverenin bu kapsamdaki işçilere, işyerinde mevcut olan son adreslerine bir davet yazısı göndererek başvuru için makul bir süre vermesinin ve aksi takdirde bu haklarını kaybedeceklerine dair uyarmasının uygun olacağı konusunda görüşler bulunmaktadır¹⁸.

Bu noktada önemli bir diğer husus da İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin son fıkrası uyarınca toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisinin gerçekleşmeyeceğidir.

3.6. Toplu İşçi Çıkarma ve İş Güvencesi Hükümleri

Toplu işçi çıkarma, süreli feshin bir türü olduğundan işçinin kıdem tazminatı ve diğer bütün işçilik hakları saklıdır. Öte yandan işçi-

nin iş güvencesi ile ilgili hakları da maddeyle güvence altına alınmıştır. Buna göre, işveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri İş Kanunu'nun iş güvencesini düzenleyen 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre dava açabilir.

Dolayısıyla, toplu işçi çıkarmak isteyen işveren, toplu işçi çıkarma sebeplerinin geçerli olmadığı iddiasıyla açılmış işe iade davalarına muhatap olabilecektir. Ancak burada, iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açılabilmesi için İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan işyerinde en az 30 işçi çalışması, işe iade davası açacak işçinin en az altı aylık kıdemini olması ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ya da yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili olmama koşullarının sağlanmış olması gerekmektedir.

Ayrıca burada işe iade davası açılmasına yönelik bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi, bireysel fesihlerde olduğu gibi fesih bildiriminin işçiye tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır.

3.7. Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılığın Yaptırımı

Toplu işçi çıkarma prosedürüne aykırılığın yaptırımı, İş Kanunu'nun 100. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre Kanunun 29. maddesindeki hükümlere aykırı olarak işçi çıkaran işveren veya işveren vekiline işten çıkardığı her işçi için 2009 yılında 403 TL. idari para cezası verilecektir.

Yargıtay da son dönemde vermiş olduğu kararlarında 29. maddede yer alan bildirim yükümlülüğüne uymamanın yaptırımı olarak m. 100'de yer alan idari para cezasının uygulanmasının gerektiğini, toplu çıkarma prosedürüne uyulmadan yapılmış olan fesihlerin, sırf bu nedenden dolayı geçersiz sayılamayacağı yönünde görüş bildirmiştir¹⁹.

DİPNOTLAR

1 Centel, Tankut; Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri,

- MESS Yayını, Yayın No.428, 2. Bası, İstanbul Mayıs 2004, s. 578, 579.
- 2 Cengiz, İftar; Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 40 ve aynı sayfada dipnot 103.
 - 3 Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2008, s. 220.
 - 4 Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 527.
 - 5 Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 279 ve aynı sayfada dipnot 4. Eyrenci, Öner; Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınları, Mayıs 2005, s. 553. Cengiz, İftar; a.g.e., s. 42.
 - 6 MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, E Toplu İşçi Çıkarma Bölümü, s. E/003.
 - 7 Çelik, Nuri; age., s. 223 ve aynı sayfada dipnot 225, 226, 227.
 - 8 Cengiz, İftar; age., s. 55, 56.
 - 9 Aksi görüşte Çil, Şahin; İş Kanunu Şerhi, Eylül 2007, Turhan Kitabevi, 2. Cilt, s. 2082.
 - 10 Eyrenci, Öner; age., s. 552.
 - 11 Çil, Şahin; age., s. 2077.
 - 12 Aynı görüşte Eyrenci, Öner; age., s. 556.
 - 13 MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, E Toplu İşçi Çıkarma Bölümü, s. E/006.
 - 14 Çelik, Nuri; age., s. 279. Aydın, Ufuk; Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınları, Mayıs 2005, s. 675 ve aynı sayfada dipnot 47.
 - 15 Çil, Şahin; age., s. 2081.
 - 16 Aynı görüşte Çelik, Nuri; a.g.e., s. 280 ve aynı konuda dipnot 8. Aydın, Ufuk; s. 676.
 - 17 Aynı görüşte Akyiğit, Ercan; age., s. 224.
 - 18 Eyrenci, Öner; age., s. 562 ve aynı sayfada dipnot 32.
 - 19 Yarg. 9HD., 24.11.2005 gün, 2005/32699 E., 2005/-- K. (Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Eylül 2007, Turhan Kitabevi, 2. Cilt, s. 2085).

Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/15362

Karar No: 2008/11408¹

Tarihi : 5.5.2008

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirlenen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 2. maddenin altıncı fıkrasına göre asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene verilebilecektir. Bu düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği an-

cak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki koşullar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından, iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır. Bu ilkeler doğrultusunda uyumsuzluk konusu olan olayda alt işverene verilen işlerin 2. maddeye uygun olarak verilip verilmediği incelenmeli ve verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının sözleşmesini etkileyip etkilemediği, ayrıca feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği mahkemece araştırılmalıdır.

KARAR

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S. Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

Davalı işveren, Ankara İstasyon Müdürlüğündeki bazı hizmetleri, İş Kanununa uygun olarak taşeron firmaya devretmesi sonucunda davacı personelden apron işçisi olarak hizmet almak olanaklı olmadığından ve görev yapacak(tan) başka bir ünite de bulunmadığından davacının iş sözleşmesinin tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığı hususunun ispat yükü üzerinde olan davalının usulünce ispatlayamadığı, bununla birlikte feshin son çare olması ilkesine de uyulduğu hususunun davalı işverence kanıtlanmadığı, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin THY'nin uçuş programı dâhilindeki seferleri ile yükümlü olduğu hizmetleri 7.12.2005 tarihinde Çelebi Hava Servisi A.Ş. isimli şirkete devir ettiği; davacının iş sözleşmesinin ise 10.1.2007 tarihinde hizmetlerin taşeron devredildiğinden söz edilerek feshedildiği anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

Alt işveren uygulaması bir işletmesel kareddir. Alt işverene devrin işletme gerekle-

rine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2.inci maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi(ni) arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşul la bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olamaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6. fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz ola-

çağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda öncelikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, varsa etkilemenin ne şekilde

olduğu, bütün bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği araştırılmalı, sonucuna göre feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 5.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Giriş

1. Yargıtay kararının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta, davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini öne sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini mahkemeden istemiş, davalı işveren ise, işyerindeki bazı hizmetleri alt işverene devretmesi sonucunda apron işçisi olarak çalışan davacıdan hizmet almak olanağı bulunmadığından işçinin sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığının ve ayrıca son çare ilkesine de uyulduğunun davalı tarafından usulünce ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

2. Yargıtay'ca, olayda alt işverene verilen işlerin İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olarak verilip verilmediğinin alt işverenlik sözleşmesi getirilerek incelenmesi ve verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin, ayrıca son çare ilkesinin değerlendirilip değerlendirilmediğinin araştırılması gerektiği sonucuna varılarak mahkeme kararı bozulmuştur.

II. Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

1. Alt İşverene Verilen İşin Yasal Düzenleme Kapsamına Girip Girmediği

a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar

Yargıtay kararındaki dava özetinde, bir yandan, apron işçisi olarak çalışan davacının hizmetine ihtiyaç kalmadığından söz edilerek apron işlerinin alt işverene verildiği ortaya konulmakta, öte yandan, işyerindeki bazı hizmetlerin alt işverene devredildiği ifade edilmektedir. Böylece, olayda alt işverene devredilen işlerin sadece apron işlerinden ibaret olmadığı anlaşılmaktadır. Herhalde bu nedenle, Yargıtay'ın bozma kararında alt işverenlik sözleşmesinin getirilerek incelenmesi ve buna göre alt işveren tarafından yapılan işlerin İş Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında yardımcı işleri ya da asıl işin bir bölümünü oluşturup oluşturulmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Olayla ilgili işyerinde yapılan işlerin söz konusu alt işverenlik türlerinden hangisine girdiğinin belirsizlik göstermesi karşısında Yargıtay'ca dava konusu uyuşmazlığın kesin ve somut olarak çözümü yoluna gidilememiştir. Bununla birlikte kararda mahkeme tarafından yapılacak araştırmada ortaya çıkabilecek sonuca ilişkin olarak olasılıklara göre alt işverenlik ve hatta asıl işveren-alt işveren ilişkilerindeki muvaza-

alı işlemler ile ilgili Yargıtay görüşünü belirten açıklamalarda bulunulmuştur. Yargıtay'ın yurkarıda değinilen konulardaki görüşlerinin bu kararlar ortaya konulmuş olması aynı konuda açılacak davalar açısından aydınlatıcı ve ayrıca öğretilerdeki tartışmalara katkı sağlayıcı niteliği dolayısıyla yararlı olmuştur.

b. Değerlendirme

aa. Alt işverene devredilen yardımcı işin bir koşula bağlı olmaması

Yargıtay'a göre, İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması² nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir.

Yargıtay'ın görüşü yasal düzenlemeye ve öğretilerde ortaya konulan görüşe tam bir uygunluk göstermektedir. Ancak Yargıtay'ın kararında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaa olmaması kaydına konuyla ilgisi oranında değinilmekle yetinilmemiş, kararın önceki iki bölümünde, öğretilerdeki tartışmalarla bağlantılı olarak, 2. maddenin yedinci fıkrasında düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları üzerinde de açıklamalarda bulunulmuştur. Bu konudaki değerlendirmelerimize aşağıda (2.) yer verilmiştir. Burada sadece, karardaki yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlı olmaması yönünde isabetle ortaya konulan görüşün yasaya uygunluğu konusuna yönelik olarak öğretilerde öne sürülen bir itirazın yerinde olmadığını açıklamaya çalışacağız. Bu noktada ortaya atılan görüşe göre, Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasındaki "mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş" sözü karşısında, bu işleri üretime ilişkin olmak-

la birlikte ikinci planda kalan işler olarak kabul etmek, asıl faaliyet olan mal ve hizmet üretimi ile ilgisi bulunmayan bir faaliyeti yardımcı iş olarak kabul etmemek gerekir. O halde, "bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkisi bulunmadığından alt işverenlik bağlamında yardımcı iş olarak kabul edilemeyecekken bir hastanenin temizlik ve yemek işi bu bağlamda yardımcı iş kabul edilebilecektir"³. Oysa, yardımcı işlerin niteliği ve herhangi bir koşula bağlı olmaması bakımından 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun'daki düzenleme arasında bir fark yoktur. Yeni kanunda, eski düzenlemedeki yardımcı işlerin alt işverene koşulsuz olarak verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır⁴. Zira, 2. maddenin altıncı fıkrasındaki işyerinde yürütülen "mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş" ibaresi aynı maddenin ilk fıkrasında yer verilen işyeri tanımındaki "mal ve hizmet üretmek" amacıyla ilgilidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu unsura yer veren işyeri tanımı ise eski kanundakinin öteden beri kabul edilen esaslarla geliştirilmiş hali olup herhangi bir yenilik getirmiş değildir⁵. Kaldı ki, işyeri tanımının yenilik getirdiğini öne süren yazarlar da yardımcı iş kavramına farklı bir anlam vermemektedirler.

bb. Asıl işin bir bölümünün devrinde yasal ögenin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması

Yargıtay'a göre, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. "Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır"⁶. Kararda yer verilen bu açıklama ile Yargıtay, öğretilerdeki iki karşıt görüşten birini oluşturan ve aşağıda ilk olarak açıklanan görü-

Yeni kanunda, eski düzenlemedeki yardımcı işlerin alt işverene koşulsuz olarak verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır.

şü benimsemiş olmaktadır. Yargıtay'ın önceki kararlarında bu karardaki görüşüne uygunluk gösteren ifadeler yer verilmiş olmakla birlikte incelemekte olduğumuz bu karardaki açıklıkta bir görüşüne rastlanılmış değildir. Gerçekten, Yargıtay'ın yukarıda belirtilen yasal esasla ilgili yeterli bir açıklamada bulunmaksızın vermiş olduğu bir kararında, işverenin asıl işi olan soğutma sonu ve bant paketleme işi “uzmanlık gerektiren” bir iş olarak nitelenmiş, daha sonraki bir kararında, kauçuk ve plastik hortum üretimi işinin davalı şirketin asıl işi olup işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunun ispatlanamamış olması karşısında, söz konusu işin bölünerek alt işverene verilmeyeceği sonucuna varılmıştır. Bunun gibi, Yargıtay'ca, PTT'nin posta tekeli dışında kalan, gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işinin yardımcı iş sayılmayacağı ve bu işin asıl iş olup teknolo-

nirlamasının hiçbir anlamı kalmaz. Zira böyle bir yorum doğrultusunda işveren işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi kolaylıkla bölebilir; alt işverene verebilir. Bu da maddenin konuluş amacı ile bağdaşmaz; yapılan düzenlemeyi anlamsız kılar”⁹.

Buna karşı, herhalde, aşırı kısıtlayıcı nitelikteki yasal düzenlemeye makul bir uygulama olanağı sağlamak düşüncesiyle, hükümdeki “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiği görüşü öne sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, söz konusu 2. madde hükmüyle getirilen ölçüt bölünebilir nitelikte olup bir bütün olarak yorumlanamaz¹⁰. Zira, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, “işletme ve işin gereği” ibaresine kanunda yer verilmezdi. Aksi yöndeki görüşün kabulü hukuka, pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun düşmeyeceği¹¹ gibi, amaçsal yorum ilkesine,

Alt İşveren Yönetmeliği'nde yer verilen ve İş Kanunu'ndaki koşulların “birlikte gerçekleşmesi halinde” asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini öngören düzenlemenin kanundaki unsurları aşan nitelikte ve hukuka aykırı olduğu açıktır.

jik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmadığından alt işverene verilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁷.

Yargıtay'ın kararında varılan sonucun öğretilde bu yönde öne sürülen görüşe uygunluk gösterdiğini yukarıda belirtmiştik. Bu konuda öğretilde yasal düzenlemedeki sözün ve amacın⁸ dikkate alınması durumunda “ile” sözcüğünün “olarak” biçiminde anlaşılması gerektiği noktasından hareket edilmektedir. İsabetli bulduğumuz bu görüşe göre, yasal düzenlemenin anlatımı karşısında asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir ve buradaki ölçüt bütünlük göstermekte olup bölünemez niteliktedir. “Bunun tersi kabul edildiğinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sı-

girişim ve sözleşme özgürlüğüne de aykırı olacaktır¹². Hemen belirtelim ki, bu görüş, kanundaki düzenlemenin sözüne ve amacına uygun düşmemekte, sadece katı ve açık kanun hükmü uygulama ihtiyaçlarına uygun hale getirme hedefini gütmektedir. Kanun'un yalnız bu hükmünün değil, 2. maddesindeki asıl işveren-alt işveren ilişkileri ile ilgili yedinci fıkrasının da olması gereken hukuk kurallarına uygun olmadığı, her iki hükmün isabetsiz ve sorunlar yaratan düzenlemeler niteliğinde olduğu açıktır. Gerçekten, aşağıda belirtildiği üzere, yedinci fıkradaki “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” hükmü girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı ve kaldırılması gereken bir yasal düzenleme niteliğindedir. Ancak her iki düzenlemeye, 1475 sayılı Kanun dönemindeki alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılma-

Kanun'un 2. maddesindeki asıl işveren-alt işveren ilişkileri ile ilgili yedinci fıkrasının olması gereken hukuk kurallarına uygun olmadığı açıktır.

sı uygulamalarını en aza indirmek amacıyla kanunda yer verilirken ölçülülük ilkesine uygunluk sağlanamamıştır. Ne var ki, her iki düzenlemedeki sözlerin açıklığı karşısında, bunlara yorum yoluyla uygulama ihtiyaçlarına uygun anlam vermek şeklindeki düşüncenin kabulü olanaklı bulunmamaktadır. Yedinci fıkra konusundaki görüşümüz aşağıda açıklandığından burada yalnız altıncı fıkraya ilişkin birkaç noktayı belirtmekle yetineceğiz. Söz konusu fıkranın sözü ile ilgili olarak karşı görüş tarafından, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, o takdirde “işletme ve işin gereği” ibaresine kanunda ayrıca yer verilmezdi yolunda öne sürülen düşünce isabetli değildir. Tam tersine, katıldığımız görüş tarafından belirtildiği ve yukarıda açıklandığı üzere, karşı görüşün kabulü halinde, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sınırlamasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Zira böyle bir yorum uyarınca işveren “işletme ve işin gereği” olduğunu öne sürmek ve asıl işi kolaylıkla bölmek suretiyle bunun bir bölümünü alt işverene verebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalarla yasal düzenlemenin isabetli olmadığı, ancak maddenin amacı ve düzenlemedeki ifadenin açıklığı karşısında yorum yoluyla ihtiyaca uygun bir uygulamaya gidilemeyeceği sonucuna varmaktayız. Karşı görüşün Yargıtay'ca benimsenmemesini yerinde buluyoruz. Bu önemli sorunun çözümü için uygulama ihtiyacını dengeli olarak giderecek biçimde yasal değişikliğe gidilmesinin uygun olacağı kanısındayız¹³. Ayrıca belirtelim ki, bu konuda tartışılabilir nitelikteki yasal düzenleme varlığını sürdürürken aşağıda değindiğimiz Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu düzenlemeyi katıldığımız görüşe uygun bir şekilde getirerek ifade etmenin yasal esaslarla ve Anayasada da

ifadesini bulan hukuk normları hiyerarşisiyle bağdaşır bir yanı yoktur. Bu nedenle, söz konusu yönetmelikte yer verilen ve İş Kanunundaki (m. 2/VII) koşulların “birlikte gerçekleşmesi halinde” asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini öngören düzenlemenin (m. 11/3) kanundaki unsurları aşan nitelikte ve hukuka aykırı olduğu açıktır¹⁴.

2. Alt İşverene Verilen İşin Muvazaalı Bir İşleme Dayanmaması

a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar

Yargıtay'ın kararında sadece uyumsuzluk ile doğrudan ilgili olarak yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin muvazaalı olmaması halinde sözleşme feshinin geçerli olacağı hususunun açıklanması ile yetinilmemiş, muvazaanın Borçlar Hukukundaki tanımına ilişkin genel esaslara değinildikten sonra asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları ve bunlara aykırılığın yaptırımına ilişkin 2. maddenin yedinci fıkrasındaki haller muvazaalı işlemler ile bağlantılı olarak gösterilmiştir. Gerçekten, karara göre, “işverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir”.

b. Değerlendirme

Yargıtay kararındaki iki sınırlamaya ilişkin açıklama, aynı fıkroda bu sınırlamalardan sonra yer alan “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” düzenlemesine kanımızca isabetsiz olarak verilen anlamla ilgili bulunmaktadır. Bize göre, bu ifade ile anlatılmak istenen herhalde “aksi halde ve genel olarak” sözlerinin birlikte ele alınmasını sağlamak ve ilk cümledeki iki sınırlama ile muvazaalı işlem

arasında bağlantı kurmak değildir. “Aksi halde” sözü muvazaa incelemesine gerek görülmeyen bu sınırlamaları sadece ikinci cümledeki yaptırma bağlayıcı niteliktedir. “Genel olarak” sözü ise bu sınırlamalar dışında kalan hallerle ilgilidir¹⁵. Kanundaki yedinci fıkranın ikinci cümlesini “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” şeklinde anlamak gerekir. Bundan sonraki cümlede, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği belirtilmiştir. Bunun yaptırımını da ikinci cümle hükmünün oluşturduğu kabul edilmelidir. Tasarının kanunlaşmasından önceki değişiklikte son cümleye isabetli şekilde fıkranın ikinci cümlesi olarak yer verilmişken, yapılan değişiklik sırasında sıralama değiştirilmiş, asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm fıkranın sonuna getirilmiştir.

Yukarıdaki açıklamamızın sonucu olarak, işçi ile işveren arasında söz konusu sınırlamalara ilişkin bir uyumsuzluğun çıkması durumunda, böyle bir sınırlamaya aykırılığın ispatı maddi vakıaların ispatından ibaret kalacak ve asıl işveren ile alt işverenin üçüncü kişileri aldatmak yolunda bir anlaşma yaparak muvazaalı işlemde bulduklarını işçinin ispat etmesi gibi zor bir yükümlülük işçiye yükletilemeyecektir.

Öne sürmüş olduğumuz görüş İş Kanunu’nun madde gerekçesine de uygun bulunmaktadır. Gerekçeye göre, “İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılmaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyumsuzluklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları önemli bir fren oluşturmuşsa da, yüksek mahkemenin

görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür”. Böylece, söz konusu düzenlemeye Kanun Tasarısında yer verilirken, gerekçede belirtildiği gibi 1980’li yıllarda kullanılamaz hale gelen işçi haklarının sağlanması ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi için eski İş Kanunu dönemindeki Yargıtay kararları ile ortaya konulan muvazaalı işlemlerle ilgili belirli ölçütlerin kanuna alınması düşünülmüştür. Görüldüğü gibi, Tasarıya 2. maddenin yedinci fıkrasındaki sınırlamalar konulurken, muvazaalı işlemleri engelleyecek bazı ölçütlere yer verilmesi amaçlanmıştır. Bunlar dışında kalan muvazaalı işleme dayalı hallerde ise bu işlemlerin muvazaaya dayalı olup olmadığının mahkemece araştırılması suretiyle sonuca gidileceği açıktır. Ancak, hemen belirtelim ki, 5763 sayılı Kanunla¹⁶ İş Kanunu’nun 3. maddesine eklenen bir fıkra ile bu konuda yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkra uyarınca, alt işveren, kendi işyerinin tescili için bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü olup tescili yapılan işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. Söz konusu fıkranın bundan sonraki bölümünde yer verilen gereksiz ve isabetsiz bir hükme göre, “İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır”. Yargıcın yetkisinde olan muvazaa tespitinin idari bir makama verilmesinin yerinde olmadığı yönünde haklı

Yargıcın yetkisinde olan muvazaa tespitinin idari bir makama verilmesinin yerinde olmadığı haklı olarak eleştirilmektedir.

olarak eleştirilen¹⁷ bu düzenleme ile yetinilmemiş, aynı madde uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin¹⁸ 3. maddesinde gereksiz bir şekilde muvazaanın tanımı yapılmış ve 11. maddede alt işverene verilecek asıl işin koşullarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş¹⁹, 12. maddesinde de muvazaanın incelenmesi usulü düzenlenmiştir.

3. İş Sözleşmesini Feshin Geçerli Sebebe Dayanıp Dayanmadığının Araştırılması

a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar

Yargıtay'ın kararında alt işverene verilen işin 2. maddenin altıncı fıkrasına uygun bulunmaması halinde bazı hizmetlerin alt işverene devrine ilişkin uygulamanın iş sözleşmesinin asıl işverence feshi için geçerli neden olamayacağı belirtilmiştir. Ancak, karara göre, bu konuda mahkemece yapılacak inceleme sonunda alt işverene verilen işin Kanuna uygun bir işleme dayandığının tespiti halinde söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacı işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, etkileme durumu varsa bunun ne şekilde olduğunun ve bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediğinin araştırılması gerekir.

b. Değerlendirme

Yargıtay kararında yer verilen alt işverene devredilen işin kanuna uygunluğu için bulunması gereken koşullara ilişkin açıklamalar konusundaki değerlendirmeyi yukarıda yapmış bulunuyoruz. Burada sadece kararın alt işverenlik uygulamasının Kanuna uygunluk göstermesi durumunda mahkemece yapılması gereken inceleme konusundaki bölümünü ele alacağız.

Kararda öncelikle, alt işverenlik uygulamasının bir yıl sonra işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin, etkileme durumu varsa bunun ne şekilde olduğunun araştırılması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bunu isabetli bir tespit olarak görmekteyiz. Gerçekten, apron işçisi olarak çalışan davacının bazı hizmetlerin ve bu arada apron işlerinin alt işverene devrinden sonra çalışmasını sürdürmüş ve ancak bir

yıl sonra sözleşme feshinin devir işlemine dayandırılmış olması feshin geçerliliği konusunda duraksamaya neden olabilecek bir nitelik göstermektedir. Davalı işverenin savunmasında, apron işçisi olarak çalışan davacıdan bu işin alt işverene devri sonucunda hizmet olmak olanağı olmadığından ve kendisine görev verilecek başka bir ünite de bulunmadığından sözleşmesinin feshi yoluna gidildiği belirtilmiştir. Ne var ki, bu savunmada, davacıya görev verilecek başka bir ünitenin bulunmadığından söz edilirken devirden sonraki bir yıl içinde nasıl ve nerede çalıştırıldığı cevapsız kalmaktadır. İşçinin bir yıl sonra işini sürdürmesinin neden olanaksız hale geldiği de açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kararın sonunda, ayrıca, feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği noktası üzerinde durulmaktadır. Kararın ifadesinden, davacıya sadece bir yıl daha yaptırılan işin sürdürülüp sürdürülmeyeceğinin değil, son çare ilkesine göre, işverence feshin önlenmesine yarayacak başka bir yola başvurulması olanağının da araştırılıp araştırılmadığının mahkemece tespitinin gerektiği sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Böylece kararda, Kanunun 2. maddesi gerekçesinde belirtilen son çare ilkesi uyarınca işçiyi başka bir işte çalıştırma olanağının veya işverence ihtiyaç duyulan bir iş için işçiyi yeniden eğitmek gibi bir girişimin olayda var olup olmadığı mahkemece araştırılması ve buna göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği isabetli bir biçimde ortaya konulmuş olmaktadır.

III. Sonuç

Yargıtay kararındaki alt işverene verilen işin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü kapsamında olup olmadığı araştırılması konusu ile ilgili olarak yasal düzenlemede yer alan esasların yorumuna ilişkin bölümde ve sonuç bölümünde yapılan açıklamaları ana hatları itibarıyla yerinde buluyoruz. Ancak, alt işverene verilen işin muvazaalı bir işleme dayanmaması konusunda 2. maddenin yedinci fıkrasındaki sınırlamalarla ilgili olarak Yargıtay'ca ortaya konulan görüşe katılamıyoruz. Zira bu görüş, söz konusu fıkradaki sınırlamalardan sonra gelen düzenlemeye isabetsiz olarak verilen bir anlama dayandırılmış bulunmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Legal İHD), 2008/19, 1117–1119.
- 2 Yasal düzenlenmenin yürürlükteki şekline getirilmesine ilişkin tasarı değişikliği teklifi gerekçesinde bu nokta vurgulanmıştır (Güzel, 46–47); aynı yönde Taşkent, Alt İşveren, 365; Süzek, 144; Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren, 48.
- 3 Mollamahmutoğlu, 170–171.
- 4 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 2003, 46 ve 21. bası, 48.
- 5 Çelik, 56 vd.; Ulucan (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 103-104; Aydın, İşverenin Koruma Yükümlülükleri, 151; Ekonomi, İşverenin Kapatılması, 414; Doğan Yenisey, 9; tanının yenilik getirdiği görüşü M. Kutsal, İstanbul Barosu'nca düzenlenen Yeni İş Yasası Sempozyumu'ndaki konuşması, toplantı yayını, İstanbul 2003, 66-67; Şahlanan, aynı sempozyum, 68; Ayan, 506, dn. 21.
- 6 Aynı yolda, Yarg. 9. HD. 28.4.2008, E. 2007/19452, K. 2008/10426, Legal İHD, 2008/19, 1134-1135.
- 7 Sırasıyla, Yarg. 9. HD. 31.1.2005, E. 2004/31850 K. 2005/2487, Tekstil İşveren D. Mayıs 2005, 41-42; 12.2.2007, E. 2006/32217 K. 2007/3258, Toprak İşveren, Eylül 2007, 22-23; 14.5.2007, E. 2007/3132 K. 2007/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 240-243.
- 8 Bu konuda Güzel, 46 vd.; Kanunun aşağıda ele alınan madde gerekçesinde, 1475 sayılı Kanun döneminde özellikle 1980'li yıllardan itibaren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmış olmasına dikkat çekilerek bu konudaki muvazaalı işlemlerin önlenmesi için yasal düzenleme yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.
- 9 Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 43-44; aynı yazar, Alt İşveren, 364-365; Özveri, 393 vd.; Güzel, 48 vd.; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, 2004, 46 ve 21. Bası, 47; Uzun, 29; Kılıçoğlu, 9, 25-26; Çankaya/Çil, 19; Ayan, 509-510; Aydın, Alt İşveren İlişkisi, 175 vd.; Göktaş 98-99.
- 10 Ekmekçi, 134; Şahlanan, Konferans Notları, 70-71; Tunçomağ/Centel, 59-60; Alpagut, Alt İşveren, 18-19; Arslanoğlu, 107 vd.; Soyer, 19 vd.; Kaplan-Senyen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen), 67; Gerek/Oral, 31-32; Arıcı, 492 vd.; Süzek, 146-147. Ancak yazara göre, salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi kurulamaz (148); Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren, 42 vd.; değişik görüş Mollamahmutoğlu, 169-170; Ünsal, 543-544; Engin, 16 vd.; Şen, 92. vd.
- 11 Soyer, 19-20.
- 12 Süzek, 147.
- 13 Çelik, 47; aynı görüş Göktaş, 99.
- 14 Haklı eleştiri için Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12; Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği, 56-57; Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliği 58-62; Mollamahmutoğlu, 170; Aktekin, 7.
- 15 Çelik, İş Hukuku, 16. Bası, 2003, 51 ve 21. Bası, 54-55;

- aynı yönde Şahlanan, Temel Kavramlar, 42; Özveri, 397; Güzel, 61-62; ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için Aydın, Alt İşveren İlişkisi, 266 vd.; aksi görüş Soyer, yukarıda dn.5'te anılan İş Yasası Sempozyumu, 40; Eyrenci, 22.
- 16 RG 26 Mayıs 2008, 26887.
- 17 Centel, Son Değişiklik, 7,11; Ekonomi, Sayısal Esneklik.
- 18 RG 27 Eylül 2008, 27010.
- 19 Bu maddelerdeki esasların eleştirisi için Alpagut, Seminer, 32-44; Aktekin, 7; Mollamahmutoğlu, 182; Göktaş, 103.

KAYNAKÇA

- Aktekin, Şeyda: Alt İşveren Müessesesi Tarihi mi Karşıyor, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2008, 7.
- Alpagut, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma, İNTES ile İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Merkezi'nce ortaklaşa düzenlenen "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, Ankara 2004, 16-24 (Alt İşveren).
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği İle İdari Para Cezalarına İlişkin düzenlemeler, TİSK/PERYÖN tarafından ortaklaşa düzenlenen seminer yayını, İstanbul 2008, 32-44 (Seminer).
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 58-62 (Alt İşverenlik Yönetmeliği).
- Arıcı, Kadir: Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, 485-509.
- Arslanoğlu, Mehmet Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005.
- Ayan, Özge: Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi, Legal İHD, 2006/10, 499-531.
- Aydın, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (İşverenin Koruma Yükümlülükleri).
- Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi, Ankara 2008 (Alt İşveren İlişkisi).
- Centel, Tankut: Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, 5-13 (Son Değişiklik).
- Centel, Tankut: Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 56-57.
- Çankaya-Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı,

- Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, 132-139.
- Engin, Murat: Üçlü İş İlişkileri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam sanayi İşverenleri Sendikası'nca Düzenlenen "III. Yılında İş Yasası" semineri yayını, İstanbul, 2005, 12-26.
 - Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 409-457 (İşyerinin Kapatılması).
 - Ekonomi, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 21-52 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
 - Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 5-23 (Sayısal Esneklik).
 - Eyrenci, Öner: 4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İHD, 2004/1, 15-55.
 - Gerek, Nüvit/Oral, İlhan: Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 29-35.
 - Gökteş, Seracettin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 97-105.
 - Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 31-65.
 - Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2006.
 - Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.
 - Özveri, Murat: Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHD, 2004/2, 383-400.
 - Senyen-Kaplan, Emine Tuncay: Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
 - Soyer, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 16-28.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008.
 - Şahlanan, Fevzi: Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, İB/GS Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003 (Temel Kavramlar).
 - Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, Türk-İş Bolu Semineri, Türk-İş Dergisi Eki, Ankara 2003, 66-81 (Konferans Notları).
 - Şen, Sabahattin: Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 71-98.
 - Taşkent, Savaş: Alt İşveren, Legal İHD, 2004/2, 363-366.
 - Taşkent, Savaş: Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
 - Tunçomağ/Centel: İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2008.
 - Ulucan, Devrim: Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
 - Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İTO yayını, İstanbul 2004.
 - Ünsal, Engin: 4857 Sayılı Yasaya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İHD, 2005/6, 538-544.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ücretin Düşürülmesinin İş Şartı Haline Gelmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/10429

Karar No : 2008/1593

Tarihi : 21.02.2008

ÖZET

Uyuşmazlık ücret farkından kaynaklanmaktadır. 2001 yılı Şubat ayından başlayarak davacı işçiye 1.260.837.300 TL olarak ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Anılan tarihte Türkiye’de ekonomik krizin olduğu ve doların olağanüstü arttığı bilinmektedir. İşveren ödemelerin Şubat 2001 yılından itibaren fesih tarihi olan Ocak 2003 ayına kadar anılan miktar üzerinden ödemeye devam etmiştir. Bu oluşum karşısında taraflar arasında ücret konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığı kabul edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, ücret iş şartı haline gelmiştir. Sözü edilen sürelerle ilişkin fark isteğinin reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirmiştir.

DAVA

Davacı fark ihbar tazminatı, izin ile ücret alacağına ödemesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm atına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi B. Ünal tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

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

Uyuşmazlık ücret farkından kaynaklanmaktadır. 2001 yılı Şubat ayından başlayarak davacı işçiye 1.260.837.300 TL olarak ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Anılan tarihte Türkiye’de ekonomik krizin olduğu ve doların olağanüstü arttığı bilinmektedir. İşveren

ödemelerin Şubat 2001 yılından itibaren fesih tarihi olan Ocak 2003 ayına kadar anılan miktar üzerinden ödemeye devam etmiştir. Bu oluşum karşısında taraflar arasında ücret konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığı kabul edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, ücret iş şartı haline gelmiştir. Sözü edilen sürelerle ilişkin fark isteğinin reddi gerekirken

kabulü bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. İş Kanunu Hükümleri Bakımından

Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay'ın inceleme konusu yaptığımız bu kararı, sadece “ücretin gününde ödenmemesi” ile ilgili yukarıda belirtilen İş Kanununun 34. maddesi hükümlerini değil, aynı zamanda “çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini” düzenleyen 22. maddesi ile “ücretten indirim yapılamayacak halleri” düzenleyen 62. maddesi hükümlerini de ilgilendirmektedir. Şimdi bu hükümleri Kanunun sistematik sırasına uygun hatırlatmada bulunarak incelemeye başlayalım.

Olayda, Şubat 2001 krizi ile 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinin II/e bendindeki deyişle “iş şartlarının esaslı bir tarzda değiştiği, başkalaştığı veya uygulanmadığı” anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 24. maddesinin II/f bendinde “... çalışma şartları uygulanmazsa” şeklinde ifadesi bulan bu hüküm, daha önce aynı Kanunun 22. maddesinde özel koşullara bağlanmıştır: “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak

bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz”.

Bu hükmün “ücretin gününde ödenmemesi” halini düzenleyen hükümle desteklendiğini görüyoruz: “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. Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılmaz”.

Hemen ekleyelim ki, yukarıdaki hükümlerin işveren tarafından “tek taraflı” olarak yapılan ücret indirimlerini kapsadığına kuşku yoktur. Bilindiği gibi, “kural olarak” işçinin iş görme borcunu ifa edeceği işin konusu ve alacağı ücreti kural olarak iş sözleşmesinde belirlenir. Sözleşmede işçinin yapacağı işin konusunun ve ücretinin belirlenmesi halinde ise, işveren tek taraflı olarak işçinin işinin konusunu ve ücretini

Sözleşmede işverene işçinin işini ve ücretini yasal sınırlar içinde değiştirebilme konusunda yetki verilmişse, bu durumda işveren tek taraflı değişikliği yapabilir.

değiştiremez. Ancak sözleşmede (veya sözleşmenin eki iç yönetmeliklerde) işverene işçinin işini ve ücretini yasal sınırlar içinde değiştirebilme konusunda yetki verilmişse, bu durumda işveren tek taraflı değişikliği yapabilir. Buna uymayan işçinin iş sözleşmesi “haklı sebeple” tazminatsız feshedilir¹. Doğal olarak, işverenin kendisine tanınan bu yetkisini de yine “yasalara” ve “ahlak ve adaba” aykırı olarak kullanması; objektif “iyiniyet” kurallarına uygun kullanılması gerekir². Bu anlamda işveren, işçinin “ücretinde” veya “ücret eklerinde” indirim yol açan bir iş değişikliği yapamayacağı gibi (BK md. 60; İş K. md. 62); kendisine o güne kadar yaptığı işten “daha farklı ve ağır” bir iş vererek iş sözleşmesinde “esaslı tarzda bir değişiklik ve başkalaşma” da yapamaz.

Buna karşılık, yapılacak işin konusu ve işçinin alacağı ücreti iş sözleşmesinde belirtilmemiş ise, işveren yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlar ile görülecek işi ve alınacak ücreti belirler. Genellikle işe alınan vasıfsız işçilere yaptırılan işler böyledir. Ancak bu gibi durumlarda dahi işverenin verdiği emir ve talimatlarla belirlenen işler ve ücretler, “yasalara” (bu anlamda ücretler asgari ücretin altında) olamayacağı gibi, emir ve talimatların “imkânsız” ve “ahlak ve adaba” da aykırı olmaz (BK md. 20).

İşte, bu konuda İş Kanunu’nun getirdiği yeni özel hüküm önem kazanmakta; yapılacak değişikliğin önceden işçiye “yazılı olarak bildirilmesini” ve yine “işçinin rızasının yazılı olarak alınmasını” şart koşmaktadır. Gerçi, Borçlar Kanunu da işvereni işyerinde yapılacak çalışma düzeni ile ilgili değişikliklerden önceden “yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş” olmasını şart koşmaktadır (BK. md. 315). Ancak, İş Kanunu’nun “yazılı olarak bildiri” ve “işçinin rızasının yazılı olarak alınmasını” şart koşan düzenlemesi, bu konuda daha açık ve nettir: “Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz”. İşçinin yazılı cevap vermeyerek sessiz kaldığı değişiklikler de kabul etmediği şeklinde yorumlanır³. İşçinin kabul etmediği değişiklik önerisi üzerine işveren, “değişikliğin geçerli bir

nedene dayandığını” veya “iş sözleşmesini feshetmek için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamadıkça”, bildirim süresine uymak suretiyle bile iş sözleşmesini feshedemez (İş K. md. 22/1)⁴.

Öyleyse, işveren “kural olarak” her ne sebeple olursa olsun işçi ücretlerinde tek taraflı bir indirim yapamaz. Genellikle iş sürelerinin indirilmesi ile işverenin kanunen yerine getirmekle yükümlü olduğu hususlarda gündeme gelen bu konu, özellikle işverence tek taraflı yapılan iş süreleri değişikliklerinde de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, bugünkü 45 saatlik iş sürelerinin kanun koyucu tarafından 40 saate indirilmesi halinde, hiçbir işçinin ücretinde 5 saatlik bir indirim yapılamaz. Mevcut ücretler aynen devam eder. İşçilerin saat ücretleri de haftalık ücretin 45 saate değil, 40 saate bölünmesi suretiyle bulunur. Bu durumda saat ücretleri kendiliğinden yükselmiş olacağından, fazla mesai gibi saat ücretine bağlı ek ücretler de kendiliğinden yükselmiş olur. İşte, bu durumu da göz önünde bulunduran kanun koyucu, “her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi” sebebiyle “işçi ücretlerinde de bir indirim yapılamayacağını” hükme bağlamıştır (İş K. md. 62).

Bunun gibi, “işverene düşen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle” de işçi ücretlerinde “her ne şekilde olursa olsun bir eksiltme yapılamaz” (İş K. md. 62). Örneğin, alınması gerekli “iş sağlığı ve güvenliği” önlemleri nedeniyle işverenin yüklendiği masrafları, “maliyetleri düşürmek ve bu suretle rekabet gücünü artırmak” gerekçesiyle işçi ücretlerinde bir indirim yapması mümkün değildir. Zira, Kanunun işverenlere yüklediği bu önlemler (İş K. md. 77), her türlü maliyet hesaplarının ötesinde “kamu düzeni” düşüncesiyle konulmuştur.

Bundan başka, “bu kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak” da işçi ücretlerinden herhangi bir eksiltme yapılması söz konusu değildir (İş K. md. 62). Yargıtay da kararlarında, “aynı işte çalışan ve durumunda değişiklik olmayan işçinin ücretinde bir eksiltme yapılamayacağı” gibi⁵, “sağlık nedeniyle” hafif işe nakledilen işçinin de temel

ücretinde bir indirim yapılamayacağını” hükme bağlamıştır⁶. Gerçi, kendi isteği ile işyeri değiştirilen işçi yeni işinden aldığı ücretin eski işindeki ücretinden az olması durumunda aradaki farkı isteyebilmektedir⁷. Ancak bu kural, özellikle temel ücret (asıl ücret) için söz konusudur. İşçiye “işin niteliğine göre” ödenen bazı ücret ekleri bu kuralın dışında kalabilir. Nitekim Yargıtay da işin değiştirilmesi suretiyle de olsa işçi ücretlerinde bir eksiltme yapılamayacağına ilişkin kuralın işçinin “asıl ücreti” ile ilgili olduğunu; toplu iş sözleşmesinde öngörülen “sanat ağırlığı ücreti” gibi ücretlerin “işin niteliğine göre” yapılan ödemeler arasında sayılması gerektiğini ve “bu nedenle İş Kanununun 60. (62.) maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini” hükme bağlamıştır⁸.

Görüldüğü gibi, işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında yapacağı değişiklikler “kural olarak” ücretlerde herhangi bir indirim sonucu doğuramaz. Aksi halde, “işçinin ücreti Kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemiş veya ödenmemiş” sayılacağından, işçi “haklı sebeple” sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatına hak kazanır (İş K. md. 24/II, d). Nitekim, tek taraflı olarak yürürlüğe konulan “Personel Yönetmeliği ile önceki yönetmelikte belirtilen kıdem tazminatı, ihbar önelleri ve izin sürelerinin indirilmesi”⁹; “işyerinde verilen yemeğin”¹⁰ veya “ikramiyenin”¹¹ veya “servis aracından yararlanmanın”¹² kaldırılması veya “oluru alınmadan gündüz vardiyasından gece vardiyasına geçirilmesi”¹³; yıllardan beri fabrikada “ipekli işlerinde” çalışarak ihtisas kazanan bir işçinin “yün işlerinde” çalışmaya zorlanması¹⁴ veya “temizlik işine” verilmesi¹⁵; “dokuma tezgahından” alınan işçinin “tuvalet işlerine” verilmesi¹⁶; çalıştığı kısımdan “daha ağır, daha zor ve tehlikeli” işte çalıştırılmak istenmesi¹⁷; “öğretmenlik görevi ile uyuşmayan Ar-Ge biriminde görevlendirilmesi”¹⁸; normal “hafta içi” yapılan mesaiden “gece ve hafta sonu da çalışmayı gerektiren” bir göreve verilmesi¹⁹; “personel şefliğinden” alındıktan hemen sonra kendisine “münasip bir iş” verilmemesi²⁰; “gece bekçisine görevi dışında bahçe sulama işinin verilmesi”²¹; “Belediye Park ve Bahçeler Müdürlüğünde çalışan işçinin bulaşıklığa

verilmesi” veya “Belediye su işlerinde ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle temizlik işine verilmesi” veya “kalite kontrol görevi dışında ek olarak sorumluluğu büyük postabaskılık görevinin verilmesi”²² işçinin işinde tek taraflı “esaslı” ve “ağırlaştırılmış” iş değişikliği olarak kabul edilip işveren “haksız” sayılmıştır. Öyle ki, “her işi yapmak üzere” işe alınan bir vasıfsız işçinin işinin belirlenmesinde dahi, Yargıtay bu hususa bir sınır getirmektedir: “Genel olarak özel bilgi ve tecrübe istemeyen işlerde çalışan vasıfsız işçiyi işveren gördüğü lüzum üzerine diğer bir işe verebilir. Ancak yeni işin şartları birinci işe nazaran daha ağır ise, işverene aynı yetki ve takdir hakkını tanımak mümkün olamaz”²³.

2. “Çalışma Özgürlüğü” İlkesi Bakımından İnceleme

İşverenin çalışma koşullarında yapacağı “esaslı” değişiklikler konusunda almak zorunda olduğu “işçinin onayı”, “esaslı olmayan” iş değişikliklerinde aranmaz. İşçi, esaslı olmayan iş koşullarındaki değişiklikleri kabul etmek zorundadır. Bunun yanında, işçinin Anayasanın “sözleşme özgürlüğü” (md. 48) ilkesine dayanarak ve işvereni ile anlaşarak çalışma koşullarını “esaslı” surette değiştirebilmesi de her zaman mümkündür. Hatta bu değişikliğin, tarafların bir araya gelerek iş sözleşmesini yeniden düzenlemek ve daha “düşük ücretle”²⁴ veya daha “ağır bir işte çalışılması” suretiyle yapılması da mümkündür. Ancak, “çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz” (İş K. md. 22/2).

Üstelik, “yazılı” olarak kararlaştırılmış olmasa bile, Yargıtay “usta” unvanına sahip olmayan bir işçinin “fiilen ustalık işini yapmış” olması halinde, ustalar için öngörülen ücreti istemesini kabul etmemiştir²⁵. Bunun gibi, işçinin görmekte olduğu işten “daha hafif bir işte” çalıştırılmak üzere yapmış olduğu yeni iş sözleşmesine dayanarak eski ücretini isteyemeyeceği²⁶, “vasıflı bir işte” çalışmakta iken bu işe gerek kalması üzerine “düz (vasıfsız) bir işte” çalışmaya devam etmesi teklif edilen işçinin eski ücretini isteyemeyeceği²⁷, zira yeni koşullarda “yeni bir hizmet ilişkisinin” (iş sözleşmesinin) doğduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde, “iş şartlarında

aleyhe değişiklik yapılması halinde 6 iş günü içinde fesih hakkının kullanılmadığı ve yeni iş şartlarına göre işçi çalıştığı takdirde artık iş şartlarının ağırlaştığı ve esaslı surette değiştiği gerekçesiyle fesih yoluna gidilemez²⁸.

Buna karşılık, işverenin tek taraflı olarak “işçinin ücretini kanun hükümlerine uygun olarak veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap etmemesi ve ödememesi” suretiyle “çalışma şartlarını uygulamamasının”, işçiye “haklı sebeple” iş sözleşmesini fesih hakkını verdiği kuşkusuzdur (İş K. md. 24/II,e,f). Yargıtay’a göre de, işçinin muvafakatini almadan tek taraflı olarak işveren tarafından yapılan ücret değişikliklerini kapsamına alan bu madde; sadece asıl (çıplak) ücretlerde yapılan değişikliği değil, tam ve zamanında ödenmeyen ücret eklerini de kapsamına almaktadır²⁹. Bu anlamda, “ücretin” ve “ikramiyenin” düşürülmesi ile “fazla çalışma ücretinin” ödenmemesi işçiye haklı sebeple fesih hakkı verdiği gibi³⁰; “primli işten primsiz işe isteği dışında geçirilen” işçi de haklı sebeple fesih hakkına sahip olur³¹. Ayrıca, “sigortasız çalıştırılan” işçi³² ve “rızası olmadan” işveren tarafından “ücretsiz izne çıkarılan” işçi de sözleşmeyi haklı olarak feshedebilir³³. Bunun gibi, işçinin “tam” veya “hiç ödenmeyen” ücreti yanında, “zamanında” ödenmeyen ücreti³⁴ ve “gerçek ücretin bordroya yansıtılmaması”³⁵ da haklı sebeple fesih hakkını doğurur. Aynı şekilde, “eşit işe eşit ücret” ilkesine aykırı olarak “aynı kıdem ve statüdeki” işçilere uygulanan ücret zammı kendisine ödenmeyen işçi de iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir³⁶. Üstelik işverenin mali imkânsızlık içinde bulunması işçinin bu hakkını engellemeyeceği gibi³⁷; haklı fesihle kıdem tazminatına hak kazanan işçiden “eğitim gideri alacağı” da istenemez³⁸.

Buna karşılık, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak” işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi (İş K.md.24/II, 25/II), iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın “öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten” ve herhalde “fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra” kullanılamaz. Yeter ki, işçi olayda maddi bir çıkar sağlamamış olsun... Zira, “işçinin olayda maddi bir çıkar sağlaması halin-

de bir yıllık süre uygulanmaz (İş K.md.26/1). Bununla birlikte, “haklı fesih sebebinin” yetkili makam veya kişi tarafından öğrenilmesinden itibaren “6 işgünlük hak düşürücü süre” içinde feshedilmemesi, feshin “haklı” olma özelliğini ortadan kaldırmaz, ama feshin “geçerli” olmasını engellemez³⁹.

Görüldüğü gibi sadece “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak” yapılacak önelsiz fesihlerle ilgili olarak getirilen bu “altı işgünlük” ve “bir yıllık” süreler, “sağlık sebeplerine” ve “zorlayıcı sebeplere” dayanılarak yapılacak önelsiz fesihlerde uygulanmaz⁴⁰. Ayrıca “altı işgünlük süre” olayın diğer tarafça öğrenildiği tarihin “ertesi günü başlar” ve “hafta tatili” ile “ulusal bayram ve genel tatil günleri” altı işgünlük sürenin hesabında dikkate alınmaz⁴¹. Aynı zamanda “hak düşürücü” olan “bu süreler içinde” sözleşmenin “haklı sebeple” feshedildiğini “ispat yükü” işverene aittir⁴². Yargıtay da bu süreleri re’sen göz önünde bulundurur; zira zamanaşımında olduğu gibi, bu sürelerin “durması” ya da “kesilmesi” söz konusu olmaz⁴³.

3. Karar Bakımından İnceleme ve Değerlendirme

Yukarıdan bu yana yapılan açıklamalar göstermektedir ki, Şubat 2001 krizini müteakip eksik ödenmeye başlayan ücretler nedeniyle işverenin bu eylemi İş Kanununun yukarıda açıklanan hükümlerine aykırıdır. İşçiye bu vesileyle tanınmış olan hak ise, İş Kanununun 24/II, e ve f bentlerine dayanarak eksik ödemedi başlayarak “6 işgünü” içinde iş sözleşmesini feshederek “kıdem tazminatına” hak kazanmasıdır. Olayda, işçinin 2001 Şubat krizinden başlayarak Ocak 2003 yılına kadar sesini çıkarmadan çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, Yargıtay’ın yukarıda mezkur bir kararında da hükme bağlandığı gibi, “iş şartlarında aleyhe değişiklik yapılması halinde 6 işgünü içinde fesih hakkını kullanmadığı ve yeni iş şartlarına göre çalıştığı” anlaşıldığından, “işçi artık iş şartlarının ağırlaştığı ve esaslı surette değiştiği gerekçesiyle fesih yoluna gidemeyecektir”⁴⁴. Bu nedenle, Yargıtay’ın yine yukarıda mezkur kararlarından yola çıkıla-

rak, işçinin görmekte olduğu işten “daha hafif bir işte” çalıştırılmak üzere yapmış olduğu yeni iş sözleşmesine dayanarak eski ücretini isteyemeyeceği⁴⁵; “vasıflı bir işte” çalışmakta iken bu işe gerek kalmaması üzerine “düz (vasıfsız) bir işte” çalışmaya devam etmesi teklif edilen işçinin eski ücretini isteyemeyeceği⁴⁶, zira bütün bu yeni koşullarda “yeni bir hizmet ilişkisinin” (iş sözleşmesinin) doğduğu kabul edildiğine; nihayet, tarafların bir araya gelerek iş sözleşmesini yeniden düzenlemek ve daha “düşük ücretle”⁴⁷ veya daha “ağır bir işte çalışılması” suretiyle yapılması da mümkün olduğuna göre, “herhalde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra (zaten) kullanılmayan” bu hakkın, taraflar arasında zımni bir “yeni iş şartına” dönüşümü kabul edilmek gerekir.

Gerçi, eksik ödemenin Ocak 2003 yılına kadar devam etmesi nedeniyle bir yıllık zamanaşımı süresinin kesildiği, bu nedenle “haklı sebeple” fesih hakkının devam ettiği ileri sürülebilecektir. Ancak, davanın esasen işçinin “haklı sebeple fesih hakkını kullanması” üzerine kurulmadığı, Ocak 2003 yılına kadar devam eden “eksik ödeme farklarının” talebi üzerine kurulduğu iyi bilinmektedir. Ancak, işçinin yaklaşık üç yıl boyunca eksik ödeme nedeniyle İş Kanunu’nun 34. maddesinde öngörülen “iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını” kullanmadığı, “eksik ödeme” nedeniyle işvereni Bölge Çalışma Müdürlüklerine şikâyet etmediği ve/veya mahkemeye başvurmadığı, üstelik üç yıl boyunca “ihtirazi kayıt” koymaksızın ücret bordrolarını imzaladığı göz önünde tutulacak olursa, işçinin “eksik ödemeli iş şartını” zımnen kabul ettiğini göstermekte; bu nedenle, inceleme konusu Yargıtay kararının isabetli olduğu ve daha önce vermiş olduğu yukarıda mezkur kararları ile tutarlı olduğu kanısındayız.

DİPNOTLAR

- 1 9. HD, 28.01.1997, 18661/1424, MESS 1997 Almancağı, T. CENTEL İncelemesi; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 17. B., İstanbul, 2004, s. 191; DEMİRCİOĞLU-CENTEL, İş Hukuku, 9. B., İstanbul, 2003, s. 101; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2. B., Ankara, 2005, s. 235; 9. HD, 21.09.2004, 21979/19484, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005 s. 60; Krş: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2005, s. 104-105. Aksi görüş: 9. HD, 26.01.2004, 23105/1204 - G. ALPAGUT İncelemesi, Çimento İşv. D., Eylül 2004, s. 52 vd.
- 2 9. HD, 15.11.1971, 17614/22586 - ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1984, s. 372.
- 3 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 62.
- 4 “Kaynak Alan Müdürlüğü bünyesindeki ‘nokta kaynak işçiliği’ görevinden Montaj Alan Müdürlüğü bünyesinde ‘montaj işçisi’ unvanı ile iş değişikliği yapıldığı bildirilen davacının, bu işi kabul etmemesi nedeniyle kendisine yapılan fesih bildirimini yazılı yapılmadığı gibi, iş değişikliğinin geçerli sebebe de dayandığı kanıtlanmadığından, işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiştir”: 9. HD, 22.10.2007, 17499/31073, Tekstil İşv. Ağustos 2008, Hukuk, s. 3. Aynı yönde, 9. HD, 29.01.2007, 37016/1180, Tekstil İşv. Şubat 2008 Hukuk, 5.
- 5 HGK, 21.05.1985, E.1985/9-110, K.546, Tekstil İşv. D., Nisan 1987, s. 20; 9. HD, 16.01.1997, 263/475, GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, C. II, Ankara, 1998, md. 38, s. 1691.
- 6 9. HD, 08.02.1993,15222/1368, İHD, Ekim-Aralık 1993, s. 604; 9.HD, 29.01.1996, 6215/893, TÜHİS, Şubat 1996, s. 34.
- 7 9. HD, 04.05.1971, 9063/11025, İşveren D., Temmuz 1971, s. 15; TUNÇOMAĞ - CENTEL, İş Hukukunun Esasları, B. 2, İstanbul, 2003, s. 95.
- 8 9. HD, 05.10.1990, 6480/9897, İHD, Ocak-Mart 1991, s. 111-116; 9. HD, 17.12.1990, 13771/13912, Türk Kamu-Sen, Aralık 1990, s. 24; 9. HD, 01.04.1991, 13699/6898, Tekstil İşv.D., Temmuz 1991, s. 18; 9. HD, 13.02.1992, 13051/1302, YKD, Mayıs 1992, s. 709; 9. HD, 29.01.1996, 26217/893, TÜHİS, Şubat 1996, s. 34.
- 9 9. HD, 30.12.2003, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 129.
- 10 HGK, 14.03.1996, 31367/5335 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL, İstanbul, 2005, s. 190.
- 11 9. HD, 28.01.2003, 12289/845 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 193-194.
- 12 9. HD, 13.01.1997, 17046/77 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 191-192.
- 13 9. HD, 03.07.1996, 3709/15314 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 192.
- 14 TD, 28.09.1953, 4650/119-N. ÇELİK, s. 189, dn. 78.
- 15 9. HD, 06.06.1983, 3193/5109, TÜTİS, Eylül 1983, s. 23; 9. HD, 29.01.1986, 11746/ 935, YKD, Ekim 1986, s. 1485.
- 16 9. HD, 08.09.1987, 6812/7383, Tekstil İşv. D., Aralık 1987, s. 17-18.
- 17 9. HD, 07.06.1984, 5509/6255, Tekstil İşv. D., Mart 1986, s. 16.
- 18 9. HD, 14.04.2005, 22738/13190 - ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 597-598.
- 19 9. HD, 03.07.1996, 3709/15314, Tekstil İşv. D., Kasım 1996, s. 16-7.

- 20 9. HD, 18.09.1990, 5528/9379, Tekstil İşv. D., Nisan 1991, s. 18.
- 21 9. HD, 13.10.2003,3872/16872, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 166.
- 22 9. HD, 24.01.2001, 1122/6706 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 190, 191193.
- 23 9. HD, 25.03.1971, 14123/4889, N. ÇELİK, s. 190, dn. 81; Aynı yolda 9. HD, 19.09.1996, 5577/17549, EKONOMİ, 1996 Yılı Emsal Kararları, s. 133.
- 24 9. HD, 28.12.2004, 4976/29755 - ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 599-600. "Davacının aralıksız çalışmaya devam ettiği kabul edilse dahi, tarafların yeni durum karşısında bir araya gelerek iş sözleşmesi düzenleme suretiyle ücreti yeniden belirlemeleri mümkün bulunmaktadır": 9. HD, 28.02.2008, 40346/2795, İşveren, Haziran 2008, Yargı K. s. 12.
- 25 HGK, 31.03.1993, E.1993/9-21, K.1993, Tekstil İşv. D., Ocak-Şubat 1994.
- 26 9. HD, 22.12.1980, 14241/13925, İHD, 1981/II, İş K. 60, No: 1; 9. HD, 05.03.1987, 2175/2649, Kamu-İş Temmuz 1987, s. 49-50.
- 27 9. HD, 23.11.1983, 7967/9605, N. ÇELİK, s. 128; Aksi görüşte HGK, 21.05.1986, E. 1985/9-110, K. 1986/546, Tekstil İşv. D., Nisan 1987.
- 28 9. HD, 30.05.1989, 3096/4924 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 189-190; 9. HD, 16.09.2005, 27701/30370, Tekstil İşv. Mayıs 2007, s. 2.
- 29 9. HD, 24.04.1995, 47/13930 ve 05.10.1995, 9523/30512, T. Maden-İş, s. 42-43; 9. HD, 08.09.1967, 7305/7352, ÇENBERCİ, s. 369; 9. HD, 20.10.1967, 8702/9760, EGEMEN, I, s. 182; GÜNAY, İş Kanunu 1, md.16, s. 971.
- 30 9. HD, 08.03.1988, 550/2729, Tekstil İşv. D., Ağustos 1998, s. 18; 9. HD, 14.01.1997, 17600/145, Tekstil İşv. D., Mart 1997, s. 19; 9. HD, 31.05.2000, 4104/7679, TÜHİS, Kasım 2000 - Şubat 2001, s. 55; 9. HD, 28.01.2003, 12289/ 845, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 174.
- 31 9. HD, 05.05.1992, 2631/5011, Tekstil İşv. D., Eylül-Ekim 1992, s. 42.
- 32 9. HD, 22.10.1986, 8408/9469, Tekstil İşv.D., Kasım 1987, s. 16; 9. HD, 20.02.2002, 17618/3006, İşveren D., Haziran 2002, s. 17.
- 33 9. HD, 23.12.1996, 16196/23959, Tekstil İşv. D., Şubat 1997, s. 19; 9. HD, 06.12.2000, 13381/18384, İşveren D., Temmuz 2001, s. 16; Uzun süreli ücretsiz izne çıkarmanın işveren tarafından fesih anlamına geleceği hk. Bkz.: 9. HD, 26.10.2000, 10391/4924, TÜHİS, Kasım 2000 - Şubat 2001, s. 76. Ayrıca, ihbar ve kıdem tazminatının işçinin iş sözleşmesinin askıya alındığı (ücretsiz izne çıkarıldığı) tarih itibarıyla hesaplanacağı, çalışılmayan sürenin tazminata esas süreye dahil edilemeyeceği hk. Bkz: 9. HD, 09.10.2003, 4267/16734, İşveren D., Ekim 2003, s. 27; 9. HD, 20.11.2003, 8682/19629, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 151.
- 34 9. HD, 31.05.1988, 5349/6142, Tekstil İşv. D., Temmuz 1988, s. 18 ve bu kararı onaylayan HGK, 29.03.1989, E. 1989/9-132, K. 989/210, Tekstil İşv. D., Mart 1990, s.20; 9.HD, 03.11.1988, 7893/10264, Tekstil İşv. D., Mart 1989, s. 17.
- 35 9. HD, 08.09.1987, 6812/7383, Tekstil İşv.D., Aralık 1987, s. 17.
- 36 9. HD, 18.02.2003, 13208/1836, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 172.
- 37 9. HD, 07.05.1991, 137/8207, Tekstil İşv. D., Eylül 1991, s. 17.
- 38 9.HD, 12.04.2004, 19260/8271, Toprak İşv. D. Eylül 2004, s. 13. Buna karşılık, "unutkanlık" nedeniyle ödemenin gecikmesi, beklenen "para havalesinin" gelmemesi veya "kasa anahtarının" bulunamaması nedeniyle ödemelerin gecikmesi, "ücretin ödenmemesi" veya "zamanında ödenmemesi" olarak nitelendirilemez. Haklı sebeple fesih için "işverenin gerçekten ücret ödemekten kaçınmasının varlığı" şarttır: N. ÇELİK, s. 184.
- 39 9. HD, 20.12.2004, 19817/28288; 31.01.2005, 14165/2615; 24.02.2005, 26035/6332 - ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 464, 503, 572.
- 40 SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 613; EKONOMİ, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1984, s. 214; N. ÇELİK, s. 206; Aksi görüş, K. TUNÇOMAÇ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, s. 229.
- 41 9. HD, 12.03.1979, 2732/3884, T. ESENER İncelemesi, İHU, İş K. md. 18, No: 2.
- 42 İşverence yapılan fesihler için bkz.: 9. HD, 22.10.1993, 4330/1509, İşveren D., Nisan 1994; 9. HD, 15.11.1994, 11438/15891, Tekstil İşv. D., 1995 Kararlar Eki; 9. HD, 14.03.1996, 31367/5335, T. Maden - İş, s. 42; 9. HD, 18.02.2002, 17550/2807, İşveren D., Haziran 2002, s. 18; 9. HD, 11.03.2004, 15367/4765, Madenci, Temmuz-Ağustos 2004, s. 33.
- 43 N.ÇELİK, s. 206; SAYMEN, s.610; EKONOMİ, s. 215; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1998, s. 320.
- 44 9. HD, 30.05.1989, 3096/4924 - AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 189-190; 9. HD, 16.09.2005,27701/30370, Tekstil İşv. Mayıs 2007, s. 2.
- 45 9. HD, 22.12.1980, 14241/13925, İHD, 1981/II, İş K.60, No: 1; 9. HD, 05.03.1987, 2175/2649, Kamu-İş Temmuz 1987, s. 49-50.
- 46 9. HD, 23.11.1983, 7967/9605, N. ÇELİK, s. 128; Aksi görüşte HGK, 21.05.1986, E. 1985/9-110, K. 1986/546, Tekstil İşv. D., Nisan 1987.
- 47 9. HD, 28.12.2004, 4976/29755 - ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 599-600. "Davacının aralıksız çalışmaya devam ettiği kabul edilse dahi, tarafların yeni durum karşısında bir araya gelerek iş sözleşmesi düzenleme suretiyle ücreti yeniden belirlemeleri mümkün bulunmaktadır": 9. HD, 28.02.2008, 40346/2795, İşveren, Haziran 2008, Yargı K. s. 12.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan **“Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası”** isimli eserinin genişletilmiş 2. baskısı yayımlanmıştır.

Eserde, ilk baskıya ek olarak, İş Kanunu kapsamında cezai şarta ilişkin düzenleme ve uygulamalara özel olarak değinilmiş ve daha çok uygulamaya yön veren Yargıtay Kararları'na yer verilmiştir.

Eserde beş yıldır uygulanan 4857 sayılı İş Yasası'nın doğuş dinamiğini etkileyen kurumlardan iş güvencesi, işin düzenlenmesi ve esneklik, iş sağlığı ve güvenliği konularında bilimsel ve yargısal öğretide görüşlerin somutlaştığı belirtilirken; özellikle yasanın iş güvencesine ilişkin düzenlemeleri konusunda yargı kararlarının uygulamayı yönlendirdiği görüşü doğrultusunda, yargısal ve bilimsel öğretideki görüşler bir araya getirilmiştir.

Ayrıca, 4857 sayılı Yasa sonrası yapılan değişiklikler, örneğin 5763 sayılı Yasa ile olduğu gibi, getirilen yeni düzenlemeler de bu kitapta yer almıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay'ın **“İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri”** kitabının genişletilmiş 2. baskısı yayımlanmıştır.

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku olarak iki ayrı kitaptan oluşan eserin İş Hukuku kitabı bölümüne, 4857 sayılı İş Kanunu'nda 5538, 5754 ve 5763 sayılı Kanunlar'la yapılan değişiklikler işlenmiştir. Eserin Sosyal Güvenlik Hukuku kitabı bölümü ise 5754 sayılı Kanun ile henüz yürürlüğe girmeden değişikliğe uğrayan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre genişletilmiştir.

Kitabın genişletilmesi sebebiyle dipnotların bir kısmı kitaptan çıkarılmış ise de kaynakçada, atıf yapılan yazarların kitap ve makaleleri gösterilmiştir.

İlk baskısı, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY'ın Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi'nde de İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku dersleri anlattığı dönemde yapılan eserin, son bölümünde 20'şer sorudan oluşan iki adet de test yer almaktadır.



Doç. Dr. Murat ŞEN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde)

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/10363

Karar No : 2008/6019

Tarihi : 24.03.2008

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, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S. Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri

sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının ücretinde bulunan haczin kaldırılmasına yönelik herhangi bir işlem yapmadığı için davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının ücretindeki haczi kaldırmaya yönelik işlem yapmadığı gerekçesinin davalı tarafından herhangi bir delille ispatlanamadığı, haczi kaldırmanın toplu para bulmayı gerektirdiğinden çoğu durumda maaşından başka geliri bulunmayan işçilerden beklenemeyeceği, işçinin işyeri dışındaki olumsuz davranışının işin ve işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağı, borcunu ödemenin yaptırımını olarak maaştan haciz yoluyla kesinti yapıldığı, borcu olan işçinin

sırf bu nedenle iş sözleşmesini feshetmenin onu aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırmak olduğu, ayrıca işyerindeki çok sayıda hacizli personelden az bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesinin, eşit davranma yükümlülüğüne ve feshin son çare olma ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'inci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir (KR/Etzel, G., § 1 KSchG Rdnr. 400 sh. 123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl.,

München 2002-, Nr. 1168-sh. 468).

İşçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesi, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılmalıdır. İşçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilediğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.

Somut olayda, davacı işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapıldığı ve ücretine hacizler konulduğu, iş sözleşmesinin ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik işlem yapmaması nedeniyle İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davalı şirket Genel Müdürlüğünce ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan personelin durumlarını düzeltmeleri konusunda 16.3.2004 ve 10.1.2007 tarihli iki adet genelge yayımlandığı, davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğinin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizlerin 2 aylık süre içerisinde kaldırılması ihtarları verilmiştir. Buna rağmen davacı ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmamıştır. Davacının bu davranışı fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1) Karadeniz Ereğli İş Mahkemesinin 13.2.2008 gün ve 926-82 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

- 2) Davanın REDDİNE,
 3) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı (20) YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 24.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi¹.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İlk Derece Mahkemesi ile Yargıtay'ın Karara İlişkin Gerekçeleri

Karara konu olay, aylık ücretine haciz konulan işçinin, ihtara rağmen haczi kaldırmaması (ya da kaldıramaması) üzerine işverence iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilip edilemeyeceğine ilişkindir.

Yerel mahkeme, işçinin ücretine konulan haczin kaldırılmamasının geçerli bir neden olmayacağı sonucuna ulaşırken, sırasıyla, davacının ücretindeki haczi kaldırmaya yönelik işlem yapmadığı gerekçesinin davalı tarafından herhangi bir delille ispatlanamamasına, haczi kaldırmanın toplu para bulmayı gerektirmesi ve çoğu durumda aylık ücretinden başka geliri bulunmayan işçilerden bu parayı bulmasının beklenemeyeceğine, işçinin işyeri dışında meydana gelen ve aylık ücretine haciz konulmasına neden olan olumsuz davranışının işin ve işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağına, dışarıya karşı olan borcunu ödememe gibi bir borca aykırılığın yaptırımının kanun tarafından öngörülen şekilde aylık ücretinden haciz yoluyla kesinti yapılarak gerçekleştirildiğine ve borcu olan işçinin sırf borçlu olması nedeniyle aynı fiilden dolayı hem ücretine haciz konulması hem de iş sözleşmesinin feshedilmesi şeklinde iki defa cezalandırılmasının hukuka aykırı olduğuna, ayrıca işyerinde ücretine haciz konulmuş çok sayıdaki personelden az bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesinin işverenin eşit

davranma yükümlülüğüne ve feshin son çare olma ilkesine aykırı olduğu gerekçelerine dayanmıştır.

Yüksek Mahkeme ise, işverenin işçinin davranışlarına dayanarak iş sözleşmesini süreli olarak feshedebilmesi için, dayandığı nedenlerin İş Kanunu'nun 25'inci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen haller olduğunu; işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmadığı sürece geçerli sebep sayılamayacağını; iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini; geçerli fesih sebebinin söz konusu olabilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesinin şart olmadığını; göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlalinin de geçerli fesih nedeni olabileceğini; işçinin kusuruna dayanmayan davranışlarının ise, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı veremeyeceğini; objektif bir bakış açısı altında, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesinin, işyerinin muhasebe veya hukuk servisi gibi bölümlerinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecini veya işyeri organizasyonunu olumsuz yönde etkilediğinin kabul edilmesi gerektiğini gerekçe göstererek işçinin ücreti-

nin borcu nedeniyle haczedilmesinin istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılması gerektiği sonucuna ulaşmış; ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesinin gerektiğine vurgu yapmıştır.

B. Aynı Yöndeki Diğer Bir Yargıtay Kararı

Değerlendirme konusu yapılan Yargıtay içtihadında dayanılan aynı gerekçeler, daha sonraki bir tarihte (20.10.2008 tarihinde) verilen aynı işyerine ilişkin olan diğer bir kararda da zikredilmiş ve işçinin ücretine sık sık haciz gelmesinin işveren açısından istisnaen geçerli bir fesih nedeni oluşturduğu vurgulanmıştır. Söz konusu karara göre de,

“Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının ücretinde bulunan haczin kaldırılmasına yönelik uyarılara rağmen herhangi bir işlem yapmadığı için savunmasının alındığını, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğunu, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 2004 yılında ücretlerinde haciz bulunan işçiler için tamim yayınladığı, kaldırılmasını istediği ve savunma aldığı, ücreti üzerinde haciz bulunan 164 işçiden borcu yüksek olan 15 işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği kabul edilmekle birlikte, haczin toplu para bulmayı gerektirmesi ve maaşından başka geliri bulunmayan işçiden kaldırılmasının beklenmemesi gerektiğinden davalı işverenin işleminin yerinde olmadığı, hacizli personeli sayısının çokluğu nedeni ile icralık işlerin işyerindeki iş akışını etkilediği, asıl işi yapmalarını engellediği şeklindeki işveren savunmasının ise ... büyüklüğündeki bir işletmenin bu işlerle ilgilenecek ilave personel istihdam ederek sıkıntıları giderebileceği, bu nedenle geçerli olmadığı, davalı işverenin davacının ücretindeki hacizler nedeni ile işe yoğunlaşmasının azaldığı, performansını düşürdüğü yönündeki savunmasını somut delillerle

kanıtlayamadığı, borcu olan işçilerin işlerini kaybetmemek için daha dikkatli ve verimli çalışacaklarının da hayatın olağan akışına uygun bir davranış olarak düşünülebileceği, davacının işyeri dışındaki olumsuz davranışının işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağı, borcun ödenmesi halinde ücretinden kesinti yapılacağı, iş sözleşmesinin feshinin ikinci bir ceza olacağı, ayrıca işverenin aynı durumdaki işçilere eşit davranmadığı, objektif olmadığı ve feshine son çare olarak bakmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1. fıkrasına göre işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir, işverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'inci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlak kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir (KR/Etzel. G. §1. KSchG Rdnr. 400 sh. 123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R. Kündigung und Kündigungsschutz im

Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. München 2002, Nr. 1168 sh. 468).

İşçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesi, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılmalıdır. İşçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.

Somut olayda, davacı işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapıldığı ve ücretine hacizler konulduğu, iş sözleşmesinin ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik işlem yapmaması nedeniyle savunması alınarak İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davalı şirket Genel Müdürlüğüne ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan personelin durumlarını düzeltmeleri konusunda 16.3.2004 ve 10.1.2007 tarihli iki adet genelge yayınlandığı, davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizlerin 2 aylık süre içerisinde kaldırılması gerektiği yönünde uyarıda bulunduğu sabittir. Buna rağmen davacı ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmamıştır. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacının borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamıştır. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır. Davacının bu davranışı fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın kabulü hatalıdır².

C. İşçinin Davranışından Kaynaklanan Geçerli Nedenler

1. Genel Olarak Geçerli Neden Kavramı

İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesine göre

Altı yıla yaklaşan bir uygulamanın sonucu olarak madde gerekçesinde örnek olarak belirlenen hususların dışında da bir takım işçi davranışlarının bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.

"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".

158 sayılı ILO Sözleşmesi esas alınarak getirilen bu düzenleme gereği, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi için, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu bulunmaktadır³. Buna göre, işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, ya işçinin kişiliğine ait olan yeterliliği (verimi) veya davranışlarından ya da işyeri ile ilgili olarak işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu vardır.

Geçerli sebep kavramı geniş kapsamlı bir kavramdır ve madde metninde gerek tanımı ve gerekse buna örnek oluşturacak durumlara yer verilmemiş; bu husus madde gerekçesinde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmış; kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmış ve bazı örnekler verilmiştir. Bu çerçevede işçinin yeterliliğinden⁴ veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ile hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceğinin ancak yargı kararları ile zaman içinde belirlenilebileceği vurgulanmıştır⁵.

Altı yıla yaklaşan bir uygulamanın sonucu olarak madde gerekçesinde örnek olarak belirlenen hususların dışında da bir takım işçi davranışlarının bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. Değerlendirme konusu yapılan Yargıtay kararının da bu yönde bir gelişimin sonucu olduğu görülmektedir. Gerçekten, madde

gerekçesindeki örneklere çok benzememesine rağmen işçinin aylık ücretine sık sık haciz gelmesinin işveren açısından “işçinin davranışlarına dayalı bir geçerli neden” oluşturduğuna işaret edilmiş ve bunun sözü edilen nedenlere çok benzememesi nedeniyle de bir istisna kabul edilmesi üzerinde durulmuştur.

Bu arada belirtmek gerekir ki, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenlerden farklıdır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler, işçinin örneğin uyum yetersizliği veya işe yatkın olmaması gibi bireysel nitelikleri ve yetenekleri ile ilgili durumlar iken; davranıştan kaynaklanan nedenler, işçinin hatalı davranışlarının bir sonucudur. İşçinin hatalı davranışını düzeltmemesi veya bu davranışını tekrarlaması durumunda, davranıştan kaynaklanan fesih söz konusudur. Örneğin; işe sık sık geç gelen bir işçi, daha erken kalkarak bu hatalı davranışını düzeltebileceği halde, bu davranışını sürdürmesi, işçinin iş sözleşmesinin davranıştan kaynaklanan sebeple feshedilmesine neden olur. İşçi, uyarılmasına rağmen hatalı davranışını düzeltmek istemiyorsa, davranıştan kaynaklanan fesih söz konusu iken; işçinin örneğin hastalığı nedeniyle işini başka türlü yapamaması halinde ise İş Kanunu'nun 25. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla yetersizlikten kaynaklanan fesih söz konusudur. Bunların yanı sıra iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri ve işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerine uymayan işçi davranışları da geçerli sebeple fesih için yeterli olur⁶.

2. İşçinin Davranışının Geçerli Feshe Neden Olabilmesi İçin Gerekli Şartlar

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde “Bu madde bakımından geçerli sebepler, 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen

ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin ... davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir...

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

Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Söz konusu olan İş Kanunu madde 18'in gerekçesi ile 19. maddenin metni ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, işçinin davranışının geçerli feshe neden olabilmesi için birtakım şartların bir arada gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şartlar;

Her şeyden önce, işçinin davranışlarından (kendisinden) kaynaklanan sebepler iş görme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkilemeli veya gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermemelidir.

Sonra, işçinin davranışından kaynaklanan sebebin işyerinde olumsuzluklara yol açması gerekir. Ancak işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Bunun için iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmemesi de gerekir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin

görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir.

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

Ayrıca davranıştan kaynaklanan bir nedenle feshin geçerli sayılabilmesi için işçinin hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması da şarttır.

Nihayet, işçinin savunmasının alınmasından sonra işçiye ihtar verilmeli ve ihtara rağmen davranışın tekrarlanması gerekir.

Yukarıda sayılan bu şartları ayrı başlıklar altında ele almakta yarar vardır.

a. İşçinin Davranışının İşgörme Borcunu Ciddi Bir Biçimde Olumsuz Etkilemesi

Geçerli fesih nedenleri her şeyden önce işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarından kaynaklanır. İşçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri ve/veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterleri ve yükümlülüklerine aykırı davranılması halinde işçinin iş sözleşmesi ve eki olarak değerlendirilen kaynaklara aykırı davranışı söz konusudur⁷. Ancak sözleşmenin süreli feshine olanak tanıyan nedenler işçinin sadece iş sözleşmesine veya işgörme borcuna aykırı davranışları ile sınırlı değildir. İşçinin davranışı, sözleşmeye aykırılık oluşturmasa bile belirli şartların gerçekleşmesi halinde geçerli bir fesih nedeni olabilir⁸. İşçinin davranışının işveren için geçerli fesih nedeni olabilmesi için, işçinin iş görme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkilemesi ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermemesi gerekir. Bu açıdan, işçinin iş görme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen, iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen bir davranış varsa, bu davranış işverenden önemli ve makul ölçüler içinde iş ilişkisini sürdürmesini beklemeyi de mümkün kılmıyorsa, geçerli neden olarak kabul edilir. Başka bir söyleyişle, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli sebebin oluştuğu varsayılır. İşyeri

verimini (ve kurallarını) olumsuz etkileyen işçi davranışları ile ilgili geçerli sebepler, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği hallerde ortaya çıkar.

İş K. m. 18'in gerekçesinde de, geçerli bir nedenin öncelikle "Bu madde bakımından geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hal" olması şartı üzerinde durulmuş; bu bağlamda, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebeplerin, işçinin iş görme borcunu gerek kendisinden ve gerekse işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla işveren açısından haklı neden kadar ağırlıklı olmamakla birlikte işin ve işyerinin normal yürüyüşünü ve çalışma huzurunu ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen davranışlarla işçinin iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen iş sözleşmesine aykırı davranışlar geçerli sebep olarak kabul edilmektedir⁹.

Süreli fesih bildirimini (özellikle geçerli fesih) ile haklı sebeple fesihlerde, fesih sebepleri özellikle "davranışlar" açısından ayrı bir özellik gösterir. Zira, işçinin bir davranışının, "haklı sebep" olarak değerlendirilmesi durumunda iş sözleşmesi derhal sona erer ve işçi herhangi bir tazminat almaya hak kazanamaz. Oysa, söz konusu davranış "geçerli sebep" şeklinde mütalaa edilirse, işçi diğer şartlar da yerine gelmişse ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilir. Davranış "geçerli sebep" olarak dahi görülmez ise, işveren feshin geçersiz olması dolayısıyla işçiyi işe başlatmaz ise, ayrıca dört ay ile sekiz ay arasında değişecek bir tazminatı (işe başlatmama tazminatını) da ödemek zorunda kalır¹⁰.

Şu halde, geçerli feshe neden olan davranışlar ile haklı fesih nedenlerinin ayırımının ortaya konulması gerekir. İş Kanunu'nun gerekçesinde de bu husus şu sözcüklerle ifade edilmiştir. "Kanunun 25. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak;

maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alınarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak, yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır.¹¹

İş ilişkisinin sürdürülmesinin “çekilmez” hale gelmesi nedeniyle işverene “haklı sebep” derhal fesih hakkı veren nedenlerle bu kapsama girmeyen geçerli nedenlerin ayırımında, somut olaya göre, güven ilişkisi, kusurun derecesi veya ölçülülük ilkesi yaklaşımlarından birisi esas alınabilir.

Her şeyden önce, iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedenlerle haklı nedenler arasındaki farklılık, bu sözleşmede taraflar arasında bulunması gereken güven ilişkisinin sarsılması veya güven temelini çökmesi ile açıklanabilir¹². Bilindiği üzere sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesi, taraflar arasında sıkı bir kişisel güven ilişkisi kurar. Bu çerçevede taraflar sadece o andaki değil, ileride de sürecek edimlerin ifa edileceğine, belirli davranışların devam edeceğine güvenerek iş ilişkisini meydana getirirler. Dolayısıyla iş sözleşmesinin tarafları karşılıklı olarak bir güven ortamı içinde borç ilişkisini sürdürmek durumundadırlar. Bu sıkı güven ilişkisi taraflardan birinin davranışı yüzünden sarsılır veya çökerse diğer tarafın artık iş ilişkisini sürdürmesi beklenemez¹³.

Taraflardan birinin (işçinin) ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisinin devamı diğer taraf (işveren) için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale gelmişse, başka bir söyleyişle bu ilişkide bulunması gereken güven temeli çökmüşse, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar. İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin II. bentleri bu durumları düzenlemektedir. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakta, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerinde uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve bu nedenle işverenden iş ilişkisine devamı makul ölçüler için-

de beklenemiyorsa geçerli fesih hakkı doğar. Başka bir ifade ile, taraflar arasındaki güven temeli henüz çökmemiş ama işçinin davranışı iş ilişkisinde bulunması gereken güven, işverenden ilişkiye devamı beklenemeyecek ölçüde sarsılmış ise, işveren sözleşmeyi geçerli nedenle feshedilebilir.

Bir diğer taraftan, işçinin davranışının geçerli neden mi yoksa haklı neden mi oluşturduğu hususunda, işçinin kusurunun derecesi de bir kriter olarak alınabilir¹⁴. Bu yaklaşımı, ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirmek de mümkündür¹⁵. Eğer işçinin ağır kusurlu davranışı varsa haklı nedenin, ağır kusur derecesine ulaşmayan kusurlu davranışı varsa geçerli nedenin olduğu kabul edilir¹⁶. Ancak sürekli bir borç ilişkisine giren kişinin, süreç içinde işin niteliği gereği ortaya çıkabilecek bazı zorluk ve engelleri, ufak tefek aksaklıkları göze alması gerekeceğinden dolayı, ihmale dayanan, hafif kusurlu davranışların geçerli bir sebep oluşturmaması, bu gibi kusurlar için, uyarma ve kınama gibi daha hafif yaptırımların uygulanması uygun olur¹⁷. Zira bu tür hafif kusurlu davranışlar, işyerinin işleyişini olumsuz etkilemediği gibi iş ilişkisine devamı da makul olarak beklenemeyecek duruma getirmezler. Aynı şekilde, işçinin davranışı işverenin güvenini sarsacak nitelikte olmakla birlikte, işveren, bir takım tutum ve davranışları ile bunun üzerinde durmadığını göstermiş örneğin işçiyi terfi ettirmiş ise, artık işçinin bu davranışı işveren tarafından işyerinin işleyişini olumsuz etkileyen veya iş ilişkisini sürdürmemeyi gerektiren davranış olarak görülmediğinden, geçerli neden olarak görülemez¹⁸.

b. İşçinin Davranışının İşyerinde Olumsuzluklara Yol Açması

Geçerli sebeple feshi düzenleyen İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, “İşçinin ... davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz” denilerek, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebebin ancak

işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir¹⁹. Buna göre, işçinin işyerinde olumsuzluğa neden olmayan işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmayan bir davranışı, sosyal açıdan olumsuz olarak görülse veya toplumsal ve etik açıdan onaylanmasa bile geçerli sebep olarak değerlendirilemez²⁰. Bu açıdan davranışın, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz etkisi olmalı; üretimi aksatmasa bile eylemin cezaya oranlılığı da dikkate alınmalıdır²¹.

Gerçekten, geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal çalışmasını olumsuz etkileyen haller olmalıdır. Başka bir söyleyişle, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep oluşturabilir. Yargıtay da, bir kararında bu hususu şu gerekçelerle açıklamıştır: "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal çalışmasını olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep oluşturabilir. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; işyerinde çalışanlara bankadan kredi kartı çıkartılması ile ilgili olarak davacı, fabrika müdürü ve davalı şirket çalışanı olmadığı anlaşılan ... isimli şahıs arasında görüşme yapıldığı, görüşme sırasında ...'nın davacıya "siz çok yalancısınız" dediği, taraflar arasında meydana gelen tartışma sonucu davacının buna tepki verdiği, tartışmanın büyümesinin adı geçen şahsın söz ve eylemlerinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple geçerli fesih olgusundan bahsedilemez.

Davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi yönünde hüküm tesisi hatalıdır."²²

Şu halde geçerli neden sayılacak işçi davranışı, işyerinde olumsuzluğa yol açmalı ve bu olumsuzluk işverenden beklenemeyecek düzeyde önemli ve makul ölçüler içerisinde olmalıdır.

Ancak belirtelim ki, işçinin davranışından kaynaklanan, işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlar, İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen sebeplerin dışında kalan sebeplerdir. Yargıtay da, işçinin davranışından kaynaklanan sebeplerin, işyerinde önemli ve makul ölçüleri aşan olumsuzluklar yaratmıyorsa işveren yönünden geçerli fesih nedeni oluşturmayacağını karara bağlamaktadır: "Mahkemece genel müdüre karşı "dosyalarımı imzalamıyorsunuz. İşlerimi engelliyorsunuz, ihaleleri geciktiriyorsunuz, bize dört yıl kaybettirdiniz, buna ne hakkımız vardır, böyle yöneticilik olur mu" şeklinde söylediği sözler nedeniyle feshin haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. 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 sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. 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 beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir."²³

İşçinin davranışının işgörmeye borcunu ciddi biçimde olumsuz etkilediği ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu hususlar, 18. maddenin gerekçesi ile yabancı mahkeme kararlarında örnekler verilerek açıklanmaya çalışılmıştır.

Buna göre, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek²⁴; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tehdidini yaratmak²⁵; sık sık işe geç gelmek²⁶ ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek; iş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal bir şekilde rahatsız etmek (mobbing)²⁷; istirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmamak²⁸; hastalık sürecini uzatacak davranışta bulunmak; iş arkadaşları ve amirleri hakkında uygunsuz davranışta bulunmak veya sözler sarf etmek; özel amaçla e-mail göndermek ve internet kullanmak; işyerine ait araç ve gereçleri özel amaçla kullanmak (fotokopi, faks, scanner v.s.)²⁹; işyeri bilgisayarına şifre çözücü program yükleyerek virüs bulunmasına neden olmak³⁰; kişisel bilgi ve kayıtları zamanında işverene ulaştırmamak; işyerinde sigara içme yasağına uymamak; izinsiz olarak amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel belgelerini incelemek veya bilgisayarlarını kullanmak; çalışan ile ilgili olarak işyerinin iş ilişkisi içinde olduğu kişi ve kurumlardan sık sık şikâyetlerin gelmesi; cinsel taciz anlamına gelen davranışta bulunmak; işverenden izin almadan çalışma saatleri dışında işyerinde işverenin imkânlarını kullanarak ek iş yapmak³¹; haklı bir sebebe dayanmadan fazla mesai talebini kabul etmemek³²; yasaklanmış olmasına rağmen bilgisayarına pornografik belge ve resim yüklemek³³; işyerinde konulan sigara içme yasağına aykırı davranmak³⁴; çalışma saatleri içinde tembellik etmek³⁵; iş güvenliğini tehlikeye düşürmese bile iş güvenliği ve işçi sağlığı kurallarına uymamak gibi hallerin geçerli sebep oluşturabileceği ifade edilmiştir³⁶.

c. Feshin En Son Çare (Ultima Ratio) Olması

İş Kanunu'nun 18. maddesi gerekçesinde "...Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu

nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır." denilmiştir. Buna göre, feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bu alternatif önlemler alınsa da bu ilişkiyi sürdürmenin mümkün olmaması halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir³⁷. Fesihle ulaşılmak istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır³⁸. Bu bağlamda, işçinin kusurlu davranışı, güven ilişkisini bozacak ağırlıkta ise, işverenden feshe en son çare olarak başvurusu beklenemez. Fakat güven ilişkisini bozacak ağırlıkta bir davranışın, koşullara göre haklı neden oluşturabileceği de göz ardı edilmemelidir³⁹.

İşverenden son çare olarak ancak uygulanabilir nitelikte, işletmenin izlediği amaca uygun, bu amaca ulaşmak için aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alması istenebilir; aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması ya da işçiye iş yaratması işverenden beklenemez⁴⁰.

d. İşçinin Savunmasının Alınması

İş Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı ... ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." hükmü gereğince, işçinin davranışından kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunludur⁴¹. Aksi halde fesih geçersizdir⁴². Buna karşılık, feshin işletmenin veya işyerinin yahut işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayandırılması hallerinde (bunlarda işçinin dahil olmadığı için) işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur⁴³.

İşçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce, daha önce verilmiş ihtarlar nedeniyle alınmış savunması olsa bile, kendisinin yine yazılı olarak savunmasını yapmak üzere davet edilmesi, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi, makul bir süre önceden belirtilen yer gün ve saatte hazır bulunmadığı takdirde savunmadan vazgeçmiş sayılacağı kendisine hatırlatılması gerekir⁴⁴.

Gerek Kanun'daki (m. 19) "...savunması alınmadan ... feshedilemez" ifadesi ve gerekse savunma kavramının niteliği, işçinin savunmasının, iş sözleşmesinin feshinden önce alınması gerekeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Aynı şekilde 19. maddede yer alan "feshedilemez" ifadesini "fesih bildiriminde bulunulamaz" şeklinde anlamak daha uygun olur⁴⁵. Çünkü süreli fesihte sözleşme bildirimle birlikte feshedilmiş olur; feshin hüküm doğurma anı ise bildirim süresinin sonudur. Sözleşmenin bildirim süresinin sonuna kadar devam etmesi bu tür bir feshin karakteristiğidir. Dolayısıyla fesih bildiriminden sonra işçinin savunmasının alınması geçerli kabul edilemez⁴⁶.

Yargıtay da, fesihten sonra savunma alınmasını yeterli görmemektedir: "...davalı işverenin fesih için işçinin davranışına ... dayanmasına rağmen savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir."⁴⁷

Şu halde, işverenin fesih bildiriminden önce işçiye iş sözleşmesini, davranışı ile ilgili somut bir neden göstererek feshetmeyi öngördüğünü bildirmesi ve savunmasını alması gerekir. Savunma alınması gereken bu gibi hallerde bunun nasıl alınacağı Kanun'da belirtilmemiştir. Savunma için işçiye (2-3 gün gibi) makul bir süre tanınmalı, savunma alınmadan önce işçiye durum hakkında bilgi verilmelidir⁴⁸. Bu bildirim ve savunmanın İş Kanunu'nun 109. maddesi gereğince yazılı yapılması işverene ispatta kolaylık sağlar⁴⁹.

İşçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih sebebi, işçinin yetersizliğinden doğan sebepler gibi, İş Kanunu'nun savunma alınmasını gerektirmeyen ve iş sözleşmesini derhal fesih hakkı veren 25. maddesindeki haklı fesih sebepleri içinde değerlendirilemeyecek bir davranışa dayanmaktadır. Bu davranış, iş ilişkisinin sürdürülmesini işveren açısından çekilmez hale getirmemekle ancak bu ilişkinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmeyecek ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranış olmaktadır⁵⁰.

e. İşçinin Uyarılmasına (ve İhtar) Rağmen Davranışın Tekrarlanması

İş Kanunu'nda işçiye ihtar verilmesi ile ilgili

herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Kanun ispat külfetini işverene yüklediği için işveren, dürüstlük kurallarına uygun olarak işçiye geçerli nedenle işten çıkardığını ispatlamak ve en son çare olarak işçiye işten çıkarmak zorunda kaldığını daha önce verdiği ihtarlarla belgelemek ve ispatlamak için ihtar vermelidir⁵¹. İhtar verme durumunda, işçinin hatalı davranışı hakkında savunması alınarak kendisine açıklama yapma fırsatı tanınmalıdır⁵².

Kanunda öngörülmeleyen bu koşul, ILO'nun 166 sayılı Tavsiyesinde, Karşılaştırmalı Hukukta ve yargı kararlarında yer almaktadır⁵³. ILO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiyesi'nin 7. maddesine göre, kusurlu davranışı nedeniyle işçi, yazılı olarak uyarılmasına rağmen bir veya birçok kereler kusurlu davranışını tekrarlaması koşuluyla işten çıkarılabilir⁵⁴. Şu halde işçiye geçerli nedenle işten çıkarabilmek için sadece kusurlu davranış yeterli olmayıp aynı zamanda ihtar da bulunmuş olması da gereklidir. Kanun'da işçinin davranışından kaynaklanan bir fesih için savunmasının alınması zorunluluğundan söz edilip ihtar şartına yer verilmemiş ise de, öğretilerde⁵⁵ ve değerlendirme konusu yaptığımız Yargı kararlarında, 166 sayılı Tavsiyenin söz konusu hükümleri yönünde ihtar yapılması şartının uygun olacağı kabul edilmektedir⁵⁶.

Geçerli sebeple yapılan fesihlerin ilk basamağı olan ihtar, hatalı davranışın belgelenmesi⁵⁷, çalışanın ikaz edilmesi⁵⁸ ve fesih tehdidi⁵⁹ fonksiyonu içermektedir. İşçinin personel sicil dosyasına konulacak ihtar, çalışana ihtarla konu olan davranışın kabul edilmediğini belirtmeli ve bu davranışın tekrarı halinde iş ilişkisinin fesih ile sonuçlanacağını açıkça ifade etmelidir⁶⁰.

İhtar sözlü olarak verilebilir ise de, fesih bildiriminin geçerliliğini ispatlayabilmek için, yazılı olarak verilmesinde yarar vardır. İhtar yazısı işçiye, hatalı davranışını takiben (6 işgünü gibi) kısa bir süre içinde ulaştırılmalıdır. Önemli olan, işçinin ihtar öğrenmesi ve içeriği hakkında bilgi edinebilmesidir. İhtar yazısı ile çalışan ikaz edilerek, hatalı davranışını düzeltmesi için kendisine imkan tanınmış olur. İhtarın ilgili kişiye ulaştırılması, ispat yükümlü-

lûgü açısından önemlidir. İşçi ihtar tebligatını almaktan kaçınırsa, durum bir tutanakla tespit edilir. Tutanakta, işçinin ihtar almaktan veya ihtar imzalamaktan kaçındığı tanık tarafından beyan edilir ve imzalanır (İş K.m.109). Belirtilim ki, işçiye verilen ihtarlarla ilgili savunma alınmaması ihtar geçersiz kılmaz.

Hatalı davranışta bulunan işçi, işyerinde olumsuzluklara ve çalışma huzurunun bozulmasına yol açtığı için kendisine ihtar verilir; ihtar verilmesine rağmen hatalı davranışını sürdüren işçinin iş sözleşmesi de davranıştan kaynaklanan sebeple feshedilebilir.

D. Somut Olay Açısından Değerlendirme

Somut olayda, davacı işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapılmış, ücretine hacizler konulmuş, işçi, ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczi kaldırılmayınca (kaldıramayınca) İş Kanunu'nun 17 ve devamı maddeleri uyarınca iş sözleşmesi feshedilmiştir. Karardan, davalı şirket Genel Müdürlüğüne, ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan personelin durumlarını düzeltmeleri konusunda 16.03.2004 ve 10.01.2007 tarihli iki adet genelge yayımlandığı, davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizleri 2 aylık süre içerisinde kaldırılması ihtarları verildiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen davacının, ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaması (kaldıramaması) işveren açısından fesih için geçerli neden kabul edilmiştir.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde ele alındığı üzere, işçinin davranışının geçerli nedenle fesih için bir sebep oluşturabilmesi için, davranışın işgörme borcunu ciddi biçimde olumsuz etkilemesi, işyerinde olumsuzluklara yol açması, feshin en son çare olarak görülmesi, işçinin savunmasının alınması ve işçinin ihtara rağmen davranışını tekrarlaması gerekir.

Somut olayda, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesi geçerli neden kabul edilmiştir. Bu konunun belirtilen şartlar içerisinde ayrıca değerlendirilmesinde yarar vardır.

Bilindiği üzere, işçinin aylık ücretine haciz konulması için ortada işçinin ifa edilmeyen bir

borçtan sorumluluğunun bulunması gerekir. Bu borç, işçinin doğrudan borcu doğuran sözleşmenin tarafı olma şeklinde veya kefalet ilişkisi çerçevesinde herhangi birisine kefil olma biçiminde ortaya çıkabilir. İşçinin ödeme dengesini gözetmeden borç altına girmesi veya yakınları için kefil olması gibi durumlarda, büyük miktarlarla borçlu (sorumlu) olup bunu ödeyememesi halinde aylık ücretine haciz gelmesi kaçınılmaz olacak; alacaklı, alacağını almak amacıyla borçlunun (somut olayda işçinin) ücretine yasal sınırlar içerisinde haciz koydurarak alacağını işçinin ücretinden alacaktır. Borç miktarının büyüklüğü ve haciz konulacak miktarın sınırlılığı⁶¹ dikkate alındığında, çoğu kere ücretinden başka geliri olmayan işçinin toplu para bularak haczi kaldırmasının mümkün olmaması nedeniyle, işçinin aylık ücretine haciz konulmak suretiyle borcun ödenmesi çok uzun süreler alabilecektir. Bu gibi durumlarda işçinin işyeri dışındaki bir davranışının sonucu olarak ücretine haciz gelmekte, işyerinde de muhtemelen muhasebe ve hukuk servisleri açısından ek bir işlem yapılması, önemli zaman kaybına neden olunması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Somut olayda olduğu gibi, değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapılması gibi hallerde, muhasebe ve hukuk servislerinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilenmesi söz konusudur. Başka bir söyleyişle, işçinin ücretine sık sık haciz konulması, işyerinde olumsuzluklara neden olabilir; ancak işçinin davranışının (ücretine haciz gelmesine sebep olan davranışının) işgörme borcunu ciddi biçimde olumsuz etkileyip etkilemediği ise tespit edilmemiştir. Bu arada metnini vermiş olduğumuz ikinci kararda, işverenin, davacı işçinin işe yoğunlaşmasının azaldığı, performansını düşürdüğü yönünde bir savunması olduğu, ancak işverenin bunu ispatlayamadığı belirtilmiştir. Ücrete konulan haczin işçinin işgörme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkileyip etkilemediği, her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Borçlu olan işçinin, işgörme borcunu yerine getirirken dikkatinin dağılabileceği, işe yoğunlaşmasının azalabileceği, performansının düşebileceği ileri

sürülebilir. Ancak, dikkati dağılmayan, işe yoğunluğu azalmayan veya performansında bir düşüklük görülmeyen bir işçinin işgörme borcunun ciddi ölçüde olumsuz etkilendiği ise söylenemez. Hatta, ücretine haciz gelen işçinin işini kaybetme kaygısıyla daha iyi bir performans sergileyebileceği de düşünülebilir. Şu halde, ücrete gelen her haczin, işçinin işgörme borcunu ciddi biçimde olumsuz etkilediği sonucuna ulaşılamaz; bunun her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda ise, işçinin davranışının, işgörme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkilediği ispatlanmış ve hatta ileri sürülmüş dahi değildir.

Bunun yanı sıra işçinin kusuruna dayanmayan davranışlarının, geçerli feshe neden olmayacağı, Yargıtay tarafından da önemle vurgulanmıştır. Bilindiği üzere kusur, kasıt veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Kasıt, hukuka aykırı sonucu, failin bilerek istemesi iken; ihmal, failin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir⁶². Şu halde gerek kasıt ve gerekse ihmal ile işçinin sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlali halinde, davranış nedeniyle geçerli fesih yapılabilir. Olayda ise, davacı işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini (iş sözleşmesinden doğan borçlarını) kasıt veya ihmal ile ihlal etmediği görülmektedir; zira işçi iş sözleşmesinin işçi açısından en temel borçlarından olan işgörme, sadakat ve işverenin emir ve talimatlarına uyma borçlarına aykırı davranmamıştır. İşverenin işçinin ücretindeki haczi kaldırmasını istemesi ise, işe yönelik bir emir ve talimat olarak kabul edilemeyeceği için, buna uyulmaması emir ve talimatlara uymama olarak değerlendirilemez. Bu durumda işçinin sözleşmesel yükümlülüğüne aykırı davranmadığı (kusurunun bulunmadığı) sonucu ortaya çıktığından işverenin işçinin davranışına dayanarak sözleşmeyi geçerli nedenle feshetmesi mümkün değildir. Açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, Yargıtay'ın ise, işçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranış ile sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal ettiği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, işçinin davranışına dayanan

fesihlerde, işçinin savunmasının alınması bir zorunluluk olmasına rağmen, somut olayda (kararda) işçinin savunmasının alındığına dair açık bir bilgiye yer verilmemiştir. Aynı konuya ilişkin olarak yer verilen ikinci kararda ise, işçinin savunmasının alındığından söz edilmekte olup ikinci karar açısından bir sorun görünmemektedir. Salt işçinin savunmasının alınmamasının feshi geçersiz kılacağı ise tartışmasızdır. Şayet, işçinin bu davranışı nedeniyle savunması alınmamış ise, fesih salt bu nedenle geçersiz kabul edilecektir. Ancak, gerek yerel mahkemenin ve gerekse Yargıtay'ın kararlarında savunmadan söz edilmemekte ise de, işverenin davacının ücretinde bulunan haczin kaldırılmasına yönelik herhangi bir işlem yapmadığını belirtmesi, savunmasının alındığı intibahı uyandırmaktadır.

Nihayet somut olayda, haciz ile ilgili olarak işyerinde iki adet genelge yayımlandığı, davacı işçiye de Kanun'da şart olarak aranmamış olmasına rağmen, 2 aylık süre içerisinde ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaya yönelik ihtar da bulunduğu sabit olduğundan işverenin bu yönüyle bir usuli eksikliğinin bulunmadığı görülmektedir.

Bu çerçevede, bir kısım şartların somut olay açısından gerçekleşmediği görülmektedir. Bunun için Yargıtay, işçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesini, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kıldığı sonucuna ulaşmıştır.

II. SONUÇ

Bu çalışmada, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesinin geçerli bir fesih nedeni olup olamayacağı tartışılmış ve yerel mahkemenin kararı, genel itibariyle isabetli görülmüştür. Yargıtay'ın yerel mahkemenin kararını bozması ise, bir takım gerekçeler açısından isabetli bulunmuş ise de davranış nedeniyle geçerli fesih için bütün şartların gerçekleşmemesi yönüyle isabetsiz olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay da, bu hususu dikkate alarak, her ücrete gelen haciz için değil, somut olaydaki şartlar açısından söz konusu olan ücrete sık sık haciz gelmesi nedeniyle feshin, ancak istisnaen davranış nedeniyle geçerli fesih nedeni olabileceğini kabul etmiştir. Fakat, somut olay açısından da Yargıtay'ın kararı, davranış nedeniyle geçerli feshin tüm

şartlarını gerçekleştirmemesi nedeniyle isabetli değildir. Bu nedenle yerel mahkemenin kararını bozan Yargıtay'ın bu kararına katılmıyorum.

DİPNOTLAR

- 1 Legal İHD, 18/2008, s. 673-675.
- 2 Y9HD., 20.10.2008 T., E. 2008/3737, K. 2008/27673, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.
- 3 Ancak 158 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinde, “işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez.” denilmekte, işçinin yeterliliği ve davranışları işçinin kapasitesi kavramı içinde değerlendirilmektedir. “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”nin metni için bkz. Murat Şen, Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 263-270; Tankut Centel, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 569-582.
- 4 Madde gerekçesinde belirtildiği üzere “İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma gibi hallerdir”. Bkz. Murat Şen, İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları (Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle), Ankara 2008, s. 39.
- 5 Şen, s. 39.
- 6 Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 202.
- 7 “...Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir...”, Y9HD., 18.03.2008 T., E. 2007/27584, K. 2008/5327, Sinerji.
- 8 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. B., İstanbul 2008, s. 515.
- 9 Şen, s. 39. Ayrıca bkz. Manfred Weiss/Marlene Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, The London 2000, s. 107.
- 10 Serkan Odaman, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs-2003, C. 17, s. 3, s. 22.
- 11 Şen, s. 39.
- 12 Süzek, İş Hukuku, s. 516.
- 13 Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 196 vd.; Süzek, s. 516-517; Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 37; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 172.
- 14 İşçinin davranışları nedeniyle yapılan fesihlerde, iş sözleşmesinin uygulanmasında işçinin kusuru söz konusudur. İşveren işçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmede ya da getiremediğini ileri sürerek hizmet sözleşmesini feshedebilir. Söz konusu mesleki nitelikli hatalar, iş sözleşmesinin kötü bir şekilde yerine getirilmesi düşüncesine bağlıdır. Bu çerçevede sayılabilecek iş yavaşlatma, itaat etmeme gibi davranışlara; işi yerine getirmekten, verilen talimatlara uygun bir şekilde iş görmekten ve fazla çalışmaları yapmaktan kaçınma durumları da eklenebilir. Mesleki nitelikli hatalar, geç kalma, haklı bir sebebe dayandığı ispat edilemeyen devamsızlık, izin almaksızın saatinden önce işyerinden ayrılmak, atölyelerde sigara içmek, kendi bürosu veya atölyesi dışında başka bir yerde sürekli bulunmak gibi işçinin işletmenin genel disiplinine aykırı davranışlarından da kaynaklanabilir. Mesleki nitelikli hatalar, bir malzemeyi ya da materyali yanında dışarı götürmek, çalışma saatleri içinde ya da dışında ürünlerin ya da materyallerin tahribine neden olmak gibi işçinin işletmenin menfaatlerine zarar verici hareketlerinden de doğabilir. Nihayet, bazı hatalar kişiler arasındaki ilişkilere bağlı olup bir işçinin, diğer işçiler ile ya da işvereniyle arasındaki (kavga, atışma, ağız dalaşı, hakaret, sövme) bir olaydan kaynaklanabilir. Alman Hukukunda, örneğin işe geç gelinmesi, ücrete sürekli haciz gelmesi gibi daha önce uyarıda bulunma koşulu ile, iş sözleşmesinin feshedilmesi için “sosyal bakımdan haklı bir sebep” (geçerli sebep) kabul edilmektedir. Fakat, bu gibi durumlarda ölçülü davranılması, derhal fesih yoluna gitmekten kaçınılması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak ağır ve tamiri olanaksız durumlarda, işçinin davranışını değiştirmeyeceğinin açıkça ortaya çıktığı hallerde, uyarı yapma zorunluluğu olmaksızın fesih yoluna gidilebilecektir. Bkz. Odaman, s. 26-27; Devrim Ulucan, “Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s. 240.
- 15 Ölçülülük ilkesinde, her olayın özelliğine göre, işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçsüzlük) olup olmadığı takdir edilmelidir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin sona ermesindeki menfaat ile sözleşmenin sürekliliğinin korunmasındaki yarar değerlendirilir; fesih ölçsüz ise, geçerli nedenin bulunmadığı kabul edilir. Davranışı ancak geçerli nedenle feshi gerektirecek ağırlıkta olan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur. Yine, uzun yıllardır bir işyerinde çalışan işçinin yaşlılık sigortasına hak kazanmasına bir yıldan az bir zaman kalmış iken

- işten çıkarılması halinde de menfaatler arasında orantısızlığın bulunduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Mustafa Alp, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa, Ocak 1999, s. 1527 vd.; Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s. 26.
- 16 Süzek, İş Hukuku, s. 517.
- 17 Süzek, İş Hukuku, s. 517-518; Seliçi, s. 219-221; Süzek, Askı, s. 38.
- 18 Sarper Süzek, İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 578-579; Süzek, İş Hukuku, s. 518.
- 19 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. B., Ankara 2008, s. 728.
- 20 Şen, s. 40. Ayrıca bkz. Weiss/Schmidt, s. 107
- 21 "İşçinin işyeri amiri teknisyen K. aleyhine ve gıyabında söylediği sözler işyerinde üretimi aksatmadığından eylemin cezaya oranlılığı da dikkate alınarak haklı fesih sebebi değil geçerli fesih sebebi sayılmıştır.", Y9HD., 17.03.2004 T., 16929/5256, Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracettin Gökaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 483.
- 22 Y9HD., 1.2.2005 T., E. 2004/31121, K. 2005/2839, MESS Akıllı Kitap, Bireysel İşçi Çıkarma, D2114/003, Aralık 2007.
- 23 Y9HD., 13.1.2005 T., E. 2004/31588, K. 2005/641, Akıllı Kitap, D2114/004, Aralık 2007.
- 24 "Yapılan işi eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, geçerli fesih nedenidir.", Federal Alman İş Mahk., 21.11.1985 T., 2 AZR 21/85, Akıllı Kitap, D215/001, Aralık 2007.
- 25 "Sürekli para işlemi yapılan bir işyerinde çalışan personelin yaptığı işlemlerde dikkatsiz davranarak hatalı işlem yapma alışkanlığında olması, ileride işverenin çok büyük zararına yol açabileceğinden iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.", Ankara 5. İş Mahk., 27.10.2003 T., E. 2003/1553, K. 2003/1727, Akıllı Kitap, D215/001, Aralık 2007.
- 26 "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin işyerinde işe girdiği tarihten itibaren işe 25 kez geç geldiği, 11 kez savunmasının alındığı, 31.12.2004 tarihinde uyarı, 17.05.2005 tarihinde kınama cezası aldığı, bu disiplin cezalarından sonra davacının 07.08.2005 ve 06.09.2005 tarihlerinde de geç kalmaya devam ettiği, bu nedenle savunmasının alındığı, davacının geciktiğini kabul ettiği ve iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının sık sık işe geç geldiği ve bunu alışkanlık haline getirdiği, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır.", Y9HD., 3.4.2006 T., E. 2006/4727, K. 2006/8246, Akıllı Kitap, D218/001, Aralık 2007; Y9HD., 18.4.2006 T., E. 2006/7622, K. 2006/10469, Akıllı Kitap, D218/002, Aralık 2007. Alman Hukukunda da durum aynıdır:
- "Sık sık işe geç gelmek, hizmet akdinin feshi için geçerli sebep oluşturur." (Federal Almanya İş Mahk., 17.03.1988 T., 3 AZR 576/87; Frankfurt İş Mahk., 8.7.1998 T., 7 Ca 9124/97, Akıllı Kitap, D218/001, Aralık 2007; Hessen Bölge İş Mahk., 10.11.2004, 2 Sa 756/04, Akıllı Kitap, D218/002, Aralık 2007.
- 27 "İşyerindeki her anlaşmazlık mobbing vakası sayılmaz, mobbing için sistematik ve süreklilik arz eden bir davranış esastır.", Schleswig-Holstein Bölge İş Mahk., 19.3.2002, 3 Sa 1/02, Akıllı, Kitap, D2111/001, Aralık 2007.
- 28 "İstirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmayan işçiye önce ihtar verilmelidir. Bu durumun tekrarı halinde geçerli nedene dayanan fesih gerçekleştirilebilir.", Federal Alman İş Mahk., 12.8.1976, 2 AZR 237/75; Federal Alman İş Mahk., 17.1.1991 T., 2 AZR 375/90, Akıllı Kitap, D2112/001, Aralık 2007.
- 29 "İşyerindeki amirlerine ve çalışma arkadaşlarına e-mail yoluyla içeriği uygun olmayan, işyerinin imajını zedeleyecek bir yazı gönderen çalışanın hizmet akdi, geçerli sebeple feshedilir.", Viesbaden İş Mahk., 25.7.2002 T., E. 3 Ca 33/01, Akıllı Kitap, D212/001, Aralık 2007.
- 30 "Hamm Bölge İş Mahkemesi'nin kararı uyarınca, işyeri iç yönetmeliğini ihlal ederek işletmenin bilgisayarına şifre çözücü programlar yükleyen ve virüs uyarısına neden olan çalışanın iş sözleşmesi feshedilebilir.", Hamm Bölge İş Mahk., 8.11.2004, E. 9 Sa 502/03, Akıllı Kitap, D211/003, Aralık 2007.
- 31 "İşverenden izin almadan ek iş yapmak işçinin hizmet akdinin davranıştan kaynaklanan geçerli sebeple feshine neden olur.", Federal Alman İş Mahk., 18.1.1996, 6 AZR 314/95; Frankfurt İş Mahk., 8.10.1997, 7 Ca 9715/96, Akıllı Kitap, D211/001, Aralık 2007.
- 32 Demir, s. 200; "İşverence zorunluluk nedeniyle talep edilen fazla mesaiyi işçinin kabul etmemesi, hizmet akdinin geçerli sebeple feshine neden olabilir. Bir işçi, kanuni çalışma süresi içinde işini yerine getirmekle yükümlüdür. Buna ek olarak, bazı özel durumlarda fazla mesai yapma zorunluluğunda da olabilir. Bu durum hizmet akdinin getirdiği sadakat borcundan doğmaktadır. Buna göre; eğer işverenin yerine getirmesi gereken bir zorunluluk durumu söz konusu ise, işçi en azından fazla mesai yaparak işverene destek vermelidir. İşçi bunu yapmayı reddederse, işveren önceden yaptığı ihtar bildiriminden sonra hukuken geçerli bir sebebe dayanarak işçinin hizmet akdini fesh edebilir.", Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahk., 14.9.2001, 6 Sa 1169/00, Akıllı Kitap, D215/002, Aralık 2007.
- 33 "İşçinin işini yapmak için kullandığı bilgisayarında pornografik resim ve görüntüleri saklaması hizmet akdinin geçerli sebeple feshine neden olur. Bir işçinin işyerinde kullandığı bilgisayarında pornografik içerikli resim ve video görüntüleri sakladığı belirlenmiştir. İşçi daha önce de özel amaçlı internet kullanımı konusunda uyarılmıştır. Kendisine daha önce bilgisayar ortamında işyeri kurallarına aykırı resim ve malzemelerin incelenmesi ve saklanması

yasak olduğu bildirilmiştir. Bilgisayarında bu tür dosyaların bulunduğu tespit edilen işçinin hizmet akdi, davranıştan kaynaklanan geçerli sebeple fesh edilmiştir.” Alman İş Mahk., tarihsiz ve esas nosuz kararı, Akıllı Kitap, D2121/001, Aralık 2007.

- 34 Demir, s. 200.
- 35 Demir, s. 200.
- 36 Bu konu hakkında ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 198; Çelik, s. 218; Demir, s.197-202; Mollamahmutoğlu, s. 727-728.
- 37 Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 205; Çelik, s. 222; Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 57 vd.; Münir Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, İstanbul 2005, s. 50-51; Mollamahmutoğlu, s. 731; Savaş Taşkent, (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 173.
- 38 Süzek, İş Hukuku, s. 539.
- 39 Mollamahmutoğlu, s. 731.
- 40 Süzek, İş Hukuku, s. 540.
- 41 Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 184; Demir, s. 204.
- 42 Taşkent, (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), s. 173; Münir Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, Ek, s. 14; Süzek, s. 470; Mollamahmutoğlu, s. 747; Çelik, İş Hukuku, s. 231; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, s. 128; Demir, s.204; Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 311-312; Fatih Uşan, İş Hukuku, Ankara 2006, s. 112; Y9HD, 23.04.2005 T., 11075/14364, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 84, dn. 128.
- 43 Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C. I, 3. B., Ankara 2008, s. 841; Süzek, İş Hukuku, s. 553.
- 44 Münir Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Eki, Mart 2003, s. 14.
- 45 Mollamahmutoğlu, s. 747-748.
- 46 Mollamahmutoğlu, s. 747-748; Aksi yönde Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Sempozyum, İstanbul Barosu, 6 Temmuz 2001, s. 35.
- 47 Yargıtay “...savunma için verilen günden 1 gün önce yapılan 01.07.2003 günkü yönetim kurulu toplantısında fesih kararı alınmıştır...” gerekçesiyle feshi geçersiz görmüştür (Ankara 4. İş Mahkemesi’nin 16.09.2003 T., E. 2003/1225, K. 2003/545 sayılı Kararını onayan Y9HD, 10.09.2003 T., E. 2003/1225, K. 2003/545, Kılıçoğlu, s. 178; Aynı yönde, Y9HD, 11.04.2005 T., 9752/12858; 23.04.2005 T., 11075/14364, Demir, s. 204, dn. 648; Y9HD, 27.4.2005 T., E. 2005/10261, K. 2005/14718, Kazancı; Y9HD, 1.2.2005 T., E. 2004/31375, K. 2005/2841, Kazancı; Y9HD, 17.1.2006 T., E. 2005/36747, K. 2006/340, Kazancı; Y9HD, 23.11.2005 T., E. 2005/32094, K. 2005/37082, Kazancı; Y9HD, 3.2.2005 T., E. 2005/1084, K. 2005/3101, Kazancı.
- 48 Güven/Aydın, s. 128.
- 49 Ulucan, s. 75; Kılıçoğlu, s. 174, 184; Mollamahmutoğlu, s. 585; Akyiğit, C. I, s. 841.
- 50 Demir, s. 201.
- 51 Akyiğit, C. I, s. 841; Demir, s. 202.
- 52 Demir, s. 203-204.
- 53 “İşveren, sürekli olarak işyerinin huzurunu bozan işçinin hizmet akdini, işçi daha önceleri kusursuz çalışmış da olsa feshedebilir. Ancak öncelikle bir ihtar verilmesi gerekmektedir.” Frankfurt İş Mahk., tarihsiz, 7 Ca 523/01, Akıllı Kitap, D212/002, Aralık 2007.
- 54 Mollamahmutoğlu, s. 729.
- 55 Çelik, s. 227; Demir, s.202; Polat Soyer, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu, 2001 Yılı Toplantısı, s. 281-282; Mollamahmutoğlu, s. 729.
- 56 Çelik, s. 227-228.
- 57 İhtar yazısında, işçinin hatalı davranışı açık ve anlaşılır bir şekilde anlatılmalı; hatalı davrandığı tarih, saat, yer, davranışın meydana geliş şekli, fesheden neden olabilecek geçerli sebep yazılı olarak belgelenmeli ve tanıkların imzalamış oldukları ifadelerini içeren tutanaklar dosyalanmalıdır. Bkz. Akıllı Kitap, D2/010-011, Aralık 2007.
- 58 İhtarda, işçinin ihtara konu olan davranışı açık ve kesin bir biçimde kınanmalıdır. İhtarda, işçi, iş sözleşmesi ile ilgili yükümlülüklerine uymaya davet edilmelidir. Bkz. Akıllı Kitap, D2/011, Aralık 2007.
- 59 İhtarda, işçinin ihtara konu olan davranışını tekrarlamasının ya da değiştirmeden sürdürmesinin iş ilişkisinin devamını tehlikeye atacağı hususuna yer verilmelidir. İhtarın bu işlevi yerine getirebilmesi için, ihtar yazısında: “Bu hatalı davranışınızın tekrarı halinde hizmet akdiniz feshedilecektir.” ifadesi yer almalıdır. Bkz. Akıllı Kitap, D2/011, Aralık 2007.
- 60 Akıllı Kitap, D2/011, Aralık 2007.
- 61 İş Kanunu’nun 35. maddesine göre, “İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dâhil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır.”
- 62 Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 226-227.

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması¹

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/6064
Karar No : 2007/15197
Tarihi : 15.05.2007

ÖZET

Davacı işçinin işverence şehir dışında yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katıldığı gerekçesiyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Davacı işçi belirtilen süre içinde fiilen çalışmamış ve işverene belirtilen anlamda bir fayda sağlamamıştır. Bu nedenle davacının bilgi ve performansını artırma amacıyla yapılan bu tür toplantılarda geçen sürenin, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi doğru olmaz.

DAVA

Taraflar arasındaki fazla çalışma ücretinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 15.5.2007 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına avukat ile karşı taraf adına asil ... geldi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle

kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işçinin işverence şehir dışında yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katıldığı gerekçesiyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Davacı işçi belirtilen süre içinde fiilen çalışmamış ve işverene belirtilen anlamda bir fayda sağlamamıştır. Bu nedenle davacının bilgi ve performansını artırma amacıyla yapılan bu tür toplantılarda geçen sürenin, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi doğru olmaz.

Bu nedenle bilirkişi hesap raporunun birinci seçeneğinde ilk tabloda hesap detayları gösterilen 8.924 YTL'lik kısmın hükme esas alınması hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. GİRİŞ

İnceleme konusu kararda, karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçi şehir dışında düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak gönderilmiş ve eğitim toplantılarında geçen süreye karşılık olarak fazla çalışma ücreti talep etmiştir. Yerel mahkeme davacı işçinin talebini uygun bularak, yılda 3-4 defa düzenlenen eğitim toplantılarında geçen bu süreye ilişkin olarak da haftada 1 saat fazla çalışma ücretine hükmetmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bozma kararında Yüksek Mahkeme, davacı işçinin eğitim seminerinde geçen süre içinde fiilen çalışmadığı ve belirtilen anlamda bir fayda sağlamadığını belirterek, davacının bilgi ve performansını artırma amacıyla yapılan bu tür toplantılarda geçen sürenin, fazla çalışma olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Olayda, öncelikle işçinin eğitim seminerinde geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına tespiti gerekmektedir. Bu nedenle, burada önce bu husus değerlendirilecektir. Zira, bir çalışmanın fazla çalışma olarak değerlendirilmesi için, söz konusu çalışmanın, iş hukuku anlamında çalışma süresi olarak kabulü gerekir. Çalışma süresinden sayılmayan bir sürenin fazla çalışma olarak kabulü ve faz-

la çalışma ücretine hükmedilmesi mümkün değildir. Eğitim seminerinde geçen sürenin fazla çalışma olarak kabul edilebilmesi, söz konusu sürenin çalışma süresi olarak sayılmasına bağlıdır. Bu kapsamda konu öncelikle çalışma süresi açısından değerlendirilecek, sonra da fazla çalışma ele alınacaktır.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Türk İş Hukukunda Çalışma Süresi Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu kendinden önceki kanunlarda da olduğu gibi, çalışma süresini düzenlemekle yetinmiş, ancak çalışma süresini yasal olarak tanımlamamıştır. Çalışma süresinin tanımı, İş K. m. 63'e dayanılarak çıkartılan "İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği"²nde, verilmiştir. Yönetmeliğin 3/I. maddesinde "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68'inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise çalışma süresinden sayılmaz." denilmek suretiyle çalışma süresi kavramı tanımlanmıştır³.

Görüldüğü gibi, esas olarak İş Kanunu'nda

Çalışma süresi, işçinin çalıştığı işte geçirdiği sürelerle, kanunda ayrıca çalışma süresinden sayılacağı belirtilen sürelerin toplamından oluşur.

ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde çalışma süresi, işverene ait işyerinde eylemli (=fiili) çalışma olarak kabul edilmiştir. Yönetmelikte çalışma süresi, işçinin çalıştığı işte geçirdiği zaman olarak tanımlansa da, bunu sadece "fiilen iş görülen süre" olarak anlamamak gerekir. İş Kanunu'nda, bazı hallerde işin niteliğinden hareketle ve işle yakın ilgileri bulunmaları nedeniyle (İş K. m. 66/I, a, f), bazı hallerde işçinin işgücünü işverenin emrine sunması nedeniyle (İş K. m. 66/I, b, c, d), veya salt işçiyi koruma amacıyla ve sosyal düşüncelerin gerekli kılmasından dolayı (İş K. m. 66/I, e) bazı süreler de çalışma süresinden sayılmıştır. Şu halde çalışma süresi, işçinin çalıştığı işte geçirdiği sürelerle, kanunda ayrıca çalışma süresinden sayılacağı belirtilen sürelerin toplamından oluşur⁴. Diğer bir anlatımla, çalışma süresi, işçinin iş sözleşmesi uyarınca yükümlü bulunduğu işi ifa için işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süredir⁵. İşverenin bu süre içerisinde işçiyi fiilen çalıştırması zorunlu değildir; işçinin işgücünü işverenin emrinde hazır tutması yeterlidir⁶. Bu kapsamda, çalışma süresi iki farklı kavramı barındırmaktadır. Bunlar, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler (fiili çalışma süreleri) ile fiilen çalışılmayan ancak çalışılmış gibi sayılan sürelerdir (farazi çalışma süreleri).

Kanunda ya da sözleşmede belirlenen çalışma süresinin mutlaka işyerinde geçirilmiş olması zorunlu değildir. İşverenin buyruğunda olmak kaydı ile işyeri dışında çalışılan süreler de çalışma süresinden sayılır. Burada, önemli olan işçinin çalışmasının nerede yapıldığı değil, işverenin buyruğunda çalışmasıdır. İşçi, işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği sürece çalışmış olarak kabul edilir⁷.

Fiili çalışma süresi, işçinin iş sözleşmesinde iş görme borcunun konusu olan işi gördüğü

yahut bu amaçla işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği süreyi ifade etmektedir. Diğer bir anlatımla, soyunma, giyinme ve ara dinlenmeleri dışında, işin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süre fiilen çalışma süresi olarak kabul edilmektedir⁸.

Türk iş hukuku mevzuatında çalışma süresi kavramı tanımlanırken fiili çalışma esas alınmaktadır. İşçinin fiilen çalışması da işverenin egemenliğinde olduğu süreler de farazi çalışma olarak çalışma süresinden sayılmaktadır⁹. Bu süreler işçinin fiilen çalışmamakla birlikte, işçinin işverenin emri altında her an iş görme borcunu ifaya hazır vaziyette beklediği sürelerdir. Farazi çalışma süresi olarak adlandırılan bu sürelerin günlük çalışma süresi içerisinde değerlendirilmesinin nedeni, işçinin fiilen iş görmemesine karşın iş görme edimini işverenin emrine tahsis etmiş olması, yani işverenin işçi üzerindeki egemenliğinin devam etmesidir¹⁰.

Günlük çalışma süresinden sayılan ve farazi çalışma süresi olarak kabul edilen bu sürelerin bir kısmı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunlara, "yasal farazi çalışma süreleri" denir. Yasal farazi çalışma süreleri İş K. m. 66'da altı bent halinde düzenlenmiştir. Maddede çalışma süresinden sayılan haller sınırlı şekilde düzenlenmiş olsa da, taraflar karşılıklı olarak anlaşarak, yasada belirtilen süreler dışında da bazı sürelerin çalışma süresinden sayılmasını kararlaştırabilirler. Tarafların iradesiyle belirlenen bu nitelikteki farazi çalışma sürelerine "akdi farazi çalışma süresi" denir. Örneğin, toplu iş sözleşmesiyle sendika tarafından verilecek eğitimlerde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması mümkündür. Bu anlamda, maddede yer alan düzenlemenin nisbi emredici hüküm niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür¹¹. Yasada açıkça ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı belirtildiğinden, sözleşmeyle çalışma süresinden sayılması (farazi çalışma süresi) mümkün değildir¹².

Mevzuatımızda, kendi alanlarıyla sınırlı olmak üzere İş K. m. 66'da düzenlenen haller dışında günlük çalışma süresinden sayılan haller de düzenlenmiştir. Bu kapsamda, yasakoyucu tarafından çalışma süresi olarak kabul edilen bu hallerden bazıları, belli durumlara yönelik

ve onlarla sınırlıdır. Hafta tatili ücretine ilişkin İş K. m. 46 ve yıllık ücretli izin tatiline ilişkin İş K. m. 55'te belirtilen haller bu niteliktedir. Yine bu nitelikte olmak üzere, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹³ m. 6'da, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik verilen eğitimlerin çalışanlara herhangi bir mali yük getirmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği ve eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁴.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin¹⁵ 7. maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 66. maddesine göre çalışma süresinden sayılan hallerin yanı sıra aşağıdaki haller de uygulama alanı itibarıyla çalışma süresinden sayılmıştır¹⁶;

a) İşverenin vermesi gereken eğitimlerde geçen süreler,

b) İşverenin işyeri dışında gönderdiği kurslar ve toplantılarda geçen süreler ile yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenen mes-

veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.

leki eğitim programlarında geçen süreler,

c) Ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışan çocuk ve gençler ile ilgili olarak düzenlenen konferans, kongre, komisyon ve benzeri toplantılara temsilci olarak katılmaları nedeniyle işlerine devam edemedikleri süreler¹⁷.

İş Kanunu m. 66/I'de düzenlenen çalışma süresinden sayılan hallerde ise konu ve kişi sınırlaması yoktur. Yararına bu durumlardan biri gerçekleşen her işçi, çalışma süresi bakımından bütün durumlarda söz konusu maddeden yararlanır¹⁸. İşçinin işte fiilen çalışarak geçirdiği sürelerin yanında işçinin işte geçirmediği ancak çalışma süresinden sayılan haller şunlardır (İş K. m. 66/I):

a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere

getirilmeleri esnasında geçen süreler.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.

İnceleme konumuz olan karar açısından önem arz eden İş K. m.66/I-d bendinde işçinin sözleşmeden doğan iş görme borcunun konusu olan işin değil de bu işle ilgisi olmayan başka işlerin yaptırılması dolayısıyla işçinin asıl işini görmeksizin geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılmıştır. Bu sürelerin çalışma süresinden sayılmasının sebebi, işçinin asıl işini görmek üzere işgücünü işverenin emrine amade tutmuş olmasına karşın, işverenin işçinin işgücünü işyerindeki asıl işte değil de başka işlerde kullanmasıdır. Burada işçiyi, asıl işini yapmaktan alıkoyan nedenler işverenden kaynaklanmaktadır. İşçi işiyle ilgisiz bu işleri de

işverenin egemenliği altında ve onun menfaatine görmektedir. Başka bir deyişle, işçi, işveren tarafından başka işlerde meşgul edildiğinden (engellendiğinden) asıl işini yapmamaktadır. Sonuç olarak, işçinin gönderildiği yerde asıl işini yaparak veya asıl işini yapmaksızın çalıştırıldıkları ya da meşgul edildikleri süreler de çalışma süresinden sayılır¹⁹.

2. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın, inceleme konusu olan karara benzer başka kararları da bulunmaktadır. Bu kararlardan birinde²⁰ Yüksek Mahkeme "Fiilen çalışma olmasa da bu süre içinde eğitim amaçlı gönderilen işverenin emir ve talimatı altında bulunduğundan, fazla çalışma ve hafta tatili ücretine hak kazandığının kabulü gerekir. Davacının T. Gemi Sanayi A.Ş işyerinde 24.04.1997 tarihli yazı ve 01.02.1997 tarihli yazı ve 01.02.1997 tarihli tutanakta gösterildiği üzere tersanede dava konusu dönemde 8-21 saatleri arasında kendi personeli ile birlikte eğitim amaçlı olarak bulunduğu anlaşıldığından fiilen çalışma olmasa da bu süre içinde eğitim amaçlı gönderilen işverenin emir ve talimatı altında bulunduğundan, fazla çalışma ve hafta tatili ücretine hak kazandığının kabulü gerekirken, davalı TCDD'nin sürekli harcırah ödemiş olması normal mesai süresine göre sonuç doğurup fazla mesaiyi ve hafta tatili çalışmasını kapsamı mümkün değildir." sonucuna ulaşmıştır.

Anılan kararda, davacı işçinin fiilen çalışması olmasa da bu süre içinde eğitim amaçlı gönderen işverenin emir ve talimatı altında bulunduğundan, fazla çalışma ve hafta tatili ücretine hak kazandığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak söz konusu kararda, inceleme konusu karardan farklı olarak, davalı işveren de eğitim anında kendi personeliyle birlikte bulunmaktadır. Bu nedenle kararda, davacı işçinin fiilen çalışması bulunmasa da, işçinin her an işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu gerekçesiyle, eğitimde geçen süreler çalışma süresi olarak kabul edilmiş ve fazla çalışma ve hafta tatili ücretine hükmedilmiştir.

Yine Yüksek Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir diğer kararında²¹ "Davalı ile banka arasında 27.11.1998 tarihli hizmet

sözleşmesi düzenlenmiş olup, bu sözleşmenin süre başlıklı 8. maddesine göre, davalı 25.11.1998 tarihinde göreve başlamış ve aynı tarihte Bireysel Pazarlama Uzman Yardımcılığı Programına alınmıştır. Davacı işveren, davalının eğitim süresince hizmet vermediğini ileri sürerek ödediği ücretleri geri istemektedir. Davalı göreve başlamasını takiben işveren tarafından eğitime gönderilmiştir. İş Yasasının 62/ç maddesinde, işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenle ilgili her hangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca işçi, işverenin her an buyruğuna hazır bir halde eğitim programına tabi tutulmuş olup, eğitim süresi içerisinde her an fiili göreve çağırılması da mümkün olup, burada işçi, işverenin talimatı ile fiilen işi ifa edememektedir. İşveren, kendi talimatı ve görevlendirmesi ile fiilen işi ifa edemeyen işçiye çalışmadığı ancak çalışmış sayıldığı sürelerin ücretini ödemekle yükümlüdür. Bu husus Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde de düzenlenmiş olup, bu maddede taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir ifadesiyle açıkça vurgulanmaktadır. Davacı işveren işin fiilen yapılmasını engellemiştir. O halde davalıya, tartışmalı eğitim süresi ile ilgili ücreti ödemekle yükümlüdür. Nitekim işveren bu ücreti ödemiş olup, bu dava ile ödediğini geri talep etmekte ise de bu talebin haklı hukuksal nedeni bulunmamaktadır. Mahkemenin aksine düşünce ile ücret isteğini hüküm altına alması hatalıdır." sonucuna varmıştır.

Yukarıda anılan kararın konusu, işverenin eğitim semineri süresince hizmet vermemesi gerekçesiyle işçiye ödediği ücretin geri öden-

İşverenin, kendi talimatı ve görevlendirmesi ile fiilen işi ifa edemeyen işçiye çalışmadığı ancak çalışmış sayıldığı sürelerin ücretini ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

mesi ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme kararında, işçinin eğitim seminerinde geçen sürenin 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 62/ç kapsamında çalışma süresinden sayılan süre olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, işçinin her an işverenin buyruğuna hazır bir halde eğitim programına tabi tutulması ve her an fiili göreve çağrılmasının mümkün olması gerekçesine dayanılarak işverenin talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kararda ayrıca, işçinin işi ifa edememesinin işverenin vermiş olduğu talimat olduğu üzerinde durulmuştur. Sonuç olarak, işverenin, kendi talimatı ve görevlendirmesi ile fiilen işi ifa edemeyen işçiye çalışmadığı ancak çalışmış sayıldığı sürelerin ücretini ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay, konuyu işverenin temerrüdü hükümleri çerçevesinde değerlendirerek, sonuca ulaşmıştır.

Konuyla ilgili başka bir kararında Yargıtay²² zorunlu eğitim giderlerinin işveren tarafından ödenmesi gerektiği sonucuna vardıldıktan sonra, inceleme konumuza ilişkin olarak, “Davacı kursta geçen sürelerin fazla çalışma olarak kabul edilmesini ve bu süreye ait ücretlerin fazla çalışma ücreti olarak hesaplanıp ödenmesini talep etmiş, mahkemece davacının bu isteği hüküm altına alınmıştır. Kursta geçen sürede üretime yönelik bir çalışma yapılmamış, kursta alınan bilgilerden davacının mesleki yeteneği gelişmiş ve işçi lehine sonuçlar elde edilmiştir. Bu nedenlerle kursta geçen sürelerin fazla çalışma olarak değerlendirilip işçi lehine fazla mesai ücreti olarak hükmedilmemelidir.” biçiminde karar vermiştir.

3. Kararın Değerlendirilmesi

İncelediğimiz kararda Yargıtay, işçinin işveren tarafından yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katılması nedeniyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücreti ödenmesi yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme, bozma gerekçesinde işçinin eğitim amaçlı katıldığı toplantıda geçen sürede “fiilen çalışmadığı”, işverene “belirtilen anlamda bir fayda sağlamadığı” bu nedenle davacının “bilgi ve performansını artırma amaçlı” yapılan eği-

tim toplantılarında geçen sürenin fazla çalışma olarak değerlendirilmesinin doğru olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, kararını öncelikle davacı işçinin eğitim semineri süresince “fiili çalışmasının” bulunmadığı gerekçesine dayandırmıştır. İş Kanunu 2. maddesinde işçi “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. İşçi kavramının varlığı için “geçerli bir iş ilişkisi”, “herhangi bir işin yapılması (çalışma)”, “ücret” ve “bağımlılık” unsurlarının bulunması gerekir²³. Bu unsurlardan “herhangi bir işin görülmesi (çalışma)”, çalışma süresi içerisinde gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, işin görülmesine başlandığı anda çalışma süresi de başlamakta, bittiği noktada da bitmektedir. Bu durumda fiili çalışmanın söz konusu olduğu durumda, çalışma süresinin ne zaman başlayıp ne zaman biteceğinin tespiti kolaydır. Ancak, işçi işgörmeye edimini işverenin emrine sunma borcu altındadır. İşçinin çalışmanın başında işgörmeye edimini işverene sunduktan sonra, sunulan bu edimi değerlendirmek ve kullanmak işverenin yetki ve tasarrufundadır. Bu durumda, işçi işgörmeye edimini işverene usulüne uygun olarak sunmuş, işveren ise bu edimi fiili çalışma olarak kullanmamış ya da iş sözleşmesinde kararlaştırılan asıl işin dışında kullanmışsa, işçinin işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği bu süreleri de çalışma süresi içinde saymak gerekir.

Özellikle yukarıda açıklamaya çalıştığımız çalışma süresinden sayılan halleri düzenleyen İş K. m. 66/I-d’de hüküm altına alınan ve “İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler”in çalışma süresinden sayılacağına ilişkin hüküm karşısında, herhangi bir sürenin çalışma süresinden sayılabilmesi için fiili çalışmanın varlığını aramanın uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira, burada önemli olan, işverenin buyruğu ile işçinin bir yere gönderilmesi ya da herhangi bir yerde meşgul edilmesidir. İşverenin çalıştırma amacının olup olmaması da önemli değildir. Bu kapsamda işçinin eğitim seminerine gönderilmesinin yanında örneğin,

Bilgi ve performansı artmış bir işçinin, işyerinde eskisinden daha faydalı ve verimli olarak çalışacağından şüphe yoktur.

işçinin mesleği veya işyerinde gördüğü işle ilgili bir filmi seyretmek için işveren tarafından sinemaya gönderilmesi durumunda da, işçinin yolda ve sinemada geçirdiği süreleri çalışma süresinden saymak gerekir²⁴.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, eğitim süresi içerisinde işçinin her an fiili göreve çağrılabilmesidir. Üstelik işçi, işverenin talimatı nedeniyle fiilen işini ifa edememektedir. Bu nedenle, işveren kendi talimatı ve görevlendirmesi ile fiilen işi ifa edemeyen işçinin çalışmadığı ancak çalışmış sayıldığı sürelerin ücretini ödemekle yükümlüdür. Şayet, bu süreler fazla çalışma kapsamında değerlendirilebiliyorsa, fazla çalışma ücretinin de ödenmesi gerekir kanısındayız.

Yargıtay, kararında ayrıca işçinin eğitim seminerinde geçen sürede işverene “belirtilen anlamda bir fayda sağlamadığı” belirtilmiştir. İşçinin iş sözleşmesi uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu temel edim, iş görme edimidir. İş görme edimi, iş sözleşmesinin de unsurlarından biridir. Ancak, işçinin iş görme edimini, belli bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü olarak anlamamak gerekir. İşçinin iş sözleşmesi uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu edim, belli bir amaca yönelik belirli bir eylemi gösterme yükümünü ifade eder²⁵. Üstelik, işverenin bilgisi dahilinde ve onun emir ve talimatlarıyla gitmiş olduğu eğitim semineri süresince Yüksek Mahkeme'nin kararında aradığı anlaşılan “beklenen fayda”nın sağlanamaması olağandır. Ancak, sadece iş görme borcu altında olan, görülen işin sonucundan sorumlu olmayan işçinin, eğitim semineri boyunca beklenen faydayı sağlamaması nedeniyle fazla çalışma ücretinden mahrum bırakılması doğru değildir.

İnceleme konumuz olan karara benzer ve yukarıda belirtilen bir kararda²⁶ da Yüksek Mahkeme, işçinin “Kurstta geçen sürede üretime yönelik bir çalışma yapılmamış” olmasından

hareketle, kursta geçen süreleri fazla çalışma olarak kabul etmemiştir. Karar, inceleme konumuz olan kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, Yüksek Mahkeme'nin “belirtilen anlamda bir fayda”dan kastının “üretim” olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu gerekçeye de katılma olanağı yoktur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin sadece üretim faaliyetinde geçen süreler çalışma süresinden sayılmaz. Yukarıda belirtmeye çalıştığımız gibi, gerek İş K. m. 66'da düzenlenen çalışma süresinden sayılan haller, gerek hafta tatili ücretine ilişkin İş K. m. 46'da çalışmış günler gibi sayılan haller ve gerekse, yıllık ücretli izne ilişkin İş K. m. 55'te çalışılmış gibi sayılan sürelerde “işçi üretime yönelik bir çalışma” yapmamaktadır. Ancak yasa koyucu bu süreleri yine de çalışma süresinden saymıştır. Üstelik, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ve “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te açıkça eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin, eğitim seminerinin “davacı işçinin bilgi ve performansını artırma” amacıyla yapıyor olması gerekçesine de katılma olanağı yoktur. İşçinin katılmış olduğu seminerde bilgi ve performansını arttırdığı doğrudur. Bu tür seminerlerin amacı da budur. Ancak, işçinin eğitim sonucunda bilgi ve performansını arttırması, eğitim anında işverene bir fayda sağlamasa da, gelecekte işveren açısından da çeşitli faydalar sağlayacaktır. Diğer bir anlatımla, eğitim semineri sonucunda sadece işçi lehine sonuçlar elde edilmemiş, işverenin de lehine sonuçlar gerçekleşmiştir. Bilgi ve performansı artmış bir işçinin, işyerinde eskisinden daha faydalı ve verimli olarak çalışacağından şüphe yoktur.

Yerel mahkemenin davacı işçinin işverence şehir dışında yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katıldığı gerekçesiyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücretine hükmetmesi ise hatalıdır. Kısaca belirtmek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanunu açısından işçinin fazla çalışma yapmış sayılabilmesi için işçinin 7 günden oluşan haftalık zaman diliminde çalıştığı sü-

renin toplam olarak 45 saati aşip aşmadığına bakılacak, 45 saati aşan süreler fazla çalışma olarak kabul edilerek zamlı ücret ödenecektir. Denkleştirme uygulamasına gidilmesi durumunda da, denkleştirme dönemi içerisinde haftalık ortalama çalışma süresinin aşılp aşılmadığına göre işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığına karar vermek gerekecektir. Yine İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 4 uyarınca işçinin haftalık toplam çalışması 45 saati geçmese dahi, günlük çalışma süresinin 11 saati aşması durumunda, fazla çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir²⁷.

Şu halde, 4857 sayılı İş Kanunu açısından eğitim seminerinde geçen sürelerin fazla çalışma olarak kabul edilebilmesi için bir haftalık süre içerisinde yapılan diğer çalışmalarla birlikte 45 saatlik haftalık çalışma süresinin aşılp aşılmadığının araştırılması gerekecektir. Denkleştirme uygulamasına gidilmesi halinde, eğitim seminerinde geçen süre de dahil, ortalama haftalık çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışmanın varlığından bahsedilebilecektir. Son olarak, eğitim semineri dahil, işçinin haftalık çalışması 45 saati aşmase dahi, eğitim semineri günlük 11 saatin üzerinde gerçekleşmişse, yine fazla çalışmanın gerçekleştiğinin kabulü gerekir (ÇSY. m. 4). Yerel mahkemenin kararında yer aldığı gibi, işçinin işverence şehir dışında yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katıldığı gerekçesiyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücreti hesaplanması ise doğru değildir.

III. SONUÇ

Sonuç itibariyle Yargıtay, incelemiş olduğumuz kararında taraflar arasında menfaat dengesi sağlamak istemiştir. Kararda olduğu gibi, eğitim amaçlı toplantılarda geçen sürenin fazla çalışma olarak değerlendirilmemesi, menfaatler dengesi açısından uygun gibi görülse de, yukarıda da belirttiğimiz gibi işçi, eğitim amaçlı toplantılara işveren tarafından gönderilmiştir. İş K. m. 66/I-d'de işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle

le asıl işini yapmaksızın geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı açıkça belirtilmiştir. İşçi işverenin talimatıyla eğitim toplantılarına katılması nedeniyle fiilen işini ifa edememiştir. Eğitim seminerlerinde sadece işçi lehine sonuçlar doğmaz. İşyerinde katıldığı eğitim seminerleri sayesinde, bilgi ve performansını arttırmış bir işçinin çalışması sonuç itibariyle işverenin de lehinedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın incelemiş olduğumuz kararına katılmıyoruz. Yerel mahkemenin işçinin işverence şehir dışında yılda 3-4 defa düzenlenen toplantılara eğitim amaçlı olarak katıldığı gerekçesiyle bu süreye karşılık olmak üzere haftada 1 saat fazla çalışma ücreti hesaplanması ise hatalıdır. Bu yönden **Yüksek Mahkeme'nin kararı isabetlidir.**———

DİPNOTLAR

- 1 <http://www.legalbank.net/belgeyazdir.asp?id=374852>
31.10.2008
- 2 RG. 06.04.2004, No: 25425.
- 3 Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2008, 860; Hatice Karacan, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007, 23; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2008, s. 319; İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde çalışma süresine ilişkin yapılan tanımlamanın açık ve yeterli olduğunu söylemek güçtür. Zira "...işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre"den ne kastedildiği belli değildir. Burada kastedilen, kapsamı ve niteliği iş sözleşmesinde veya sonradan işverenin emir ve talimatıyla belirlenen bir "işin" gereği olan faaliyetleri ifa ederken geçen sürenin mi yoksa iş sözleşmesi ile yüklenilen iş görme borcunun ifası için işverenin emrine girildiği yani işgücünün işverenin emrine tahsis edildiği andan işverenin emrinden çıkıldığı ana geçen sürelerin mi kastedildiği belli değildir. Yönetmelikte verilen tanımı İş K. m. 66 hükmü ile birlikte değerlendirdiğimizde çalışma süresi, işçinin gördüğü işte fiilen çalışarak geçirdiği sürelerdir. Geniş bilgi için bkz. Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, 35-36; Karacan, 23.
- 4 Kadir Arıcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, 7; Tankut Centel, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 225; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 159, 160; Oğuz Kurucu, İş Süreleri Dinlenmeler Fazla Çalışma, Ankara 1987, 171; Nürşen Caniklioğlu, "4857 Sayılı Kanunun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Semineri, İstanbul 2005, 151; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, İzmir 1994, 418; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Kaplan/Seymen, İş

- Hukuku, Ankara 2007, 226; Karacan, 23.
- 5 Bkz. HGK., 29.12.1973., E. 414, K. 1253 (Ünal Narmanlıoğu, İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1986 Yılına Ait Kararların Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1986, İstanbul 1988, 16.
- 6 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Konya 2008, 125.
- 7 Narmanlıoğu, 419.
- 8 İbrahim Subaşı, "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, 321; Tunçomağ, Centel, 146; Mollamahmutoğlu, 854; Centel, 225; Arıcı, 98; Subaşı, 321.
- 9 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, 726; Mollamahmutoğlu, 860; Arıcı, 98; Astarlı, 36; Centel, 229; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 160.
- 10 Astarlı, 138; Arıcı, 99.
- 11 Aynı yönde bkz. Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 927; Karacan, 24, 31.
- 12 Astarlı, 138.
- 13 RG. 07.04.2004, 25426
- 14 Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 58; Leyla Kılıç, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006, 61; Ekmekçi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda verdiği eğitimlerde geçen sürelerin çalışma süresinde sayılmasını isabetli bulmamıştır. Yazara göre, böyle bir eğitimin verilmesinde işverenin menfaati bulunduğu kadar, işçinin de menfaati bulunmaktadır. Eğitim için yapılan harcamalar da işveren tarafından karşılanmaktadır. Bu nedenle eğitimde geçen sürelerin iş süresinden sayılmamasının menfaatler dengesine daha uygun olacağı görüştüdedir. Bkz., Ekmekçi, 58.
- 15 RG.06.04.2004, 25425.
- 16 1475 sayılı İş Kanunu'nun "Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı" başlıklı 67. maddesinin 3. fıkrasında, okula gidenlerin iş saatlerinin, okul saatlerine engel olmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği ve ders saatlerinin 7,5 saatlik çalışma süresi içinde sayılacağı açıkça düzenlenmişti.
- 17 Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 94/33 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 8/1-a maddesi uyarınca, iş ve eğitimin birlikte yürütüldüğu işlerde veya işyerlerinde işi öğrenme programı çerçevesinde yapılan işlerde çalışma süresi günde sekiz saat, haftada kırk saat olacak ve eğitim ve iş süreleri birlikte dikkate alınacaktır. Bkz. Ertan İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, 246, 247; Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2004, 291; Astarlı, 139.
- 18 Çenberci, 920.
- 19 Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 153; Mollamahmutoğlu, 873; Astarlı, 150; Arıcı, 102; Centel, 230; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 166; Narmanlıoğlu, 424; Süzek, 732, 733; Karacan, 28.
- 20 Y9HD, 22.06.2000, E.2000/6607, K.2000/9854 - Cevdet İlhan Günay, İş Davaları, Ankara 2008, 972.
- 21 Y9HD., 16.04.2001, E.2001/1800, K.2001/6392, Corpus, Mevzuat ve İçtihat Pr., 12.02.2009.
- 22 Y9HD, 26.12.2007, E. 2007/1129, K. 2007/39176 Kazancı İçtihat Bankası.
- 23 Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Cilt-1, İş Hukuku, Ankara 2006, 18, 19; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul, 2007, 45-47.
- 24 Aynı yönde bkz. Kadri Nur Anol, Çalışma Yaşamının Düzenlenmesi, C.I, Kitap II, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, İstanbul 1985, 11, 15.
- 25 Mollamahmutoğlu, 256.
- 26 Dipnot 22'de bahsedilen karar.
- 27 Fazla çalışma konusunda geniş bilgi için bkz. Karacan, 49 vd.; Ekonomi, Fazla Çalışma, 159 vd.; Astarlı, 167 vd.

Dr. Ertan İREN

Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Müşavir Avukatı

İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. Hukuk Dairesi

Esas No : 2008/42706

Karar No : 2008/34976

Tarihi : 23.12.2008

ÖZET

Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine hak kazanılamaz.

DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile iş arama izin ücretlerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı ... avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava

dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2) Davacı işçi, işverence yapılan fesih üzerine ihbar öneli kullandırılmasına rağmen iş arama izni verilmediğini ileri sürerek, iş arama izin ücretlerinin ödetilmesi isteğinde bulunmuştur. Mahkemece zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılarak isteğin kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde, "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrıl-

cağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya ek-sik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder” şeklinde kurala yer verilmiştir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçiye tanınması gereken bildirim öneli, işçiye fesihten sonraki hayata hazırlamak için önemlidir. Bildirim süresi sonunda işten ayrılacağını bilen işçi, bu süre içinde bir başka iş arayarak bir başka işyerinde yeniden çalışabilmek için girişimlerde bulunabilecektir. Ancak bu süre içinde iş görme borcunu eksiksiz yerine getirmesi gereken işçinin, yeni iş aramasının güçlükleri de ortadadır. Bu nedenle yasa koyucu, bildirim süresi içinde işverence işçiye yeni iş araması için izin verilmesini öngören düzenlemeye gitmiştir.

Yeni iş arama izni bildirim süresi tanınarak yapılan fesihlerde söz konusu olur. İşverence Kanunun 25. maddesine dayanarak yapılan fesihlerde böyle bir yükümlülük olmadığı gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınmaksızın derhal feshinde ya da bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği hallerde yeni iş arama izni verilmesi gerekmez.

Bildirim önelleri içinde işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izni kamu düzenini ilgilendirmektedir. İşverenin bu yükümlünü azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak taraflar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi hükmüne uygun olarak ihbar önelini arttırabilecekleri gibi, günlük en az iki saat olan iş arama izni süresini de daha fazla olarak belirleyebilirler. Belirtmek gerekir ki, iş arama izni arttırılmış ihbar önellerine göre kullandırılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesine göre, yeni iş arama izni vermeyen veya ek-

sik kullandıran işveren, o süreye ait ücreti işçiye ödemekle yükümlüdür. Aynı maddenin 3. fıkrasında, işveren yeni iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır, işçinin çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştırdığı sürenin ücretini % 100 zamlı olarak ödemesi gerektiği kuralı getirilmiştir.

Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine hak kazanılamaz. İşçiye iş arama izinlerinin toplu olarak kullandırılması gerektiğinde, çalışılan iş günleri için iki saatten az olmamak üzere hesaplama yapılır ve işçinin iş arama iznini kullanacağı süre belirlenerek sonuca gidilir.

Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. Bu nedenle davacı işçinin iş arama izin ücretlerine hak kazandığı tartışmasızdır. Davacının ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesi hükmüne uygun olarak % 100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirse de, çalışılmayan hafta tatilleri için de iş arama izin ücreti hesaplanarak sonuca gidilmesi hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Yeni iş arama iznini düzenleyen 27. maddeye göre, işverenin bildirim süreleri içinde, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi

yapmadan vermesi mecburidir ve iş arama izninin süresi 2 saatten az olamaz. İşçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. İşveren yeni iş arama izni vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. Yeni iş arama izni esnasında işçinin çalıştırılmasının yaptırımı ise ayrıca yüzde yüz zamlı ücret ödenmesidir.

Somut uyumsuzluk bakımından, işçinin ne kadar süreyle yeni iş arama iznine hak kazandığı önem taşımaktadır. Hak kazanılan yeni iş arama izni süresinin ne kadar olduğu ile bu iznin iş saatleri içinde kullanılacak olması tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Yasanın iş saatleri ile irtibatlandığı konunun iznin kullanılmasyla ilgili olduğu açıktır. İşçiye yeni iş arama izni elbette iş saatleri içinde verilecek ve işçi bir iş karşılığı olmaksızın bu süreye ilişkin ücrete hak kazanacaktır. Zaten aksi takdirde bir "izin"den de, işçiye usulünce yeni iş arama izni kullanıldığından da söz edilemez. Hak kazanılan izin süresi ise, ihbar önelerine göre belirlenecektir. Örneğin üç yıldan fazla kıdemi olan işçiye tanınacak ihbar öneli 56 gün (ışgünü değil) olduğuna göre, bu işçi günde 2 saatten az olmamak üzere toplam 112 saat yeni iş arama iznine hak kazanmıştır. Ve işveren, işçiye işgünlerinde olmak üzere yeni bir iş arayabilmesi için 112 saat serbest zaman tanımak zorundadır. Bu süreyi ona tanımayıp işçiyi çalıştırmış ise ayrıca % 100 zamlı ücret ödenmesi zarureti hasıl olacaktır.

Çoğunluk görüşü, aynı kıdeme sahip işçiler arasında ve tanınması gereken ihbar öneli de değişmediği halde, yeni iş arama izni müessesesini ana unsurundan uzaklaştırarak rastlantılara bırakmaya elverişlidir. İşyerinde 5 yıl süreyle çalışmış iki işçinin iş sözleşmeleri birkaç hafta arayla feshedildiğinde ve sözleşmesi daha önce feshedilen işçinin ihbar öneline ulusal bayram-genel tatil günleri denk geldiğinde, aynı kıdeme sahip ve Kanuna göre eşit sürede ihbar öneline tabi bu işçilerden, sözleşmesi önce feshedilen çok

daha kısa süre yeni iş arama iznine hak kazanmış olacaktır. Bir işçiye tanınacak yeni iş arama izni süresi 27. maddede açıkça düzenlenmiş olup, akdin hangi tarihte feshedildiğinden hareketle belirlenmeyeceği gibi konu tamamen rastlantıya yahut işverenin ihtiyarına da terk edilmemiştir. Yeni iş arama izni nasıl yıllık ücretli izinle iç içe giremeyecek ise, ihbar önelerine rastlayan diğer tatil günleriyle de iç içe giremez. Çoğunluk görüşünün aksine, hafta ve genel tatil günlerinde çalışılmadığı halde işçiye zamlı yeni iş arama izin ücreti verilmesi söz konusu olmayıp, işgünlerinde ihbar önelerine göre hak kazanılan sürede çalıştırıldığı için % 100 zamlı ücret ödenmektedir.

Bunun yanı sıra işçi, yasanın kendisine tanıdığı hakla yeni iş arama izinlerini topluca kullanmayı talep ettiğinde, asgari ihbar öneli x 2 saat süreyle işyerine gelmemesi sağlanacak ve bu süre devamsızlık niteliği taşımayacaktır. İşverenin her bir işçi için ayrı ayrı, fesih tarihlerine göre ihbar öneline denk gelen hafta, ulusal bayram, genel tatil vs. günleri hesaplayıp hariç tutarak geri kalan günlerde eşit sürede ihbar öneline sahip bir işçiye sözgelimi 43 işgünü x 2 saat = 86 saat, diğerine 42 işgünü x 2 saat = 84 saat, bir başkasına 40 işgünü x 2 saat = 80 saat yeni iş arama izin hakkı tanınması hükmün amaçladığı bir sistem olmadığı gibi, bu işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınması eşit işlem yapma borcuna da aykırıdır. Hak kazanılan yeni iş arama izin süresi standart olarak ihbar öneline göre hesaplanarak, işçiler 27. maddenin de öngördüğü haliyle bu izinlerini iş saatleri içinde iki saatten az olmamak üzere kullanmalıdırlar. İşveren, ihbar öneleri boyunca iş günlerinde işçiyi bu yöntemle belirlenen süreyle çalıştırmamalı, aksi takdirde bu sürenin ücretini % 100 zamlı olarak ayrıca ödemelidir.

Kanunun, yeni iş arama izninin "kullan-

dırılma usulüyle ilgili” olarak vurgulayıp tercih ettiği “iş saatleri içinde” ibaresinin aksine, “hak kazanılan süre” bakımından böyle bir sınırlama getirmemesi ve “işgünleri”nden söz etmemesi de ulaşılan bu sonucu doğrulamaktadır. Kanaatimizce hüküm açık olmakla birlikte Yasada boş-

luk olduğu dahi söylenecek olsa işçi lehine yorum ilkesi gereğince de yeni iş arama izni süresini işçi aleyhine azaltmamak gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme kararı yasaya uygun olduğundan sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılmıyorum.

KARAR İNCELEMESİ

1. Yeni İş Arama İzninin Verilme ve Kullanılma Koşulları

Borçlar Kanunu'nun “İstirahat Zamanları” başlıklı 334. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yeni iş arama izniyle ilgili hükümler mevcuttur. Söz konusu düzenlemeye göre, iş sahibi mukavelenin feshi ihbar olunduktan sonra başka bir iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir (BK. md. 334/II). Her halde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetilmek lazımdır (BK. md. 334/III).

Yeni iş arama izni bildirim süresi verilerek yapılan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde söz konusudur. Zira bildirim süresi devam ederken işyerinde iş görme borcunu yerine getirmek zorunda olan işçinin aynı zamanda yeni bir iş araması oldukça güçtür. Bu hususu dikkate alan yasa koyucu yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde de bildirim süresi devam ederken çalışma saatleri içinde işçilere yeni iş arama olanağı tanımıştır¹. İşçinin iş sözleşmesini bildirim süresi vermek suretiyle feshetmesi halinde de işverence yeni iş arama izninin verilmesi gerekir².

Belirtmek gerekir ki, işverence İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca haklı nedenle yapılan fesihlerde işverenin işçiye yeni iş arama izni verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yine bildirim süresine ilişkin ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği hallerde de yeni iş arama izninin verilmesi gerekmemektedir³.

Yeni iş arama iznini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27/1. maddesi gereği bildirim

süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır.

İzin sürelerinin birleştirilerek topluca kullanılması imkanının getirilmesindeki amaç uzaklık, yoğun nüfus, trafik gibi nedenlerle verilen izin süresinin yeterli olamayacağı endişesidir⁴. Yasa koyucu iş arama izninin günde en az iki saat olması gerektiğini vurgulamak suretiyle işverenin iki saatin üzerinde daha uzun izin süreleri de verebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle günlük 2 saat olan izin süresi artırılabilir⁵. İşçinin İş Kanunu'nun 27. maddesiyle getirilen haklardan önceden vazgeçmesi mümkün değildir. Yeni iş arama izninin doğumu işçinin talebine de bağlı değildir. Zira maddede talep koşulundan bahsedilmeksizin işverenin işçiye iş arama süresi vermesinin mecburi olduğu açıkça ifade edilmiştir⁶.

İş Kanunu'nda iki saatlik iznin hangi zaman diliminde kullanılacağı belirtilmemiştir. Yeni iş arama izninin iş saatleri içinde hangi zamanda kullanılacağı sözleşmelerle kararlaştırılabilir. Taraflar bu konuda bir düzenleme yapmamışlarsa, Borçlar Kanunu'nun 334. maddesinin son fıkrasındaki “Her halde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetilmek lazımdır” hükmü gereği iş düzeni ve disiplininin sağlanması bakımından kural olarak iznin kullanılacağı zamanı işveren yönetim hakkına dayanarak belir-

Yeni iş arama izni bildirim süresi verilerek yapılan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde söz konusudur.

leyecektir. Ancak İş Kanunu'nun 27. maddesinin amacına uygun olarak izin verilirken daha ziyade işçinin iş bulma olanağına en uygun düşecek zaman göz önünde tutulmalıdır⁷.

İşçi verilen izin süresinde iş bulursa artık kalan süreden yararlanamayacaktır. Söz konusu iznin verilmesindeki amaç işçinin yeni bir iş bulması olduğuna göre yeni bir iş bulunduğu için sözleşmeyi fesheden veya bildirim süresi içinde yeni bir iş bulan işçinin bundan sonra bu izni kullanması mümkün değildir. İş bulunduğu halde bunu gizleyerek yeni iş arama izni kullanan işçi sadakat borcuna aykırı davranmış olur ve bu nedenle sözleşmesi işverence derhal fesih yoluyla sona erdirilebilir⁸. İşverenin yasayı gözardı ederek işçiye yeni iş arama iznini kullandırmaması ise işçi için bir derhal fesih nedeni oluşturur⁹. İş Kanunu'nun 59/son maddesi uyarınca yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez.

II. Usulüne Uygun Olarak Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Sonuçları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde 1475 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinden farklı olarak ayrıca yeni iş arama izninin verilmemesi halinde uygulanacak yaptırım da belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre, işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırır o süreye ilişkin ücret işçiye ödenecektir (md. 27/2). İşveren, iş arama izni esnasında işçi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemekle yükümlüdür (md. 27/3)¹⁰.

Bu itibarla, işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırır o süreye ilişkin ücreti ödeyeceği gibi, bu ücrete ek olarak çalıştırdığı sürenin ücretini de işçiye yüzde yüz zamlı ödeyecektir¹¹.

III. İşçinin Hafta Tatili, Bayram ve Genel Tatil İzinlerini Kullandığı Günler İçin İşverenin Yeni İş Arama İzni Verme Yükümlülüğü Var mıdır?

İncelenen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararında yeni iş arama izninin niteliği, kullanılma usulü ve yaptırımı ilgili kanun hükümleri çerçevesinde açıklandıktan sonra hüküm verilmiştir. Yargıtay kararına konu olan somut olayda çözümlenmesi gereken temel sorun, bildirim süresi içerisinde işçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için işverenin yeni iş arama izni verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Başka bir ifadeyle, bildirim süresini oluşturan haftadaki her bir gün (iş günü olup olmadığına bakılmaksızın) hesaba katılmak suretiyle yeni iş arama izninin süresinin belirlenebilir belirlenemeyeceğidir.

Kararın karşı oy yazısında, hak kazanılan yeni iş arama süresinin ne kadar olduğu ile bu iznin iş saatleri içinde kullanılacak olması tamamen farklı kavramlar olarak nitelendirilmiş, yasanın iş saatleri ile irtibatlandığı konunun iznin kullanılmasyla ilgili olduğu belirtilerek, ihbar süresi içindeki çalışılmayan tatil günleri için de iş arama izin ücretinin hesaplanarak hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

Karşı oy yazısında karardaki çoğunluk görüşünün paylaşılmamasının dayanakları da açıklanmıştır. Bu görüşe göre, aynı kıdeme sahip işçiler arasında tanınması gereken ihbar öneli değişmediği halde, sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınması hükmün amaçladığı bir sistem olmadığı gibi, eşit işlem yapma borcuna da aykırıdır. Kanunun, yeni iş arama izninin "kullanılma usulüyle ilgili" olarak vurgulayıp tercih ettiği "iş saatleri içinde" ibaresinin aksine, "hak kazanılan süre" bakımından böyle bir sınırlama getirmemesi ve "işgünleri"nden söz etmemesi de ulaşılan bu sonucu doğrulamaktadır. Kanundaki hüküm açık olmakla birlikte yasadaki boşluk olduğu dahi söylenecek olsa, işçi lehine

yorum ilkesi gereğince yeni iş arama izni süresini işçi aleyhine azaltmamak gerekmektedir¹².

Yeni iş arama izni süresini ikiye ayırarak incelememiz gerekir, birincisi iznin günlük olarak verilme süresi, diğeri de toplam olarak verilecek tüm izin süresidir. İş Kanunu'nun 27. maddesinde iş arama izninin günde en az iki saat olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak işverenin bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle günlük iki saatin üzerinde izin süreleri de verebilmesi mümkündür. Bu nedenle yeni iş arama süresi en az bildirim gün sayısı ile iki saatin çarpımı kadar saattir. Toplam olarak verilecek yeni iş arama izin süresi bildirim süreleri ile doğru orantılı olduğundan, bildirim süresi arttıkça (diğer bir ifadeyle İş Kanununun 17. maddesindeki sürelerin üzerinde belirlendikçe) yeni iş arama izni süresi de artacaktır. Burada önemli olan yeni iş arama izninin toplam süresinin belirlenmesinde yalnızca bildirim (ihbar) süresindeki iş günlerinin mi yoksa bildirim süresindeki tüm

gü ve akdi bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Yasa koyucu böyle bir iznin verilmesi gereğini belki bir ölçüde uyuşmazlık konusu olmaktan çıkararak amacıyla yasalarda açıkça düzenlemiştir. Böylece işverenin yeni iş arama izni kanundan doğan bir yükümlülük haline gelmiştir¹³.

İşverence yeni iş arama izni verilmesini yasal bir yükümlülük haline getiren hükümler ve bunların gerekçeleri dikkate alındığında, bu hükümlerin konuluş amacının bildirim süresi sonunda işçiyi bir anda işsiz dolayısıyla ücretsiz bırakmamak olduğu görülmektedir. Buradaki asıl amaç iş saatleri içerisinde iken iş arama olanağı bulunmayan işçiye iş saatleri içinde böyle bir izin vererek bir koruma sağlanmasıdır.

İş Kanunu'nun 27. maddesinin getiriliş amacı ve olağan çalışma hayatının işleyişi dikkate alındığında bildirim süresi içerisindeki iş günlerinin esas alınmak suretiyle yeni iş arama izin süresinin tespit edilmesinin daha doğru olaca-

İzin sürelerinin birleştirilerek topluca kullanılması imkanının getirilmesindeki amaç uzaklık, yoğun nüfus, trafik gibi nedenlerle verilen izin süresinin yeterli olamayacağı endişesidir.

günlerin mi dikkate alınacağıdır.

Konuya açıklık getirmek açısından öncelikle işverenin yeni iş arama izni verme yükümlülüğünün niteliği üzerinde durmamız gerekmektedir. Bildirim süreli fesihlerde süre bitiminde birdenbire işsiz kalmamak için işçi bildirim süresi devam ederken çoğu kez yeni bir iş aramak ihtiyacı hissedecektir. Bu yeni iş de doğal olarak iş saatleri içinde aranıp bulunabileceğinden fesih beyanında bulunulmuş olsa da, bildirim süresi boyunca iş ilişkisi tüm hükümleriyle devam ederken işçiye yeni bir iş bulabilmesi için bir miktar izin verilmesi gerekmektedir. Bu husus esasen işveren için iş sözleşmesinden doğan borçlardan birisi olan işçiyi gözetme borcundan kaynaklanmaktadır. Bu itibarla işverenin yeni iş arama izni verme yükümlülüğünün esas itibariyle iş sözleşmesinden doğdu-

ğunu düşünmekteyiz. Günümüz yeni iş ve işçi arama usulleri de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Bugün çalışanların iş arama usullerinde eskiye nazaran önemli değişiklikler bulunmaktadır. Hayatın her alanında olduğu gibi çalışma hayatında ve özellikle iş ve işçi arama faaliyetlerinde bilgisayar kullanımı çok yaygındır. İş arayan kişiler özgeçmişlerini ve iş arama taleplerini genelde e-mail olarak elektronik ortamda işverene bildirmekte ve/veya ilgili internet sitelerine girerek iş başvurusunda bulunmaktadır. Esasen bu uygulamalar çok yaygın olup, hem nitelikli hem de niteliksiz işler bakımından söz konusudur. Bu tür bilgisayar ortamındaki başvuruların mesai saatlerinin dışında ve tatillerde de yapılabilmesi mümkündür. Bu da çalışanların zamanını değerlendirebilmelelerinden açısından önemli bir avantaj yaratmaktadır. İş arayanlar için zaman esas itibariyle yüzyüze

yapılacak iş görüşmeleri ve mülakatlar için bir ihtiyaç olmaktadır. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere yasa koyucu iş arama izninin işçinin talebi ile toplu olarak kullandırılmasına da imkân tanımaktadır. Böylece izin süresinin yetersiz kalabileceği endişesi de bir ölçüde giderilmektedir.

Süzek'in işaret ettiği gibi işçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁴. Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." Anılan hüküm gereği yasanın sözünden çıkan anlam ruhundan (özünden) çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Yasa hükmünün ruhunun araştırılması da onun amacının tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır. Böylece Medeni Kanun'un 1. maddesi yasanın ruhunun araştırılmasını zorunlu tutmak suretiyle amaçsal yorum yöntemine yer vermiştir. Mevcut hukuk kurallarının sosyal yaşamın amaçlarına en uygun bir biçimde yorumlanması ve uygulanması çok önemlidir. Bu nedenle iş yasalarının yorumu söz konusu olduğunda esas itibariyle amaçsal yorum yöntemi uygulanmalıdır. Her ne kadar işçinin korunması iş hukukunun temel amacı ise de, iş yasalarında yer alan her hükmün somut amacı bu hukuk dalının genel amacına tercih edilmelidir. Amaçsal yorum yöntemi ile işçi ve işveren ilişkilerindeki hassas dengenin korunması da sağlanabilecektir¹⁵. İş Kanunu'nun 27. maddesindeki hüküm iş saatleri içerisinde iş arama olanağı bulunmayan işçiye izin vererek bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Yukarıda açıklanan günümüz çalışma hayatının işleyişi dikkate alınarak anılan kanun hükmü yorumlandığında, bildirim süresi içerisinde çalışılmayan tatil günleri için yeni iş arama izni verilmesi zorunluluğunun bulunmaması hukuka uygun bir değerlendirmedir.

İşverenin eşit davranma borcu açısından konuyu ele aldığımızda da, eşitlik aynı konumda olanlar için geçerli olacağından bir eşitsizlik söz konusu olmayacaktır. Şöyle ki, genel anlamda eşit davranma borcu aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler

arasında ayırım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması şeklinde ifade edilebilir¹⁶. Bu itibarla kanun hükmü getiriliş amacına uygun olarak aynı durumda olanlara aynı şekilde uygulanacağından eşit davranma borcuna aykırılık oluşmayacaktır. Zira bildirim süreleri içerisinde tatil günleri denk gelen tüm çalışanlar için aynı kural geçerli olacak ve hak kazanılacak yeni iş arama izninin hesabında bu günler dikkate alınmayacaktır.

SONUÇ

Konunun tartışılarak doğrunun bulunması açısından şüphesiz karşı oy görüşünde belirtilen hususlar da önem taşımaktadır. Ancak yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, bildirim süresi içerisinde çalışılmayan tatil günleri için yeni iş arama izni verilmesi gerekmeceğinden, bu günler için ayrıca yeni iş arama izin ücretine hak kazanılması da mümkün olmayacaktır. Bu itibarla, incelenen Yargıtay Kararındaki bozma yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, 464. İhbar süresi içinde tam gün çalışan işçi, yeni iş bulma imkanından mahrum olabilecektir. Bu nedenle yasa koyucu yeni iş arama izni öngörerek işçiyi korumak istemiştir. Bkz. Günay, 480.
- 2 Yeni iş arama izni sözleşmeyi hangi tarafın feshettiğine bakılmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi içinde kullanılmak üzere işçiye tanınmış bir haktır. Süzek, 464. Şahlanan, 37. Mollamahmutoğlu, 522, Tunçomağ/Centel, 189, Aktay/Arıcı/Kaplan, 176.
- 3 Şahlanan, 38, Mollamahmutoğlu, 522. Çil, 587.
- 4 Bu maddenin değişiklik gerekçesinde, günde 2 saatlik iş arama izinlerinin ihtiyaca cevap vermediği, şehirlerden uzak işyerleri ile büyük şehirlerdeki işyerlerinde çalışan işçilerin, bu izinlerinin yollarda geçirdiği görülmüş olduğundan bu hali önlemek için bu maddenin sonuna yapılan ilave ile işçiye bu izinlerin birleştirilerek kullanılması hakkı sağlandığı belirtilmiştir. Bkz. Eşmelioğlu, 396.
- 5 Süzek, 464. Tunçomağ/Centel, 189. Kılıçoğlu, 308.
- 6 Süzek, 464.
- 7 Tunçomağ/Centel, 189. Süzek, 464 Eyrenci/Taşkent/Ulucan,158. Çenberci, 425. Şahlanan, 38. Yeni iş arama izni iş saatleri içinde verilmelidir. Örneğin bu izin hafta tatili, genel tatil gibi günlerde verilemeyeceği gibi, çalışma saatleri dışındaki saatler için de verilemez. Örneğin 9.00'da başlayan 17.00'de biten

bir iş süresi dışında saat 18.00'de ya da öğle tatilinde yeni iş arama izni verilemez. Çünkü iş arayan işçi kendisine iş verecek işvereni işyerinde bulabileceği saatte faaliyete geçebilmelidir. Bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, 445.

- 8 Süzek, 465. Çenberci, 426. Şahlanan, 38.
- 9 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 158, Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, 176. Mollamahmutoğlu, 522.
- 10 İş Kanunu'nun 27. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme mevcut iken, ikinci fıkrasının metinde fazla olduğu ve tereddütlere yol açtığı yönündeki düşünceler için bkz. Çil, 589. Sevimli, 10.
- 11 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 02.05.2007 tarih, 2006/26618 E., 2007/13985 K. sayılı kararında, yeni iş arama izninin verilmemesinin bildirim önelerinin verilmediği anlamına gelmeyeceğini, bu iznin verilmemesi halinde ihbar tazminatına değil, 27. maddede belirtilen zamlı ücrete hak kazanacağına hükmetmiştir. Söz konusu karardaki hüküm şu şekildedir; "Davacıya, 14.12.2004 tarihinde yapılan bildirimde, 01.03.2005 tarihinde iş sözleşmesinin feshedileceği bildirilmiştir. Her ne kadar davacı bildirimini tebellüğden imtina etmiş ise de, bu hususta tutanak tutulmuş ve tutanak tanığı da mahkemece dinlenmiştir. Öte yandan davacı başka bir dosyada tanık olarak dinlendiği sırada ihbar öneli verilmesi olayını doğrulamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca verilen ihbar öneli iş arama izni içermemesi halinde dahi geçerlidir. Zira anılan kanunun 27. maddesinde iş arama izninin verilmemiş ve çalıştırılması nedeni ile, işçi bu süreye ilişkin ücretini %100 zamlı olarak tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ihbar tazminatına hüküm kurulması hatalıdır". Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları (2005-2007), Kamu-İş, Ankara 2008, 744.
- 12 Akyiğit de, her ne kadar yasa yeni iş arama izninin iş saatleri içinde verileceğini öngörmüşse de, bu iznin hak ediliyle (süresiyle) değil alınan iznin kullanımıyla, kullanım zamanıyla ilgili olduğunu ve dolayısıyla bu konuda bir boşluk bulunduğunu ileri sürerek, izne hak kazanma bakımından bildirim önelini oluşturan haftadaki her bir günün (işgünü olup olmadığına bakılmaksızın) hesaba katılması ve her bir gün için iş arama izni belirlenip, bundan sonra iznin günde en az iki saat olmak üzere işgünlerinde kullanılmasını gerektiğini ileri sürmektedir. Akyiğit, Yeni İş Arama İzni, 16. Aynı yazar, Şerh, 1195-1196
- 13 Akyiğit, Yeni İş Arama İzni, 9.
- 14 Süzek, 21.
- 15 Süzek, 22- 24 ve orada anılan yazarlar. İş hukukunda yorum hakkında geniş bilgi için bkz. Aynı yazar, Yorum, 231-238.
- 16 Tuncay, 120, Süzek, 24. Aynı yazar, Eşit Davranma, 27.

İzni, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Şubat 1997, 9-22.

- Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Seçkin, Ankara 2006.
- Aktay, Nizamettin, Arıcı Kadir, Kaplan/Senyen Tuncay, İş Hukuku, 2.B, Seçkin, Ankara 2007.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21.B., Beta, İstanbul 2008.
- Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1984.
- Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Eşmelioğlu, İbrahim, Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Seçkin, Ankara 1986.
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal, İstanbul 2006.
- Kılıçoğlu, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayınevi, Ankara 2005.
- Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi C. 2, Legal, 2. B, İstanbul 2008.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Sevimli, Ahmet, 4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2004, 4-22.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Süzek, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, s. 12, Aralık 2008, 24-38 (Eşit Davranma).
- Süzek, Sarper, İş Hukukunda Yorum, İnan Kırac'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1994, 231-238 (Yorum).
- Şahlanan, Fevzi, İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu (Karar İncelemesi), Mart 2005, 37-39.
- Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Tunçomağ Kenan, Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul 2005.
- Uygur, Turgut, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara 1980.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan, Akdi Feshedilen İşçinin Yeni İş Arama

Toplu İş Sözleşmesinin Süresiyle İlgili Bazı Düşünceler

1. GİRİŞ

Bu incelememizde çalışma yaşamını düzenleyen önemli bir iş hukuku enstrümanı olan toplu iş sözleşmesinin (TİS) süresi ve yürürlüğü konularında zihnimize takılan kimi noktaları sunmaya ve tartışmaya çalışacağız. TİS'in süresi, imza tarihinden önceki veya imza tarihinden sonraki bir tarihten başlayarak etki doğuracak şekilde yürürlüğe konulması halinde bunun ne derece mümkünlüğü ve TİS'in yasal süresine etkisinin ne olacağı, bu bağlamda üzerinde durulacak hususlardır. Fakat henüz anılan konuların incelenmesine girmeden, TİS ve bilhassa yapılışı (ortaya çıkışı) hakkında genel bazı bilgiler vermenin sonraki açıklamalarımızda yardımcı olacağını düşünüyoruz.

II. TİS İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

TİS ve yapılıp ortaya çıkışı hakkında inceleme konumuz itibariyle işimize yarayabileceğini düşündüğümüz kimi genel bilgiler şöylece sunulabilir:

- Bilindiği üzere TİS; hizmet sözleşmelerinin yapılışı, içeriği ve sona erişine yönelik hükümler (normatif kısım) içeren ve istenirse TİS taraflarının hak ve borçlarına ilişkin hükümler

(borç doğurucu kısım) de içerebilen, kolektif bir norm sözleşmesidir. (TSGLK. 2) Yasaca öngörülen belli prosedürlere uyularak yapılır. Ama bilhassa yetki koşulunun (TSGLK. 12 vd.) sağlanması noktasında sorunlar yaşanır ve itiraz vs. sonucu, bu konu çoğu kez ancak yıllar sonra kesin çözüme bağlanmış olur. Yetki ve ehliyet koşulu sağlandıktan sonra yine yasal süreç ve koşullara uygun olarak TİS müzakerelerine girilir ve anlaşma sağlanırsa TİS imzalanır. Ancak şunu unutmamalı ki, bir TİS ünitesinde TİS yapılması için aynı dönemde tek bir sendika, tek bir TİS yapmak üzere yetkili olabilir ve bir TİS yetkisine dayanılarak sadece bir tek TİS yapılabilir. Buna "TİS yetkisinde teklik ilkesi" denebilir. Bu ilke sadece Bakanlığın (ÇSGB'nin) verdiği yetki belgesine dayanan TİS yetkisi için değil, yetki belgesine bağlanmamış yetki anlamındaki fiili yetki bakımından da geçerlidir. Çünkü, fiili yetki ilgili TİS'in yapılması anında ilgili tarafın yetki belgesi olmadığı halde o TİS için yasaca aranan sayısal çoğunluk şartını fiilen sağlamasıdır ve bu fiili yetkiye dayanılarak da bir tek TİS yapılabilir. O TİS mevcut olduğu sürece, fiili yetkiye dayanılarak o ünite için

yeni bir TİS yapılamaz ve yürürlüğe giremez. Fakat bu noktada mevcut TİS'in bitimine en çok 120 gün kala yeni TİS için yetki işlemlerine başlanılıp, TİS'in imzalanabileceği ve fakat mevcut TİS yürürlükten kalkmadan yenisinin yürürlüğe giremeyeceği ilkesi (TSGLK. 7/3) fiili yetki için de geçerlidir. TİS açısından bununla bağlantılı bir diğer ilke ise, TİS'de "Teklik İlkesi"dir ve aynı TİS ünitesinde aynı dönemde bir tek TİS'in yürürlükte olabileceği anlamına gelir (TSGLK. 4/son fıkra ve 7/son fıkra). Bu ilkenin TİS'in önceye etkisinin de bir sınırını oluşturduğunu şimdiden belirtelim¹.

- TİS'in yapılıp ortaya çıkması bakımından doğal hal, o TİS'in gerçek taraflarının ortak iradesiyle imzalanıp ortaya çıkmasıdır ama sistemimizde TİS'in taraf iradeleri dışında ortaya çıkması ve tarafları bağlaması da mümkündür. TİS'in Yüksek Hakem Kurulu'nca bağitlanması (TSGLK. 52 vd. 55) ve teşmil (TSGLK. 11)

III. TİS'İN SÜRESİ

TİS'in süresi denince, onun hukuken hükmünü sürdürüp taraf ve ilgililerini bağlayacağı zaman dilimi anlaşılmalıdır. İşte bu bağlamda Türk iş hukuku sistemine bakıldığında şöyle bir tablo ile karşılaşılır.

1. 275 sayılı (eski) TSGLK döneminde yasa TİS'in süresi konusunda kesin ve belirli bir süreye bağlanmayı zorunlu tutmayıp, tarafları TİS'in süresi konusunda serbest bırakmıştı (275 sy. TSGLK. 4). Taraflar da buna dayanarak TİS'i belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabiliyordu³. Ek bir bilgi olarak sunmak gerekirse Alman ve İsviçre (OR. Art. 356c) hukukunda da TİS'in mutlaka belirli süreli olması aranmamıştır, istenirse belirli süreli, hatta şarta bağlı bile TİS yapılabilmesine imkân tanınmıştır.

Buna karşın mevcut yasal sistemimiz olan 2822 sayılı Yasa TSGLK'da TİS'in süresi konusunda taraflar serbest bırakılmamış ve bizzat

Yazılı şekil kuralından çıkan sonuç; TİS kim tarafından yapılırsa yapılsın, yazıya bağlanmamış hiçbir sözleşmenin TİS sayılamayacağı ve yine yazıya bağlanmamış hiçbir hükmün ilgili TİS hükmü olarak kabul görmeyeceğidir.

hallerinde taraf iradeleri dışında hatta taraf iradelerine rağmen TİS'in ortaya çıkıp yürürlüğe konulması söz konusudur².

- TİS'lerin şekli konusunda şekilsizlik anlamında şekil özgürlüğü kabul edilmeyip, gerek taraflarınca yapılan ve gerekse de taraf iradeleri dışında oluşturulan (oluşan) tüm TİS'lerin yazılı şekilde yapılması yasaca zorunlu tutulmuştur (TSGLK. 4). Bu yazılı şekil adi yazılı şekildir ama istenirse tarafların bunu noterde yapması veya tasdik ettirmesine engel bulunmadığını düşünüyoruz. Yazılı şekil kuralından çıkan sonuç; TİS kim tarafından yapılırsa yapılsın, yazıya bağlanmamış hiçbir sözleşmenin TİS sayılamayacağı ve yine yazıya bağlanmamış hiçbir hükmün ilgili TİS hükmü olarak kabul görmeyeceğidir. O halde TİS'de yer aldığı iddia edilen süre dahil her konunun mutlaka yazıya bağlanması ve yazılı metinde yer alması gerekir.

yasada "TİS'lerin 1 yıldan az ve 3 yıldan uzun süreli olamayacağı" açıkça hükme bağlanmıştır. Üstelik TİS'in süresinin daha sonra taraflarca değiştirilemeyeceği ve sözleşmenin süresinden evvel sona erdirilemeyeceği de açıkça vurgulanmıştır (TSGLK. 7/1). Ancak faaliyeti bir yıldan az süren işlerde buna bir istisna getirmek de ihmal edilmemiştir (TSGLK 7/2).

2. İşte bu yasal düzenlemeden hareketle, tartışmalı da olsa büyük çoğunluk TİS'in 1-3 yıl arasında mutlaka kesin ve belirli süreli olarak yapılacağı kanısındadır⁴. TİS'in süresiyle ilgili asgari ve azami sürelerin mutlak emredici nitelikte olduğu yasadaki (TSGLK 7/1, c. 2'den) da hareketle savunulmakta ve bu sınırları zorlayan TİS'in süre bakımından geçersizlikle karşılaşacağı da dile getirilmektedir. Ancak böyle bir durumda tümüyle TİS değil, sadece kararlaştırılan süre geçersiz sayılıp onun yerine yasal süre geçerli sayılır. Buna göre, örneğin süre 1

yılın altında kararlaştırılmışsa, bunu 1 yıllık; 3 yılın üstünde kararlaştırılmışsa da 3 yıllık süreli TİS kabul etmelidir⁵. Hatta taraflar TİS’de açıkça süreyi zikretmediklerinde, taraf menfaatlerine de uygun olarak bunun 1 yıl süreli olduğu kabul edilir⁶.

TİS’in süresinin, bilhassa azami süresinin TİS’in imzadan önceye ve imzadan ileriki bir süreye etkisi ve normal etkisiyle doğrudan ilgili olduğunu aşağıda göreceğiz.

IV. TİS’İN ETKİSİ VE YÜRÜRLÜK BAŞLANGICI

TİS her yönüyle yasal olarak imzalanıp hukuken ortaya çıktıktan sonra TİS’in yürürlük ve etkisiyle ilgili olarak da genel hatlarıyla bilgi vermek konumuz bakımından gereklidir.

Buna göre; her TİS, tarafları ve üyeleri arasında “TİS ilişkisi” (Tarifverhaeltnis) denilen bir ilişki kurar. TİS ilişkisi o TİS’in imzasıyla yani hukuken ortaya çıkmasıyla oluşur, bu ilişkinin daha önceki bir tarihten başlaması düşünülmez.

Buna karşın “TİS’in etkisinin başlangıcı” bundan farklıdır ve TİS’in yürürlük başlangıcını anlatır⁷. Bir TİS’in yürürlük başlangıcıyla ilgili olarak ise şunlar söylenebilir:

1. Normal (Doğal) Yürürlük ve Etki Hali

Eğer TİS tarafları o TİS’in ne zaman yürürlüğe gireceğini belirtmemişlerse, bu durumda TİS’in imzalanıp bir TİS olarak hukuken ortaya çıktığı tarihten itibaren yürürlüğe gireceği kabul edilir⁸. Böylesi yürürlük ve uygulama zaten doğal hal sayılır ve böyle bir durumda ilgili TİS’in yasal süresinin de imza tarihinden başlayacağı açıktır. Ama bu ihtimal için ilgili TİS’de herhangi bir hükmün imza tarihinden önceki bir tarihten yürürlüğe konulmamış olması gerekir. Aksi halde TİS’in imza tarihinden değil önceki bir tarihten etki doğurup yürürlüğe girdiği söylenir. Buna karşın bir TİS’de genel olarak TİS’in imza tarihinde yürürlüğe konulup kimi hükümlerin (örneğin ayakkabı yardımının) daha ileriki bir tarihten başlatımında durumun böyle olmadığı aşağıda sunulacaktır.

2. İradi Olarak Belirlenen Yürürlük ve Etki Başlangıcı

Fakat TİS tarafları (veya TİS taraf iradeleri dışında oluştuysa ilgili makam/merci) TİS’in yürürlüğe gireceği tarihi kendileri TİS’de belirlemiş olabilirler. Bu ise birisi imza tarihinden itibaren yürürlük ve etkinin kararlaştırımı olmak üzere 3 türlü olabilir. İmza (ortaya çıkış) tarihinin yürürlük başlangıcı olması ihtimali yukarıda sunulan doğal hal ile sonuçta aynı olduğundan, burada tekrar ele alınmayıp bundan farklı olan diğer iki hal üzerine yoğunlaşılacaktır. Buna göre;

A) Yürürlük başlangıcı olarak, imza tarihinden sonraki bir tarih belirlenebilir. Bu durumda TİS, o tarih gelmeden yürürlüğe girmez. Nitekim mevcut TİS’in bitimine en çok 120 gün kalan evrede yeni TİS imzalanırsa bile, mevcut TİS son bulmadan onun yürürlüğe giremeyeceğine dair yasal düzenlemenin (TSGLK. 7/3) değindiği de böyle bir ihtimaldir. Ama bu yasal durum dışında TİS tarafları 120 günlük süreyle bağlı değildir, isterlerse TİS’in daha ileriki bir tarihte (örneğin imza tarihinden 8 ay sonra) yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilirler. Fakat tarafların imzadan en çok ne kadar bir süre sonrayı TİS’in yürürlük başlangıcı olarak kararlaştırabilecekleri konusu tartışmaya değer olup, yasada ve bizim de mensubu olduğumuz öğretilerde sessiz geçilmiştir. Oysa konunun sadece ilgili TİS ünitesi ve orada çalışan işçiler ile işveren ve taraf işçi sendikası bakımından değil, buna rakip diğer işçi sendikaları bakımından da önem taşıdığı düşünülür. Çünkü, bir üniteye yasal olarak bir TİS yapıldıktan sonra o TİS yürürlükten kalkana dek yeni bir TİS’in yapılıp yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Sadece TSGLK. 7/3’deki yasal ihtimal gündeme gelebilir ama onda da mevcut TİS yürürlükten düşmeden yeni TİS yürürlüğe giremez, bunu yukarıda belirtmiştik. Oysa burada tartıştığımız olasılıkta böyle bir durum mevcut değildir. Taraflar isterlerse hemen veya önceye etkili biçimde bile yürürlüğe koyabilecekleri bir TİS’i bilerek ileriki bir tarihten itibaren yürürlüğe koymak istemektedir. Acaba taraflar (veya TİS’in taraf iradeleri dışında olduğu hallerde

Bir üniteye yasal olarak bir TİS yapıldıktan sonra o TİS yürürlükten kalkana dek yeni bir TİS'in yapılıp yürürlüğe girmesi mümkün değildir.

ilgili makamlar) yapılan TİS'i imzadan sonraki bir tarihten itibaren yürürlüğe sokma konusunda sınırsız bir özgürlüğe mi sahiptir? Tabii sorun bir ölçüde TİS'in yasal süresinin imza tarihinden mi, yoksa yürürlüğe gireceği kararlaştırılan ileriki tarihten mi başlayacağı sorunuyla da yakından ilgilidir. Öyle ki, eğer yasal süreyi (TİS hangi andan itibaren yürürlüğe girerse girsin) TİS'in imzası tarihinden başlatırsak o TİS'in yürürlüğe gireceği ileriki bir tarih en fazla imzadan itibaren o TİS'in taraflarca kararlaştırılan süresi kadar olabilir. Bu ise kural olarak en az 1 ve en çok 3 yıl olabilir. Faaliyetin 1 yıldan az sürdüğü işlerdeyse, TİS de kararlaştırılan süre kadar olabilir. Fakat TİS'in süresini bu tür ileriyeye etkili yürürlük halinde onun imzası tarihinden başlatan bir eğilim mevcut değildir. Yani TİS'in imzadan daha sonraki tarihten yürürlüğe konulması halinde, imza tarihi ile sonraki bir tarih olan yürürlük başlangıcı tarihi arasındaki süre o TİS'in süresinden sayılmayacak demektir. Bu yüzden TİS'in ileriki tarihten yürürlüğe konulmasını bu ihtimale göre sınırlamak uygun gözükmemektedir. Bununla birlikte taraflara (veya taraf iradesi dışında oluşumda ilgili makama) TİS'i ileriki bir tarihten itibaren yürürlüğe koyma konusunda sınırsız bir imkânın tanınması işin doğasına, dürüstlük kuralına (MK. 2) aykırıdır. O halde sınırsız özgürlük yerine sınırlamada başka yollar denenerek bir süre sınırlamasına gitmek gerekir. Zira taraflar sahip oldukları yetki gereği, örneğin hemen 01.02.2003'de imzalayıp derhal veya önceye etkili biçimde yürürlüğe koyabilecekleri üç yıl süreli bir TİS'i ancak 01.02.2009'dan itibaren yürürlüğe koyabilirlerse, imza tarihi ile sonraki bir tarih olan yürürlük başlangıcı arasındaki sürenin ne olacağı ve nasıl karşılanacağı akla takılır. Bu aradaki sürede herhangi bir TİS veya TİS yetkisi bulunmadığına göre, herhangi bir sendikanın bu süre için yetki başvuru-

sunda bulunması ve ona TİS yetkisi verilmesi mümkün olabilir mi? Hatta aynı sorunun devamı, burada bu ara (TİS'siz) dönem için yeni bir TİS'in yapılıp yapılamayacağı ve yürürlüğe konulup konulamayacağı problemi olarak karşımıza çıkabilir. Eğer TİS taraflarına (veya irade dışı oluşumda ilgili makama) ilgili TİS ünitesini böylesine uzun süre TİS'siz bırakma imkânı tanınırsa, bu TİS'siz süre için yeni bir TİS yapılması imkânının da tanınması gerekir. Aksine tutum, TİS'den beklenen güvence ve onunla varılmak istenen amaç ile bağdaşmaz. Çünkü, bizce taraflara (ve hatta irade dışı oluşumda ilgili makama) tanınan TİS özerkliği ve düzenleme yetkisi, bir TİS ünitesini TİS'den (ve TİS ile getirilecek daha avantajlı düzenleme ve korumadan) yoksun bırakmak amacıyla tanınmamıştır. Yani TİS özerkliği ve TİS ile düzenleme yetkisinin bir üniteyi (belki de yıllarca) TİS'siz ve korumasız bırakmak gibi bir amaç ve sonucu olamaz. Böyle bir şey, TİS taraflarıyla onların üyelerinin o TİS için yaptıkları mücadeleyi de anlamsız kılar. TİS taraflarına tanınan TİS özerkliği ve düzenleme yetkisi, ilgili üniteyi TİS'siz bırakmak değil, tam tersine, bir an evvel TİS ile buluşturup daha olumlu şekilde düzenlemek amacıyla tanınmıştır. Zaten TİS'in önceye etkisini tanımanın temelinde de böylesi bir düşüncenin yattığını söyleyebiliriz. Onların faaliyetinde TİS'siz geçen sürelerini sonradan da olsa TİS ile önceye etkili biçimde düzene bağlamak ve böylece TİS'in hükümlerine tabi geçmiş bir dönem haline getirmek düşünülmüştür. Oysa, TİS'in imza tarihinden yıllar sonraki bir tarihte yürürlüğe konulmasına imkân verilmesi halinde, bunun tersine bir durum vardır. Üstelik bu terslik ve olumsuzluk sadece o TİS tarafları ve üyeleri için değil, aynı işkolunda faaliyet gösteren rakip (diğer) işçi ve işveren sendikaları bakımından da geçerlidir. Zira, onlar da bu kadar süre için TİS yapımından yoksun kılınma durumuyla karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla diğer işçi ve işveren sendikalarının kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyen bir durumun da bulunduğu söylenebilir. Keza yasanın TİS'e getirdiği süre sınırının hem ilgili TİS ünitesinde belli bir süre düzen kurup sürdürmesi ve hem de enflasyon vs. gibi olumsuzluklara karşı

koruyucu bir yanının olduğu bilinir. Şimdi bir TİS'i imzadan yıllar sonra yürürlüğe koymaya imkân verirse, bu amacın ve işlevin hakikaten gerçekleşebileceğini söyleyebilir miyiz? Bu tutum, ilgili TİS taraflarının (işçi tarafı mutlaka bir işçi sendikası olacağından) en azından işçi tarafının üyelerinin toplu pazarlık hakkına da caiz olmayan bir müdahale oluşturur kanısındayız.

İşte tüm bu nedenlerle biz, TİS taraflarının (ve taraf iradeleri dışında oluşumdaysa ilgili makamın) TİS'i imza tarihinden sonraki bir tarihten yürürlüğe koyma konusunda sınırsız bir yetkiye sahip olmadığını düşünüyoruz. Şüphesiz yapılacak yasa açısından bu konuda farklı bir sınır öngörülebilir (Ama maalesef yeni TSGLK tasarı taslağında böyle bir olguya değinilmediği görülmektedir.). Mevcut sistemdeyse, tarafların imzadan en çok ne kadar süre sonrasında TİS'in yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilecekleri konusunda düşünülebilecek ihtimallerden biri olarak TSGLK. 7/3'deki en çok 120 günlük

lük süresi içinde kaldıktan sonra, diğer hükümlerden bir süre (örneğin 1 yıl) sonra yürürlüğe konmasında sorun yoktur. Çünkü, zaten TİS bu kalemden evvel yürürlüğe girmiştir, bu yüzden somut bazı hükümlerin daha sonraki bir tarihte yürürlük kazanması önemli değildir. Ama bu tür hükümlerin bile yürürlükte kalacağı sürenin, içinde yer aldıkları TİS'in genel süresini taşmaması gerekir. Zira, böylesi hükümler de TİS hükmü yani TİS olarak yürürlükte kalırlar ve TİS taraflarının o TİS'in yürürlük süresi sonrasına yönelik düzenleme yapabilme yetkileri yoktur. Mevcut TİS sonrası dönem, yeni TİS ve/veya iş sözleşmeleriyle düzenlenebilir.

B) Fakat bazen taraflar TİS'in yürürlük başlangıcının TİS'in imzasından önceki bir tarih olmasını kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda "TİS'in önceye etkisi"nden veya "TİS'in geriye etkisi"nden (Rückwirkung des Tarifvertrages) söz edilir⁹. Biz sonuçta aynı olguyu ifade ettiklerinden, önceden de yaptığımız gibi kavramı

Yasanın TİS'e getirdiği süre sınırının hem ilgili TİS ünitesinde belli bir süre düzen kurup sürdürmesi ve hem de enflasyon vs. gibi olumsuzluklara karşı koruyucu bir yanının olduğu bilinir.

süre üzerinde durulabilir. Bu ihtimalde, imza tarihinden en çok 120 gün sonrasında başlayacak şekilde, TİS yürürlüğe konulabilecek, bunu aşan süre ise geçersizlikle karşılaşacaktır, denilebilir. En çok 120 günlük süre ise, yasanın yabancı olmadığı bir süredir. Diğer bir olasılık olarak, imza tarihinden itibaren en çok 1 yıl üzerinde durulabilir. Bir yıllık süre de sistemimizin yabancı değildir. Hatırlanacağı gibi yıllık izin (İşK. 53 vd.) ile kıdem tazminatında (1475 sy. İşK. 14; DenişK. 20) da kullandığımız bir süre olup, ne uzun ne de kısadır. İleride bu konuda bir yasal düzenlemeye gitmeye meyledilirse, bu iki alternatiften birisi ama özellikle de en çok bir yıllık süre üzerinde durulmasını öneriyoruz.

Şüphesiz buraya dek söylenenler, TİS'in tümüyle tabi olacağı süre bakımındandır. Yoksa TİS'in süre dışındaki herhangi bir hükmünün (örneğin yemek yardımının) TİS'in genel yürür-

anlatmak için hem önceye etki deyimini ve hem de yer yer geriye etki sözlerini kullanacağız¹⁰.

Alman hukukundan esinlenilerek Türk hukukunda da kabul edilen "TİS'in önceye etkisi" konusunda "gerçek anlamda önceye etki" (echte Rückwirkung) ve "gerçek olmayan önceye etki" (unechte Rückwirkung) ayrımı yapılır. Gerçek olmayan önceye etkide bir TİS geçmişte mevcut, önceden yaşanmış ve fakat henüz sona ermemiş bir olguya bağlanır ve bunu ilgili konudaki talebin şartı olarak kabul eder¹¹. TİS'deki "düzen ilkesi" ile de bağlantılı görülen bu tür önceye etki hukuken caiz görülür. Örneğin işyerinde en az 5 yıl kıdemi olanların yurtdışına bedava seyahat kazanacağı bir TİS sonra erip yenisi yapılmış ve aynı seyahat hakkı için süreyi 2 yıla düşürmüştü, henüz 5 yılı tamamlamayanlara da bu hükmün etkide bulunması böyledir¹². Yani bu durumda TİS hükmü geçmişteki bir olguya/hadiseye bağlan-

makta ve fakat ilgili TİS normunun hukuki sonuçları şimdi/günümüzde veya gelecekte ortaya çıkmaktadır¹³.

Buna karşın, gerçek (anlamda) önceye etkideyse; yine TİS'in yürürlük tarihi imza tarihinden önceye alınır ve imzadan evvel yaşanıp bitmiş olaylara TİS'in sonradan getirdiği kurallar uygulanır¹⁴. Bu tür yani gerçek önceye etkide geçmişe gitmek zorunludur ve bilhassa güven ilkesini zedeleyebileceğinden, çok dar bir alanda caiz görülür¹⁵.

Geçmişte yaşanan ve bitmiş olguları konu alması nedeniyle gerçek önceye etki (tıpkı aleyhe olan kanunların önceye yürüyemeyeceği gibi) ilke olarak caiz görülmez. Ancak tarafların ilgililerin (işçiler ve işverenin) mevcut hukuki duruma olan güvenleri korunmak ve ilgililerin bireysel haklarına zarar vermemek ve önceye etkili kılınan kalemlerin fiilen uygulanma imkânı vs. bulunmak koşuluyla, TİS'de açıkça dile getirilen gerçek önceye etkiye imkân tanınmaktadır¹⁶.

Türk iş hukukunda ise, TİS'in imza tarihinden önceki bir tarihten itibaren yürürlüğe konması (önceye etkisi) tartışmalı olsa da genelde kabul edilmektedir. Buna göre, bir eğilim; "TİS'in gerçekten önceye etkisinin mümkün olamayacağını, bunun sadece TİS'deki parasal hakların, belirlenen önceki bir tarihten itibaren hesaplanıp, imza tarihinden sonra ödenmesinin taraflarca kabulü" anlamını vereceği yönündedir. Hatta bu yüzdendir ki; işçilere önceden yapılmış ödemelerin önceye etki verilmesiyle geri alınamayacağını da dile getirmektedir¹⁷. Aslında Alman hukukunda da bir TİS'in yapılıp ortaya çıktığı tarihten önceki bir tarihte yürürlüğe giremeyeceği, sadece onun hukuki sonuçlarının geçmişten başlatılabileceği ve sadece bu anlamda önceye etkiden söz edilebileceği dile getirilmektedir¹⁸.

Buna karşın öğretisi çoğunluğu ve uygulamada Yargıtay TİS'de önceye etkiyi kabullenmekte ve bunu belli koşullara bağlamaktadır.

Buna göre; her şeyden önce, önceye etkili kılınacak hükmün/olgunun ifası mümkün olmalıdır (tıpkı zam gibi). Fiilen ifası mümkün olmayan şeylerin geçmişe etkililiğinden söz edilemez¹⁹. Önceye etkinin bir diğer sınırını, önceki

TİS'in bitim tarihi oluşturur. TİS'de teklik ilkesi gereği; aynı TİS ünitesinde aynı anda bir tek TİS yürürlükte olabilir ve her TİS kendi dönemiyle sınırlı bir düzen kurar. Nitekim bu hususa bizzat yasa bile bir ihtimalde (TSGLK. 7/3) temas etmiştir²⁰. Önceden mevcut TİS'in varlığını ele alan bu ihtimalden sonra; önceye etkinin bir sınırı olarak yine süre üzerinde durulmakta ve daha önce hiç TİS olmayan veya olsa da yenisinden uzun süre önce ortadan kalkmış bir üniteye, yeni TİS'in en çok hangi tarihe kadar önceye etkili kılınacağı da irdelenmektedir. Bir anlayışa göre; önceye etki en fazla ilgili işçi sendikasının yetki tespiti için ÇSGB'ye başvurduğu tarihe kadar götürülebilir²¹. Diğer bir düşüncedeyse "yetki belgesinden önceki bir tarihte" sözleşmenin önceye etkisinin mümkün olmayacağı dile getirilmektedir²². Buradaki "yetki belgesi tarihi" deyiminin yetki için başvuru tarihi diye yorumu biraz zor gözükmektedir²³.

Önceye etkiyle ilgili son ve konumuz itibarıyla de önemli bir husus; önceye etkili kılınan sürenin, TİS'in yasal devam süresine dahil olup olmadığıdır. Tartışmalı gözükken bu noktada genel olarak baskın anlayışta önceye etkili kılınan süre de TİS'in yasal süresine (TSGLK. 7) katılmaktadır²⁴. Bu anlayışa giren bir eğilime göre, TİS'in süresi onun yürürlük süresi anlamındadır ve bu da; TİS'in imza tarihi ile sona ereceği tarih arasındaki süredir²⁵. Ancak aynı görüş içindeki başka bir eğilime göre ise; 2822 sy. "TSGLK.'daki en az ve en çok sürelerle uyulup uyulmadığının saptanması bakımından önemli olan, TİS'in imzalandıktan itibaren ne kadar sonra sona ereceği değil, sözleşmenin kurduğu düzenin ne kadarlık süreyi kapsadığıdır. Bu nedenle 1 ve 3 yıllık sürelerin aşıp aşılmadığının belirlenmesinde geriye etki süresinin TİS'in süresinden sayılması daha doğrudur."²⁶. Bu son anlayışta, TİS'in imza tarihinin önemi bulunmayıp yürürlüğe konulduğu tarih sürenin başlangıcı sayılıp, yürürlüğün son bulunduğu an ise TİS'in süresinin bitim tarihi olarak kabul edilir.

Ancak, önceye etki halinde, TİS'in imza tarihinden sonrasına sarkan yahut hiç değilse imzası tarihine kadar bir sürenin bulunmasına gerek olup olmadığı bu anlayış çerçevesinde tartışılmamıştır. Verilen örneklerde ise hep, il-

gili TİS'in imzasından sonraya ait yaşanacak bir süreyi de içerdiği görülmektedir²⁷. Oysa bu yaklaşımların sonuçları bazen birbirinden farklılık gösterir. Eğer imza tarihiyle ilgilenmeyen bu anlayış içinde kalınırsa; önceye etkili yürürlük başlangıcıyla imza tarihi arasında ilgili TİS'in süresinden (ki en çok 3 yıl olabileceğinden 3 yıldan) fazla (diyelim 4 yıl) bir süre bulunması durumunda bu TİS en çok 3 yılın sonunda son bulacağından bir boş süre yaşanması kaçınılmazdır. Örneğin önceki TİS, 31.01.2004'de son bulup 01.02.2005'de yeni TİS için yetki başvurusunda bulunulmuş ve itiraz vs. sonucu kesin yetki 01.02.2009'da verilmişse, 01.03.2009'da imzalanan yeni TİS'i 01.02.2005'den itibaren yürürlüğe koysalar bu TİS en çok 3 yılı kapsayabileceğinden en çok 01.02.2005-01.02.2008'e kadar bir sürede yürürlükte kalabilir. Bu halde ise anılan TİS'in imza tarihinden 1 yıl 1 ay önce yaşayıp bittiği ve bu kadar süredir işyerinin TİS'siz olduğunu kabul etmek gerekir. O halde hemen yeni TİS için tekrar yetki işlemlerine girişilme imkân ve ihtimali ortaya çıkacak ve belki de bu aradaki boşluğun "fiili yetki" diye adlandırdığımız yöntemle geçerli bir biçimde doldurumu gündeme gelecektir, diyebiliriz²⁸. Yani gerçekten yetkisi belgeye dayanan sendika aldığı yetkiye dayanarak 4 yıl önceye etkili ama en çok 3 yıl süreli bir TİS yapıp imzalayıp yürürlüğe koyacak, hemen bunun arkasındansa aynı ünite için bu kez 01.02.2008'den itibaren yürürlüğe girecek yeni bir TİS'i (bir yetki belgesiyle ancak bir TİS yapılabileceğinden ve önceki TİS ile bunu sağladığından doğal olarak) yetki belgesi olmadan geçerli biçimde yapabilecek ve bu TİS'in sonradan yetkisizlik nedeniyle geçersizliği de iddia edilemeyecektir. Yeter ki bu yetki belgesiz TİS'i imzaladığı tarihte gerçekten yetki için aranan sayısal yeterliliği fiilen sağlamış olsun. Çünkü ilgili yasa hükmü imzalanan TİS'in sadece taraflardan birinin veya her ikisinin gerçekten yetkisizliği yüzünden iptalinin ÇSGB'ce durumun tespitinden itibaren 45 gün içinde istenebileceğinden söz etmektedir (TSGLK. 16/II). Öğreti gibi uygulamada Yargıtay da bu kanıdadır²⁹. Böylece, TİS'in imzasından önceki sürenin TİS için saptanan (en çok 3 yıllık) süreyi aşması halinde arada yaşanacak

boşluk fiili yetkiyle doldurulabilecektir. Buna karşın, TİS önceye etkili yürürlüğe konsa bile TİS'in yürürlüğünün biteceği günün en erken onun imza tarihi olacağı kabul edilirse, durum farklı gözükecektir. TİS en çok 3 yıl önceye etkili olacağına göre, bunu (veya her somut olayda ilgili TİS'in bundan daha kısa olan süresini) aşacak şekilde daha öncede kalan süreye hiçbir şekilde etki mümkün olmayacak ve fiili yetkiyle de müdahale gerçekleşmeyecek demektir. Örneğin TİS 01.02.2009'da 3 yıl süreli imzalanıp tamamı önceye etkili yürürlüğe konsa, en çok 01.02.2006'dan itibaren yürürlük kazanabilecek, 01.02.2006 öncesi TİS'siz süreye herhangi bir etkisi bulunmayacaktır. TİS'in önceye etkisi bakımından söylenenlerin, TİS'in tümüyle önceye etkili kılınmasında geçerli olacağı açıktır ama bilindiği üzere bir TİS'in tamamını imzadan önceki bir tarihten başlatmak (tümüyle önceye etki) mümkün olduğu gibi, sadece bir/birkaç/bazı hükümlerini önceye etkili kılmak da (kısmen önceye etki) mümkündür. Hatta uygulamada en çok rastlanana, TİS'in sadece bazı hükümlerinin önceye etkili kılınmasıdır. Keza önceye etkili kılınanların bile mutlaka hepsinin aynı (önceki) tarihten başlatımı gerekmez, farklı somut tarihler saptanabilir. TİS'in tümüyle önceki bir tarihten itibaren yürürlüğe konulması halinde tüm TİS'in yasal süresinin de o tarihten başlayıp neticede süresinin bitiminde tümüyle sona ereceği kabul edilir. Bunda sorun yoktur ama yukarıda değinildiği üzere TİS'in sadece bazı/bir/birkaç maddesinin önceye etkili kılındığı hallerde TİS'in yasal yürürlük süresi nerden başlar? sorusuyla karşılaşılır. Önceye etki de TİS sıfatıyla olduğuna ve baskın anlayışça TİS'in süresine sayıldığına göre; böyle bir durumda TİS'in yasal süresini de önceye etkili kılınan o hükmün (hükümlerin) etki doğurmaya başladığı tarihten başlatmak, önceye etkili kılınan o hükmün/hükümlerin etki doğurmaya başladığı tarihi tümüyle TİS'in yasal süresinin de başlangıcı saymak tutarlı olur. Bu durumda TİS'in geriye kalan hükümleri de, en çok bu tarihten itibaren hesaplanacak yasal sürenin (TSGLK. 7) bitimine dek geçecek evrede aynı veya farklı sürelerle yürürlükte kalacak demektir.

Buna karşın, önceye etkili kılman sürenin TİS'in TSGLK. 7 anlamında süresinden sayılmayacağı anlayışı benimsense, TİS'in tümüyle önceye etkisinde olduğu gibi kısmen önceye etkili kılındığı hallerde de böyle bir problemle de karşılaşılmayacaktır³⁰.

3. Bir TİS'in bir şekilde sona erdikten sonraki süreye TİS niteliğiyle değil, (normatif hükümlerinden uygun düşenlerin) ancak ilgili işçilerin iş sözleşmelerinin bir hükmü sıfatıyla etkisini sürdürmesi, TİS'in yürürlük ve süresi içinde değerlendirilemeyeceğinden (TSGLK. 6/son fıkra), bu çalışmada incelenmesine gerek olmadığını düşünüyor ve üzerinde durmuyoruz³¹.

V. SONUÇ

Yukarıda sunulan bilgilerden de anlaşılacağı gibi TİS'in yasaca öngörülen en az 1 yıllık ve en çok 3 yıllık (istisnaense 1 yıldan az olabilen) süresinin (TSGLK. 7), TİS'in imza tarihinden önceye etkili kılınmasında tartışmalı ve fakat imza tarihinden sonraki bir tarihten itibaren yürürlüğe konulmasında ise sıkıntılara yol açtığı görülmektedir. Deneme niteliğindeki bu incelemeden çıkacak temennimiz; henüz yeni yasa işlemleri tamamlanmadan, ilgili yasa taslağına ve sonuçta da yasaya TİS'in imzadan sonraki tarihten başlatımını sınırlayan somut bir sürenin konulmasıdır. Ayrıca önceye etkide de tartışmaları ortadan kaldıracak bir tutum alınması beklenir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Rehbindler (Honsell/Vogt/Wiegand), Komm. zum SPR-Obligationenrecht I, Art. 1-529) 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1997, Art. 357 Rn.5.
- 2 Bu konuda bkz. M. Kutal, Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradesi Dışında Oluşması (Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri), Ankara 1990, 101-121.
- 3 Fazla bilgi için bkz. S. Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 1975, md. 4, 139-150.
- 4 Bkz. K. Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987, 80. S. Reisoğlu, 2822 sy. TSGLK Şerhi, Ankara 1986, md. 7, 123-124. Ayrıca bkz. A. Berksun/İ. Eşmelioglu, Açıklamalı/Gerekçeli/İçtihatlı TSGLK, Ankara 1989, md. 7, 144. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007 569-570. F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 187 vd. E. Akyiğit, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, 475 vd.
- 5 Bkz. Şahlanan, 144. Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul

- 1999, 192. M. Sur, İş Hukuku/Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara 2008, 286.
- 6 Sur, 286 ve krş. Ö. Ekmekçi; Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 210.
- 7 G. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Überarb, Aufl. München 1996, 1669.
- 8 W. Dütz, Arbeitsrecht, 11. Aufl. München 2006, 274-275 Rn. 530.
- 9 Bkz. W. Stückrath, Rückwirkung von Tarifverträgen, RdA 1963/Heft 3, 87 vd.
- 10 Bkz. E. Akyiğit, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi; Tühis/Kasım 1991, 10 dn. 19.
- 11 Schaub, 1669.
- 12 Bkz. Wiedemann/Stumpf, TVG, 491-492. Ekmekçi, 219-220.
- 13 Bu konuda bkz. Löwisch/MünHdb. Bd. 3, &252 Rn. 77.
- 14 Wiedemann/Stumpf, TVG, 492. Schaub, 1669.
- 15 Bkz. Löwisch/MünHdb.&252 Rn. 75 ve &257 Rn. 17. Dütz, 291 Rn. 566.
- 16 Schaub, 1669. Dütz, 291 Rn. 566. Rehbindler (Honsell/Vogt/Wiegand) Art. 357 Rn. 5. F. Vischer, Zürcher Komm. zum Schweizerischen ZGB- Das Obligationenrecht Art. 1-529 OR, Teilband V 2c, Zürich 1983, Art. 356c Rn. 17-19.
- 17 Oğuzman, 81-82 ve dn. 91a. ve ayrıca bkz. H. Keser, TİS'de Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı, ÇİD. Eylül 1994, 7 Krş. Sur, 288.
- 18 Löwisch/MünHdb.&257 Rn. 17.
- 19 Reisoğlu, Md.9, 288-289. Karşı görüş Ekmekçi, 236 vd.
- 20 Bkz. Tuncay, 193-194.
- 21 Berksun/Eşmelioglu md. 7, 146. Ekmekçi, 228. Tuncay, 194.
- 22 Oğuzman, 83.
- 23 Krş. Ekmekçi, 228 dn. 534.
- 24 Bu konuda bkz. Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 517. Oğuzman, 83 dn. 97. O. Özbek, Sendikacılık ve Toplu Sözleşme Mevzuatı, 2. Bası, İstanbul 1986, 277. Ekmekçi, 241-242.
- 25 Oğuzman, 80. Özbek, 277.
- 26 Ekmekçi, 242.
- 27 Ekmekçi, 241, Oğuzman, 83 dn. 97. Esener, 517.
- 28 Bkz. Oğuzman, 61. Reisoğlu, TSGLK. Md. 16, 214215. Şahlanan, 183, Berksun/Eşmelioglu, Md. 16, 356. Tuncay, 209. Akyiğit, 470.
- 29 Yarg. 9. HD. 30.12.1985-12234/12736; 09.10.1986-8423/9034.
- 30 Bkz. E. Akyiğit, Sona Eren TİS'in Sonraya Etkisi Problemi, (Tühis/Kasım 91) 10.
- 31 Bilgi için bkz. Akyiğit, Sona Eren TİS'nde Sonraya Etki Problemi (Tühis/Kasım 1991, 6-23 ve orada anılan kaynaklar.

Doç. Dr. E. Murat ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Taraflarca Değiştirilmesi

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2007/9-872

Karar No : 2007/899

Tarihi : 28.11.2007

ÖZET

Toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili kişiler tarafından düzenlenen protokolle toplu iş sözleşmesi hükümleri ileriye yönelik olarak değiştirilebilir. Protokolle yapılan değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamaz.

DAVA

Taraflar arasındaki “işçilik alacakları” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 3. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 03.04.2007 gün ve 2006/1460-2007/271 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 10.07.2007 gün ve 2007/19890-23047 sayılı ilamı ile;

(... Davacı işçi 19.11.2001 tarihinde imzalanan protokolün geçersiz olduğunu ileri sürmüş ve 01.10.2000 - 30.09.2002 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 39. maddesinde öngörülen ücret artışından kaynaklanan fark ücret isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren protokolün toplu iş sözleşmesi imzalayan yetkili kişiler tarafından imzalandığını ve geçerli olduğunu savunmuştur.

Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir. İşyerinde, 28.08.2000 tarihinde sendika tarafından verilen yetkiye istinaden 16.02.2001 tarihinde imzalanan toplu iş sözleşmesi 01.10.2000-30.09.2002 tarihleri arasında yürürlükte kalmıştır. Toplu iş sözleşmesini imzalayan sendika yetkililerinin bir kısmı ile işveren temsilcileri arasında 19.11.2001 tarihinde imzalanan protokolle, 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren ücret artış hükmü tadil edilmiş ve ücret artışı oranı düşürülmüştür. Yine 01.04.2002 tarihinde yürürlüğe girecek olan ücret artışı hükmünde değişiklik yapılmıştır.

Sözü edilen protokolü sendika adına im-

zalayanlardan 5 kişi 28.08.2000 tarihli sendika yetki yazısında münferiden ve müştereken toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili kılınmışlardır. Toplu iş sözleşmesi imzalama konusunda verilen yetki sendika tarafından daha sonra geri alınmış değildir. Toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılması için ise sendika tarafından özel bir yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır. Toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma konusunda sendika yönetim kurulunun bir karar alması da gerekmemektedir. Sendika yetkilileri tarafından anılan yetkiye dayanılarak 16.02.2001 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmasının ardından 9 ay sonra değişen koşullara göre bazı hükümlerde değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Somut olayda, 19.11.2001 tarihinde toplu iş sözleşmesini birlikte ve tek başına imzalamaya yetkili olan aralarında sendika genel başkanı ile şube yöneticisinin de bulunduğu 5 kişi protokolü sendika adına düzenlemişler ve işyerinde anılan protokol uygulanmaya başlamıştır. Bu konuda sendika ile işveren arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmamıştır. İşçiler de protokolle yapılan uygulamaya karşı çıkmaksızın çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Sonraki dönemlerde yeni toplu iş sözleşmeleri imzalanmış ve işçilerin almakta oldukları ücretleri üzerinden ücret artışları öngörülmüştür. Anılan sözleşmelerin imzalanması aşamalarında da 19.11.2001 tarihinde imzalanan protokolün geçersizliği sendika ile işveren arasında bir çekişme konusu olmamıştır. Böyle olunca bahsi geçen protokolün sendika adına yetkili kişiler tarafından imzalanmadığının kabulü doğru olmaz.

Mahkemece kararın gerekçesinde daha önce aynı konuda kesinleşen mahkeme kararlarından söz edilmişse de, anılan protokolün ileriye dönük olarak sonuçlarını doğuracağı yönünde yerel mahkeme kararlarının onandığı Dairemiz kararları da mevcuttur. Bu itibarla her dosyadaki delil durumuna göre çözüme gidilmelidir.

Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili kişiler tarafından düzenlenen protokolle toplu iş sözleşmesi hükümlerini ileriye dönük olarak değiştirilmesi imkan dahilindedir. Somut olayda protokolün ilk maddesinde 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ücret artışı hükmü tadil edilmekle bu değişiklik, geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Böyle olunca davacının 01.10.2001–19.11.2001 tarihleri arasında kalan dönem için protokolün sonuç doğurmayacağı kabul edilmeli ve anılan dönem için ücret farkı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Protokolün imzalandığı tarih sonrasında ise protokol hükümleri doğrultusunda yapılan işveren uygulaması yerinde olduğundan 19.11.2001 tarihi sonrası için ücret farkı isteğinin reddine karar verilmelidir. Gerekirse bu yönde bilirkişiden ek hesap raporu alınarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilemiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK'nun 2494 sayılı Yasa ile değişik 438/II. fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre ve özellikle toplu iş sözleşmesinin eki niteliğinde bulunan protokol uyarınca toplu iş sözleşmesinin yasaca cevaz verilen hükümlerinin ileriye dönük olarak değiştirilebilmesinin mümkün bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken,

önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabu-

lü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Karara Konu Olan Protokol Uygulaması ve Hukuki Niteliği

Karara konu olayda davacı, protokolü imzalanayanların yetkili olmadıklarını, buna bağlı olarak protokolün geçersiz olduğunu ileri sürmüş ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artışına bağlı fark ücret talebinde bulunmuştur.

Karardan anlaşıldığına göre, 16.02.2001 tarihinde imzalanan toplu iş sözleşmesi 01.10.2000 - 30.09.2002 tarihleri arasında yürürlükte kalmıştır. Toplu iş sözleşmesini imzalayan sendika yetkililerinin bir kısmı ile işveren temsilcileri arasında 19.11.2001 tarihinde imzalanan protokolle, 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren ücret artış hükmü tadil edilmiş ve ücret artışı oranı düşürülmüştür. Yine 01.04.2002 tarihinde yürürlüğe girecek olan ücret artışı hükmünde değişiklik yapılmıştır.

Yargıtay, yerleşik içtihadına atıfla toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili kişiler tarafından düzenlenen protokolle toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ileriye dönük olarak değiştirilmesinin mümkün olduğu, protokolle yapılan değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamayacağını, protokolün imzası tarihi sonrasında ise değişikliğin geçerli olduğu sonucuna varmaktadır.

Toplu iş sözleşmesini değiştirme yetkisi, toplu sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverendedir.

Protokol uygulaması olarak bilinen, yürürlüğe girmiş bulunan bir toplu iş sözleşmesinin özellikle paraya ilişkin hükümlerinin sözleşmenin yürürlük süresi içinde taraflarca değiştirilmesi ekonomik kriz dönemlerinde yaygınlaşan bir hukuki araçtır. İncelediğimiz 2007 tarihli Yargıtay kararı yine bir ekonomik kriz dönemi olan 2001 yılına ilişkin ise de, yine ekonomik kriz ortamında bulunduğumuz bu dönemde güncelliğini korumaktadır.

Yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin protokol yoluyla değiştirilmesi, sözleşmelerin taraflarca değişen koşullara uyarlanmasının toplu iş hukukundaki görünüm biçimidir. 2822 sayılı Yasanın uyarılama konusunda getirdiği tek sınır, sözleşmenin süresinin değiştirilemeyeceğine ilişkin m.7/I hükmüdür. Buradan hareketle, toplu iş sözleşmesi taraflarının süre dışındaki konularda her türlü değişikliği yapabilecekleri görüşü öğretide genel kabul görmektedir¹.

II. Protokolün Geçerliliği ve Bağlayıcılığı

1. Temsil Yetkisi

Toplu iş sözleşmesini değiştiren protokolün hukuken geçerli ve bağlayıcı olması için ilk koşul, protokolü imzalayanların yetkili olmalarıdır. Toplu iş sözleşmesini değiştirme yetkisi, toplu sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverendedir. İşveren sendikasının taraf olduğu bir toplu sözleşmenin üyeliği devam eden işveren tarafından değiştirilmesi ancak, sözleşmenin tarafı olan işveren sendikasının işvereni bu konuda yetkilendirmesiyle mümkün olabilir². Üyelikten ayrılan işveren ise top-

Toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesi konusunda temsil yetkisinin yenilenmesini gerektiren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

lu iş sözleşmesiyle bağlı kalmaya devam edeceği için (2822 sayılı Yasa m. 10/II) değişikliğe yetkilidir.

Toplu iş sözleşmesini taraflar adına imzalamış olan temsilcilerin sözleşmeyi değiştirme konusunda ayrıca yetkilendirilmelerinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Öğretide Soyer, toplu iş sözleşmesini temsilci sıfatıyla imzalayanların taraf sıfatına sahip olmamaları nedeniyle sözleşmeyi daha sonra değiştirme yetkilerinin bulunmadığını, ancak temsilciye sözleşmeyi değiştirme yetkisinin de tanınmış olabileceğini, her olayda temsilcinin değişiklik yapma yetkisine sahip bulunup bulunmadığını araştırmak gerekeceğini savunmaktadır³. Buna göre, yazar, sözleşmeyi değiştirme yetkisinin temsilciye ayrıca ve açıkça verilmesini aramaktadır.

İncelemeye konu kararda temsilcilerin yetkisini ön sorun olarak ele alan Yargıtay farklı sonuca varmaktadır. Değişikliğin yetkili olmayan kişilerce yapıldığı iddiasına karşılık Yargıtay, "Protokolü sendika adına imzalayanların sendika yetki yazısında münferiden ve müştereken toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili kılınmışlardır. Toplu iş sözleşmesini imzalama konusunda verilen yetki sendika tarafından daha sonra geri alınmış değildir. Toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılması için ise sendika tarafından özel bir yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu konuda sendika yönetim kurulunun bir karar alması da gerekmemektedir." gerekçesiyle temsilcilerin yetkili oldukları sonucuna varmaktadır.

Yargıtay'ın gerekçesi temsil yetkisinin hukuki niteliğine uygundur. Tek taraflı bir hukuki işlem olan temsil yetkisi temsil edilen tarafından geri alınmadığı sürece temsil edilen yönünden bağlayıcılığını koruyacağı gibi, toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesi konusunda temsil yetkisinin yenilenmesini gerektiren yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır.

2. Yazılı Şekil

Toplu iş sözleşmesi yazılı geçerlilik koşulu-na tabidir (2822 sayılı Yasa m. 4). Buna bağlı olarak, sözleşmeyi değiştiren protokolün geçerli olması için yazılı şekilde yapılması gerekir. Yargıtay, protokolün imzalandığı tarihten ileriye hüküm ifade edeceği içtihadından hareketle düzenleme tarihini taşımasının şart olduğunu, tarihsiz protokolün geçersiz olacağını hükme bağlamaktadır⁴.

3. Toplu İş Sözleşmesinde Yapılan Değişikliğin İleriye Etkili Olması

a. Yargı İctihadı

Protokolün işçileri bağlayıcılığı konusunda en önemli nokta, yapılan değişikliğin doğmuş bulunan haklara etkisidir. Yargıtay, yerleşik içtihadıyla protokolün ileriye dönük sonuç doğuracağını, geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamayacağını kabul etmektedir. Nitekim, karara konu olan iki yıl süreli toplu iş sözleşmesinde, 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren ücret artışının 01.04.2002 tarihine kadar uygulanması, bu tarihten itibaren yeni bir ücret artışının yapılması hükme bağlanmıştır. Yargıtay, 19.11.2001 tarihli protokol ile 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ücret artışı hükmünün tadil edildiği, bu değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamayacağı, böyle olunca davacının 01.10.2001-19.11.2001 tarihleri arasında kalan dönem için ücret farkı hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği, protokolün imza tarihi sonrasında ise protokol hükümlerine göre işveren tarafından yapılan işlemin doğru olduğu sonucuna varmaktadır.

Karar Yargıtay'ın bugüne kadar süren içtihadı ile uyumludur. Önceki kararlarında da Yargıtay, değişiklik protokolünün çalışılmış ve kazanılmış ücrete etkisinin olmayacağını, protokolün imza tarihinden hemen sonra etkisini göstermeye başlayacağını kabul etmektedir⁵.

b. Öğreti Görüşü

Öğretide Yargıtay içtihadına paralel biçimde protokol hükümlerinin geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık öğreti görüşü, protokol ile işçiler için henüz bir hak olarak doğmayan sözleşmenin işçiler için he-

nüz bir hak olarak doğmamış bulunan sonraki yılına, yahut dönemine ait ücret zammını düşürmeye yönelik değişiklikte bulunabilecekleri, buna karşılık toplu iş sözleşmesinin belirli bir dönemi için uygulanmaya başlanmış ve işçiler için hak olarak doğmuş bulunan ücret zammının protokol ile ortadan kaldırılamayacağı, bu dönemin sonuna kadar uygulanmasına devam edileceği yönündedir. Öğretiye göre, toplu iş sözleşmesi ile öngörülen zam tarihinde ücret zammına ilişkin normatif nitelikteki emredici hüküm iş sözleşmelerini doğrudan doğruya etkileyeceğinden, işçilerin ücretleri zam döneminin yürürlüğe girmesiyle fiilen uygulamaya başlayacak ve ücretler zamlı düzeye yükselmiş olacaktır. Bu nedenle, fiilen uygulanmakta olan hükümlerin protokol ile değiştirilmesi mümkün ve geçerli olmayacaktır. Tahakkuk etmiş bir ücret zammının ortadan kaldırılması ya da düşürülmesi işçilerin ibrası ya da muvafakati olmadan mümkün değildir⁶. Öğretinin vardığı sonuca göre, işçiler protokole rağmen zam döneminin sonuna kadar oluşacak ücret farklarını bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan hakları gibi işverenden dava yoluyla talep edebileceklerdir.

III. Değerlendirme

Yargıtay ve öğreti görüşleri arasında uygulamadaki sonuçları bakımından son derece önemli bir farkın bulunduğu görülmektedir. İncelediğimiz karar öğreti görüşü çerçevesinde değerlendirilirse, 19.11.2001 tarihli protokolün ilk zam döneminin sonu olan 01.04.2002 tarihine kadar etkili olmayacağı ve davacının bu dönem için de fark ücrete hak kazanacağı, protokolün ancak 01.04.2002 tarihinde yürürlüğe girecek olan ikinci yıl ücret zammı için geçerli olacağı sonucuna varmak gerekecektir.

Öğreti görüşünün pratik sonuçları itibarıyla amaca uygun olmadığı açıktır. Protokol uygulaması ekonomik kriz dönemlerinde ücret maliyetini düşürerek olası fesihlerin önlenmesi amacına hizmet eden, feshin son çare olması ilkesini hayata geçiren bir hukuki işlemdir. Toplu iş sözleşmeleriyle öngörülen ücret zamlarının, somut olayda olduğu gibi, altı aylık ya da bir yıllık dönemler için kararlaştırıldığı dü-

şünülrse, ekonomik kriz ile ortaya çıkan acil önlem alma zorunluluğuna rağmen, işvereni, somut örnekte olduğu gibi en az beş ay ve hatta bir yıla varan sürelerle zamlı ücreti ödeme zorunda bırakmak sonuçta protokol uygulamasını anlamsız kılarak işletmeyi ayakta tutma ve fesihleri önleme işlevini yerine getirememesine neden olacaktır.

Ücret zammının TİS'in uygulanmaya başlamasıyla normatif ve emredici etkisini göstermeye başlayacağını, normatif etkinin protokol ile ortadan kaldırılamayacağını, bunun için işçinin ibrası ya da muvafakatinin aranacağını savunan öğreti, normatif etkiyi işçinin iş sözleşmesinden doğan hakları gibi bir subjektif talep hakkı olarak değerlendirmektedir.

Halbuki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri işçilerin subjektif hakları niteliğinde değildir. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, normatif hükümlerin işçi yönünden subjektif hak niteliğinde olmadığını çeşitli hükümleriyle ortaya koymaktadır. Örneğin, TSGLK m. 6/III'e göre, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Bu hükümle yasakoyucu, normatif hükümlerin ancak toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle subjektif hak niteliği kazanacağını açıkça hükme bağlarken, yürürlükte olan toplu sözleşme hükümlerinin bu niteliği kazanamayacağına işaret etmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi kolektif yarar savunmasının özelliklerinden hareketle açıklanabilir. Toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika her bir işçinin bireysel yararını değil, işçi topluluğunun asgari özdeş menfaatlerini, diğer deyimle kolektif yararını temsil eder. Bireyin irade özerkliğinin sözleşme özgürlüğüne vücut vermesine benzer şekilde, toplu iş sözleşmesi özerkliği kolektif iradenin temsiline olanak sağlar. Kolektif irade bireysel iradelerin toplamı olmayıp işçi topluluğunun ortak menfaatlerini ifade ettiğinden, 2822 sayılı Yasa m. 2 kolektif iradeyi beyan edecek hukuk süjesi olarak sendikayı belirlemektedir. Yasa kolektif iradeyi beyan yetkisini, diğer deyimle toplu iş sözleşmesi erkini sendikaya tanıdığı için sendika toplu iş sözleşmesini kendi adına yapar⁷.

Kolektif yararın bireylerden bağımsızlığı ve bu nedenle sendikanın toplu iş sözleşmesini kendi adına yapması zorunluluğu nedeniyle toplu iş sözleşmesi, her bir işçinin bireysel iş sözleşmelerinin yerine geçmemekte, ancak normatif hükümler bireysel iş ilişkisini düzenlemektedir. İşçinin tarafı olmadığı toplu iş sözleşmesinin bireysel iş sözleşmesi üzerinde normatif etki göstermesi, başta üyelik olmak üzere işçilerin yararlanma koşullarını yerine getirmesiyle mümkün hale gelmektedir⁸. Gerçekten, işçinin toplu iş sözleşmesinin normatif etkisine girmesi ve bu etkiyi devam ettirmesi isteğine bağlıdır. İşçi dilediği zaman üyelikten ayrılarak veya dayanışma aidatı ödemekten vazgeçerek bu etkiyi herhangi bir anda sona erdirebilir. Üyelğin sona ermesi gibi yararlanma koşullarının ortadan kalkması halinde bireysel iş sözleşmesi üzerindeki normatif etki de sona erecektir. Bu nedenle, işçinin toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etkisine girmesi yasakoyucu tarafından da “yararlanma” terimiyle ifade edilmiştir (TSGLK m. 9)⁹.

Diğer yandan, toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi taraflarca ortadan kaldırılabilir. TSGLK m. 6/I ile düzenlenen, “toplular iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz” hükmü ile sözleşme tarafları sahip oldukları norm koyma yetkisinden vazgeçerek yedek hukuk kuralı niteliğinde hükümlerle yetinebileceklerdir¹⁰. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında normatif etkiyi ortadan kaldırma yetkisine sahip olan tarafların sözleşmenin devamı sırasında da aynı yetkiyi kullanmalarının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, 2822 sayılı Yasa normatif etkinin taraflarca veya işçinin iradesiyle herhangi bir anda ortadan kaldırılabilceğini, normatif hükümlerin ancak sözleşme süresinin sonunda sübjektif hak niteliği kazanacağını ifade etmektedir. Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında normatif hükümlerin sübjektif hak niteliği taşımadığını yasa açıkça hükme bağladığından, uygulamaya girmiş olan paraya ilişkin normatif hükmün taraflarca protokolün imza tarihinden itibaren geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılması hukuken mümkün olup, işçinin işvere-

ne karşı fark ücret talebiyle dava hakkı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Protokol uygulaması, toplu iş sözleşmesi düzeninin kriz döneminde dahi çalışma koşullarının ekonomik duruma uygun hale getirilmesini, böylece istihdamın sürdürülebilmesini başarıyla sağlayabilecek hukuki araçlara sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Protokol uygulamasını şekillendiren yargı içtihadı hukuken doğru temellere dayandığı gibi, değişen koşullar karşısında etkin tedbir alınmasına olanak tanımaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Soyer, Polat, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmelerinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi - İstanbul Barosu, 157; Güzel, Ali, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, 193; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, 566.
- 2 Soyer, 158.
- 3 Soyer, 158.
- 4 Y. 9. HD., 02.11.2004, 2194/24715, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sa. 6, 751.
- 5 Y. 9. HD., 2.04.1996, 906/9229, Değerlendirme 1996, 193.
- 6 Güzel, Değerlendirme 1996, 193; Şahlanan, Fevzi, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, 142-143.
- 7 Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1998, 86 vd.
- 8 Engin, 93 vd.
- 9 Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 110-111.
- 10 Bkz. Soyer, 164 vd.

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Yeterliliği Sorunu

SUNUŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) ile Türkiye’de ilk defa Genel Sağlık Sigortası Sistemi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından 5510 sayılı Kanun’un bazı hükümlerinin iptal edilmesi ve yürürlüğünün durdurulması sonucu kanun bir süre yürürlüğe girememiştir¹. Ancak hükümetin hazırlayarak TBMM’ye sunduğu 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan yasa tasarısı² 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun adıyla kanunlaşmıştır³. 5510 sayılı Kanun’un genel sağlık sigortasına dair hükümleri 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴.

Genel sağlık sigortası sistemine geçiş, özü itibarıyla ülkemiz bakımından doğru bir tercihtir⁵. Bütün vatandaşların hastalık riskine karşı sosyal güvenlik şemsiyesi altına alan 5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Kanunu neo-liberal politiklardan önemli ölçüde etkilenmiştir. 5754 sayılı Kanunla değişik biçimi ile 5510 sayılı Kanun uygulamaya gireli henüz bir yıl olmadı. Genel sağlık sigortası uygulaması kamuoyunda muhtelif yönlerden eleştirilmektedir⁶. Bu çalış-

mada biz genel sağlık sigortası sistemini teferuatıyla açıklamak yerine olumlu ve olumsuz yönleri ile genel bir değerlendirmesini yapmak istiyoruz.

1. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ SOSYAL GÜVENLİK BAKIMINDAN ANLAMI VE ÖNEMİ

A. Genel Olarak

Anayasamız sosyal devlet ve hukuk devleti niteliklerini Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin temel nitelikleri arasında saymıştır. Yine Anayasa kişinin ekonomik ve sosyal hakları arasında sağlık hakkı (ANY. m.) ile sosyal güvenlik hakkını (Any. m. 60) yer vermiştir. Anayasa devlete sosyal güvenlik bakımından (i) harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle malül ve gazileri, (ii) yaşlıları, (iii) muhtaç çocukları, (iv) sakatları özel olarak koruma ve gözetme görevini yüklemiştir (Any. m. 61). Anayasamız yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının ihtiyaçlarının karşılanması, korunması ve kol-

lanmasını da devlete bir görev olarak vermiştir (m. 62). Anayasada devletin sosyal hukuk alanındaki ödevlerinin sınırını ise “bu görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmü ile belirlemiştir (Any. m. 65).

Bu anayasal hakların ne ölçüde hayata geçirildiği; devletin anayasa ile verilen bu görevleri ne ölçüde ifa ettiği irdelendiğinde ortaya çıkan durumun memnuniyet verici olduğunu söylemek mümkün değildir. Şöyle ki;

Genel sağlık sigortası uygulaması öncesine ilişkin bir değerlendirme yapıldığında şu tespitlere kamuoyunun çoğunlukla katılacağı görülmektedir;

(i) Sağlık hakkı, bütün vatandaşlara dengeli ve adil bir şekilde ulaştırılabilmiş değildir.

(ii) Koruyucu tıbbi hizmetlere devletçe yeterince kaynak ayrılamamakta; zaman zaman aşılama hizmetlerinde dahi gönüllü kuruluşların yardım ve desteğine ihtiyaç duyulabilmektedir.

(iii) Çocuk ölümleri hâlâ çok yüksek oranlarda seyretmektedir. Vatandaşlar, koruyucu ve önleyici tıbbi hizmetler kadar tedavi edici tıbbi hizmetlerden de yeterince ve eşit bir şekilde faydalanamamaktadır.

(iv) Kapsam bakımından sosyal sigorta sistemi yasal olarak çalışan bütün vatandaşları kapsama almış olmakla birlikte; sosyal sigorta kuruluşları arasında norm ve standart birliği sağlanmadığı için hastalık riskine karşı, sosyal sigorta yolu ile sağlanan sosyal güvenlikte büyük eşitsizlikler ve adaletsizlikler mevcuttur.

(v) Sosyal sigorta sisteminde kayıt dışılıkla mücadelede başarılı olunamamaktadır. Kayıt dışılık nedeniyle büyük bir sigortalı kesimi, hastalık sigortası yardımlarından ya faydalanamamakta yahut da kanuna aykırı ve hileli bir şekilde yine başka sigortalıların haklarını kullanmak suretiyle faydalanabilmektedirler.

(vi) Primsiz sistemde muhtaçlık kriterleri belirlenmemiş; sosyal yardım bir hak olarak ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir.

(vii) Muhtaç ve yoksullar, sağlık yardımlarından bir hak olarak değil adeta bir lütf olarak faydalandırılmaktadırlar.

(viii) Ülkede servet, gelir ve kazançların

kayıt altına alınamamış ve koordinasyon mekanizmalarının kurulamamış olması sebebiyle mevcut sistem muhtaç ve yoksul olmayanların da sosyal yardımlara kolayca ulaşmalarına imkân vermektedir.

(ix) Sosyal güvenlik alanında sağlıklı işlemeden bir sigorta sistemi ve kuralları belirlenmemiş ve alaturka işleyen bir sosyal yardım sistemi içinde vatandaşlar bu haklardan istifade etmektedirler.

(x) Hem sağlık hem de sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmiş biçimi bakımından vatandaş memnuniyeti çok düşüktür.

(xi) Devlet bu alanlara kaynak ayırmaktan özenle kaçınmaktadır. Sistemin finansmanı büyük ölçüde vatandaşların sırtında bırakılmış durumdadır.

Bu tespitlerin yıllarca hem akademik çevrelerce hem de DPT sosyal güvenlik özel ihtisas komisyon raporlarında yapıldığı; sistemin çağdaş standartlarda, norm ve standart birliği içinde sürdürülmesi talep edildiği halde bir türlü bu alanda ciddi adımlar atılmamıştır⁷. Siyasi iktidarlar, siyasi popülist yaklaşımlarla bu kurumların yönetimine müdahale etmiş; bu problemlerin çözümü için sağlıklı politikalar üretmek yerine, günübirlik politikalarla sistemin bütün dengelerinin kaybolmasına yol açan politikalar uygulamış yahut da en azından bu kötü gidişe mani olamamıştır. Sistem, sonunda devletin başına çökmüştür. Devlet garantör sıfatı ile sistemin faturasını ödemek zorunda kalmıştır.

Sosyal güvenlik reform çalışmaları kapsamında 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile sistemin kurumsal alt yapısı hazırlanmış 5510 sayılı SSGSSK ile de sistemin sosyal güvenlik ve sosyal sigorta hakları düzenlenerek yeni sistem uygulamaya konulmuştur.

5510 sayılı Kanun ile Türkiye’de ilk defa genel sağlık sigortası sistemi kurulmaktadır. Genel sağlık sigortası sistemi ile hastalık riskine karşı ülkede yaşayan herkes sosyal güvenliğe kavuşturulmaktadır.

B. Genel Sağlık Sigortasının Hukuki Dayanağı

5510 sayılı Kanun ile Türkiye’de ilk defa genel sağlık sigortası sistemi kurulmaktadır. Genel sağlık sigortası sistemi ile hastalık riskine karşı ülkede yaşayan herkes sosyal güvenliğe kavuşturulmaktadır. Kurulan sistem sayesinde sigortalılar hem koruyucu hem de önleyici sağlık hizmetlerinden eşit ve adil bir şekilde yararlanma imkânına kavuşturulmaktadır⁸.

Hemen ifade edelim ki genel sağlık sigortası sistemine geçilmesi devlet için bir anayasal yükümlülüktür. Genel sağlık sigortasının hukuki temeli anayasada yer alır. Buna göre “Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” (Any. m. 59). Anayasa koyucu genel sağlık sigortası kurulmasını bir yükümlülük olarak düzenlememiş ancak devleti bu konuda yetkilendirmiştir. Anayasa herkesin “sağ-

Kanunu bu anlamda Any. m. 59/5’deki yetkinin kullanılması ve m. 59-62 hükümleri ile kendisine verilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik bir kanuni düzenleme niteliğindedir.

C. Genel Sağlık Sigortasının Siyasal Arka Planı

Genel sağlık sigortası, sağlıkta yeniden dönüşüm adı verilen politika paketinin bir ara yüzü olarak planlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Hükümetin sağlıkta yeniden yapılanmaya ilişkin politikaları ile sosyal güvenlik reformuna ilişkin politikaları birbirlerini bütünler bir paketin parçaları niteliğindedir.

Sağlıkta yeniden dönüşüm politikalarının özünde devletin hastane işletmeciliğini ilk aşamada mahalli idarelere bırakması ikinci aşamada ise bu alanı bütünüyle özel sektöre terk etmek yer almaktadır. SSK ve bazı kamu kurumlarına ait sağlık kuruluşlarının ve hastane-

Kanun koyucu vatandaşlara koruyucu ve önleyici sağlık hizmetleri ile tedavi hizmetlerinden çağdaş normlarda yararlanmalarını sağlamak ve bu alandaki meseleleri çözmek amacıyla “Genel Sağlık Sigortası” kurulmasına karar vermiştir.

lıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını” (Any. m. 59/1) tanımış devleti “herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için “sağlık hizmetlerini tek elden planlayıp hizmet vermesini” (Any. m. 59/3) düzenlemekle yükümlü kılmış ve “Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası” kurabilmesine de müsaade etmiştir.

Kanun koyucu vatandaşlara koruyucu ve önleyici sağlık hizmetleri ile tedavi hizmetlerinden çağdaş normlarda yararlanmalarını sağlamak ve bu alandaki meseleleri çözmek ve Any. m. 60, 61 ve 62’de düzenlenen sosyal güvenlik haklarının hayata geçirilmesini temin etmek amacıyla Any. m. 59/5 ile kendisine verilen yetkiyi kullanmak suretiyle “Genel Sağlık Sigortası” kurulmasına karar vermiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası

lerin Sağlık Bakanlığı’na devrine ilişkin kanun ile yürürlüğe giren bu politika; sağlık bakanlığı mülkiyetindeki arsa ve binaların satılmasına imkân sağlayan kanun değişikliği ile sürdürülmüştür⁹. Belediyelere hastane kurma ve işletme izni verilmesine ilişkin Belediyeler Kanunu da çıkarılarak bu politikalara alt yapı hazırlanmış¹⁰, özelleştirilmiş aile hekimliği sistemine geçilmek suretiyle ücretsiz olan sağlık ocakları sisteminden ayrılmayı öngören Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun¹¹ ile bu politikalara devam iradesi ortaya konulmuştur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile sosyal sigortalarda haklarda gerileme yükümlülüklerde artma şeklinde özetlenecek bir politika izlenerek sigortalıların özel tamamlayıcı emeklilik sigortalarına katılmalarını adeta zorlayan bir politika benimsenmiştir. Yine 5510 sayılı Kanun’da düzenlenen

genel sağlık sigortası uygulamasında da sağlık hizmeti üretmekten vazgeçilmiş ve bütünüyle sağlık hizmetlerinin özel sektörden satın alınması esası kabul edilmiştir.

Bütün bu politikalar Türkiye’de sağlıkta ve sosyal güvenlikte sosyal devletten vazgeçilme-yi çağrıştıran bir politik tercihe işaret etmektedir. 1995 yılından itibaren Dünya Bankası’ndan kredi desteği alınarak yine uluslararası kuruluşlara hazırlatılan çözüm önerilerinde saklanan politikalar sistemli bir şekilde uygulamaya konulmaktadır¹². Bu politikalarda hakim anlayış 1980 sonrası Batı dünyasında hazırlanarak uygulamaya konulan neo-liberal politikalar-dır. Sosyal devlet niteliğinde bir devlette neo-liberal politikaların uygulanmasının anayasal değerlendirilmesi mutlaka yapılmalıdır. Neo-liberal politikaların uygulanmasına yönelik bu düzenlemelerin Any. m. 2’ye aykırı olduğunu düşünmekteyim.

II. TÜRK GENEL SAĞLIK SİGORTASI SİSTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yeni uygulamaya giren Türk Genel Sağlık Sigortası (GSS) sisteminin ayırt edici nitelikleri ya da genel özellikleri nelerdir? Sistemi daha iyi anlamak için bu niteliklerin tespit edilmesinde yarar bulunmaktadır.

1. Sistemin Finansmanında Karma Finansman Esasının Benimsenmesi

Genel sağlık sigortası sisteminin finansmanında karma sistem esas alınmıştır. Buna göre bağımlı çalışanlar bakımından sistemin finansmanında üçlü finansman yöntemi benimsenmektedir. Genel sağlık sigortasında prim oranları bağımlı çalışanlar için %12,5 bağımsız çalışanlar ve diğerleri için %12 olarak belirlenmiştir.

Sistemin finansmanı bağımlı çalışanlar (işçi ve memur, kamu görevlileri için) için sigortalı-işveren ve devletçe sağlanacaktır. Genel sağlık sigortası sistemi ile hastalık riskine karşı sosyal güvenlik sağlanmasında ilk defa devletin üçüncü bir taraf sıfatı ile sisteme katkıda bulunması kabul edilmektedir. Buna göre “Devlet, Kuru-

mun ay itibarıyla tahsil ettiği malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında Kuruma katkı yapar. Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takiben 15 gün içinde hazinece kuruma ödenir.” (m. 81/son).

18 yaşından küçükler ile 65 yaşından büyüklerin, sosyal yardım ve sosyal hizmet sağlanan yoksul ve muhtaçlarla kanunda sıralanan bazı kimselerin ki bu kesimler primli sistemin dışında kalan ve prim ödeme gücü olmayan kesimlerdir, GSS sisteminden karşılıksız yararlanmaları sağlanmak suretiyle de bu kesimin finansmanı bütünüyle devletçe karşılanmaktadır (m. 69).

2. Kapsayıcılık Özelliği

Dünyada genel sağlık sigortası uygulamaları çok çeşitlidir. Türkiye’de uygulamaya konulan genel sağlık sigortası uygulaması kapsayıcı bir sisteme sahiptir. Genel sağlık sigortasının kişi bakımından kapsamına vatandaşlar değil, istisnalar bir yana bırakıldığında, Türkiye’de ikamet eden herkes alınmaktadır. Kapsam bakımından vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapılmamıştır. Bu yönü ile sosyal güvenlik bakımından vatandaş olan ile olmayan arasında ayırım yapılmamasını öngören ve sosyal güvenlik hakkını herkes için düzenleyen Anayasa m. 60 hükmü ve yine bu alanda bir kanunla onaylanmış bulunan ILO’nun 118 sayılı sözleşme hükmüne uygun bir düzenleme yapılmıştır¹³.

Sistem primli ve primsiz sistemi tek bir yönetim içinde birleştiren bütüncül bir yaklaşım getirmektedir. Primli sistem içinde hastalık riskine karşı sosyal güvenliğe kavuşmuş olanlar ile primsiz sistem içinde yeşil kart gibi yollarla hastalık sigortası kapsamına alınanlar tek bir sistem içinde hastalık riskine karşı sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmış olmaktadır.

Genel sağlık sigortamızın bir başka önemli özelliği kapsamına aldığı riskler bakımındandır. Genel sağlık sigortası, yalnızca hastalık riskine karşı değil sağlığın korunması ve hastalıkların önlenmesine yönelik koruyucu ve önleyici sağlık hizmetlerine karşı da koruma sağlayan bir muhtevada düzenlenmiştir. Sağlık sigortaları geneli itibarı ile hastalıkların tedavisini finanse eden ve bu süreç içerisinde kesilen ya da aza-

lan geliri telafi eden sistemlerdir. Kurulan sistemin farkı, koruyucu ve önleyici tıbbi hizmetleri de sağlık sigortası kapsamına almış olmasıdır.

3. Sosyal Sigorta Niteliğinin Ağırıklı Olması

GSS sistemi, sosyal sigorta sistemi esas alınmak suretiyle kurgulanmıştır. Sosyal sigorta tekniğinin temel ilkeleri sistemin işleyişinde esas olacaktır. Sisteme iştirak, esas itibarı ile zorunludur. İsteğe bağlılık eski sisteme göre çok büyük ölçüde genişletilmiş ve yaygınlaştırılmıştır¹⁴. İsteğe bağlılığın genişletilmesi sistemin zorunluluk esasından ayrıldığı anlamına gelmez.

Genel sağlık sigortasında zorunlu ve isteğe bağlı sigortalılığın birlikte uygulandığı bir sistem benimsenmiştir. İsteğe bağlılık özellikle çağ içi nüfus -sosyal sigortalı olabilecek çalışan nüfus- bakımından genişletilmiştir. İsteğe bağlı olarak sisteme girişin kolaylaştırılması ve isteğe bağlı sigorta imkânlarının artırılması bizce sistemin işleyişinde bir zafiyet yaratacaktır (m. 50).

GSS sistemi sosyal yardım ve sosyal hizmete muhtaç ve bu dallardan yardım almaya hak kazanacak olan muhtaç kimselerin de kanun ile GSS kapsamına almaktadır. Sistemde özellikle 18 yaşından küçüklerle 65 yaşından büyüklerin gelir ya da sigortalılık durumuna bakılmaksızın genel sağlık sigortası kapsamına alınmış olması sosyal devlet olmanın gereğinin yerine getirilmesi niteliğinde bir tercihtir. Böylece devlet çocukların ve gençlerin korunmasına yönelik anayasal yükümlülüklerini de yerine getirmiş olmaktadır (Any. m. 61).

4. Hizmet Satın Alma Esasına Dayalı Olması

GSS kurulurken sistemin sağlık hizmeti üretmemesi prensibinden hareket edilmiştir. Sistem sağlık hizmetlerini hizmet sunuculardan satın alacak bir sağlık finansman sistemi olarak kurgulanmıştır.

Gelişmeler dikkate alınırssa SSK hastaneleri ve bazı kamu hastanelerinin devletleştirilmesine ilişkin kanuni düzenleme özünde bu maddesade ulaşmak için atılan ilk adım idi. Siyasi

iktidar bu hastaneleri öncelikle devletleştirip daha sonra da bir şekilde kamunun elinden çıkararak sağlık hizmeti üretiminden bütünüyle çekilmeye yönelik bir sürece girmişti.

GSS uygulamasında sağlık hizmeti üretmek esasında sosyal sigorta tekniğine daha uygun bir tercihtir. Ancak bu tercihe yönelirken ülkenin ekonomik imkânları ve yeterli özel sektör sağlık hizmet arzının olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Öte yandan hizmet satın alma tercihi üzerinde durulması gereken bir tercihtir. Hizmet satın alma uygulamasının riskleri ve bu risklere karşı emniyet subabları özenle hazırlanmadıkça bu sisteme geçilmemeliydi. Aksi takdirde sağlık hizmeti satın almadan kaynaklanabilecek bir dizi mesele ile karşı karşıya kalınması kaçınılmazdır¹⁵.

Hizmet satın alma esası, hizmetten faydalanan genel sağlık sigortalıları bakımından büyük kolaylıklar sağlar. Hizmet alanlar istediği hizmet sunucusuna gidebilmek gibi çok alternatifli bir sisteme kavuşmuş olmaktan başlangıçta büyük memnuniyet de duyabilirler¹⁶.

Hizmet satın alma esasının bir takım dezavantajları da vardır. Hizmet satın alma sisteminin en büyük dezavantajı kurulan sistemde hizmet satanların çok hizmet satın alıcısı kurumun tek olmasından kaynaklanmaktadır. Hizmet sunucularının çok olmasının bu alanda bir rekabete neden olacağı ve bunun da fiyatların düşmesi ve hizmetin daha ucuz ve kaliteli temin edilmesine yol açacağı iddia edilebilir. Ancak hizmet alıcısının tek olmasının bu alanda hizmet sunucuların oligopol piyasa oluşturma riskini ortadan kaldırmayacağı da göz ardı edilmemelidir. Hizmet sunucuları/satıcıları eğer kendi aralarında bir oligopol piyasa oluştururlar ise bu durumda tek satın alıcı durumunda olan Sosyal Güvenlik Kurumu çok güç durumda kalabilecektir¹⁷. Oligopol bir hizmet sunucu piyasası ile karşı karşıya kalındığında GSS yönetiminin yapabileceği şeyler sınırlı kalacaktır. Bu durumda da fatura kuruma çıkacaktır.

5. Koruyucu Tıbbi Hizmetlerin GSS Kapsamına Alınması

Bütün dünyada koruyucu tıbbi hizmetler, devletin sağlık alanında temel görevleri arasın-

dadır. Ülkemizde bugüne kadar da koruyucu sağlık hizmetleri devletin sorumluluğunda kalmış ve devletçe finanse edilerek yürütülmüştür.

Genel sağlık sigortası sistemi ile devletin sorumluluğu altında olan koruyucu ve önleyici sağlık hizmetleri genel sağlık sigortası kapsamına alınmaktadır¹⁸. İlk bakışta genel sağlık sigortasının muhtevasının daha da genişletildiği ve genel sağlık sigortası kapsamında bulunan kimselere daha geniş hak ve imkânlar sağlandığı düşünülebilir. Ancak meseleye başka bir açıdan bakıldığında bir başka gerçek açığa çıkmaktadır: Devlet bu yolla, koruyucu ve önleyici tıbbi hizmetlerin finansmanına primli sistemden katkı almış olmaktadır. Bu tercih ile koruyucu ve önleyici sağlık hizmetlerinin finans yükünün bir kısmı, yeniden prim ödemekte olan vatandaşlara yüklenmektedir. Devlet kendi finanse etmesi gereken bir alanın finansmanını perdeli bir şekilde sosyal sigorta kapsamındaki halka finanse ettirmiş olmaktadır.

1990'lı yıllara kadar sosyal sigortanın finansmanına bütünüyle sigortalıların ve işverenlerin üstünde bırakan devlet¹⁹, yeni kurduğu GSS sistemi ile bir taraftan sistemin finansmanına üçüncü bir taraf olarak katılır iken diğer taraftan da kendi üzerindeki bazı finansman yüklerini sigortalıların üzerine aktarmaktadır. Sözün özü devlet sosyal alana kaynak aktarmaya yanaşmama politikasından vazgeçmemektedir.

III. 5754 SAYILI KANUNA DAİR BİRKAÇ TESPİT

5510 sayılı Kanun ile kurulan GSS sistemi yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesi kararının gereği olarak birtakım değişikliklere uğramıştır. 5510 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesi kararını dikkate alınarak yapıldığı iddia edilen değişikliklerin amaca hizmet etmediğini düşünüyorum. 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde Anayasa Mahkemesi'nin uyarıları dikkate alınmadığı gibi sistemde 1999'da çıkarılan 4447 sayılı Kanun'da görüldüğü gibi sinekten yağ çıkarma anlayışı sürdürülmüştür. Şöyle ki genel sağlık sigortasında sigortalılar aleyhine, hizmet sunucular lehine bir takım değişiklikler yapıldığı gözlemlenmiştir. Henüz uygulamaya girmeden 5510 sayılı Kanun'da

yapılan bu değişikliklerin gerekçesini anlamak mümkün değildir. Ne olmuştur da bir yıl önce çıkarılan yasada hizmet sunucuların lehine fakat hizmetlerden faydalanacakların aleyhine birtakım değişiklikler yapmak gerekmiştir? "Anayasa Mahkemesi kararının gereğini yapmak bahane, sigortalıların yükünü artırmak şahane" dedirtecek nitelikte değişiklikler yapılmıştır. Kanunda özellikle katkı paylarında kanunla getirilmiş azami sınırların kaldırılması ve bu alandaki yetkilerin kuruma devredilmesi üzerinde durulması gereken bir konudur. Daha önce %20 olarak belirlenmiş bulunan kanuni katkı payı sınır oranı kaldırılmış ve bu konuda yetki kuruma bırakılmıştır (m. 682). Katılım paylarında sınırın sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin %75'inin geçemeyeceği biçimindeki üst sınır getirilmesi önemli bir husustur. Katılım payları ile ilgili düzenlemelerin netleştirilmiş olmasını önemli bulmaktayız. Ancak idareye katılım paylarını yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanuni tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurumun yetkili kılınması da bir risk teşkil etmektedir. Geçmişte idareler bu yetkilerini devamlı olarak artırma yönünde kullanmışlar; azaltma yönünde kullanmamışlardır.

IV. TÜRK GSS SİSTEMİNİN YETERLİLİĞİ MESELESİ

Kurulan GSS sisteminin yeterli olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu değerlendirme hem teşkilat bakımından hem de sağlanan hak ve yükümlülükler bakımından yapılabilir.

1. Kurumsal Alt Yapı Yönünden

GSS sistemi Sosyal Güvenlik Kurumu yönetiminde işleyecek bir sistem olarak planlanmıştır. SGK bünyesinde bu maksatla bir genel müdürlük görevlendirilmişti. Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü (GSSGM) genel sağlık sigortasını düzenleyen 5510 sayılı Kanun hükümlerini uygulamakla münhasıran görevli ve yetkili kamu idaresidir.

GSSGM'nin iyi işleyebilmesi için organizas-

yon altyapısının süratle tamamlanması gerekir. Bu anlamda sosyal güvenlik merkezlerinin kuruluşunun bir an önce tamamlanması önemlidir. Genel sağlık sigortasının uygulamasında ikinci önemli adım sevk zincirinin kurulması; Aile Hekimliği sistemine geçilerek ülke çapında yaygınlaştırılması olmalıdır.

SGK bu organizasyon alt yapısını henüz tamamlayabilmiş değildir. Bu itibardır ki sistem daha önce kurulan mevcut alt yapının desteği ile yürütülmeye çalışılmaktadır. Bu alt yapının hızla kurulması gerçekleştirilmedikçe bu alandaki meseleler ve sıkıntılar devam edecektir.

2. Haklar ve Yükümlülükler Bakımından

GSS sistemini yeterliliği tartışmalarında üzerinde durulması gereken bir başka yön hak ve yükümlülükler bakımından sistemin yeterliliği meselesidir. Bu alanda pek çok eksiklik ve yetersizlikler göze çarpmaktadır.

Haklar bakımından ele alındığında genel sağlık sigortasının kapsayıcı bir sağlık sistemi olarak tasarlanmış olduğu görülür. Hastalık riskine karşı gerek koruyucu gerekse tedavi edici sağlık hizmetlerin bütünü kapsayan muhtevada sigortalılara haklar tanınmıştır²⁰. Ağız ve diş tedavisi ile yardımcı üreme tekniklerinin de haklar kapsamına alınmış olması önemli gelişme ve bir yeniliktir (m. 63).

Sağlanan haklar bakımından birtakım sınırlamalar konulmuştur. Bu anlamda estetik maksatlı sağlık hizmetleri (estetik ameliyatlar), estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri ve alternatif tıbbi tedavilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınmamış olması genel sağlık sigortasının gayesine de uygun bir düzenleme olmuştur (m. 64).

Haklar bakımından asgari anlamda da olsa norm ve standart birliğinin sağlanmış olduğu söylenebilir. Hâlbuki eski sistemde ne haklar ne haklardan faydalanma şartları (yani yükümlülükler) bakımından norm ve standart birliği bir türlü sağlanamamıştı.

Genel sağlık sigortasından yardım alabilmek için getirilen yükümlülükler bakımından bir değerlendirme yapıldığında kurulan sistemin

sigortalılar açısından bir yeknesaklık sağladığı görülmektedir.

Yardıma hak kazanmak için en az 30 gün prim ödemiş olma şartının getirilmesi, prim oranlarının uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar bakımından %12,5 yalnızca genel sağlık sigortasına tabi olanlar içinse %12 olarak belirlenmiş olması üzerinde durulmaya değer bir husustur.

Devletin genel sağlık sigortası için katkı yükümlülüğünün getirilmiş olması ve bu katkının miktarının da sigortalılardan uzun vadeli ve genel sağlık sigortası için toplanan aylık prim miktarının 1/4'ü olarak kabul edilmesi esasını da anlamlı bulunmaktayız. Bu düzenleme hem Sosyal Güvenlik Kurumu'nu hem de sigortalıları kayıt dışılıkla mücadeleye katkı vermeye zorlayacaktır.

Yükümlülükler bakımından sistemin değerlendirdiğimizde üzerinde durulması gereken en önemli husus, sistemden yardım alacaklardan katılım payı adı altında bir ödeme yapmalarının beklenmesidir. Katılım payı alınmayacak durumlar rasyonel bir şekilde belirlenmiştir (m. 69). İş kazası, meslek hastalığı, askeri tatbikat ve manevralarda, afet ve savaşta ihtiyaç duyulan sağlık hizmetleri; koruyucu sağlık hizmetleri, kronik hastalıklar, organ nakli ve kontrol muayeneleri kapsam dışında tutulmuştur. Sosyal yardım ve sosyal hizmetler sisteminden yapılan sağlık hizmetlerinden de katkı payı alınmamaktadır.

Yaşlılık aylığı alanlar ve yeşil kart sahipleri de bu kapsamda katkı payı ödemeyecekler arasında yer almadığından bunlardan alınacak gibi gözükmemektedir.

Ayakta tedaviler için 2 TL muayene katılım payı alınması (m. 68/2) ilk bakışta yadırgatıcı gelebilir. Ancak biz yersiz hizmet taleplerini frenleyici rolü bakımından katılım payı alınmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Ortez, protez, iyileştirme araçlarından katılım payı alınması kabul edilmekte ve katılım pay oranı asgari ücretin %75'ini geçemez şeklinde bir üst sınır getirilmektedir. Yardımcı üreme tedavilerinde bu oranlar birinci denemede %30 ikinci denemede ise %25 olarak kabul edilmiştir (m. 68/4).

3. Uygulama Süreci Bakımından

Genel sağlık sigortasında hak ve yükümlülükler bakımından norm ve standart birliğinin sağlanmış olması son derece önemlidir. Ancak daha da önemli olan genel sağlık sigortasının sürdürülebilir olması ve asgari bir tatmin sağlayabilmesidir. Bu anlamda uygulama süreci daha bir önem kazanmaktadır. Uygulama süreci bakımından sistem değerlendirildiğinde aşağıdaki hususlar üzerinde yeterince durmak gerekmektedir.

Genel sağlık sigortası özünde sosyal güvenliğin bir alanıdır. Bu itibardır ki bu alanda yasamaya esas politikalar sosyal güvelden sorumlu Bakanlıkça (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) hazırlanmalı ve uygulanmalıdır. Sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi, hizmet sunucularının ruhsatlandırılması ve denetimleri konusu ise Sağlık Bakanlığının görev alanı içinde kalmaktadır.

Genel sağlık sigortasının başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle sağlık hizmetlerinin bütün ülkede adaletli bir şekilde sunulması için gerekli tedbirlerin alınması; sağlık personeli ve hekim ihtiyacının karşılanması, sağlık hizmet kalitesinin ve standartlarının tutturulması; tedavi hizmetlerine dair ilaç da dahil olmak üzere gerekli düzenlemelerin yapılması gerekir. Kısaca genel sağlık sigortasının başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için belirli seviye ve kalitede ve ulaşılabilir yeterli sağlık hizmet sunumu alt yapısının hazırlanmış olması şarttır. Bu bir gereklilik şartıdır. Başarılı ve yeterli hizmet memnuniyeti sağlayan bir genel sağlık sigortası uygulaması, ancak bu alt yapı üzerinde kurulabilir. GSS kurulur iken üzerinde durulması gereken ilk husus sağlık politikaları ile sosyal güvenlik politikalarının uyumunun sağlanması olmalıdır.

GSS uygulamasında üzerinde durulması gereken bir başka husus hizmet talebinin belirli bir düzene sokulmasıdır. Bu husus GSS uygulaması ile artması öngörülen sağlık hizmeti talebinin yönlendirilmesi, denetimi ve kontrollü bir şekilde hizmetlerin sunulmasının sağlanması bakımından önem taşır.

GSS sistemi düzenlenirken aile hekimliği sisteminin kurulması ve aile hekimliğinden

başlayan bir hizmet zincirinin oluşturulması ve bu zincir içinde sunulan hizmetlerin esas kabul edilmesi öngörülmüş idi. Aile hekimliği ülkemizde birkaç ilde pilot uygulama ile denenmiş; bütün ülkeye yangınlaştırılması aşamasına gelinmiştir. Ancak sevk zinciri tam olarak kurulabilmiş değildir. Bu zincirin kurulması sistemin sağlıklı bir şekilde işlemesine ve sağlık ekonomisine katkı sağlayacaktır.

GSS uygulamasında kişilerin sevk zinciri içinde hizmet sunucularından öğretim üyesinden alınan sağlık hizmeti ve otelcilik hizmetleri karşılığı için alınan katkı payları üzerinde durulması gereken bir husustur. Katkı payları ile ilgili kurum yönetimine yetki verilmesi doğru değildir. İdare üzerinde baskı mekanizmaları kurularak her zaman baskı altına alınabilir ve bu oranlar sağlık hizmeti sunucularının lehine devletin ve hizmet alanların aleyhine genişletilebilir.

Mevcut hali ile sevk zinciri dışında sunulan sağlık hizmetleri yönünden büyük bir serbesti yer almaktadır. Günümüzde sağlık hizmet sunucularının sayıları gün geçtikçe artmakta ve bu sunucular kendi aralarında bir rekabetle fiyatları aşağıya çekme yoluna gidebilmektedirler. Ancak bunun daima bu şekilde kalacağını beklemek mümkün değildir. Hizmet sunucularının Oligopol piyasa oluşumlarına yönelmeleri tersine bir etki yapabilir; tek hizmet alıcı durumdaki SGK tekeli piyasasının dikte edeceği fiyatlarla baş başa kalabilir.

GSS uygulamasında sigortalılar ve hak sahipleri için sigorta hizmetlerine ulaşımın kolaylaştırılmasına yönelik adımlar atılmaktadır; hizmet sunucuları ile paket bazında anlaşmalar yapılması ve anlaşmalı hizmet sunucularının sayısının artırılması bunlardan birisidir.

Bu anlamda atılan bir başka adım vatandaşlık numarası ile GSS numarasının özdeş hale getirilmesi ve hizmet alıcıların nüfus kâğıtları ile hizmet sunuculara başvurmalarına imkân sağlanmasıdır. Bu kolaylık hizmet talebini de artıracak bir büyük kolaylıktır²¹.

Genel sağlık sigortası bütün vatandaşları kapsama aldığı gibi vatandaş olmayan yabancıları da kapsama alabilecek bir muhtevada kurgulanmıştır. Bu itibardır ki sistemin sürdü-

rülebilir olması bakımından denetimin önemi artmaktadır.

Sistemin denetimi muhtelif alanlarda yapılmak durumundadır. Bunlardan birisi kayıt dışı sigortalılığın önlenmesi bakımındandır. Sosyal sigortada kayıt dışılık ne kadar azaltılabilirse GSS alanında da o kadar mesele kolaylaşacaktır.

İkinci denetim alanı SGK'nın hizmet sunucuları ile yapılan anlaşmaların uygulamasının denetlenmesidir. GSS uygulaması Hizmet alımında suiistimal riski çok büyük bir sigorta uygulama alanıdır. İşte bu anlamda elektronik imkânları kullanarak, bilgi işlem yetenekleri ile sistemin anında kontrol edilmesini sağlayacak bir hizmet satın sistemi oluşturulması gerekir. Tam zamanlı hizmet denetimi ne ölçüde başarılı ise suiistimaller o kadar azalabilecektir.

Denetim hizmet sunucularının kartel oluşturması, oligopol piyasanın kurulmasının önlenmesi yönünden de yapılmak gerekir. Bu ülkenin ticaretini ilgilendiren genel bir konudur. Anti tröst yasalarının çıkartılması bu anlamda önem taşır. Rekabet kurumuna da bu anlamda iş düşecektir. Rekabeti bozacak hizmet sunucularına dair devir vs. işlemleri üzerinde durulması gereken bir konudur.

Sosyal Güvenlik Kurumunun denetimine ilişkin düzenlemelerin GSS uygulaması bakımından fazla bir katkı sağlamayacağını düşünmekteyiz. Bu denetim hukukilik denetimi olacaktır. Hâlbuki GSS uygulamasında esas sorun yersiz ve şişirilmiş faturalama yolu ile hizmet sunucuları tarafından normal dışı hizmet satımı ve hizmet israfına yol açacak nitelikteki hizmet sunumlarıdır. SGK bu alanda dünya tecrübelerinden yeterli ders alır ve suiistimal kapılarını kapatacak önlemlere ağırlık verir ise hizmet sürdürülebilir olacaktır. Aksi takdirde sistemin finansman yükünün bütçe dengelerini sarsacak boyutlara ulaşması işten bile değildir.

SONUÇ

Genel sağlık sigortası, Türk sosyal güvenlik sisteminde çok önemli bir adımdır. Bu adımla bütün vatandaşların hastalık riskine karşı sosyal güvelik altına alınması kadar 18 yaş altındaki çocukları ile 65 yaş üstündeki yaşlıların

da prim ödeme şartı aranmaksızın hastalık sigortası kapsamına alınması; SGK kapsamına dahil herkese koruyucu sağlık hizmetlerinden faydalanabilme imkanı getirilmektedir. Anayasa m. 60'ın sağlık alanında hayata geçirilmesi anlamına gelen bu uygulama ile artık hastanede rehin kalma da dahil insanları incitici bütün uygulamalara son verilmiş olmaktadır.

GSS uygulamasında benimsenen politikalar üzerinde tartışmaya layık politikalarlardır. Bu anlamda (i) Sistemin sosyal sigorta temelinde kurulması devletin mali yükünün artırılmaması anlamında önemli bir tercihtir. (ii) Sistemin sağlık hizmetlerini satın alma yolu ile temin etmesi; hizmet üretmeme tercihinde bulunması sağlık alanında özel teşebbüsün söz sahibi olması; bu alana özel sektörün yatırım yapmasının temin edilmesi açısından üzerinde durulmaya değer bir yeniliktir.

Ancak hizmet satın almada gerekli denetim mekanizmaları iyi kurulmalıdır. Aksi takdirde bu alan serbest ticaretin olağan akışı içinde suiistimallere açık bir alan haline getirilmiş olur.

Sistemin rayına oturabilmesi için aile hekimliği ve sevk zincirinin kurulması ve denetim mekanizmalarının ayrıntılı olarak hazırlanmış olması da önem taşır.

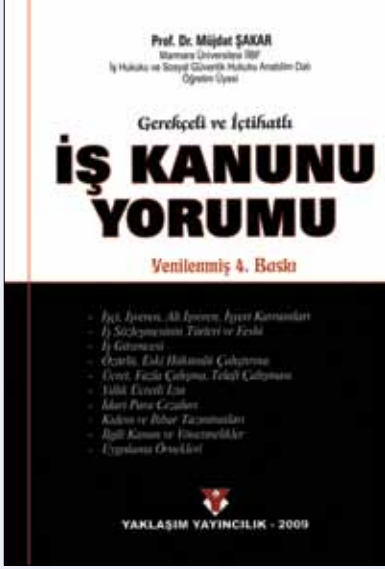
Bütün vatandaşlara tek bir sigorta numarası verilmesi; sigorta numaraları ile vatandaşlık numaralarının özdeş hale getirilmesi sigortalıların denetimi ve suiistimallerin önlenmesi açısından önemli bir imkân yaratacaktır.

Sosyal güvenlik milli güvenliğinin harcıdır. Genel sağlık sigortasına geçiş, özünde toplumun devletin öncülüğünde sağlıklı olma ve hastalarını tedavi ettirmede milli bir danışmaya yönelmesi olarak algılanmalıdır. Sistemi kuranlar kadar uygulayanlar da popülizme kaçmadan bu alanda başka ülke tecrübelerini de dikkate alarak hareket etmeli ve sonuç alıcı çabalara girişmelidirler. Ülkemiz için önemli olan sürdürülebilir bir genel sağlık sigortası sisteminin kurulmasıdır. Sosyal devlet olarak Türkiye'ye yakışmayan "Paran Yoksa Öl" dönemini kapatan Genel Sağlık Sigortası Sisteminin kurulması bütün eleştirilerimize rağmen sağlık ve sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmesi yönünden çok önemli bir adım olarak görülmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 5510 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarih ve 2006/100 E., 2006/111 K. ile yürütmesi durdurulmuştur. (RG 30.12.2006 T., 26392 Beşinci Mükerrer Sayı); Bu konuda iki farklı değerlendirme için bkz. ARICI, Kadir: "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu", TİSK Akademi, C. 2, Sa. 3, s. 7-25; ERGİN, Hediye: "İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", TİSK Akademi, C. 2, Sa. 3, s. 27-65.
- 2 Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra hazırlanan değişiklik tasarısının genel sağlık sigortasına ilişkin hükümleri hakkında kapsamlı bir değerlendirme için bkz.: SÖZER, Ali Nazım: "5510 sayılı Yasaya İlişkin Değişiklik Tasarısında Genel Sağlık Sigortası - İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Bir Değerlendirme - "İşveren C. 46., Sa. 7., Nisan 2008, s. (27-33).
- 4 RG. (08.05.2008 T. ve 26870 Sa.)
- 5 Yasal alanda birtakım kazalara uğramasına rağmen Türkiye'de genel sağlık sigortası hükümetçe sanki yasa yürürlüğe girmişcesine uygulamaya başlanmıştır. Bu uygulama tipik Türk siyasetinde seçime yönelik bir uygulama olarak gerçekleştirilmiştir. Genel seçimler için hükümet tarafından bu bir siyasi popülizm olarak uygulanmıştır.
- 6 5510 sayılı Kanun'un tasarı taslağının genel sağlık sigortasına dair hükümleri hakkında bir değerlendirme için bkz.: SÖZER, Ali Nazım: "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık sigortası Kanun Tasarısında Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler" Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 2., Sa. 7, 2005, s. 1176-1190.
- 7 Yürürlüğe giren Kanun ve kanunun uygulama esaslarını belirleyen Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği ve uygulaması hakkında kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme için bkz.: ERGİN, Hediye: "Genel Sağlık Sigortasında Gelinen Son Durum", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, Sa. 11., s. 112-130.
- 8 Konu ile ilgili çok sayıda ayrıntılı rapor hazırlanmıştır. Bkz. TOBB: Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 2. Bastı, Ankara 1994; TÜSIAD: Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 1997.
- 9 14.07.2004 tarih ve 5520 sayılı Yasa.
- 10 07.12.2004 tarih ve 5272 sayılı Belediyeler Kanunu
- 11 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Kanun (RG.09.12.2004 tarih ve 25665 sayı).
- 12 2005 yılından itibaren hükümetin uygulamaya koyduğu sağlık ve sosyal güvenlikte yeniden yapılanmaya ilişkin politikalarının başarılı bir analizi için bkz: SÖZER, Ali Nazım: "Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına", Mercek, Yıl. 10., Sa. 37, Ocak 2005, s. 21-31.
- 13 29.07.1971 tarih ve 1453 sayılı Kanun (RG 10.08.1971 Sa. 13922).
- 14 5510 sayılı Yasa'nın bizce en zayıf yönü isteğe bağlı sigortalılığın kolaylaştırılmış ve genişletilmiş olmasıdır. İsteğe bağlı sigortanın yeni biçimi uzun dönemde sosyal yardım ve sosyal hizmetler sistemi üzerindeki yükü artıracak ve sistem bu faturayı daha ağır bir şekilde ödemek zorunda kalacaktır. Mevcut sistem sigortalıları özel tamamlayıcı sosyal güvenlik sistemlerine yönlendirmek gibi bir gizli politikayı da bünyesinde taşımaktadır. Ancak bu politikanın ülkemizde hedefine ulaşmayacağı geniş halk kitlelerini rehavete iterek uzun dönemde kişiler muhtaç hale düştüklerinde sosyal yardım ve sosyal hizmet talebi olarak talebin devlete döneceğini düşünüyoruz.
- 15 Günümüzde gazetelere yansıyan haberlerden hizmet sunucularının yeterince kontrol altına alacak sistemler hazırlanmamış olduğu için bu alanda çok büyük suiistimalin olduğu anlaşılmaktadır. Hizmet talebindeki artışın ayrıca sisteme altından kalkamayacağı bir finansman yükü de yüklemekte olduğu anlaşılmaktadır.
- 16 Politikacılar bu memnuniyeti oya tahvil için çalışmakta ve bunu siyasette sonuna kadar kullanmaktadırlar.
- 17 Hizmet sunucuların bu alanda piyasada tekel oluşturma çalışmalarına çoktan başladıkları; özellikle uluslararası ilaç firmalarının ve sağlık tekellerinin Türkiye'de firma satın alma suretiyle tekelleşme için ön adımları atmakta oldukları yönünde haberler kamuoyunda dolaşmaktadır.
- 18 TUNCAY, A. Can-EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, Legal İstanbul 2008, s. 126 vd.
- 19 Halk arasında buna "çayın taşı ile çayın kuşunu vurmak" adı verilmektedir. SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı döneminde devlet üçüncü taraf olarak sisteme katkı yapmamış ve sistemin bütün yükünü sigortalılar ve işverenlere yüklemiştir.
- 20 Genel sağlık sigortasında hak ve yükümlülükler bakımından kısa ve özlü bir çalışma olarak bakınız: ÖZDEMİR, Cumhur Sinan: "Genel Sağlık Sigortasından Kimler, Ne Şekilde Yararlanacak?", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2008, Sa. 27, s. 61-69 .
- 21 Sosyal Güvenlik Kurumu sigorta ve hak sahiplerine eskiye göre son derece büyük kolaylıklar getiren uygulamalar getirmektedir. Bu kolaylıklar idari düzenleyici işlemlerle gerçekleştirilmektedir. 15.06.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ile (RG. 25 Mayıs 2007 Mükerrer) üniversite hastanelerine ve sözleşmeli özel sağlık kuruluşlarına sevk almaksızın gidebilme imkanını getiren bu düzenlemelerin sağladığı kolaylıklar yanında bütçe üzerinde baskı yaratacağı, özellikle sevk zincirine uyulmaması sonucunda sağlıkta dönüşüm programı kapsamında yaygınlaştırılması öngörülen aile hekimliği sistemi politikalarına ters düştüğü de DPT'nin uyarıları arasında yer almaktadır. Bkz: 9. Kalkınma Planı (2007-2013) 2008 Yılı Programı RG. 28 Ekim 2007 tarih ve 26684 mükerrer sayı s. 66.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Müjdat Şakar'ın Gerekçeli ve İctihatlı **“İş Kanunu Yorumu”** isimli eserinin yenilenmiş 4. baskısı 2009 yılında yayımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun tüm madde ve gerekçelerinin açıkladığı eser içtihatlarla da zenginleştirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki son değişikliklere göre yenilenen kitapta İş Kanunu dışında ilgili başlıca kanun ve yönetmeliklerin metinlerine de yer verilmiştir.

Kitabın öncelikli amacının, İş Hukuku dersi alan Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri; İşletme ve Maliye bölümü öğrencilerine yararlı olmak olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple pratik ve öğretici olması amaçlanan eserde, akademik tartışmalardan ve çetrefil hukuki sorunlara çözüm arayan yargı kararlarından ziyade, öğretici ve örnek olay niteliği ağır basan, konuları öğrenciye

daha iyi öğretmeye yönelik kararlara yer verilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Aydın Başbuğ tarafından hazırlanan **“İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik”** isimli eser, 2008 yılında yayımlanmıştır.

Eserde; yönetim hakkının kapsam ve sınırlarını ön plana çıkarmak yerine, çalışma şartlarının işveren kararlarıyla değiştirilmesi ve hukuki sonuçlarının incelenmesi kavramları ön planda tutularak, işverenin yönetim hakkı, çalışma şartlarına etkisi açısından değerlendirilmiştir. İşverenin yönetim hakkını kullanması ile kurulan yeni çalışma şartlarının sözleşme hükümleri niteliğinde olduğuna dikkat çekilen çalışmada, bu şartların ihlalinin de işçinin borcuna aykırı davranışları olarak tanımlanan ve disiplin cezası, geçerli fesih ya da haklı nedenle fesih gibi hukuki yaptırımlara konu olan fiilleri oluşturduğu belirtilmiştir. Eserde, yönetim hakkı sınırları dahilindeki çalışma şartları değişikliklerinin, esaslı değişiklik olarak kabul edilmediğine değinilmiştir.



Kitapta, çalışma şartlarında değişiklik olgusunun çoğunlukla işletmesel kararlar biçiminde ortaya çıktığına değinilmiş ve bu sebeple yönetim hakkı; sadece işçinin iş sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülükleri ile sınırlı dar kapsamıyla değil, işletmesel karar alma yetkisini de içine alacak şekilde geniş kapsamda ele alınmıştır.

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu

1. GİRİŞ

Zorunlu ve isteğe bağlı sigortalıların, sosyal koruma altında olanların, yabancıların, işsizlik edimlerinden yararlananların ve diğerleri kapsamında olanların çalıştıkları/prim ödedikleri süre içinde GSS'den yararlanmaları farklı koşullara bağlanmıştır. Bu dönemde, bekleme süresi (prim ödenmesi gerekliliği) aranmayanlar yanında, gerekli görülenler de vardır. Bekleme süresi de, önceki bir yılda otuz gün prim ödenmesi ve ayrıca her ay otuz gün prim ödenmesi gerekli görülen iki ayrı şekilde mevcut bulunmaktadır.

Aktif sigortalılık dönemi bittikten sonra da GSS'den yararlanmak mümkündür. Bu halde, sosyal sigorta ilişkisinin sonraya etkisinden yararlanılmaktadır. Aşağıda, söz konusu haller ele alınmaktadır.

II. GENEL SAĞLIK SİGORTASI EDİMLERİNDEN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİ SÜRERKEN YARARLANMADA PRİM KOŞULU

GSS edimlerinden yararlanma koşulları kişilere ve sağlık riskinin özelliklerine göre farklılık

göstermektedir. Bazı kişiler için ve bazı hallerde, sağlık edimlerinden yararlanmada asgari bir süre prim ödeme gerekliliği bulunmamaktadır. Asgari süre prim ödeme gerekliliği bulunan kişiler için de, ödeme (bekleme) süreleri aynı değildir. Aşağıda söz konusu ihtimaller ele alınarak açıklanmaktadır.

A. Bekleme Süresi Aranmayan Kişi ve Haller

67. maddede, sağlık hizmetlerinin sunumu için bekleme süresi aranmayan kişiler ve hallerden söz edilmektedir. Kişiler kapsamında onsekiz yaşını doldurmamış olanlar, tıbben başkasının bakımına muhtaç olanlar, sosyal sigorta gelir ve aylığı alanlar, bağlı sigortalılıktan çıkan kişiler ile aylıksız izinden dönen kişiler bulunmaktadır.¹

1. Bekleme Süresi Aranmayan Kişiler

a. 18 Yaşını Doldurmamış Çocuklar

Bu yaşta doldurmamış çocuklar için üç ihtimal söz konusudur. Bağlı sigortalı olma, hakkında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu

talebiyle koruma kararı alınmış olma ve kendisine kanuni temsilci atanan bir çocuk olma.

- Bağlı Sigortalı Olan Çocuklar

Bağlı sigortalı olan çocuk bakmakla yükümlü olunan kişi konumundadırlar. 5510 SK bakmakla yükümlü olunan kişiyi: “Bu Kanunun 60 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinin dışında kalan genel sağlık sigortalısının, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklar ...” (Md. 3/10) şeklinde belirlemiştir.

Düzenlemeye göre, yoksullar, vatansızlar ve sığınmacıların dışında kalan genel sağlık sigortalısının çocukları bağlı sigortalıdırlar. Bağlı sigortalı olmak için, -herhangi bir eğitim şartı aranmaksızın- 18 yaşını doldurmamış olma, zorunlu veya isteğe bağlı sigorta kapsamında olmama koşulları aranmaktadır. Ayrıca, sadece çalışan ebeveynlerin değil, GSS kapsamına giren diğer kişilerin (işsizlik edimine hak kazananlar, sosyal koruma altında olanlar, yabancılar ...) çocukları da bağlı sigortalı olarak kabul edilmektedir.

Yoksul, vatansız ve sığınmacı çocuklar için 67. maddede herhangi bir dışlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Onlar zaten asli veya bağlı sigortalı ayırımı yapılmaksızın ve ayrıca yaşlarına bakılmaksızın GSS kapsamına alınmışlardır (Md. 60/I-c-1 ve 2).

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Talebiyle Koruma Kararı Alınmış Çocuklar

2828 sayılı Kanun hükümlerine göre Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun (SHÇEK) korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanan kişiler GSS'nin kapsamındadırlar (5510 SK Md. 60/I-c-7). Korunmaya muhtaç çocuk ve gençler de bu kapsamdadır.

Beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan, her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuklar (2828 SK Md. 3/b) korunmaya muhtaç çocuk olarak tanımlanmıştır.² 12 yaşa kadar olan korunmaya muhtaç çocuklar (2828 SK Md. 3/f-1) için Kurum tarafından haklarında görevli mahkemede korunma kararı alınması sağlanır (2828 SK Md. 22). Hakkında korunma kararı alınan çocukların Kurum tesislerinde veya koruyucu aile yanında bakımı sağlanır (2828 SK Md. 23). Korunma kararı olan ancak Kuruma yerleştirilemediği için sıraya alınmış olan çocuklar aynı ve nakdi yardımlardan yararlandırılmaktadırlar.³ Bu durum onların GSS kapsamına alınmalarına engel teşkil etmez.

Keza, çocukların maruz kaldığı tehlikelere açık korunmaya muhtaç gençler de, 13–18 yaş arası (2828 SK Md. 3/f-2) haklarında alınacak tedbir kararı sonrası Kurum hizmetlerinden reşit oluncaya kadar yararlanırlar (2828 SK Md. 22). Onlar da SHÇEK Hizmetlerinden yararlanmakla GSS kapsamında olmaktadır.

- Kendisine Kanuni Temsilci Atanan Çocuklar

Bir diğer grup olarak, ebeveyni olmayan ve ayrıca SHÇEK tarafından hakkında korunma kararı alınmasını gerektirecek bir durum olmayan çocuklardan bahsedilebilir. Kendilerine bir kanuni temsilci atanması gereken bu çocuklar, yoksul veya varıl olmasına bakılmaksızın, 18 yaşını dolduruncaya kadar, GSS kapsamında sayılacaklardır. Çünkü, düzenleme çocuklar arasında hukuki ve maddi konumları bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır.

b. Tıbben Başkasının Bakımına Muhtaç Olan Kişiler

Başkasının bakımında muhtaç olan kişiler de herhangi bir prim ödeme gün sayısı aranmaksızın (bekleme süresi olmaksızın) sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedirler. Bakıma muhtaçlık kavramı maddi ihtiyaç ve doğal ihtiyaçlarını giderebilmek için başkasının desteğine ihtiyaç ihtimallerini içermektedir. Düzenlemede “tıbben başkasının bakıma muhtaç olan kişiler” ile değinilen son ihtimal kastedilmektedir.

Tıbben başkasının bakımına muhtaç kişi “Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş özürlü sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarınca ağır özürlü olduğu özürlü sağlık kurulu raporu ile belgelendirilen kişi...”dir.⁴ Sözü edilen Yönetmelikte ağır özürlü, “Özür durumuna göre tüm vücut fonksiyon kaybı oranı %50’nin üzerinde olduğu tespit edilen özürlülerden; beslenme, giyinme, yıkanma ve tuvalet ihtiyacını giderme gibi öz bakım becerilerini yerine getirmede, kendi başına hareket etmede veya iletişim kurmada zorluk ya da yoksunluk yaşadığına ve bu becerileri başkalarının yardımı olmaksızın gerçekleştiremeyeceğine tıbbi olarak karar verilen kişiler...” olarak tanımlanmıştır (Md. 4).⁵

c. Sosyal Sigorta Gelir veya Aylığı Alan Kişiler

Sosyal sigortalardan gelir veya aylık almakta olan kişiler, 18 yaşını doldurmamış çocuklar ve tıbben başkasının bakımına muhtaç kişiler gibi, sağlık hizmeti talebi için belirli bir süre prim ödeme gerekliliği olmayan kişiler arasına alınmıştır. Bu sonuca, Md. 67/I-a’nın lafzından varılmaktadır. Çünkü, düzenlemede söz konusu kişiler kendilerine açık bir yollama yapılarak, önceki bir yılda toplam 30 gün prim ödeme gerekliliği olan kişilerin dışında tutulmuşlardır.⁶ Ayrıca, her ay otuz tam gün prim ödeme gerekliliği getiren düzenlemenin (Md. 88/III ve IV) de dışında bırakılmışlardır. Aktif sigortalılık döneminde gerekli prim ödeme koşulunu yerine getirmiş emeklilerden, özellikle yetersiz gelir ve aylık düzeyleri dikkate alındığında, ayrıca pasif dönemde de prim ödemelerini beklemek uygun düşmeyecekti.

d. Bağlı Sigortalılıktan Çıkan Kişiler

Bağlı sigortalılar asli sigortalı üzerinden GSS kapsamında olan kişilerdir. 5510 SK zorunlu veya isteğe bağlı sigortalı olmayan eşi, eğitim durumlarına göre, 18, 20 ve 25 yaşına kadar olan çocukları, geçimi sigortalı tarafından sağlanan ana ve babayı bakmakla yükümlü olan kişi olarak tanımlanmıştır (Md. 3/10). Bu kişiler bağlı sigortalı durumundan çıkabilirler.

Örneğin, eş çalışmaya başlayabilir. Çocuklar yaş sınırını doldurabilir, anne ve baba bakılma yükümlüğünün dışında kalabilirler. Asli sigortalı vasıtasıyla sürmekte olan sosyal sigorta ilişkisi son bulduğunda, kişiler yeni konumlarına uygun olarak yine GSS kapsamına gerecektir. Bu halde, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, durumlarının gereği olan bekleme sürelerini tamamlamaları gerekecektir.

5510 SK söz konusu kişileri dikkate alarak, onları bekleme süresinin dışında tutan bir kural getirmiştir. Md. 67/II’ye göre, “... genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamından çıkanların genel sağlık sigortalısı olduğu tarihten itibaren otuz gün içinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki prim ödeme gün sayısı aranmaz.” Düzenleme gereği, asli sigortalı olan eski bağlı sigortalılar, bekleme süreleri dolmadan da sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir.

e. Aylıksız İzinden Dönen Kişiler

“Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, ilgili kanunları gereğince kullandıkları aylıksız izin sürelerinin bitiminden sonra göreve başlayanlar ile göreve başlaması için tanınan süreler ile bir yıl ve daha az süreyle aylıksız izne ayrılanların aylıksız izin sürelerinde bu Kanunun 67 nci maddesinde aranan 30 günlük prim ödeme şartı aranmaz” (Md. 45/son). Aktarılan hükümden anlaşıldığı kadarı ile, aylıksız izne ayrılan kamu görevlileri görevlerine döndüklerinde, GSS edimlerinden yararlanmak için 30 gün prim ödemek zorunda kalmamaktadırlar.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu aylıksız izin konusuna ilişkin düzenlemelere örnek olarak verilebilir. 657 SK’ya göre, 10 hizmet yılını tamamlamış memurlara istekleri halinde (herhangi bir gerekçe aramadan) 6 aya kadar, yakınlarından birinin (ana, baba, eş çocuk, kardeş) hastalığı veya kazaya uğraması halinde 6 aya kadar, doğum yapan kadına 12 aya kadar, yurt dışında görevlendirilenlere ve kamu görevlisi eşlerine bir yıl, muvazzaf askerlik yapanlara askerlik süresi boyunca aylıksız izin verilmektedir (Md. 108).

Sözü edilen durumlarda, kişilerin GSS primlerinin ödenmediği varsayımından yola çıkılmıştır. Bu varsayım askı halinde de prim ödenen durumlarda işlevsiz kalacaktır. 4688 SK'ya göre sendika veya konfederasyon yöneticileri (ilk genel kurula kadar sevk ve idare edecek yönetim kurulu üyeleri, genel kurulda yönetim kuruluna seçilenler ile sendika şube yönetim kurulu üyeleri) seçildikleri tarihten itibaren otuz gün içerisinde ayrıca yazılı talepte bulunmaları halinde, bu görevleri süresince aylıksız izne ayrılırlar (Md. 18/IV). Aylıksız izne ayrılan yöneticilerin süreleri, primlerinin yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla, kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılmaktadır (Md. 18/VI).^{7 8}

Asıl önemli olan husus, aylıksız izinde olan kişilerin, bu konumda dahi GSS kapsamına alınmış ve prim ödemek zorunda olmalarıdır.

Acil servis ise tıp sözlüğünde, “uzmanlaşmış bir ekip ile yılın 365, haftanın 7 günü ve günün 24 saati hizmet veren, hastaneye acil olarak başvuran hastanın şikayetlerini ve istemlerini ilk planda ve hızla çözebilecek bir alt yapıya sahip, temel sorunu saptayacak ve tedavi edecek donanımı bulanan, kısa süreli tedavi ve izlem gerektiren olguları hospitalize edebilen sistemin bütünü ...” olarak tanımlanmaktadır.

Kalp krizi, ağır ağrı, trafik kazası, felç, ağır yanık gibi hayati tehlike doğuran veya vücut bütünlüğünü tehdit eden durumlar acil olarak kabul görmektedir. Hasta yoğun bakıma alındığında acil olma hali devam ediyor demektir. Hemen müdahale sonrası yaşam tehlikesi, vücut bütünlüğüne yönelik tehdit veya yaşamı zorlaştıran olgu ortadan kalktığında (kanama durduğunda, kriz geçtiğinde, kırık alçıya alındığında, katlanılması zor olan ağrı dindirildiğinde), hasta normale dönmüş sayılmaktadır.

Acil müdahale için bekleme süresi gerekmeyen sigortalı normale döndüğünde; tedavisinin devam edebilmesi için, yeterli prim ödeme gün sayısı yok ise, konumuna uyan bekleme süresinin tamamlanmasını beklemek zorunda kalacaktır.

Çünkü, 5510 SK Md. 60/I-g, herhangi bir şekilde GSS ile ilgisi kurulamamış kişileri kapsamına almaktadır. Dolayısıyla, aylıksız izin döneminde zaten diğerleri sıfatıyla (önceki bir yılda veya her ay)⁹ 30 gün GSS primi ödemek zorunda olan kamu görevlilerinden izin dönüsünde 30 günün aranmamasının bir anlamı olmayacaktır.

2. Bekleme Süresi Aranmayan Haller

Bu haller düzenlemede acil haller, iş kazası, meslek hastalığı, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar, koruyucu sağlık hizmetleri, analık, afet, savaş, grev ve lokavt olarak açıklanmıştır.

a. Acil Haller

Acil hal kavramı hemen müdahale gerektiren tüm durumlar için kullanılır. Tıpta acil müdahaleler için acil servis birimleri oluşturulmuştur.

Bu andan itibaren sigortalı normal tedaviye alınmaktadır.

Acil müdahale için bekleme süresi gerekmeyen sigortalı normale döndüğünde; tedavisinin devam edebilmesi için, yeterli prim ödeme gün sayısı yok ise, konumuna uyan bekleme süresinin tamamlanmasını beklemek zorunda kalacaktır.

b. İş Kazası ile Meslek Hastalığı

5510 SK Md. 13'de iş kazası, Md. 14'de meslek hastalıkları tanımlanmıştır. Tanımlara uygun bir işgöremezlik hali ortaya çıktığında, sigortalının sağlık edimlerine ulaşması için, bekleme süresi aranmayacaktır. Meslek hastalığı, tekrarlanan olumsuz koşullar sonucu, asgari bir süre çalıştıktan sonra ortaya çıktığı için, bu süre bekleme süresini aşacaktır. Ancak, iş kazası ani, beklenmeyen bir etkenle meydana geldiğinden,

bekleme süresi henüz gerçekleşmemiş olabilir. Anılan nedenle, 506 SK hükmüne paralel olarak getirilen bu hüküm, isabetli olmuştur.

Bilindiği üzere, bekleme süresinden muafiyet sadece çalışan genel sağlık sigortalılar için söz konusudur. Çünkü, sözü edilen riskler diğer sağlık sigortalılarını ilgilendirmemektedir. Onlar, eğer bir kaza meydana gelir ise, hastalık (Md. 15/I) edimlerinden, bu edimler için gerekli -aşağıda açıklanan- bekleme süresi dolduktan sonra yararlanacaklardır.

c. Bildirimi Zorunlu Bulaşıcı Hastalıklar

Bulaşıcı hastalıkların ihbarı ve bildirimi hususunda gerekli düzenlemeleri yapmaktan sorumlu kurum Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüdür. Bildirimi Zorunlu Bulaşıcı Hastalıklar dört gruptur.¹⁰ A (23 hastalık), B (4 hastalık), C (15 hastalık) ve D (9 hastalık) gruplarına ayrılmış bulunan hastalıklar toplam 51 adet olarak belirlenmiştir.¹¹

Listede adı geçen hastalıklarından birine yakalanmış olan kişi için, başvuru sağlık kurumunun herhangi bir prim ödeme gün sayısı aramaması gerekmektedir. Burada, kişide mevcut hastalığın bulaşma riski dikkate alınarak, toplum sağlığını yani, kamu düzenini koruma amacı mevcuttur.

d. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Koruyucu sağlık hizmetleri, kişilerin hasta olmalarını engellemek için¹² sunulan hizmetlerdir. İnsan sağlığına zararlı olan madde bağımlılığının önlenmesi de kapsama dahildir (5510 SK Md. 63/I-a). Bu hizmetler aile hekimleri tarafından yürütülen kişiye yönelik rehberlik, sağlığı geliştirici ve koruyucu hizmetlerdir.¹³ Sağlık geliştirme ve koruma amaçlı olanlara bağışıklama programı ve gebe aşıları örnek olarak verilebilir (Md. 7). Çevre sağlığı ve bulaşıcı hastalıklara karşı alınacak önlemler de bu kapsamdadır.

Kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmeti GSSİY’de “kişilerin hastalıktan korunması veya sağlıklı olma halinin sürdürülmesi amacıyla kişiye yönelik olarak finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri” olarak tanımlanmıştır (Md. 4/t). Tanımda iki husus dikkat çekmektedir. Mevcut

sağlıklı halin sürdürülmesi ve olası hastalıklardan korunma.

28.12.1993 tarih ve 3960 sayılı Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu ile bazı hastalıklar koruyucu sağlık hizmeti kapsamına alınmıştır. Kanuna göre, “Devlet, kalıtsal kan hastalıklarından thalessemia ve orak hücreli anemi dahil olmak üzere, bütün kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürüllüğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele eder. Bunun için gerekli ödenek Sağlık Bakanlığı yılı bütçesine konulur.” (Md. 1).

Yukarıda tanımı yapılan ve kapsamı açıklanmaya çalışılan koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanmak için, herhangi bir prim ödeme gün sayısı aranmayacaktır. Niteliği dikkate alındığında, bu hizmet kamu sağlığını ve düzenini ilgilendirmekte olup, sunulması da kamunun sorumluluğunda bulunmaktadır.

e. Analık

Analık halini çalışan ve çalışmayan genel sağlık sigortalıları için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Kavram 5510 SK’nın sosyal sigortalara ilişkin kısmında şu şekilde tanımlanmıştır. “... Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan 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 özürüllük halleri analık hali kabul edilir” (Md. 15/II). Analık halinde hak sahibine sunulacak sağlık edimleri ise, “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” olarak belirlenmiştir (Md. 63/I-c).

Yukarıda yapılan tanım kapsamında kalan analık halinde, 63. maddede sunulacak sağlık

hizmetleri için bekleme süresi aranmamaktadır (Md. 67/D). 506 SK sigortalı kadınlar için 90, sigortalı erkeğin sigortasız eşleri için ise 120 gün analık sigortası prim ödenmiş olmasını şart koşmakta idi (Md. 48). 5510 SK'daki düzenleme mevcut hali ile, bekleme süresi aranması itibariyle, daha ileri bir nitelik taşımaktadır.

Analığa ilişkin tanımda asli veya bağlı sigortalı, sigorta aylık veya geliri olan kişi ya da onun bağlı sigortalısı olan kişilerden bahsedilmektedir. Her ne kadar belirtilenlerin dışında kalan sağlık sigortalılara açıkça değinmemekte ise de, tanımın onları da içerdiğini kabul etmek gerekir. Çünkü, diğer sigortalılara özgü ayrı bir tanımın varlığından söz edebilmek mümkün değildir. Onlar da, sunulan sağlık edimlerinden bekleme süresi aranmadan, gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık süre içinde yararlanabileceklerdir. Süre dolduğunda ise, yeni bir rahatsızlık ortaya çıkar ise, hastalık kapsamında gerekli bekleme süresi aranacaktır.

f. Doğal Afet ve Savaş Halleri

5510 SK Md. 75'e göre, "15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamındaki afetler ile 4/11/1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu gereğince ilân edilen savaş halinde genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetleri Kurum tarafından sağlanmaya devam edilir. Ancak, afet veya savaş hallerine bağlı nedenlerden dolayı Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri, giderlerin ödendiği takvim yılı sonu esas alınarak genel bütçeden Kuruma bir yıl içinde transfer edilir."

Düzenlemede belirtilen 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun "Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkında..." uygulanır (Md. 1).

5510 SK'ya göre, bir afetten dolayı veya bu

afet sebebiyle gerçekleştirilen her türlü kurtarma, barındırma, yardım, söndürme, sevk ve tevzi işlerinde çalışanlardan yaralanan veya sakatlanan yahut hastalananlar en yakın hastaneye veya tedavi yerlerine sevk edilirler. Askeri, resmi, yerel yönetimlere ait olan ayrıca hakiki ve hükmi şahıslara ait bütün özel sağlık tesisleri yaralıları hemen kabul ve tedavi etmeye mecburdurlar. Resmi sağlık tesislerinde bulunanlara parasız bakılır. Resmi hastane ve tedavi evlerinde yer olmaması veya tedavi imkânı bulunmaması gibi sebeplerle zaruri olarak hususi hastanelerde yapılan tedavi ücretleri sonradan bu kanuna (7269 SK'ya) göre ödenir (Md. 10). Afetlerin meydana gelmesinden sonra vali ve kaymakamlar bedeli, sonradan ödenmek üzere, hiçbir kayda ve merrasime tabi olmaksızın, tedavi işlerinin gerektirdiği acil satın almaları ve kiralamayı yapmaya yetkili kılınmışlardır (Md. 6/D).

7269 SK ile 5510 SK karşılaştırılacak olur ise, düzenlenen konu bakımından arada bazı farklılıklar olduğu düşünülebilir. Örneğin, 7269 SK kapsamına aldığı doğal afet hallerinde, vatandaşların sağlık hizmetlerinden yararlanması için sigortalı olma, bekleme süresi ve katkı payı ödeme gibi herhangi bir koşul aranmamıştır. Ayrıca, sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünü sadece resmi değil tüm özel sağlık tesislerine getirmiştir. 5510 SK 7269 SK'ya atıf ile, afetzedelerin sağlık hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanmaya devam edileceğini, Kurumun bu sebeple yaptığı giderlerin genel bütçeden karşılanacağını hükme bağlamıştır (Md. 75). Düzenleme bu haliyle, genel sağlık sigortalı afetzedelerden sadece bekleme süresi aranmadığı, halbuki tüm katkı paylarının ödenmesi gerekeceği şeklinde yorumlanabilir. Ancak, 7269 SK'nın, doğal afetlerde sunulacak sağlık hizmetleri bakımından 5510 SK'ya nazaran özel olması, ayrıca Kurumun bu sebeple yapacağı giderlerin genel bütçeden karşılanacağı hususu, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından afetzedeler için koşulsuz sağlık hizmeti sağlama gerekliliği doğurmaktadır.

5510 SK Md. 75, savaş halini doğal afetlere benzer şekilde düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu gereğince ilân edilen savaş halinde

genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetleri Kurum tarafından sağlanmaya devam edilir. Sözü edilen kanun seferberliği de düzenlemesine karşın,¹⁴ 5510 SK sadece savaş haline atıfta bulunmuştur. Savaş 2941 SK'da "Devletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere Devletin maddi ve manevi tüm güç ve kaynaklarının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadeledir." şeklinde tanımlanmıştır (md. 3/5). Doğal afetlerde olduğu gibi, savaş halinde de, Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalılara herhangi bir koşul aramadan sağlık hizmeti sağlamak zorundadır.

g. Grev ve Lokavt Hali

İş mücadelesinin zor yollarından olan grev ve lokavtın sosyal güvenlik haklarına etkisi ile ilgili iki kural bulunmaktadır. İlk kurala göre, iş mücadelesi süresinde ortaya çıkan sağlık sorunlarının çözümü için sigortalının bekleme süresinin dolması gerekmemektedir (5510 SK Md. 67/D). 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu da bu yolda bir hüküm taşımaktadır. Md. 42/son'a göre "Grev ve lokavt süresince işçiler Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümlerinden yararlanmaya devam ederler."

5510 SK ayrıca, sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen süreyi, sağlık hizmeti talep edilen tarihten önceki bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödeme gün sayısı hesabında dikkate alınmayacağını hükme bağlamıştır (Md. 67/II-d).

B. Bekleme Süresi Aranan Kişiler

Bekleme süresi bir grup sigortalı için önceki bir yılda otuz gün; bir grup sigortalı için ise, her ay otuz gün olarak belirlenmiştir. Ayrıca, bu sigortalılar için ek bir yararlanma koşulu olarak, değişik ölçülerde, prim borcu olmama koşulu aranmaktadır.

1. Önceki Bir Yılda Otuz Gün Prim Ödemesi Gereken Kişiler

GSS'den yararlanabilmek için "60 ıncı mad-

denin birinci fıkrasının (c) ve (f) bentleri 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,..." gerekmektedir (Md. 67/I-a). Hüküm ile, GSS kapsamına alınmış olan kişilerin sağlık hizmeti talebinden önceki bir yılda 30 gün GSS primi ödenmiş olması şartı aranmaktadır.

Bu şart sosyal koruma altına alınanlar (yoksullar, 65 yaş ve özürlü aylığı alanlar, sosyal tazmin alacaklıları ...), sosyal sigorta gelir veya aylığı alanlar ile onların bakmakla yükümlü olduğu kişilerden (bağlı sigortalılarından) aranmayacaktır. Önceki bir yılda 30 gün prim ödeme gerekliliği aranmayanlar dışarıda bırakıldığında, bu şartın arandığı kişiler olarak, 60. madde kapsamına girenlerden geriye işçi ve kamu görevlisi konumunda çalışanlar, bağımsız çalışanlar (Md. 60/I-a), isteğe bağlı sigortalılar (Md. 60/I-b), yabancılar (Md. 60/I-d), kısa çalışma ödeneğinden yararlananlar (Md. 60/I-e) ve diğerleri (Md. 60/I-g) kapsamına giren kişiler kalmaktadır. Ancak, her ay 30 gün prim ödemek zorunda olanlar başlığı altında ele alındığı üzere, 88. madde ile bu hükme aykırı bir düzenleme getirilmektedir.

Önceki bir yıllık süre içinde prim ödenemeyen bazı haller son bir yılın hesabında dikkate alınmayacaktır. Yani, bu durumlar yok sayılacak ve aradaki zaman boşluğu olay öncesi yıldan alınacak süreyle doldurulacaktır. Söz konusu haller düzenlemede " a) Herhangi bir sebeple silâh altına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresi, b) Hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen süre, c) İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortalarından geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği süre, d) Sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen süre" olarak belirlenmiştir.¹⁵

Düzenlemede yer alan "...genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin,... prim ödeme gün sayısının olması..." ifadesi yanılgıya yol açıcı niteliktedir. Çünkü, ifadenin lafzı dikkate alındığında, bağlı sigortalıların da asli sigortalıların dışında ayrıca prim ödeme

yükümü olduğu izlenimini vermektedir. Ancak, bu durum bağlı sigortalı kavramının varlık nedenine aykırıdır. Çünkü, kendisinin de prim ödemesi halinde aile fertleri asli sigortalı konumuna gelecektir.¹⁶

2. Her Ay Otuz Gün Prim Ödemek Zorunda Olan Kişiler

“60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (d) ve (g) bentleri gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar için, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunludur.” (Md. 88/III). Yani, isteğe bağlı sigortalılar, sosyal koruma altına alınanlar, oturma izni olan ve başka ülkede sigortalı olmayan yabancılar ile diğerleri kapsamında olanlar her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmedikçe GSS edimlerinden yararlanamazlar.¹⁷

Düzenlemede sözü geçen isteğe bağlı sigortalılar, yabancılar ve diğerleri kapsamında olan kişiler, yukarıda Md. 67/I-a değerlendirilirken,

aynı konuyu farklı bir şekilde düzenlemektedir. Fıkıradaki kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar¹⁸ her ay 30 gün prim ödemesi gerekenler içine alınmıştır. Böylece, her iki norm bir arada değerlendirildiğinde, tam gün çalışan işçilerin sağlık edimlerinden yararlanmaları için, önceki bir yılda 30 gün prim ödenmiş olması yetecek; kısmi süreli çalışanlar için ise, her ay 30 tam gün ödenme şartı aranacaktır. Böyle bir sonuç, kabulü kolay bir sonuç değildir.¹⁹

Bekleme süresi bakımından durumu tereddüt yaratmayanlar, hiç bekleme süresi gerekemeyen sosyal sigorta gelir veya aylığı olanlar, önceki bir yılda 30 tam gün ödemesi gereken kişiler olarak kamu görevlileri, bağımsız çalışanlar ve işsizlik edimlerinden yararlananlardır. Nihayet belirtmek gerekir ki, Md. 67/I-a kapsamında önceki bir yılda 30 gün prim ödeme gerekliliği getirilen bağımsız çalışanlar, Md. 88/VIII'de ayrıca her ay 30 gün prim ödemek zorunda olan kişiler olarak ifade edilmiştir.²⁰

Tam gün çalışan işçilerin sağlık edimlerinden yararlanmaları için, önceki bir yılda 30 gün prim ödenmiş olması yetecek; kısmi süreli çalışanlar için ise, her ay 30 tam gün ödenme şartı aranacaktır. Böyle bir sonuç, kabulü kolay bir sonuç değildir.

önceki bir yılda 30 gün prim ödemesi gereken kişiler arasında gösterilmişti. Ancak, Md. 88/III söz konusu kişileri yeniden düzenleyerek, bu kez her ay 30 gün prim ödemesi gereken kişiler arasına almıştır. Böylece, aynı kişiler için iki ayrı düzenleme yapılmış olmaktadır.

Mükerrer olduğu izlenimini veren bir başka düzenleme işçi konumunda olanlar içindir. İşçiler Md. 67/I-a kapsamında iken, Md. 88/IV “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanununun 13 ve 14. maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur.” cümlesi ile

Md. 67/I-a ile Md. 88/III, IV ve VIII'in aynı konuyu farklı şekilde düzenlemesi, aynı kanun içinde norm çatışması olgusudur. Aynı düzeyde, aynı tarihli, her ikisi de özel nitelikli olan bu iki normun çatışması sonucu ortaya bir çatışma boşluğu çıkmaktadır. Çözumsuz norm çatışması olarak adlandırılan bu halde, doğan kural boşluğu yargıç tarafından doldurulacaktır.²¹ Yargıç, iki kuraldan adil olduğunu tespit ettiğini veya oluşturacağı daha adil yeni bir kuralı olaya uyarlama yetkisine sahiptir.²² Bu halde, önceki bir yılda 30 gün prim ödenmiş olması seçeneği her ay 30 gün ödeme seçeneğine nazaran daha makuldür.

Her ay 30 gün prim ödeme zorluğunu ve bu durumun GSS'den yararlanmayı olanaksız hale getireceğini öngören yasakoyucu kamu idare-

Bağımsız çalışanların ve diğerleri sıfatıyla kapsamda olan kişilerin sağlık hizmeti talep etmezden önceki sürede 60 günden fazla prim borcunun olmaması gerekir.

leri ve özel sektör çalışanları bakımından ayrı çözüm yolları düşünülmüştür. İlk çözüme göre, kamu idarelerine ait işyerlerinde çalışan sigortalıların iş sözleşmelerinin askıda kaldığı aylara ilişkin GSS primi ilgili kamu idaresince ödenir (Md. 88/IV son cümle). Özel sektör çalışanları için ise, “Şu kadar ki, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı olanların aynı ay içinde zorunlu sigorta kapsamında prim ödeme gün sayısı bulunması halinde, ayın kalan günleri için isteğe bağlı sigorta gün sayısı kadar genel sağlık sigortası primi ödenir” (Md. 88/III) hükmü getirilmiştir. Hüküm, primi olmayan günler için, kişilere isteğe bağlı olarak prim ödeme yolunu açmaktadır.²³ İsteğe bağlı sigortayı düzenleyen 50. madde de zaten sigortalılar için aynı kuralı getirmiştir.

3. Prim Borcu Olmama Koşulu

GSS'den yararlanabilmek için bazı sigortalılardan ek koşul aranmaktadır. Ek koşul sigortalıların konumuna göre değişmektedir. Bazı sigortalılarda 60 günden fazla; bazılarında ise, hiç prim borcu olmama şartı aranmaktadır. Bağımsız çalışanların ve diğerleri sıfatıyla kapsamda olan kişilerin sağlık hizmeti talep etmezden önceki sürede 60 günden fazla prim borcunun olmaması gerekir.²⁴ Borç bulunmaması şartı, “prim ve prime ilişkin her türlü borç” ibaresi ile, sadece hizmetin beklendiği GSS için değil, ayrı bir hukuki varlık olan uzun ve kısa vadeli sigorta dalları (sosyal sigorta) için de aranmaktadır. Düzenleme Sosyal Sigorta Hukuku'nun niteliğine uymadığı gibi, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden olan edim karşı edim ilişkisine dahi aykırıdır.

Prim borcu olmaması gereken diğer grup isteğe bağlı sigortalılar ile yurt dışında sigortalı ol-

mayan ve oturma izni almış yabancılardır. Değinen kişiler bakımından, süre verilmeksizin, hiç prim borcu olmaması kurala bağlanmıştır.²⁵ Hiç prim borcu olmama şartı ile söz konusu kişiler sigortalılık yaşamlarında sadece bir gün eksik prim ödemiş veya ödemede gecikmiş olsalar dahi, sağlık hakkını kullanamaz duruma düşürülmektedirler.²⁶

Tek başına ele alındığında ve lafzi yorum yapıldığında kuralın açık manasına uygun davranmak gerekecektir. Ayrıca, açıklanan durum GSS'nin “sigorta” mantığına uygun görülebilir. Ancak, “genel” vasfına uygun düşmez. İlave olarak, yasanın bünyesinde mevcut iki ayrı kural ile de bağdaşması mümkün değildir. 5510 SK'da “Bu kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primler arasında ilişki kurulamaz” hükmü mevcuttur (Md. 62/son). Diğer kurala göre, sosyal sigortalı (kısa ve uzun vadeli sigorta) ve genel sağlık sigortalı olmak zorunludur. Sigortalılık hak ve yükümlerinden vazgeçilemez (Md. 92/I). Bu şekilde sistematik yoruma başvurulduğunda, hem 5510 SK'nın belirtilen diğer ilgili normları (Md. 62/son ve Md. 92/I), hem de genel sağlık sigortasının evrensel niteliği, hiç prim borcu olmaması gerekliliği arayan Md. 67/I-c ile bağdaşmamaktadır. Hiç prim borcunun olmaması şartı GSS primleri dışında sosyal sigorta primleri için de arandığında, yukarıda bu durum için yapılan değerlendirme de dikkate alınacak olur ise,- anayasal temeli olan sosyal güvenlik hakkının (Md. 60) kullanılmaz hale getirilmesi söz konusu olmaktadır.

Prim borcu olmaması gereken kişiler kapsamına işçiler, kamu görevlileri, sosyal korumaya alınanlar ve kısa çalışma ödeneğinden yararlananlar alınmamıştır. Yani, onların GSS veya sosyal sigorta prim borçlarının olması sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını engellemeyecektir. Prim borcu bulunmaması gereken kişilerin hangi ölçüye göre belirlendiğini ayrıca, yararlanmayı engelleyen borcun miktarının farklılaştırılmasının nedenini ve kapsamına alınan kişilerin dayandığı makul ölçüyü bulabilmek mümkün değildir. Söz konusu düzenlemeler, değinen nedenlerle eşitlik ilkesine de aykırıdır.²⁷

GSS kapsamına alınmış olan kişilerin edimlerden yararlanmaları için gerekli olan bekleme süresi ve prim borcunun olmaması koşulları bakımından, yukarıda anlatılanlar şu şekilde bir tabloda görsel hale getirilebilir:

KAPSAMDAKİ KİŞİLER	BEKLEME SÜRESİ		PRİM BORCU
	Önceki 1 yılda 30 gün (67/I-a)	Her ay 30 tam gün	
İşçiler (60/I-a)	(+) tam gün çalışma	(+) kısmi çalışma (88/IV)	-
Kamu görevlileri (60/I-a)	(+)	-	-
Bağımsız çalışanlar (60/I-a-2)	(+)	(+) (88/VIII)	60 günden fazla olmamalı (67/I-b)
İsteğe bağlı sigortalılar (60/I-b)	(+)	(+) (88/III)	Hiç olmamalı (67/I-c)
Sosyal koruma kapsamında olanlar (60/I-c)	(-)	(+) (88/III)	-
Yabancılar (60/I-d)	(+)	(+) (88/III)	Hiç olmamalı (67/I-c)
İşsizlik edimlerinden yararlananlar (60/I-e)	(+)	-	-
Gelir veya aylık alanlar (60/I-f)	(-)	-	-
Diğerleri (60/I-g)	(+)	(+) (88/III)	60 günden fazla olmamalı (67/I-b)

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASI EDİMLERİNDEN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİ SON BULDUKTAN SONRA YARARLANMADA PRİM KOŞULU

A. Genel Olarak

Sigortalı kapsamına giren kişiler (5510 SK Md. 60), sigortalılıklarının başlamasını gerektiren (eğitim, staj, çalışma, vergi mükellefiyetinin başlaması gibi) eylemlerde bulduklarında (5510 SK Md. 7) veya statüye girdiklerinde (yabancılar, vatansızlık, sığınmacı olma ...) sosyal sigorta ilişkileri başlamaktadır. Sürmekte olan hukuki bağ yani "Sigortalılık, bu Kanunda sa-

yılan sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona erer." (5510 SK Md. 92/III). Sigortalı sayılmayı gerektiren eylem son bulduğunda veya statü ortadan kalktığında sosyal sigorta ilişkisi de nihayete erecektir.

Bu düzenlemenin benzeri, prim "ödeme hali sona erenlerin sigortalılık nitelikleri ... ödenen primin ilişkin olduğu son günden başlanarak yitirilmiş" sayılır şeklinde, 506 SK Md. 107/I'de mevcuttu. Aralarındaki görünümdeki fark, son bulma için, ilkinde sigortalılığı doğuran olayın; ikincisinde ise, prim ödeme yükümünün esas alınmasıdır. Ancak, prim ödeme yükümü sigortalılığı gerektiren olaya bağlı olduğu için, aslında her iki kural arasında hukuki sonuç bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

506 SK'nın 107. maddesi hükmü, doğurduğu sorunlar nedeniyle, öğreti ve yargı kararlarında katı bulunarak esnetilmeye çalışılmış; daha sonra da kural sigortalılık "... hastalık ve analık sigortalarının uygulanmasında ödenen primin ilişkin olduğu günü takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır." şeklinde yeniden düzenlenmiştir.²⁸ Böylece sosyal sigorta ilişkisi 10 gün daha uzatılmıştır. Sigortalılık niteliği son bulduktan sonra da sigortalılara sağlık edimleri sunulabilmesi için 506 SK'da sigortalılık niteliğini yitirenlerin önceki bir yılda en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması halinde, kendisi ve bağlı sigortalılarının altı ay süre ile sağlık edimlerine hak sahibi olduğu hükme bağlanmıştır (Md. 40/I).

5510 SK 506 SK'ya benzer bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre, "60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren on gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanırlar. Bu kişilerin sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılıkları varsa, sigortalılıklarını yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle zorunlu sigortalılıklarından sonraki genel sağlık sigortalılıklarından dolayı prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın bakmakla yükümlü olduğu kişiler dahil, sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar." (Md. 67/IV).²⁹

Her iki düzenleme arasındaki fark şu şekilde

tespit edilebilir: 506 SK'da önce sosyal sigorta ilişkisi 10 gün; daha sonra da edim ilişkisi 6 ay uzatılarak sigortalılara 6 ay 10 günlük (toplam 190 gün) bir koruma olanağı sağlanmaktadır. 5510 SK'da ise, sağlık edimlerinden yararlanma önce 10, sonra da 90 gün (toplam 100 gün) uzatılmaktadır. İlk on gün uzatma için herhangi bir prim koşulu aranmamaktadır. Sonraki 90 günlük yararlanma için ise, önceki bir yılda 90 gün prim ödeme gün sayısı aranmaktadır. Yeni düzenleme ile edim ilişkisi yaklaşık iki kat kısaltılmaktadır.

Değirmek gerekir ki, edim ilişkisinin ilk 10 gün uzaması ve ayrıca 90 gün (prim koşulu ile) yararlanma olanağı tanınması sadece bağımlı (işçi, kamu görevlisi) ve bağımsız çalışanlar (Md. 60/I-a) için ifade edilmiştir. Diğer sağlık sigortalıları (isteğe bağlı sigortalılar, sosyal koruma altında olanlar, yabancılar, işsizlik edimlerinden yararlananlar ve diğerleri) bu olanaktan yoksundurlar. Hak ve yükümlülükleri farklı olmayan söz konusu kişilerin çalışanlardan farklı tutulmasının haklı gerekçesini bulabilmek mümkün görünmemektedir. Kural bu hali ile Anayasamızda mevcut eşitlik ilkesine ve genel sağlık sigortasının niteliğine de aykırıdır.

GSS'den sigortalılık bittikten sonra yararlanma olanağının, sigortalılık devam ederken yararlanmaya nazaran bir özelliği vardır. Düzenlemede "...zorunlu sigortalılıklarından sonraki genel sağlık sigortalılıklarından dolayı prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın ..., sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar." denilmektedir (Md. 67/IV). Ancak, yukarıda bağımsız çalışanların ve diğerleri sıfatıyla kapsamda olan kişilerin sağlık hizmeti talep etmezden önceki sürede 60 günden fazla; isteğe bağlı sigortalıların ve yurt dışında sigortalı olmayan ve oturma izni almış yabancıların da, bir gün dahi prim borcu olmaması gerektiği ifade edilmişti (Md. 67/I-b ve c). Değirilen düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, sigortalılıkları sona eren kişiler GSS'den sigortalılık dönemlerine göre daha kolay yararlanabileceklerdir. Yani, sigortalılık döneminde hakları prim borcu gerekçesi ile kısıtlanan kişi, bu vasfını yitirdiğinde kısıtlardan kurtulmaktadır.³⁰

B. İşsizlik Edimlerinden Yararlanan Kişiler Bakımından

İşsizlik edimlerinden yararlanan kişiler GSS kapsamına girmektedirler (5510 SK Md. 60/I-e). İşsizlik edimlerinin işsizlik ödeneği, kısa çalışma ödeneği ve iş kaybı tazminatı türleri bulunmaktadır. İşsizlik ödeneği 4447 SK'da düzenlenmiştir. Bu Kanun kapsamında olan işçiler, gerekli bekleme süresini tamamladıklarında ve diğer koşullar da gerçekleştiğinde, işsizlik sigortasının edimlerine hak kazanmaktadırlar. Bu edimler arasında sağlık hizmeti de bulunmaktadır. Bekleme süresi, son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödenmesi ve bu primlerin işsizlik öncesi 120 gününün kesintisiz olması şeklinde belirlenmiştir (4447 SK Md. 50/II).³¹ Gerekl koşullar gerçekleştiğinde, işsiz kişinin hastalık ve analık sigortası primleri, ödenek aldığı süre boyunca, İşsizlik Sigortası Fon'undan (Md. 53) Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılır (Md. 50/V).

Kamu kurumlarında işten çıkarılan işçilere ödenen iş kaybı tazminatı, Özelleştirme Kanunuyla yürürlüğe konulmuştur.³² Ödeme için bazı koşullar aranmaktadır. İşten çıkarma işlemi, ilgili kamu kurumunda Özelleştirme Kanunu kapsamında yapılmalıdır. İş sözleşmesi sona erdiği tarihte aynı işveren ile iş sözleşmesinin kesintisiz olarak en az 550 gün devam etmiş olması gerekir. İş sözleşmesi çalışma mevzuatı ve tabi olunan toplu iş sözleşmeleri gereği tazminat almaya hak kazanacak şekilde son bulmalıdır (4046 SK Md. 21). Özelleştirme fonundan karşılanan (4046 SK Md. 10) iş kaybı tazminatının fiilen ödendiği süreler için sosyal güvenlik kuruluşları kesintilerini İŞKUR hak sahipleri adına öder (4046 SK Md. 21). İş kaybı tazminatı alanlar 5510 SK md. 4/I-a kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar (4046 SK Geç. Md. 18). Sağlığa ilişkin sigortalılık süreleri tazminatın fiilen ödendiği süreler için farklılık göstermektedir. Bu süreler, hizmet akdinin sona erdiği tarihte aynı işveren ile iş sözleşmesi kesintisiz en az; 550 günden beri devam edenlere 90 gün (3 ay), 1.100 günden beri devam edenlere 120 gün (4 ay), 1.650 günden beri devam edenlere 180 gün (6 ay), 2.200 günden

beri devam edenlere 240 (8 ay) gün olarak saptanmıştır (4046 SK Md. 21/IV).

İşsizlik edimlerinden bir diğeri olan kısa çalışma ödeneğinin verilmesi için işyerine ve sigortalıya ilişkin koşulların yerine getirilmesi gerekir. İşyerine ilişkin koşul, çalışma sürelerinin azalmasına ve faaliyetin durdurulmasına ilişkindir. Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işverenin işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak (en az dört hafta) önemli ölçüde azaltmak zorunda kalmalıdır. Veya aynı gerekçelerle faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak (en fazla üç ay) durdurmalıdır. Sözü edilen süre için yapılan ödemeler İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Ödeme için kişinin işsizlik ödeneği alma şartlarını yerine getirmiş olması gerekir (4447 SK Ek Madde 2). Günlük kısa çalışma "...ödeneginden yararlanana ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler

C. İşsizlik Edimlerinden

Yararlanamayan Kişiler Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere, işsizlik sigortası, işsizlik tazminatı ve kısa çalışma ödeneği sadece işçileri ilgilendirmektedir. İş sözleşmesi ile çalışıp bekleme süresi yeterli olmayan kişiler işsiz kaldıklarında, ilgili kanun ile tanınan işsizlik sigortası edimlerinden ve bu kapsamda sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanamayacaklardır. Ayrıca, işsizlik edimi sunma süreleri son bulduğunda da aynı durum ortaya çıkacaktır.

Kişinin 60. madde kapsamına girmesini gerektiren mevcut konumunun ortadan kalkması (iş sözleşmesinin son bulması, bağımsız çalışmaya son vermesi, kısa çalışma ödeneğinin son bulması ...) halinde iki ihtimal mevcuttur. Bir ihtimale göre, kişi GSS'li olma koşullarını kaybetmektedir. Er ve erbaşlar, hükümlü ve tutuklular, dış temsilciliklerde görev üstlenenler

İşsizlik ödeneği ve iş kaybı tazminatı alan kişilerin sağlık primleri İŞKUR tarafından SGK'ya ödenmektedir.

506 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. ..." (4447 SK Ek Madde 2/III).³³

İşsizlik ödeneği ve iş kaybı tazminatı alan kişilerin sağlık primleri İŞKUR tarafından SGK'ya ödenmektedir. Değinen kişiler, önceki bir yılda 30 gün GSS primi ödenmiş olması şartı ile, sağlık hizmetlerine hak kazanmaktadırlar (Md. 67/I-a). Açıklanan ödenek ve tazminat süreleri içinde sağlık korumasında olan kişiler, ödenek ve tazminat süreleri son bulduğunda GSS'nin kapsamı dışında kalmaktadırlar. Çünkü, Md.67/IV'de dışlandıkları için, sosyal sigorta ilişkisinin sonraya etkisinden yararlanamamaktadırlar.

Kısa çalışma ödeneği alan kişilerin durumu ise diğerlerinden farklıdır. Çünkü, onların iş ilişkileri sürmektedir. Ödenek alınan sürede sağlık hizmetlerinden yararlanacaklardır. Kısa çalışma sırasında veya sonrasında iş ilişkileri son bulacak olur ise, durumları işsizlik edimlerinden yararlanmaya hak kazanıp kazanmadıklarına göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.

örneğinde durum böyledir.³⁴ Diğer ihtimalde ise, 60. maddede mevcut bir başka düzenleme kapsamına girmektedir. Bu halde ilgilinin gelir düzeyi rol oynayacak, ya yoksul (Md. 60/I-c-1) ya da varsıl (geliri yoksulluk sınırları üstünde olup çalışmayan ve sosyal koruma kapsamında olmayan) bir kişi olarak diğerleri konumunda (Md. 60/I-g) kapsama girecektir.

Yoksul konumundaki kişinin sağlık hizmeti talebi bakımından 100 gün bir anlam taşımamaktadır. Çünkü, onlar için herhangi bir bekleme süresi bulunmamaktadır (Md. 67/I-a). Yani, sigortalıklarının ilk günü dahi sağlık hizmetlerinden yararlanabilirler. Onlar için sorun primlerinin ve katkı paylarının ödenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü, yoksullar için prim ödeme yükümlüsü ilgili kamu idaresidir (Md. 87/c). Ancak, ilgili kamu idaresinin hangisi olduğu 5510 SK'da belirlenmemiştir. Ayrıca, sağlık hizmetlerinden yararlanmak için gerekli olan katkı payını, -sonradan kendisine ödenecek olsa da,³⁵ - önce yoksulun ödemesi gerekmektedir (5510 SK Md.68/V). Katkı

payına ilişkin düzenlemede bu payı yoksula ödeyecek makam olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Vakıfları gösterilmiştir. Anılan nedenle, prim yükümlüsü olarak da bu makamın belirlenmiş olduğu düşünülebilir.

Varsıl olarak GSS'li olanlar için ise, bir bekleme süresi mevcuttur. Bu süre, yukarıda değinildiği üzere tartışmalı olup, ya önceki bir yılda 30 gün (Md. 67/I-a) ya da her ay 30 gün (Md. 88/III) olarak kabul edilecektir. Her halükarda varsıl sigortalı 100 gün içinde kalan 30 günde gerekli prim ödeme gün sayısını tamamlayacak, tamamlama süresi içinde önceki sigorta ilişkisinin ardıl etkisinden yararlanacaktır.³⁶

D. Kız Çocukları Bakımından

Kız çocuklarını bağlı sigortalı ve ayrıca hak sahibi olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Sosyal sigorta ilişkisinin ardıl etkisi sadece asli sigortalıları değil, bağlı sigortalıları da kapsamaktadır. 5510 SK Md. 67/IV bu hususu "60'ncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren on gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanırlar. Bu kişilerin ... sigortalılıklarını yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle ... bakmakla yükümlü olduğu kişiler dahil, sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar." şeklinde ifade etmiştir. Anılan nedenle, bağlı sigortalı (bakmakla yükümlü olunan kişi) sıfatını kaybedenler 100 gün daha sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir.

Konu hak sahipleri açısından ele alındığında, asli sigortalısı üzerinden aylığa hak kazanan eş, çocuk, ana ve baba aylık aldıkları dönemde sağlık hizmetlerinden doğrudan yararlanmaktadır. Hak sahipliği sıfatı son bulduğunda, sağlık edim ilişkisi de son bulmaktadır. Çünkü, sosyal sigorta ilişkisinin ardıl etkisini düzenleyen Md. 67/IV'de sadece zorunlu sigortalılara atıfta bulunulmakta (Md. 60/I-a), gelir ve aylık alanlardan (Md. 60/I-f) söz edilmemektedir.

Kız çocukları evlendiklerinde gelir veya aylıkları kesilmekte, talepte bulunmaları halinde kendilerine gelir veya aylıklarının iki yıllık tutarında evlenme yardımı yapılmaktadır (5510 SK Md. 37). Bu durumda, yukarıda değinildiği

üzere, kişinin sosyal sigorta ilişkisinin art etkisi olmadığı için, Sosyal Güvenlik Kurumu ile ilişkisinin kesilmesi ve kız çocuğu sıfatıyla GSS'den yararlanamaması gerekir. Eşi üzerinden bağlı sigortalı sayılmadığı takdirde, kız çocuk sağlık hizmetlerinden yararlanamayacaktır. Söz konusu durumun neden olacağı sakıncayı ortadan kaldırmak üzere, Kanunda olmamasına karşın, GSSİY ile kız çocukları, aylıkları kesildiği tarihten itibaren iki yıl boyunca, gelir ve aylık alanlar konumunda GSS kapsamında sayılmışlardır.³⁷

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Genel değerlendirmede, anlatılan konulardan en fazla dikkat çeken hususlar özetlenerek okuyucunun dikkatine sunulur. Yukarıda ele alınan her başlık altında birçok özüllü düzenleme örneği verilmiştir. Tümünü burada tekrar etmek geniş bir alanı gerektirmektedir. Anılan nedenle, özet olarak ifade etmek gerekirse, konu ile meşgul olan akademisyenlerin her vesile ile açıkladığı gibi, yasa hükümleri Sosyal Güvenlik Hukuku'nun temel ilkeleri ile uyumlu değildir. Birçok kuralı Anayasa'mızı ihlal etmektedir. Getirildiği iddia edilen genel sağlık sigortası müessesesinin niteliğine aykırıdır. En önemli olan husus da, normlarının kendi içinde dahi tutarlı olmayıp, birçoğunun bir diğeri ile çelişkili olmasıdır.

Mevcut hali ile, birbirinin yazdığından habersiz farklı kişiler veya daha önce ne yazdığını unutan dalgın kişiler tarafından kaleme alındığı izlenimi vermektedir. Bu acemi yasa ürününün vatandaşı fevkalade mağdur edeceği ve yargıyı da anlamsız yere yoracağı muhakkaktır. Taşındığı ağır hasar nedeniyle düzeltilmesi olanak dahilinde olmayan 5510 SK'nın tümünü yürürlükten kaldırmak gerekir. Bunun için acilen, İş Kanunu örneğinde olduğu gibi, akademisyenlerden oluşan bir bilim kurulu kurulmalı, bünyesine Sosyal Güvenlik Hukuku dışında kalan diğer bilim dallarından da (İdare Hukuku, İcra İflas Hukuku, Ceza Hukuku ...) akademisyenlerin katılması sağlanmalıdır. Ancak, mevcut siyasi tablo dikkate alındığında, bu beklentinin kısa vadede gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Hediye ERGİN, Genel Sağlık Sigortasında Geline Son Durum, Sicil, Eylül 2008, 122; Özkan BİLGİLİ, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Ankara, 2008, 439.
- 2 SHÇEK Aynı ve Nakdi Yardım Yönetmeliği (SHÇEK. ANYY.) Md. 4 de aynı tanımı getirmiştir. RG: 28.9.1986, 19235
- 3 SHÇEK ANYY. Md. 6/b.
- 4 Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği, (GSSİY) Md. 4/kk. RG: 20 Ağustos 2008.
- 5 Halbuki, "Tıbben başkasının bakıma muhtaç olan kişiler" ifadesi yanlış anlamaya elverişli olup, sürekli tıbbi destekle hayatta kalma durumunu çağrıştırmaktadır. Bu nedenle, ilgili Yönetmelikte kullanılan ağır özürlü ibaresi tercih edilse idi, daha teknik olması nedeniyle, daha uygun olacaktı.
- 6 Md. 67/I- a) : "60 ıncı maddenin birinci fıkrasının ... (f) bentleri 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,..."
- 7 Kanuna göre, kurumlarından aylıksız izinlisayılan yöneticiler (sendika, konfederasyon ve şube yönetim kurulu üyeleri) ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderlerinin kurumlarınca karşılanmasına devam olunur (Md. 18/VII). Ancak, GSS. yürürlüğe girmiş olmakla bu hükmün bir anlamı kalmamıştır.
- 8 Konuya ilişkin bir başka örnek, 3797 Sayılı Milli Eğitim Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında ... Kanun'dur. Öğretmenlerin atama ve yer değiştirmelerine ilişkin düzenlemede "Özüre dayalı yer değiştirme istekleri, yerine getirilemeyenlere, istekte buldukları yere atanmaya hak kazanıncaya kadar, aylıksız izin verilebilir. Bu şekilde aylıksız izin verilen öğretmenler, bağlı buldukları il milli eğitim müdürlüklerine bu amaçla tahsis edilmiş bulunan boş öğretmen kadrolarına aylıksız izinli olmak şartıyla atanır." hükmü bulunmaktadır (Md. 61/VI).
- 9 Aşağıda, diğerleri (Md. 60/I-g) kapsamında olan kişilerin, hem önceki bir yılda 30 gün (Md. 67/I-a), hem de her ay 30 gün (Md. 88(III)) prim ödeme zorunluluğu getiren hüküm içinde olduğu hususu açıklanmaktadır.
- 10 06.11.2004 Tarih ve 25635 Sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Hakkında Tebliği
- 11 Md. 3: A Grubu Hastalıklar şarbon, bruselloz, kuduz ve kuduz riskli temas, sıtma şark çıbanı, poliomyelit, difteri, boğmaca, tetanos, neonatal tetanos, kabakulak, kızamık, kızamıkçık, tüberküloz, HIV Enfeksiyonu, AIDS, gonore, sifilis, tifo, akut kanlı ishal, kolera, viral hepatitler (Akut) be meningokokkal hastalık olarak saptanmıştır. B Grubu Hastalıklar sarı humma, veba, tifüs ve çiçektir. C Grubu Hastalıklar trahom, influenza, lejyoner hastalığı, tularemi, kisthidatik(ekinokokkoz), akut hemorajikateş, toksoplazmoz, subakut sklerozan pananselalit, leptospiroz, shistosomiyaz, lepra, kongenital Rubella sendromu, visseral leishmaniosis (kala-azar), cretfelt jakob hastalığı, hemophilus enfluenza tip b menenjitisi olarak belirlenmiştir. D Grubu Hastalıklar ise şunlardır: Cryptosporidium, giardia intestinalis, campylobacter jejuni, listeria monocytogenes, salmonella, chlamydia tachomatis, enterohemorrhagice coli, entamoeba, histolytica ve shigella.
- 12 Yasada "Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın" ifadesi kullanılmaktadır. Uygun olmayan bu ifade ile, kişilerin hasta olmaları beklenilmeksizin yani, hasta olmalarını engellemek amacıyla sunulan sağlık edimleri kastedilmektedir.
- 13 Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik Md. 4/c.
- 14 Md. 3/1'e göre "Seferberlik: Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir."
- 15 Sözü edilen haller ve sosyal sigorta ilişkisine etkisi hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman BAŞTERZİ, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara, 2007, 100 vd.
- 16 Anılan nedenle normdaki bakmakla yükümlü olunan kişiler ifadesinin çıkarılması gerekir. Kanunda bu kişilere prim ödeme yükümü getirilmemiş olduğu hususu (bkz. Md. 87) dikkate alındığında, genel sağlık sigortasının mantığı ile çelişen değinilen ifade yok sayılmak gerekir.
- 17 Sağlık hizmetlerinden yararlanma konusu kısmen, aynı başlığı taşıyan, 67. maddede düzenlenirken; kısmen de "Primlerin ödenmesi" başlığını taşıyan 88. maddede düzenlenmiştir. Bu durum yasanın sistematik bozukluğuna bir başka örnektir.
- 18 "kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar" ifadesiyle gereksiz bir şekilde mükerrer olarak kısmi süreli çalışmanın değişik ihtimalleri açıklanmıştır.
- 19 Yasaya aykırı yargıç hukukunun dayanaklarından biri de üstlenilemez normdur. Böyle bir norm saptadığında yargıç ona karşı direnme hakkına sahiptir. Bkz. Ali Nazım SÖZER, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2008, 163, 164. Sosyal güvenlik, sosyal adalet ve eşitlik gibi temel ilkelere aykırı böyle bir normun uygulanma yeterliliği olamaz. Direnme sonrası yapılacak işlem için bkz. aynı eser, 168.
- 20 Her ay 30 gün prim ödeyecekler 88. maddenin III. fıkrasında açıklanmış iken, araya başka konuların konulduğu bazı fıkralardan sonra VIII. fıkrada prim ödeme koşulunun, bu kez bir başka grup sigortalı için, yeniden düzenlenmesi yasayı ulaşılabilir, anlaşılabilir olmaktan çıkarmaktadır. Kaldı ki, konunun ilk hükme bağlandığı madde yukarıda değinildiği üzere, 67'dir.
- 21 SÖZER, Yöntembilim, 61, 62.
- 22 İstisnai bir nitelik taşıyan norm çatışmaları 5510 SK. için olağan sayılabilir. Sadece bu makale sınırları içinde verilen örnekler dahi bu sav için yeterlidir.
- 23 Kural, lafzı dikkate alındığında, isteğe bağlı sigortalı olanlar için getirildiği, her ay 30 tam gün prim ödeme yükümü getirilen diğer kişileri (kısmi süreli çalışan işçiler, sosyal koruma altında olanlar, yabancılar ve diğerleri) ise

- kapsamı dışında bıraktığı izlenimi vermektedir. Ancak, "...aynı ay içinde zorunlu sigorta kapsamında prim ödeme gün sayısı bulunması halinde..." ibaresi, tam gün prim ödeyemeyen diğer sigortalıları da kapsama alma niyetini ortaya koymaktadır. GSS'de prim ödeme koşulu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Özkan BİLGİLİ, "GSS Prim Gün Sayısı Her Ay 30 Tam Gün Olmalı"(Mı?) YAKLAŞIM DERGİSİ 2009/Şubat sayısına yayın için gönderilen makale. Ayrıca bkz. aynı yazar, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Ankara, 2008, 441.
- 24 İlgili kurala göre, sağlık hizmeti talep edebilmek için "60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (g) bendine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması ..." şarttır (Md. 67/I-b).
- 25 "60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentlerde sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması, şarttır" (Md. 67/I-c).
- 26 Bu durum sosyal güvenlik mevzuatımızda bir ilk olmayıp, 4447 SK.'da da örneği bulunmaktadır. Aşağıda, "İşsizlik Edimlerinden Yararlanan Kişiler Bakımından" alt başlığında da değinildiği üzere, İşsizlik Sigortası edimlerinden yararlanmak için, son üç yıl içinde en az 600 gün işsizlik sigortası prim ödenmiş olması yeterli görülmemiş ayrıca, yapılan başvurudan önceki 120 gün eksiksiz prim ödeme koşulu getirilmiştir (Md. 50). Bu durum hak sahiplerinin çifte bekleme süresi ile karşı karşıya kalmasına, taleplerde kısıtlamaya ve giderek artan İşsizlik Sigortası Fonu'nun da amaç dışı alanlarda kullanılmasına neden olmuştur. 15.5.2008 Tarih ve 5763 SK. Md. 19 ile eklenen 4447 SK. Geç. Md. 6 ile Fonun nema gelirlerinin bir kısmı Güneydoğu Anadolu Projesi için tahsis edilmiştir.
- 27 Ali Rıza OKUR, "Genel Sağlık Sigortası", 11 Haziran 2005 tarihinde Galatasaray Üniversitesinde "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma" konulu seminerde sunulan tebliğ; ERGİN, 122.
- 28 Bkz. Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir, 1991, 104, 105.
- 29 BAŞTERZİ, 132.
- 30 Bu durum, 5510 SK.'un yurt dışı desteklerle hazırlansa da, ne kadar özensiz ve mantık dışı hazırlandığının bir başka somut örneğidir.
- 31 Sunulacak işsizlik ödeneğinin süresi olarak, 600 gün prim ödene karşılığı 180 gün, 900 gün karşılığı 240 gün ve 1080 gün karşılığı 300 gün belirlenmiştir.
- 32 24 Kasım 1994 Tarih ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Md. 2/a.
- 33 Düzenleme 5510 SK. döneminde yapılmış olmasına karşın 506 SK.'a atıfta bulunulmuştur.
- 34 Sözkonusu kişilerin bkz. Md.60/III. Bukişiler dahil oldukları düzene özgü sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadırlar.
- 35 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin 5510 sayılı Kanun gereği ödedikleri katılım payları bu Kanun kapsamındadır. Ancak yıl içinde ödenen tutarlar, takip eden yılda Hazine tarafından Fona geri ödenir" hükmünü taşımaktadır (Md. 2/II). Ancak, aktarılan değişikliğe ilişkin tasarıda "5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin aynı Kanun gereği ödedikleri katılım payları ile diğer sağlık hizmetlerinin karşılanmayan kısmı, bu Kanun kapsamındadır. Ancak yıl içinde ödenen tutarlar, takip eden yılda Hazine tarafından Fona geri ödenir." düzenlemesi mevcut idi. Tasarıda mevcut, yoksullar için karşılanmayan kısmın ödenmesi yükümünden vazgeçilmiş oldu. Bkz. Özkan BİLGİLİ, Sağlık Sigortasında Kördüğüm, E-Yaklaşım / Şubat 2008 / Sayı: 55.
- 36 Konu hk. bkz. Özkan BİLGİLİ, Zorunlu Sosyal Sigortalılıkları Sona Erenlerin Zorunlu Genel Sağlık Sigortalılıkları Sona Erer Mi?, E- Yaklaşım / Ocak 2009 / Sayı: 193.
- 37 GSSİY. Md. 6/5.

SGK Bizi Gözetliyor!

I. GİRİŞ

1 Ağustos 2004 tarihinden itibaren sosyal güvenlik alanında çağdaş bir uygulamaya geçilmiştir¹. Uygulanması başlatılan “e-Bildirge Projesi” ile, işverenlerin, çalıştırdıkları işçilerine ait sigorta bildirimlerini internet üzerinden vermeleri ve bildirimlere ait tahakkuk bedellerini de internet bankacılığı yoluyla ödeyebilmeleri sağlanmıştır. Bunun ilk adımı, prim belgelerinin “Aylık Prim ve Hizmet Belgesi” adıyla tek belgeye indirilmesi² ve internet ortamında Kuruma verilmesinin sağlanması olmuştur.

“e-Bildirge Projesi”, sonraları “e-Sigorta” adıyla anılmaya başlanmış ve kapsamı giderek genişletilmiştir.

01.10.2008 tarihinden itibaren sosyal güvenlik numarası olarak sigortalıların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları esas alınmaya başlanmıştır³. T.C. Kimlik Numarasıyla e-Devlet uygulamaları çerçevesinde pek çok işlem yapılmaktadır Ancak, gerek e-Sigorta uygulaması çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na tanınan yetkiler, gerekse T.C. Kimlik Numarası kullanımında gizlilik esasına uyulmaması pek çok sakıncayı da beraberinde getirebilir.

Bu yazımızda e-Devlet uygulamalarının görünüm biçimlerinden biri olan “e-Sigorta”daki gelişmeler ile yarar ve sakıncaları üzerinde durmak istiyoruz.

II. “e-DEVLET” KAVRAMI

Bilgi ve iletişim teknolojileri giderek hayatımızın her yönünü etkilemektedir. İnternet’in World Wide Web (www, veya kısaca Web), e-posta, çevrimiçi (online) tartışma grupları gibi birçok yönü ve özellikle bu teknolojilerin yönetsel kullanım potansiyeli önem kazanmaktadır⁴. Bu imkândan kamu hizmetlerinin kolaylaştırılması amacıyla yararlanmak mümkündür ve bu uygulamalar “dijital Devlet”, “elektronik Devlet” veya “e-Devlet” kavramı altında anılmaktadır.

“e-Devlet” kavramı, devlet kuruluşlarının Web sayfaları ve bu sayfalar aracılığıyla verilen bilgi ve hizmetlerin ötesinde, aynı zamanda devlet kuruluşlarının diğer devlet kuruluşları, özel şirketler ve en önemlisi de vatandaşlarla ilişkilerinde dönüşüm yaratabilecek bir potansiyeli temsil etmektedir⁵.

e-Devlet, kamu bilgi ve hizmetlerine erişim ve bu bilgi ve hizmetlerin yaygın ve etkin bir biçimde sunulması için teknolojinin ve özellikle web tabanlı uygulamaların kullanımı olarak tanımlamakta ve bununla devlet ile vatandaş, devlet ile devlet, devlet ile özel sektör veya sivil toplum örgütleri arasında sağlanan iletişim kastedilmektedir.

Türkiye’deki e-Devlet hareketine ivme kazandıran gelişme Avrupa Birliği tarafından yü-

rürlüğe konulan “e-Avrupa” girişimidir. Her bireyi, evi, okulu, işyerini ve devlet dairesini İnternete taşımaya amaç edinen bu girişim, kolay, ucuz ve güvenilir İnternet hizmeti sunmak, insan kaynağına yatırım yapmak ve İnternet kullanımını teşvik etmek ana amaçlarını güden bu girişimin kapsamı, “e-Avrupa+” adı altında Türkiye de dahil tüm aday ülkeler için genişletilmiştir. Türkiye, 2001 yılından itibaren⁶ “e-Avrupa+” girişimine uyum amacıyla çalışmalar yapmış olsa da, mevcut ilerleme düzeyi halen beklentilerin oldukça gerisindedir. Bu nedenle Türkiye, gelecekte “Avrupa Bilgi Toplumu”nun bir parçası olmak için bu alanda önemli bir atılım yapma zorunluluğuyla karşı karşıya bulunmaktadır⁷.

2003’de başlayan “e-Dönüşüm Türkiye Projesi” kapsamında benimsenen e-Devlet yaklaşımı; kullanıcıların elektronik ortamda sunulacak kamu hizmetlerine farklı platformlardan, güvenilir şekilde ve tek noktadan erişebilecekleri, vatandaş ve iş dünyasının ihtiyaçlarına odaklanmış, birlikte işler ve bütünleşik hizmetlerin sunulacağı, katılımcı, şeffaf ve hesap verebilir bir devlet yapısının oluşturulmasıdır. Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS), Kimlik Paylaşım Sistemi, Vergi Daireleri Otomasyonu (VEDOP I-II), Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP), Gümrük İdaresinin Modernizasyonu (GİMOP), Polis Bilgisayar Ağı (POLNET), Saymanlık Otomasyon Sistemi (Say2000i), SGK e-Sigorta ve Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi yaygın olarak hizmet veren başlıca e-Devlet uygulamalarıdır.

MERNİS Projesi ile tek numaraya dayalı olarak vatandaş kimlik bilgilerinin tutulduğu bilgi sistemi oluşturulmuş ve bilgiler diğer kamu kurumları ile paylaşılmaya başlanmıştır. Vatandaş tek noktadan bütünleşik hizmet sunumuna yönelik e-Devlet kapısı çalışmaları hayata geçirilmiştir⁸.

Böylece, kamunun elektronik ortamda hizmet sunumunda mükerrerliklerin ve kaynak israfının önlenmesi, kurum içi ve kurumlar arasında bilgi ve belge paylaşımında birlikte çalışmaktan kaynaklanan sorunların giderilmesi ve gereksiz bürokratik işlemlerin azaltılması sağlanacaktır⁹.

III. SOSYAL GÜVENLİK ALANINDA “e-DEVLET”

1. Yararları

Sosyal güvenlik alanında 2004’de e-Bildirge Projesi adıyla başlayıp, “e-Sigorta” adıyla devam eden e-Devlet uygulaması başta; Sosyal Güvenlik Kurumu, işçi, işverenler, emekliler, mali müşavirler ve bankalar olmak üzere çok geniş kamu ve özel sektör kurum ve kuruluşunu ilgilendirmektedir¹⁰.

Bu proje, tümüyle hayata geçirilmesiyle sadece işverenlere kolaylık sağlamakla kalmayacak, işçiler; sigortalı olarak çalışmaya başladıklarında kendilerini kuruma bildirmek, çalıştıkları gün sayılarını toplamak, ne zaman emekli olacaklarını öğrenmek, mevzuat ile ilgili sorularına cevap bulmak, form ve dilekçelere ulaşmak; emekliler; emekli aylıklarını öğrenmek, mevzuat ile ilgili sorularına cevap bulmak, form ve dilekçelere ulaşmak için sigorta müdürlüklerine giderek yaptıkları işlemlerin büyük çoğunluğunu, internet ortamında da yapabileceklerdir.

e-Sigorta’dan önce Sosyal Güvenlik Kurumu’na kayıtlı yüzbinlerce işyerinin işverenleri istihdam ettikleri milyonlarca işçi için yazılı bildirge ve bordro düzenlemekteydiler. Ay sonlarında hazırlanan bu bildirgeler, sigorta müdürlüklerine götürülmekte ve tahakkukları alınmakta, alınan tahakkuk belgeleri ile mükellefler, banka kuyruklarında tahakkuk bedellerini ödemekteydiler. Bankaların bu bedelleri Kuruma bildirimleri zaman almakta olup, oluşabilecek gecikme zamları sağlıklı hesaplanamamakta, işverenlerin Kuruma olan bakiye borçlarını takip etmeleri zorlaşmaktaydı. İşverenlerin kamu kurumları ile yaptıkları ve yapacakları işlerde, Kurum’a prim borcu olmadığını gösterir belgeler zamanında ve sağlıklı verilememekteydi. Sigorta müdürlüklerince alınan belgeler, belli merkezlerde bilgisayar kayıtlarına aktarılmakta, ancak bu işlem gecikmeli olarak yapılabilmekteydi. Sağlık hizmeti almaya hak kazanan veya bu hakkı kaybeden işçilerin hizmet alımları eş zamanlı olarak yapılamamaktaydı. Emeklilik için hizmet birleştirme işlemleri

uzun zaman almakta, usulsüz emeklilik işlemlerinin tespiti güçleşmekte, sistemin personel ve malzeme ihtiyaçları öngörülememekteydi. Bu konularda yaşanan sorunlar bugün tümüyle ortadan kalkmasa da giderek azalmaktadır.

“e-Sigorta” ile; bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanılarak daha iyi kamu hizmeti sunulması, kamu yönetiminin iyileştirilmesi, ekonomik ve sosyal yaşamın çağın gereklerine uygun hale getirilmesi, kamu kurum ve kuruluşlarının iş yüklerinin azaltılması, daha etkin çalışmalar ve denetimler yapılması, e-Devlete uluslararası boyutta, uygulanabilirlik kazandırılması, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun aktüeryal dengelerinin sağlanması; işe giriş ve ayrılışlarda, işveren ve işçilerin diğer kurumlara yapmaları gereken zorunlu müracaatların otomatik olarak yapılmasının sağlanması, işyerleri ve işçilerle ilgili istatistik bilgilerin daha sağlıklı olarak toplanması; sağlık hizmetlerinin daha kaliteli ve standart maliyetlerle yapılmasının sağlanması, gelecek yıllara ait sağlık hizmetlerinin ülke genelinde daha kolay planlanması, ülke genelinde bölgelere göre hastalık demografisinin çıkartılması, Kurum’daki arşiv ve arşivleme maliyetlerinin asgariye indirilmesi hedeflenmekte ve 1 milyar TL tasarruf sağlanması beklenmektedir.

506 sayılı Kanun döneminde 5073 sayılı Kanun¹¹ ile 506 sayılı Kanunun 79. ve ek 42. maddelerine eklenen fıkralar ile; Aylık Prim ve Hizmet Belgesi’nin Kuruma gönderilmesinde işyerinin ve belgenin niteliği, çalıştırılan sigortalı sayısı, illerin gelişmişlik durumu ile bilişim ve teknoloji alanındaki gelişmeler gibi hususları dikkate alarak, işverenleri zorunlu tutmaya, Kurum Yönetim Kurulu’nun yetkili olacağı, bu şekilde belirlenen işverenlerin söz konusu belgeyi ait olduğu ayın sonuna kadar internet ortamında Kuruma vermemeleri halinde, 506 sayılı Kanunun 140. maddesinin (c) fıkrasına göre cezai işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunun bu hükmüne dayanarak, SSK Yönetim Kurulu’nca alınan 26.02.2004 tarihli ve IX/410 sayılı kararla, Aylık Prim ve Hizmet Belgesi adı altında alınması gereken belgenin; tüm illerde resmi-özel sektör ayırımı yapılmaksızın:

- Bir ila yedi (dahil) sigortalı çalıştırılanların istemeleri halinde,

- Sekiz (dahil) veya daha fazla sigortalı çalıştırılanların ise zorunlu olarak, internet ortamında gönderilmesine karar verilmiştir.

SSK Yönetim Kurulu’nun 21.04.2005 tarihli ve IX/428 sayılı kararı ile de 2005 Mayıs, Haziran ve Temmuz aylarında özel ve resmi sektör işyerlerinde beş ve üzerinde sigortalı çalıştırılan işverenlerin bu aylara ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerini, 2005 Ağustos ve sonraki aylarda ise üç ve üzerinde sigortalı çalıştırılan işverenlerin bu aylara ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerini internet üzerinden e-bildirge uygulaması ile Kuruma göndermeleri zorunluluğu getirilmiştir¹².

Nihayet Kurum Yönetim Kurulu’nun 18.09.2006 tarih ve IX/425 sayılı kararı ile; 2006/Kasım ve takip eden aylara ait özel ve resmi sektör işyerlerinde iki ve üzerinde sigortalı çalıştırılan işverenlerin bu ve sonraki aylara ait Aylık Prim ve Hizmet Belgeleri’ni, internet üzerinden e-bildirge uygulaması ile Kurum’a göndermeleri zorunlu hale gelmiştir¹³.

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalıları çalıştıran işverenlerden aylık prim ve hizmet belgesini zorunlu olarak e-Sigorta yoluyla verenler; 01.11.2008 tarihinden itibaren “sigortalı tekrar işe giriş bildirgesi”ni, 01.12.2008 tarihinden itibaren ise “sigortalı ilk işe giriş bildirgesi”ni zorunlu olarak e-Sigorta yoluyla internet üzerinden vermek durumundadırlar¹⁴.

Aylık prim ve hizmet belgesini e-Sigorta yoluyla bildirme zorunluluğu olmayan işverenler sigortalı ilk ve tekrar sigortalı işe giriş bildirgesini kâğıt ortamında Kuruma verebilecekleri gibi e-Sigorta yoluyla da Kuruma bildirileceklerdir.

e-Sigorta uygulamasının yaygınlaştırmasında en son gelişme 28.02.2009’da yayınlanan 5838 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa ek madde 1’in eklenmesidir. “Kuruma yapılan bazı bildirimlerin yeterli sayılması” başlıklı Ek madde 1’e göre: “İşverenler tarafından 8., 9. ve 11. maddelere göre Kuruma yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında

Kanun'un 3. maddesi, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 62. maddesi, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesi hükümleri uyarınca Bakanlık ile ilgili bölge müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumu'na yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer. Ticaret sicili memurluklarınca işyeri tesciline ilişkin Kuruma yapılan bildirimlerin dışında, ayrıca Bakanlık ilgili bölge müdürlüğüne bildirimde bulunulmaz. Geçici 20. maddede belirtilen sandıklar, Kuruma devir tarihine kadar iştirakçilerinin sandıkla ilgilerinin başlama ve sona ermesine ilişkin bildirimlerini en geç on gün içinde Kuruma yaparlar. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”¹⁵

İşçiler için aynı mahiyette bulunan belgelerin işveren tarafından birden farklı kuruma verilmesi, bürokratik işlemleri arttırdığı gibi, zaman ve emek kayıplarına neden olmaktadır. Yeni düzenleme ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilmesi zorunlu olan işçi giriş bildirimleri ve işçi çıkış bildirimleri ile aynı mahiyette Sosyal Güvenlik Kurumu'na 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 8. ve 9. maddeleri gereği verilmesi zorunlu olan sigortalı işe giriş ve ayrılış bildirimlerinin farklı yapılması yerine bu bildirimlerin Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmasının yeterli sayılması amaçlanmıştır.

Sigortalıların işten ayrılışlarına ilişkin bildirimler Türkiye İş Kurumu ile Çalışma Bakanlığı adına Sosyal Güvenlik Kurumu'nca alınacağından ve ayrıca sandıkların iştirakçi giriş ve çıkışlarının da Sendikalar Kanunu ve İşsizlik Sigortası Kanunu uygulamaları bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu üzerinden takip edilmesi öngörüldüğünden bu bildirimlere ilişkin idari para cezası da düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi ile sandıkların Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmesi öngörülmektedir. Eklenen bir fıkra ile de devir tarihine kadar kapsamındaki sandık iştirakçilerinin Sendikalar Kanunu ve İşsizlik Sigortası Kanunu uygulamaları bakımından işe giriş ve işten çıkış bildirimlerini Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapmaları düzenlenmiştir.

2. Sakıncaları

Yeni teknolojilerin gelişim sürecine paralel olarak ağırlık kazanan modern gözetimin tehlikelerine de dikkat çekmek gerekir. George Orwell'in baskıcı Stalin yönetiminden ilham alarak yazdığı söylenen 1984 romanında “Büyük Birader” adını verdiği dev bir bürokratik organizasyon tarafından vatandaşların 24 saat gözetim altında tutulduğu bir toplumu son derece çarpıcı biçimde anlatır. Orwell'in çizdiği karanlık senaryo, vatandaşların düşüncelerinin dahi denetlendiği, totaliter bir topluma doğru gidildiği şeklindedir¹⁶.

İnternet “bilgi parmaklarınızın ucunda” sloganında olduğu gibi, bir bilgiyi bir yerden başka bir yere olağanüstü bir hızla taşımaktadır. Bilginin güç olarak algılandığı bir çağda bu teknoloji, birçok araştırmacı ve uygulamacı için olağanüstü geniş imkânlar sunmaktadır. Ancak, internetin “anarşist” karakteri ve denetimden uzaklığı insanı korkutmaktadır.

Bir taraftan özgürlüğün teknolojik alt yapısını hazırladığı belirtilen internet, diğer taraftan da, sıradan insanlar hakkında kişisel enformasyonun hiç hayal edilmedik düzeyde ortaya çıkmasına yol açmıştır. Öyle ki, “günümüzün global köyünde, postane müdiresi artık bütün köylüler hakkında her şeyi bilir hale gelmiştir”¹⁷ Dünyayı izlemekle görevli resmi otoriteler, ağ üzerindeki milyonlarca insanı çok daha kolay izleyebilir hale gelmişlerdir.

Özellikle sıradan insanların özel yaşamlarına ilişkin birçok ayrıntıyı içeren bu bilgiler, günümüzde giderek artan bir biçimde kamusal alan karşısında özel alanın daraltılması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu da özel yaşamın gizliliğine ilişkin kuralın sık sık ihlâl edilmesi kaygılarını da beraberinde getirmektedir.

Bugün enformasyon teknolojilerini yoğun bir biçimde kullanan “dijital vatandaşlar”, diğerlerinden daha fazla gözetim altındadırlar. Örneğin kredi kartları ile yapılan alışverişler, internet üzerinden gerçekleşen ticari işlemler, internette ziyaret edilen web siteleri, muhtelif mağaza ve caddelerdeki güvenlik kameraları, sıradan insanları sürekli gözetim altında tutmakta ve bir yerlerde sürekli kayıtları yapılmaktadır¹⁸.

1982 Anayasası'nın "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması"na ilişkin 20. maddesi herkesin "özel hayatına ve aile haklarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu"nu ve "özel hayatın... gizliliğine dokunulmayacağını" belirtmektedir. Ancak bütün bu anayasal düzenlemeye rağmen, bu kuralın tam uygulanabildiği konusunda kuşkular vardır. Özellikle medyaya da yansıyan bazı resmi görevlilerin ve şebekelerin izinsiz telefon dinlemesi türü olayları dikkate alındığında benzer gizlilik sorunlarının internet kullanımının yaygınlaşmasına paralel olarak çok daha artma riskini içinde barındırmaktadır¹⁹.

5510 sayılı Kanunun 8. maddesinin 7. fıkrasında, "Kamu idareleri ile bankalar, Kurumca sağlanacak elektronik altyapıdan yararlanmak suretiyle, Kurumca belirlenecek işlemlerde, işlem yaptığı kişilerin sigortalılık bakımından tescilli olup olmadığını kontrol etmek ve sigortasız olduğunu tespit ettiği kişileri, Kuruma bildirmekle yükümlüdürler." hükmü yer almaktadır. Buna dayanılarak çıkartılan "5510 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi'nin 7. Fıkrasının Uygulanması Hakkında Tebliğ"²⁰ kanımızca Kanundaki düzenlemeyi çok aşan ve özel hayatın gizliliğini ihlal edebilecek düzenlemeler getirmektedir. Sigorta kaçağıyla mücadele edelim derken, baskıcı bir yönetimin elinde Orwell'in "Büyük Birader"ini yaratmak gibi bir sakınca ihtimali herkesi huzursuz etmektedir.

Kayıt dışı ile etkin mücadele için belirlenen bu yönetime göre, bankalar başta olmak üzere kamu kuruluşları, GSM operatörleri, spor federasyonları ve noterler yaptıkları her işlemde meslek bilgileri ile kişinin çalıştığı kuruma ilişkin bilgileri de alıp SGK'ya iletecekler. Örneğin bankalar, ilk defa mevduat hesabı açtırılması, kredi taleplerinin sonuçlandırılması, kredi kartı ve çek karnesi verilmesinde, başvuru sahibinden mesleği ile çalıştığı yere ilişkin bilgileri de alıp, elektronik ortamda SGK'ya iletecek. SGK, gelen bilgileri süzüp kimlerin kayıt dışı olduğunu belirleyecek. Örneğin, bankada, çalıştığı şirketi ve yaptığı işi bildiren birinin, o kurumda kayıtlı çalışan olup olmadığına bakılacak. Kayıt dışı çalışıyorsa anında kayıt altına alınacak. Bu yöntemle, yıllardır başa çıkılamayan sigortasız

işçi çalıştırılması konusunda önemli başarı sağlanmıştır.

Bu düzenleme kapsamında bankalardan gelen bilgilerin değerlendirilmesiyle sadece bir ayda, 1-30 Ekim 2008 tarihleri arasında, 117 bin 638 kişinin sigortasız çalıştığını belirlenmiştir²¹. Bankalar dışındaki kurumların bildirimleri sonucunda da önemli miktarda kayıt dışı istihdam tespit edilmiştir. Sağlık Bakanlığı'nın muayene listelerinde yapılan incelemeler sonucunda 10 bin kişinin, İçişleri Bakanlığı'ndan özellikle otellerde konaklayan ve çalışanlara ilişkin polise yapılan bildirimlerden elde ettiği bilgilerden ise 6 bin kişinin kayıt dışı istihdam edildiği görülmüştür. SGK, şimdi öğrenciler aracılığıyla okullardan gelen 15 milyon velinin kayıtlarını incelemektedir.

Öte yandan Kültür ve Turizm Bakanlığı, denetimlerde, işletmelerdeki çalışanlara ait kimlik bilgilerini, Sanayi Bakanlığı kapıdan satış yetki belgesi alan satıcıların işyeri unvan, adres ve kimlik bilgilerini, belediyeler de çalışma ruhsatı, kayıt, işyeri açma izni, muayene, ruhsat ve rapor gibi harç işlemlerinde, işyeri adresini SGK'ya iletiyor. Noterlerdeki evlenme sözleşmesi, gayrimenkul satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, vekâletname gibi işlemlerde tarafların meslek ve işyeri bilgileri anında SGK kayıtlarına girmektedir.

Bunun sonucu sigortalı sayılarındaki artışla görülmeye başlanmıştır. 2002'de 12,527.296 olan toplam sigortalı sayısı 2008'de 15.611.190'a ulaşmıştır.

1 Ekim 2008'de yürürlüğe giren Genel Sağlık Sigortası (GSS) için SGK, bundan sonra hemen herkesten prim tahsil etmeye çalışacaktır. Bundan böyle SGK çatısı altında ayda 30 günden az çalışanlar, isteğe bağlı sigortalılar veya işsizler veya hiç kaydı olmayanlar, tarımda çalışan 20 milyon kişi her ay SGK'ya GSS primi ödemek zorundadırlar. Bu primi öderlerken de ailenin gelirleri tespit edilecektir. Bu gelir aile üyelerinin sayısına bölünerek kişi başına düşen gelir belirlenecek, kişi SGK'ya gidip, "Benim gelirim yok" dese bile, SGK, "bankaya şu kadar para yatırmışsın" veya "şu kadar doğalgaz fatura ödemesi yapmışsın" deyip yaptığı bütün işlemleri karşısına çıkaracak ve ona göre geliri tespit

edip GSS primi tahsil edecektir. Diğer taraftan, vatandaşların bankalardaki tüm mevduatları da SGK'ya bildirilecek, böylece SGK vatandaşın hangi bankada ne kadar parası olduğunu da öğrenecektir²².

SGK bu bilgileri ne yapacak, nasıl kullanacaktır? Birincisi, işverenlerin prim borçlarını buradan otomatik olarak tahsil edebilecektir. Yani hiç haberimiz yokken borcumuz var diye bankadaki hesabımızın Sosyal Güvenlik Kurumu'na elektronik olarak aktarıldığını görebileceğiz. Kişilerin fişlenmesi gibi olaylar ortaya çıkabilecek, hayatımızda gizli hiçbir şey kalmayacaktır. Bunun kötüye kullanılması mümkündür. Üstelik siyasi iradenin bunu kötüye kullanıp kullanmayacağını da bilemeyiz. Bu bilgiler siyasi rakipler aleyhine de kullanılabilir²³.

Diğer taraftan, e-Devlet uygulamaları çerçevesinde bir kişinin sadece Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını kullanarak, lise diploma notundan ne kadar maaş aldığına, su ve telefon borcundan ÖSS'de aldığı puana kadar yüzlerce bilgiye ulaşılabilir. Örneğin bir kurumun internet sitesinin ilgili kısmına yazılacak T.C. kimlik numarası ile o kişinin adı, soyadı, doğum tarihi gibi bilgilere erişilebiliyor. Doğum tarihi ve ad soyad bilgilerini bir başka kurumun internet sitesinde kullanarak bu kez o kişinin ikametgâh adresi elde ediliyor. Adres bilgileriyle bir başka kurumun internet sitesinden nüfus cüzdanı bilgilerine, vergi numarasına ulaşılabilir. Bunun gibi "zincirleme şeklinde" elde edilen her yeni bilgi ile bir başka kurumun internet sitesinden öteki kişisel bilgilere ulaşılabilir²⁴. Elde edilen bu bilgilerle de söz konusu kişinin telefon numarasından, aldığı maaşın miktarına, maaşına ne oranda zam yapıldığına, kaç yıldır çalıştığına, Bağ-Kur maaşını hangi bankanın şubesinden çektiğine, diploma notunun kaç olduğuna, su, elektrik ve telefon faturalarına ve ÖSS'den aldığı puana kadar pek çok bilgiye ulaşmak mümkün hale geliyor. T.C. kimlik numarası kullanılarak Sosyal Güvenlik Kurumu'nun internet sitesinden anne ve baba adı ile gün ay yıl olarak doğum tarihi bilgileri elde edilebiliyor. Kişinin anne ve baba adı bilgileri ile Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün

internet sitesindeki kimlik numarası sorgulama sayfasından nüfus cüzdanında yer alan aile sıra no, cilt no, birey sıra no, mahalle ve köy bilgilerine de erişilebiliyor. Elde edilen bilgilerle Gelir İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinden söz konusu kişinin evinin bulunduğu cadde, sokak, kapı numarası gibi açık adresine ulaşılabilir. Buradaki adres bilgileri kullanılarak ise Türk Telekom'un internet sitesinden kişinin telefon numarası varsa mail adresi, fatura borcu ve faturanın son ödeme tarihi dahi öğrenilebilmektedir.

IV. SONUÇ

Kişisel ve özel bilgilere bu kadar kolay ulaşılabilmesinin çok sakıncalı olduğu açıktır. Bu riskleri ortadan kaldırmak için elektronik imza uygulamasının yaygınlaştırılması yeterli olabilir. Ancak, kişinin tüm özel bilgilerinin Devletin eline geçmesine karşı nasıl bir tedbir alınacağı konusunda da kafa yormak gerekir. Bu konudaki kanunu aşan tebliğ hükümlerinin ya Bakanlık ya da yargı tarafından ortadan kaldırılması şarttır.

Elektronik imza yani "e-imza" uygulamasına ilişkin yasal mevzuat Türkiye'de 2004'de kabul edilmiş²⁵ olmasına rağmen çeşitli sebeplerle yaygınlaşmamıştır. Teknik nedenler bir yana e-imza henüz ne olduğu anlaşılamamış bir kavramdır. Elektronik imza temel olarak kimlik doğrulama amacıyla elektronik ortamda kullandığımız belgelere eklenen bir veridir. Kâğıt üzerindeki imzanın tarama ve dijital fotoğrafının çekilmesi yoluyla bilgisayara aktarılması veya elektronik kalemle doğrudan elektronik ortam üzerinde atılan imzalar da e-imzanın bir türü sayılmaktadır. Teknoloji kullanımının derecesine bağlı olarak ses, yüz tanıma gibi biyometrik yöntemler de e-imzanın bir türü olarak karşımıza çıkar²⁶.

e-Devlet uygulamalarının sakıncaları, bilgi ve iletişim teknolojilerinin nimetlerine sırt çevirmemizi gerektirmez. Ancak bu sakıncaların ortadan kaldırılması için tedbir alınması gerektiği de açıktır.

DİPNOTLAR

1 Zorunlu e-Bildirge uygulaması 01.05.2004 tarihinde

- başlayacaktı. Ancak, işverenler ve ilgili odalar tarafından Kuruma yapılan müracaatta, bu uygulamanın yeni olması, işveren ve muhasebecilerden bir kısmının bilgisayar alt yapı sistemlerinin de eksik olması nedeniyle zorunluluk halinin ileri bir tarihe ertelenerek uygulamayı kullanmanın bir süre için isteğe bağlı hale getirilmesi talebinde bulunmuşlardır. Talep, Kurum Yönetim Kurulu tarafından yapılan değerlendirme sonucunda alınan kararla kabul edilmiştir.
- 2 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren (eski) Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 20. maddesi ile, işverenlerce çalıştırılan sigortalılar için düzenlenmekte olan aylık sigorta primleri bildirgesi, dört aylık sigorta primleri bordrosu ve aylık sosyal güvenlik destek primi bordrosu, "Aylık Prim ve Hizmet Belgesi" adı altında tek belge haline dönüştürülmüştür. Konuya ilişkin 06.04.2004 tarihli ve 16-313 Ek sayılı SSK Genelgesi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın İşverenler Tarafından Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin İnternet Ortamında Sosyal Sigortalar Kurumuna Gönderilmesine (e-Bildirge Uygulamasına) İlişkin Tebliği (RG. 30.04.2004 - 25448) yayımlanmıştır.
- 3 Aylık prim ve hizmet belgesinin "Sosyal Güvenlik Sicil Numarası" bölümüne, sigortalıların 11 haneli T.C. kimlik numaraları kaydedilecektir. Sigortalının yabancı uyruklu olması halinde ise, söz konusu bölüme, bu kişiler için İşçileri Bakanlığı'na verilecek olan kimlik numarası sisteme girilecektir.
- 4 Mete YILDIZ, "Elektronik (E)-Devlet Kuram Ve Uygulamasına Genel Bir Bakış Ve Değerlendirme" http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=536
- 5 Bkz. YILDIZ, adı geçen yazı.
- 6 27 Şubat 2003 tarihinde yayımlanan 2003/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile 2003-2004 dönemi için "e-Dönüşüm Türkiye Projesi" adıyla yeni bir plan uygulamaya konulmuş ve projenin, koordine edilmesi, izlenmesi, değerlendirilmesi ve yönlendirilmesi ile ilgili olarak DPT Müsteşarlığı görevli kılınmıştır.
- 7 Mehmet Devrim AYDIN, "e-Avrupa+Ve Türkiye: Bilgi Teknolojileri Alanında Avrupa Birliği Kriterlerine Uyum" Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, Haziran 2005, 287.
- 8 Bkz. 23 çeşit hizmetin sunulduğu e-Devlet kapısı: <http://www.turkiye.gov.tr>
- 9 Erdem ÖZGÜR "e-Devlet Sosyal Güvenlik Bilgi Sistemleri İlişkisi" <http://www.stratejikboyut.com>
- 10 Bkz. [http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=916&id=\(30.04.2004\)](http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=916&id=(30.04.2004))
- 11 28.01.2004 tarih ve 25360 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 12 Bkz. 29.04.2005 tarihli ve 16-340 Ek sayılı SSK Genelgesi; ÇSGB'nin 20.05.2005 tarihli 25820 sayılı Tebliği.
- 13 Bkz. RG. 19.10.2006-26324.
- 14 Bkz. "5510 sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğ" RG. 28.09.2008-27011.
- 15 5838 sayılı Kanun buna paralel olarak 6. maddesiyle de 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna şu cümleyi eklemiştir: "Bakanlık; yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde, kendisine gönderilen üyelik ve istifa bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır."
- 16 Bkz. Veysel BOZKURT, "Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?", <http://www.isgucdergi.org>.
- 17 Brown, Mc Cune'dan nakleden BOZKURT, adı geçen yazı.
- 18 BOZKURT, adı geçen yazı.
- 19 BOZKURT, adı geçen yazı.
- 20 RG. 28.09.2008-27011; Bunun gibi, aynı tarihte yayımlanan "5510 sayılı Kanunun 100. Maddesinin Uygulanması Hakkında Tebliğ" de aynı niteliktedir.
- 21 2007 yılındaki denetimlerde ise toplam 39 bin kişinin sigortasız çalıştığı tespit edilmişti.
- 22 Ali TEZEL, "SGK Sırlarımıza Göz Dikti!", <http://www.skyturkonline.com>
- 23 Bkz. TEZEL, adı geçen yazı.
- 24 Bkz. <http://www.bilgisorgula.com/dikkatkimlik-numarasi-tehlakesi>.
- 25 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu için bkz. RG. 23.01.2004 - 25355.
- 26 Bkz. Faruk ECZACIBAŞI, "e-İmza İle Tanıştık. Artık Kullanma Zamanı!", <http://www.kobifinans.com.tr>

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Getirdiği Dört Prim Affi

1. GİRİŞ

5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un¹ 26. ve 27. maddeleri ile 31.5.2006 tarihli ve “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”na² geçici 23 ve 24. maddeler eklenmiş ve yapılan düzenlemelerle sigortalıların Sosyal Güvenlik Kurumu’na (SGK) birikmiş alacakları için ödeme kolaylığı getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un geçici 23. maddesi hükümlerine göre yeniden yapılandırma anlaşmalarının ihyasında ve aynı Kanun’un geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların peşin veya 24 aya kadar taksitler halinde ödenmesinde SGK’nca yapılacak uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 3.6.2008 tarihli 2008/50 sayılı Sosyal Güvenlik Alacaklarının, Yeniden Yapılandırma Anlaşmalarının İhyası, Peşin veya Taksitle Ödenmesi Hakkında Genelge yayımlanmıştır.

Geçici 23. madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için, yeniden yapılandırma haklarının 30.6.2008 tarihi ve önceki bir tarihte kaybedilmiş olması ve yeniden yapılandırma ihya taleplerinin en geç 28.7.2008 tarihine kadar yapılma-

sı gerekmektedir (2008/50 sayılı Genelge, 1.2). Yine, geçici 23. maddeye göre yapılan başvuru sonucunda vadesinde ödenmediği veya eksik ödendiği anlaşılan taksit tutarlarının tamamının en geç başvuru tarihini takip eden altı aylık süre içinde ödenmesi şartı bulunmaktaydı (2008/50 sayılı Genelge, 1.4.1).

5510 sayılı Kanun’a eklenen geçici 24. maddede kapsamına ise, Uzlaşma Komisyonu’nca karara bağlanan ve Bakanlar Kurulu’nca onaylanarak Resmi Gazete’de yayımlanan borçlar hariç olmak üzere başvuru tarihine kadar tahakkuk ettiği halde ödenmemiş olan, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na göre takip edilen özel sektör işverenleri ile resmi sektör işverenlerinin, 2008/Mart ve önceki ay/dönemlere ilişkin;

- Sigorta primi borçları,
- Sosyal güvenlik destek primi borçları,
- İşsizlik sigortası primi borçları,
- İdari para cezası borçları,
- 30.6.2008 tarihine kadar müracaat edil-

mek kaydıyla 31.3.2008 tarihine kadar bitirilmiş olan özel bina inşaatı ile ihale konusu işlerden, SGK'nca yapılan ön değerlendirme, araştırma veya tespit sonucunda yeterli işçilik bildiriminde bulunmadığı anlaşılana fark işçiliğe ilişkin borçları,

girmektedir (2008/50 sayılı Genelge, II, A, 1.2).

5510 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların anılan maddeye göre peşin veya taksitle ödenebilmesi için SGK'na 27.5.2008 tarihinden 28.7.2008 tarihine kadar müracaat edilmesi gerekmektedir (2008/50 sayılı Genelge, II, A, 1.2).

5510 sayılı Kanun'un geçici 23 ve geçici 24. maddesindeki prim borçlarının ödenmesine ilişkin sürelerin her ikisi de eş zamanlı olarak 28.7.2008 tarihinde dolmuştur. Daha sonra üçüncü prim affına ilişkin düzenleme 5797 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un³ 4. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'a geçici 25. madde eklenmesi suretiyle yapılmıştır. Bu yeni düzenlemede, geçici 24. madde kapsamına giren borçları yapılandırılmamış olan işveren ve sigortalıların, geçici 25. maddenin yürürlüğe girdiği 19.8.2008 tarihinden itibaren 20 gün içinde yazılı olarak SGK'na başvurmaları halinde söz konusu borçlarının peşin veya 12 aya kadar taksitle ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bu uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 20.8.2008 tarihli 2008-79 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Geçici 25. maddenin kapsamına, geçici 24. madde kapsamına giren borçlar girmektedir. Buna göre, geçici 25. madde kapsamına, bu maddeye göre yapılan başvuru tarihine kadar tahakkuk ettiği halde ödenmemiş olan,

1. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre takip edilen;

a) İşverenlerin 2008 / Mart ve önceki Ay / dönemlere ilişkin;

- Sigorta prim borçları,
- Sosyal güvenlik destek primi borçları,
- İşsizlik sigortası primi borçları,
- İdari para cezası borçları,
- 31.3.2008 tarihine kadar bitirilmiş olan

özel bina inşaatı ile ihale konusu işlerden, ilgili mevzuat uyarınca 30.6.2008 tarihine kadar fark işçilik borcunun ödeneceğine dair müracaat edilmiş olması kaydıyla, SGK'nca yapılan ön değerlendirme, araştırma veya tespit sonucunda yeterli işçilik bildiriminde bulunmadığı anlaşılana fark işçiliğe ilişkin borçları,

- Sosyal yardım zammı borçları,

b) İsteğe bağlı sigortalıların, 2003/Mayıs ile 2008/Mart dönemleri arasında isteğe bağlı sigortalılıklarının devam ettiği süre içindeki prim borçları,

c) Topluluk sigortasına tabi olanların, 2008/Mart ve önceki dönemlere ilişkin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ait prim borçları,

2. 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olanların, 31.3.2008 tarihine kadar olan prim ve sosyal güvenlik destek primi borçları,

girmektedir (2008/79 sayılı Genelge, 2).

Geçici 25. maddeye göre başvurunun 19.8.2008 ile 8.9.2008 tarihleri arasında yapılması gerektiğinden, bu maddeye göre başvuru imkânı da 8.9.2008 tarihinde dolmuştur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında getirilen dördüncü prim affını düzenleyen Geçici 17. madde ise 30.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu madde ile 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan mülga 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi sigortalıların, sigortalılık sürelerinin belirlenmesi, durdurulması, değerlendirilmesi ve yeniden başlatılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir⁴. Bu konuya açıklık getirmek amacıyla SGK'nca "5510 Sayılı Kanun Gereğince Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışanlardan 5 Yılı Aşan Süreye İlişkin Prim Borcu Bulunanlar İçin Yapılacak İşlemler Hakkında Tebliğ"⁵ ve 28.1.2009 tarihli 2009/17 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Burada 5510 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesi, söz konusu Tebliğ ve Genelge hükümleri ışığında bağımsız çalışanlara sigortalılık sürelerini devam ettirmeleri için getirilen prim borcunun ödenmesine

ilişkin bu yeni imkânın uygulanmasına ilişkin hükümler değerlendirilecektir⁶.

II. UYGULAMANIN BAŞLANGICI

5510 sayılı Kanun'un Geçici 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre tescilleri yapıldığı halde, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarını, prim borçlarının ödenmesine ilişkin Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ödememeleri halinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcuna ilişkin süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyecek, Kurum alacakları arasında yer verilmez".

Geçici 17. maddeye göre, SGK'nun çıkaracağı tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren uygulama başlayacaktır. Söz konusu Tebliğ de 14.1.2009 tarihinde yayımlandığından, yayımı takip eden aybaşından itibaren, yani 1.2.2009 tarihinde uygulama başlamıştır. 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalılar hakkında 30.04.2008–14.01.2009, 01.02.2009–03.08.2009 tarihleri arasında ve 03.08.2009 tarihinden sonra yapılacak işlemler 2009/17 sayılı Genelge'de açıklanmıştır.

III. PRİM AFFINDAN YARARLANMANIN KOŞULLARI

1. 30.4.2008 Tarihinden Önceye Ait Beş Yıllık Prim Borcunun Olması

1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre sigortalı olarak tecilleri yapılanlar, sigortalılığı devam eden, sona eren ve 3.8.2009 tarihine kadar 5458 ve 5510 sayılı Kanunlara göre yapılandırması bozulanlardan 30.04.2008 tarihi itibarıyla beş

Beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcunun tespitinde Sosyal Güvenlik Kurumu'ndaki kayıtlar esas alınacaktır.

yılı aşan (60 aydan fazla) süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalılar ve/veya bunların hak sahipleri 5510 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesi kapsamında sayılacaklardır. Bu düzenleme karşısında, 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi olup 30.4.2008 tarihi itibarıyla 5 yıl, yani 60 ay ve altında prim borcu bulunan sigortalılar ise geçici 17. madde ile getirilen hükümlerden yararlandırılmayacaktır.

Sigortalılar veya hak sahipleri 30.04.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunup bulunmadığını www.sgk.gov.tr adresinden sosyal güvenlik sicil numarası ya da Bağ-Kur numarası ile öğrenebilecekleri gibi sosyal güvenlik il müdürlükleri veya sosyal güvenlik merkezlerine müracaat ederek de öğrenebileceklerdir (Tebliğ, A, 2).

Beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcunun tespitinde Sosyal Güvenlik Kurumu'ndaki kayıtlar esas alınacaktır (2009/17 s. Genelge, 3).

2. Prim Borcunun 3.8.2009 Tarihine Kadar Ödenmesi

5510 s. Kanun'un Geçici 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, prim borcunun "...Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ,..." ödenmesi gerekmektedir. Söz konusu Tebliğ 14.1.2009 tarihli 27110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığından, yayımı takip eden aybaşı olan, 1.2.2009 tarihinden itibaren 6 ay içerisinde, yani 3.8.2009 tarihine kadar prim borcunun ödenmesi gerekmektedir.

Genelgeye göre;

- Geçici 17. madde gereğince beş yılı aşan süreye ilişkin prim borçlarını 3.8.2009 tarihine kadar ödemeyen sigortalıların, sigortalılıklarının durdurulması işlemleri 3.8.2009 tarihinden sonra,

- 1.2.2009 tarihinden itibaren altı aylık süre-

yi beklemeden sigortalılıklarının durdurulması talebinde bulunanların durdurma işlemleri ile sigortalılık durdurma dilekçesinin Kurum kayıtlarına girdiği tarihten sonra yapılacaktır (2009/17 sayılı Genelge, 4).

IV. PRİM AFFINDAN YARARLANMANIN SONUÇLARI

1. Sigortalılığın Durdurulması

1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre sigortalı olanlardan, 30.04.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, daha sonra 01.05.2008 ile 03.08.2009 tarihleri arasında varsa ödedikleri primler de dikkate alınarak, primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla sigortalılık süresi belirlenecek, geçici 17. madde kapsamına giren sigortalıların sigortalılıkları bilgisayar ortamında durdurulacaktır (Genelge, 4).

a) Sigortalılığın Başlama Tarihi ile 03.08.2009 Tarihleri Arasında Prim Ödemesi Bulunmayanlar Açısından

Bu gruptakilerin sigortalılıkları tescil tarihi itibarıyla durdurulacaktır. Örneğin, 1.1.2000 tarihinde sigortalılığı başlayan ve devam eden bir sigortalının 3.8.2009 tarihine kadar hiç prim ödemesi yoksa, 1.1.2000 tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulacaktır.

5510 sayılı Kanun önceki sosyal güvenlik kanunlarında olduğu gibi zorunlu sigortalılık anlayışıyla hazırlanmıştır. 5510 sayılı Kanun'un 92. maddesinin I. fıkrasına göre: "Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortalısı kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hü-

5510 sayılı Kanun, önceki sosyal güvenlik kanunlarında olduğu gibi zorunlu sigortalılık anlayışıyla hazırlanmıştır.

kümler geçersizdir". Bu bağlamda, prim borcunun ödenmemesi nedeniyle sigortalılıkların durdurulması sigortalılığın zorunlu olması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ancak yine maddede, prim borçları ödenince sigortalılığın canlandırılacağı hükmü de getirilmiştir⁷.

b) Sigortalılığın Başlama Tarihi ile 03.08.2009 Tarihleri Arasında Kısmi Prim Ödemesi Bulunanlar Açısından

Bu gruptakilerin sigortalılıkları primlerinin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla durdurulacaktır.

Örneğin 15.6.1995 tarihinde sigortalılığı başlayan ve devam eden sigortalının 30.4.2008 tarihine kadar 120 ay prim borcunun, 3.8.2009 tarihine kadar kısmi prim ödemelerinin olduğu ve bu primlerin de 40 ayı karşıladığı anlaşıldığından, kalan borcunun 60 aydan fazla olması nedeniyle sigortalılığı, ödenen primlerinin karşıladığı ayın sonu itibarıyla durdurulacaktır.

Beş yılı aşan prim borçlarını 1.2.2009 ile 3.8.2009 tarihleri arasında prim ödemek için verilen altı aylık süreyi beklemezsizin Kurum'a yazılı olarak başvurarak sigortalılıklarının durdurulmasını isteyen sigortalı ve hak sahipleri hakkında altı aylık sürenin dolması beklenmeyecektir (2009/17 sayılı Genelge, 4).

2. Yeniden Sigortalılığın Başlatılması

Sigortalılıkları geçici 17. madde gereğince durdurulanlardan, 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi çalışmaları 30.4.2008 tarihinden sonra da devam edenlerin sigortalılıkları 1.5.2008 tarihinden itibaren yeniden başlatılacaktır. Ancak, 1.2.2009 ile 3.8.2009 tarihleri arasında prim ödenmesi için verilen altı aylık süreyi beklemezsizin sigortalılıklarının durdurulmasını talep edenlerin yeniden sigortalılıkları talepte buldukları tarihten sonra 1.5.2008 tarihi itibarıyla, talepte bulunmayanların ise 3.8.2009 tarihinden sonra 1.5.2008 tarihi itibarıyla başlatılacaktır (2009/17 sayılı Genelge, 5).

5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun geçici 3. maddesinin 4. fıkrası gereği sigortalılıkları devam edenler ile 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu'na göre kurulan Ticaret ve Sanayi Oda-

ları veya kanunla kurulu diğer meslek kuruluşları üye kayıtlarına göre sigortalılıkları devam edenlerin geçici 17. maddeye göre sigortalılıklarının durdurulmasından sonra vergi mükellefiyetinin bulunmaması halinde 1.5.2008 tarihinde yeniden sigortalılıkları başlatılmayacaktır (2009/17 sayılı Genelge, 5).

3. Durdurulan Sigortalılık Sürelerinin Değerlendirilmesi

Geçici 17. madde gereğince 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanlardan, sigortalılıklarının durdurulmasını talep edenler ile 3.8.2009 tarihine kadar talepte bulunmayan ve sigortalılıkları Kurum'ca durdurulanların kendileri ya da hak sahiplerinin bu tarihten sonra talepte bulunmaları halinde müracaat tarihindeki 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamı, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödemeleri halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir (5510 s. K. geçici m. 17/2).

Örneğin, vergi mükellefi olan sigortalı, 1.1.2001-30.4.2008 tarihleri arasındaki 70 ay prim borcunu 3.8.2009 tarihine kadar ödemiş, 5.8.2009 tarihinde söz konusu süreye ilişkin borcunu 666,00 TL kazanç beyanı üzerinden ödemek üzere Kuruma müracaat etmiştir. Sigortalının uzun vade, kısa vade ve genel sağlık sigortası prim oranının %34,5 olduğu varsayıldığında sigortalının ödeyeceği tutar aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

Kazanç beyanına göre belirlenen prim tutarı:
 $666,00 \times \%34,5 = 229,77 \text{ TL}$

Günlük kazanç: $229,77 / 30 = 7,66 \text{ TL}$

30.04.2008 tarihi itibarıyla toplam
 $(70 \times 30) 2100$ gün prim borcunun karşılığı:
 $7,66 \times 2100 = 16.086,00 \text{ TL}$ olacaktır.

Hesaplanan borcun 15.8.2009 tarihinde sigortalıya tebliğ edildiği varsayıldığında borcun tamamının 15.11.2009 tarihine kadar ödenmesi halinde söz konusu süreler hizmet olarak değerlendirilecektir.

1479 sayılı Kanun'un mülga Ek 19. mad-

desi gereğince 8.5.2008 tarihine kadar sigortalılıklarının durdurulması için 2007/47 sayılı Genelge'ye talep formları ile Ek 19. maddenin uygulanması için talepte bulunarak durdurulan sigortalılık sürelerinin değerlendirilmesini isteyenlerin borçlarının hesaplanmasına ilişkin program SGK'nda işletime açılmış olup, 8.5.2009 tarihine kadar müracaat eden sigortalı veya hak sahiplerinin sigortalının en son bulunduğu basamağın yazılı başvuru tarihindeki değeri üzerinden hesaplanan borçları ilgililere tebliğ edilecektir. Tebliğ tarihinden itibaren üç aylık süre içinde tebliğ edilen borcun tamamının ödenmesi halinde durdurulan süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir (2009/17 sayılı Genelge, 7).

1479 sayılı Kanun'un Ek 19. maddesinde "Bu Kanun ve 2926 sayılı Kanuna göre kayıt ve tescili yapıldığı halde, beş yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalıların bu sürelerle ilişkin prim borçlarının Kurumca yapılacak bildirimde belirtilen süre içerisinde ödenmemesi halinde, daha önce prim ödemesi bulunan sigortalının ödediği primlerin tam olarak karşılacağı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalının ise tescil tarihi itibarıyla, sigortalılığı durdurulur. Prim borcunun ait olduğu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez. Ancak, sigortalı veya hak sahipleri daha sonra sigortalının en son bulunduğu basamağın başvuru tarihindeki değeri üzerinden hesaplanacak borç tutarlarını, tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Bu madde kapsamına giren sigortalılar hakkında zamanaşımının kesilmesi ve zamanaşımının işlememesi ile ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 103. maddesinin birinci fıkrasının (6), (8) ve (10) numaralı bentleri hariç diğer hükümleri ile aynı Kanun'un 104. maddesi hükümleri uygulanır" hükmü bulunmaktadır. 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 83, 84, geçici 10. ve ek geçici 6. maddeleri hariç diğer

maddeleri, 5510 sayılı Kanun'un 106/2 maddesi ile 1.10.2008 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmıştır. Bu bağlamda, 1.10.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılan Ek 19. madde Tebliğ ve Genelge hükümleri ile tekrar uygulama alanı bulmakta, adeta yeniden canlandırılmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un Geçici 17. maddesi ile 1479 sayılı Kanun'un Ek 19. maddesi sigortalılığın durdurulması açısından benzer hükümler içermekle birlikte, sigortalılığın canlandırılması açısından Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/17 sayılı Genelgesi ile farklı prim ödeme yöntemi benimsenmiştir. Daha önce Ek 19. madde kapsamında sigortalılığı talebe bağlı olarak durdurulduğu için 5510 sayılı Kanun'un geçici 23. 24. ve 25 maddeleri ile getirilen prim affından yararlanamayanlar şimdi geçici 17. madde ile getirilen imkândan yararlanarak sigortalılıklarını canlandırabileceklerdir.

1479 sayılı Kanun'un Ek 19. maddesine göre, sigortalının en son bulunduğu basamağın yazılı başvuru tarihindeki değeri üzerinden borçları hesaplanacaktır (Genelge 2009/17, 7). 1 Ekim 2008 tarihinde 1479 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığı için, basamak sistemi ortadan kalkmış, bağımsız çalışanların prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında beyan edecekleri gelirlerine göre prim ödeyecekleri hükme bağlanmıştır (5510 s. K. m. 80/2). Ek 19. madde hükmüne göre prim borcu hesaplandığında, son tablo olan 1 Temmuz 2008- 30 Eylül 2008 döneminde geçerli Bağ-Kur Prim ve Kesenek Tutarları Tablosu'na göre, 10. basamakta olan bir sigortalının ödeyeceği aylık toplam primi 275,54 TL'dir. İlgilinin ödeyeceği prim borcu da bu miktar üzerinden hesaplanacaktır.

Geçici 17. maddeye göre ise müracaat tarihindeki 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden borç miktarı hesaplanmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrasına göre: "4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

a) Aylık prime esas kazanç, 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırı ile üst sınırı arasında kalmak şartı ile kendi-

leri tarafından beyan edilecek günlük kazancın otuz katıdır. Bu sigortalılar tarafından Kurumca belirlenen sürelerde aylık prime esas kazanç beyan edilir. Beyanda bulunmayan sigortalıların aylık prime esas kazancı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katı olarak belirlenir.

b) Sigortalı aynı zamanda işveren ise aylık prime esas kazancı, çalıştırdığı sigortalıların prime esas günlük kazancının en yüksekini otuz katından az olamaz. Aylık prime esas kazancı, çalıştırdığı sigortalının otuz günlük prime esas kazancından düşük olduğu tespit edilen sigortalıların aylık prime esas kazançları, tespit edilen kazanç düzeyine çıkartılarak aradaki farkın primi, 89 uncu madde hükümlerine göre gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmak suretiyle tahsil edilir.

c) 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmayı gerektirecek birden fazla durumun söz konusu olması halinde, bu fıkranın (a) ve (b) bentlerinde belirtilen esaslara göre tek beyanda bulunulur."

5510 s. Kanun'un 82. maddesinin 1. fıkrasına göre: "Bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır." Prime esas kazancın alt sınırı asgari ücret, yani 666,00 TL olup, (01.01.2009-30.06.2009 tarihleri arasında geçerli olan asgari ücret), prime esas kazancın üst sınırı ise asgari ücretin 6,5 katı; $666,00 \times 6,5 = 4.329$ TL olup, bağımsız çalışanların prim matrahı 666,00 TL ile 4.329 TL arasında beyan edecekleri gelirleri kadar olacaktır.

Geçici 17. maddeye göre alt sınırdan bile bildirim yapılırsa 666,00 TL üzerinden borç hesaplanırken, Ek m. 19'a göre 10. basamaktaki bir kişi en son bulunduğu basamağın karşılığı olan 275,54 TL üzerinden prim borcunu ödeyecektir. İki farklı hükme göre yapılan hesaplamada ($666,00 - 274,54 =$) 391.46 TL fark bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ilgililer Ek m. 19'a göre daha az miktarda prim borcu ödeyeceklerdir. Dolayısıyla 2009/17 s. Genelge'deki bu düzenleme ile adeta bir örtülü prim affı getirilmiş bulunmaktadır.

V. HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

Sigortalının değişik sosyal güvenlik yasalarına tabi olarak geçen çalışmalarının birleştirilerek, hizmet sürelerinin değerlendirilmesi hususuna da Genelge ile açıklık getirilmiştir. Buna göre, primi ödenmeyen süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmediğinden hizmet birleştirilmesinde bu süreler dikkate alınmayacaktır.

Prim ödemesi olmadığı için sigortalılığı başlangıç tarihi itibarıyla durdurulan sigortalıların hizmet sürelerinin istenmesi halinde, sigortalı hakkında geçici 17. maddenin uygulanması sonucu sigortalılığının, sigortalılık başlangıç tarihi itibarıyla durdurulduğu bu nedenle birleştirilecek hizmet sürelerinin bulunmadığı bildirilecektir.

Genelge'ye göre, sigortalılığı durdurulan sigortalıların primi ödenmiş hizmet süreleri mülga 1479 ve mülga 2926 sayılı Kanunlara göre aylık bağlama ve toptan ödeme yapılması işlemlerinde de dikkate alınacaktır.

Geçici 17. maddeye göre sigortalılıkları durdurulduktan sonra 5510 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'a göre aylık bağlananlar, durdurulan sürelerle ilişkin primlerini ödemeyeceklerdir (2009/17 s. Genelge, 8).

VI. SONUÇ

5510 sayılı Kanun'un geçici 23., geçici 24., geçici 25. ve son olarak da geçici 17. maddesi hükümleri ile 26.5.2008 tarihinden itibaren bugüne kadar dört defa, birikmiş prim borcu olanlar için ödemede kolaylıklar içeren düzenlemeler getirilmiştir.

Geçici 23. madde ve geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların, anılan maddelere göre peşin veya taksitle ödenebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumu'na 28.7.2008 tarihine kadar müracaat edilmesi gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 25. madde ile getirilen üçüncü prim borcunu ödeme kolaylığından yararlanma süresi de 8.9.2008 tarihinde dolmuştur. Daha sonra Geçici 17. maddedeki hükümler ile 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi sigortalıların, si-

gortalılık sürelerinin belirlenmesi, durdurulması, değerlendirilmesi ve yeniden başlatılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Dördüncü prim affı olarak nitelendirilebileceğimiz, geçici 17. madde kapsamındaki prim borcunu ödeme kolaylığından yararlanma imkânı 1.2.2009 tarihinde başlamıştır. Bu tarihten itibaren 6 ay içerisinde, yani 3.8.2009 tarihine kadar ilgililerin prim borcunu ödemeleri gerekmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçici 17. maddesi 30.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, maddenin uygulanabilmesi için bir tebliğ çıkarılması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun'un Geçici 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, prim borcunun "...Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ,..." ödenmesi gerekmektedir. Söz konusu Tebliğ 14.1.2009 tarihli 27110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığından, yayımı takip eden aybaşı olan, 1.2.2009 tarihinde uygulama başlamış olup, ilgililerin bu tarihten itibaren 6 ay içerisinde, yani 3.8.2009 tarihine kadar prim borçlarını ödemeleri gerekmektedir. Aksi takdirde sigortalılıkları, sigortalılık süresinin başladığı tarih itibarıyla durdurulacaktır. Prim borcunun ödenmemesi nedeniyle sigortalılıkların durdurulması 5510 sayılı Kanun'un 92. maddesinin I. fıkrasında düzenlenen sigortalılığın zorunlu olması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ancak yine maddede, prim borçları ödenince sigortalılığın canlandırılacağı hükmü de getirilmiştir.

Sigortalılıklarının durdurulmasını talep edenler ile 3.8.2009 tarihine kadar talepte bulunmayanlar için ikinci bir imkân Geçici 17. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, 3.8.2009 tarihinden sonra da talepte bulunulması halinde, müracaat tarihindeki 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamı, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödenebilecek ve bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir. Örneğin, sigortalının 10.8.2009 tarihinde prim borcunu ödemek için SGK'na müracaat ettiğini varsaydığımızda, 15.8.2009 tarihinde hesaplanan borç sigortalı-

ya tebliğ edilirse borcun tamamının 15.11.2009 tarihine kadar ödenmesi halinde söz konusu süreler hizmet olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda geçici 17. madde hükümlerinden yararlanma imkânı 3.8.2009 tarihinde sona ermeyip, bu tarihten sonra da devam etmektedir.

5510 sayılı Kanun'un Geçici 17. maddesi ile 1479 s. Kanun'un Ek 19. maddesi sigortalılığın durdurulması açısından benzer hükümler içermekle birlikte, sigortalılığın canlandırılması açısından Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/17 sayılı Genelgesi ile farklı prim ödeme yöntemi benimsenmiştir. 1479 sayılı Kanun'un Ek 19. maddesine göre, sigortalının en son bulunduğu basamağın yazılı başvuru tarihindeki değeri üzerinden borçları hesaplanacaktır (Genelge 2009/17, 7). 1 Ekim 2008 tarihinde 1479 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığı için, basamak sistemi ortadan kalkmış, bağımsız çalışanların prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında beyan edecekleri gelirlerine göre prim ödeyecekleri hükme bağlanmıştır (5510 s. K. m. 80/2). Ek 19. madde hükmün göre prim borcu hesaplandığında, son tablo olan 1 Temmuz 2008 - 30 Eylül 2008 döneminde geçerli Bağ-Kur Prim ve Kesenek Tutarları Tablosu'na göre, 10. basamakta olan bir sigortalının ödeyeceği aylık toplam primi 275,54 TL'dir. İlgilinin ödeyeceği prim borcu da bu miktar üzerinden hesaplanacaktır. Geçici 17. maddeye göre 5510 sayılı Kanun'un 2. fıkrasındaki prime esas kazancın alt sınırından bile bildirim yapılsa 666,00 TL üzerinden borç hesaplanırken, Ek m. 19'a göre 10. basamaktaki bir kişi en son bulunduğu basamağın karşılığı olan 275,54 TL üzerinden prim borcunu ödeyecektir. İki farklı hükme göre yapılan hesaplamada (666,00 - 274,54=) 391.46 TL fark bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ilgililer Ek m. 19'a göre daha az miktarda prim borcu ödeyeceklerdir. Dolayısıyla 2009/17 s. Genelge'deki bu düzenleme ile adeta örtülü bir prim affı getirilmiş bulunmaktadır.

Geçici 17. madde ile getirilen hükümlerden yararlanmak için 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi olup 30.4.2008 tarihi itibarıyla 5 yıl, yani 60 ay ve üzerinde prim borcunun bulunması gerekmektedir. Burada niçin 5 yıl ölçüsünün

alındığını anlamak güçtür. Bu düzenleme karşısında 30.4.2008 tarihinden önceye ait 60 ay değil de 55 ay prim borcu olan kişiler kapsam dışında kalmaktadırlar. Kanımızca, 30.4.2008 tarihinden önceki döneme ait tüm prim borçlarının geçici 17. madde kapsamına alınması daha adaletli ve eşitlik ilkesine daha uygun bir düzenleme olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 26.5.2008, 26887.
- 2 RG.16.6.2006, 26200.
- 3 RG. 19.8.2008, 26972.
- 4 1479 ve 2926 sayılı Kanunlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008, s. 634-708, 709-719.
- 5 RG. 14.01.2009, 27110.
- 6 "Kendi adına ve hesabına çalışanların sigortalılıklarının durdurulmasına ilişkin hükümler

GEÇİCİ MADDE 17*- (17.4.2008 t. ve 5754 s. K. m. 73 ile eklenen madde) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre tescilleri yapıldığı halde, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarını, prim borçlarının ödenmesine ilişkin Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ödememeleri halinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşılığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcuna ilişkin süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez.

Ancak, sigortalı ya da hak sahipleri daha sonra müracaatları tarihindeki 80 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamını, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.

Sigortalılıkları önceki kanunlara göre durdurulanlar için de bu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır."

- 7 Murat, Gökteş/Murat Özdamar, 5 Yıldan Fazla Prim Borcu Bulunan 4-B'li Sigortalıların Hizmetlerinin Durdurulmasının Sosyal Güvenlik Hukukundaki Zorunluluk İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Şubat 2009, Sayı: 53, (baskıda).

Coşkun ERBAŞ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

4958 Sayılı Kanunla Değişiklikten Sonra, 506 Sayılı Yasanın 24. ve 69. Maddelerine Göre, Ana ve Babaya Hem Ölüm Aylığı ve Hem De Geliri Bağlanabilir Mi?

Ana-babaya ölüm geliri ve ölüm aylığı bağlanması, “sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmaması ve buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almaması” koşuluna bağlanmıştır.

06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanun’un 35. maddesiyle, 506 sayılı Yasa’nın 24. ve 69. maddelerinin birinci fıkralarında yer alan, “geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen” ibaresi çıkartılarak, bu koşul, “... Sosyal Güvenlik Kurumlarına tabi çalışmayan, buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan” şeklinde değiştirilmiştir¹. Şimdi bu yeni düzenleme karşısında, aynı zararlandırıcı sigorta olayı sonucu, Kurum tarafından hak sahibi ana ve babaya, (aynı anda) bağlanması gereken ölüm geliri ve ölüm aylıklarından, ölüm gelirinin daha önceki bir tarihte bağlanması durumunda; sonradan bağlanan ölüm aylığının, bağlanan ölüm gelirinin başlangıç tarihinin, ölüm aylığının bağlanmasından önce olması nedeniyle, ikincil olarak

ayrıca ölüm aylığı bağlanıp bağlanamayacağı konusu, çözüm bekleyen hukuksal bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Gerçekten de bu konuda henüz Yargıtay’dan geçen bir karara rastlamış değiliz.

Öte yandan, 24. ve 69. maddelerde yapılan bu değişiklik üzerine, Kurum’un bu konu ile ilgili olarak çıkardığı genelgeye² göre de; değişikliğin yürürlüğe girdiği 06.08.2003 tarihinden sonra ölen sigortalıların anne ve babalarına bağlanan gelir ve aylıklar, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmaya başladıkları veya... sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmesi öngörülmektedir³. Ana-babaya ölüm geliri ve ölüm aylığı bağlanmasını gerektiren durumun belirlenmesine yönelik olarak, bir bakıma yasada öngörülen “Muhtaçlık Karinesi” olarak vasıflandırabileceğimiz yeni bir saptama biçimi, 5510 sayılı Yasa’nın 20. ve 34/d maddelerinde düzenlen-

miş olup; bu düzenlemede, (506 sayılı Yasa'dan daha da ileri olarak,) ana-babanın "... Her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması...ve/veya aylık bağlanmamış olması..." şartı getirilmiş bulunmaktadır⁴.

Bu şekilde, yasal düzenlemelere göz attıktan sonra, uygulamadan örnek vermek gerekirse: Konu ile ilgili somut bir olayda, sigortalının, 21.08.2003 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu vefat etmesi üzerine, Kurum tarafından hak sahibi olan anaya 01.09.2003 tarihinden başlamak üzere ölüm aylığı bağlanmış; ayrıca 21.08.2003 tarihinden başlamak üzere de, ölüm geliri bağlanmıştır. Bağlanan aylık ve gelirler (her ikisi birden) 4 yıldan beri ödenmektedir. Ne var ki, Kurum 23.10.2007 tarihinde durumu fark ederek, 06.08.2003'de yürürlüğe giren, 4958 sayılı Kanun'la 506 sayılı Kanun'un 24. ve 69. maddelerinde yapılan değişiklik ile ölen sigortalının ana-babasına gelir ve aylık bağlanmasının ön koşulu olarak, "Bunların... Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına tabi çalışmaması ve bu kuruluşlardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almamaları" şartının getirilmiş olduğunu; bu durumda ise, ölen sigortalının ana ve babasının birden fazla dosyadan gelir ya da aylık almasına imkân bulunmadığından söz ederek, bağlanan ölüm aylığını iptal etmiş; öte yandan yersiz olarak ödenmiş olduğunu öne sürdüğü aylıkların da istirdadı cihetine gitmiştir.

Yasa değişikliği öncesi, ana-babaya gelir ve aylık bağlanması, "geçimlerinin sigortalı tarafından sağlandığının belgelenmesi" koşuluna tabi idi.

4958 sayılı Yasa ile getirilen değişiklik öncesi, 506 sayılı Yasa'nın, 23.10.1969 gün ve 1186 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik şekline göre, 24. maddesinde yer alan ana ve babaya "gelir bağlanması" ayrıca 69. maddesinde yer alan... "aylık bağlanması" ana-babanın "geçiminin sigortalı tarafından sağlandığının belgelenmesi" koşuluna bağlanmış idi. Ancak burada, ana-baba geçimlerinin ölen sigortalı oğulları tarafından sağlandığını en azından, mahalle veya köy muhtarlarından alacakları bir yazı (ilmühaber) ile belgelemek zorunda idiler^{5,6}. Ne var ki

bu aşamada, belgeleme meselesi uygulamada bir takım tereddüt ve aksaklıklara yol açmakta olduğundan, durumun kanıtlanmasında ortaya çıkan bu belirsizlik ve duraksamalar nedeniyle, Kurum ile hak sahipleri arasında çekişmeler yaşandığı ve oluşan karşılıklı güven eksikliği sonucu, konunun yargıya taşındığı, ne var ki benzer olaylarda değişik uygulamaların ortaya çıkması ile devlete olan güvenin sarsıldığı böylece, kamu vicdanında rahatsızlıklara sebep olduğu, bilinen bir gerçektir.

"Ana-babanın muhtaçlık göstergesi" 4958 sayılı yasa değişikliği ile yasal karineye bağlanmıştır.

İşte, 4958 sayılı Yasa'nın 35. maddesiyle 506 sayılı Yasa'nın 24. ve 69. maddelerinde yapılan değişiklikler ile tam bu noktaya, "ana-babanın geçiminin sigortalı tarafından sağlandığının belgelenmesi" meselesi noktasına yeni bir düzenleme getirilerek, bu husus (muhtaçlık konusu) yasal bir karineye bağlanmıştır. Bu cümleden olarak anılan "geçimini sağlama" olgusu yasa metninden çıkartılarak onun yerine (hak sahibi olan ana-baba için sigorta olayını doğuran hadise öncesinde) Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına tabi çalışmayan veya... buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana - babaya gelir ve aylık bağlanabileceği koşulu "yasal karine" olarak getirilmiştir. Nitekim "sigortalının geçindirmekle yükümlü olduğu kimseler" başlığını taşıyan 506 sayılı Yasanın 106/c maddesinde herhangi bir değişikliğe gidilmeyerek "geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen ana ve babanın, anılan hak sahipliği durumu madde kapsamında aynen muhafaza edilmiş olması", bu değişikliğin yasal bir karine olduğunun kanıtıdır.

Bu bağlamda, 24. ve 69. maddelere getirilen değişikliğe konu bu yasal karine ile kanun koyucu (hak sahipleri "ana-baba" için hakkı doğuran sigorta olayı öncesinde) "Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına tabi çalışmayan ve buralardan gelir veya aylık almayan" ana-babayı muhtaç saymış ve kendilerini gelir ve aylık almaya müstahak addetmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle "hakkı doğuran

Sosyal haklardan yararlanma kişiler arasında ayırımı haklı kılabilir, akla uygun, objektif bir neden olmadıkça, sosyal hukukta ayırım oluşturabilecek hükümlere yer verilmemesi asıldır.

sigorta olayı öncesinde, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına tabi olarak çalışan veya buralardan gelir veya aylık alan ana-babanın ise muhtaç olmadığı, dolayısı ile de geçimlerinin sigortalı tarafından karşılanmadığı” kabul edilmiştir. İşte bu durum, yasadaki değişiklik öncesi muhtarlar tarafından düzenlenmekte olan muhtaçlık (ilmuhaberi) belgesi yerine kaim yasal karine olarak var sayılmıştır.

Bu düşüncemiz, 4958 sayılı Yasa tasarısıyla ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki genel görüşmelerde, Plan Bütçe Komisyonu Raporu’nda ve Yasanın gerekçelerinde yer alan açıklamalarla da doğrulanmış bulunmaktadır. Nitekim anılan komisyon raporunda ve gerekçelerde: “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nda, uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin ve aksaklıkların giderilmesi amacıyla, değişiklik yapılması” doğrultusunda, tasarının değerlendirilerek, yeni bir metin oluşturulmak suretiyle yasa çalışmalarının (tasarının) tamamlandığı belirtilmiştir⁷.

Yasa koyucu “ana-babanın haklarının kısıtlanmasına” yönelik bir yaklaşım içerisinde değildir.

Her ne kadar, sosyal hukukun kişileri eşit duruma getirme işlevinden söz etmek mümkün değil ise de, sosyal haklardan yararlanma kişiler arasında ayırımı haklı kılabilir, akla uygun, objektif bir neden olmadıkça, sosyal hukukta ayırım oluşturabilecek hükümlere yer verilmemesi asıldır⁸. Nitekim 4958 sayılı Yasanın 35. maddesiyle getirilen değişikliğin, yasanın genel görüşmeleri, komisyon raporları ile genel gerekçe ve madde gerekçelerinde, ana-babanın aynı sigorta olayı nedeniyle, (hakkın doğumundan sonra) kazanılan ölüm geliri veya

ölüm aylığından yalnızca bir tanesinin verilebileceği yolunda bir öneri, açıklama veya uyarı yoktur. Diğer bir deyişle yasa koyucunun, ana-babanın haklarının kısıtlanmasına yönelik bir yaklaşım içinde bulunduğu dair herhangi bir izlenime rastlanılmış değildir.

Esasen bu anlamda, 506 sayılı Yasa’nın 92. maddesinde bir değişikliğe gidilmemiş olması karşısında, anılan 24. ve 69. maddelere böyle bir anlam yüklenemez. Aksine bir yorumun ise sosyal güvenlik ilkeleri ile bağdaştırılamayacağı açıktır. Zira 506 sayılı Yasa’nın 73/A maddesine göre iş kazası ile meslek hastalıkları sigorta kolundan ödenmiş olan primlere dayalı olarak, 23. madde ile eş ve çocuklara, 24. madde ile de ana ve babaya ölüm geliri almak hakkı doğmaktadır. Ayrıca diğer taraftan, yasanın 73/D maddesine göre ise, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından ödenen primlere dayalı olarak da 68. madde ile eş ve çocuklara, 69. madde ile de ana ve babaya ölüm aylığı almak hakkı verilmektedir. Burada sigortalı veya hak sahiplerinin her iki yardımdan da yararlanabiliyor olması, prim ödemelerinin farklı sigorta kollarından yapılmasından kaynaklanmaktadır⁹. Bu konularda herhangi bir duraksama söz konusu değildir.

Bağlanacak aylık ve gelirlerin aynı sigortalı veya hak sahibi üzerinde toplanması halinde, birleştirme hesabı 92. Maddeye göre yapılacaktır.

Bu durum çerçevesinde, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylıklar ve gelirler birleşebilirler ise de; yasa koyucu tarafından birden ziyade sigorta kolundan gelir ve aylık almaya hak kazanılmış olması halinde, bunların hepsinden ayrı ayrı ve tam olarak aylık ve gelir bağlanması ilkesi benimsenmemiştir.

Ne var ki, bu olasılığın gerçekleşmesi halinde 92. madde ile yasadaki farklı bir çözüm getirilmiş olup, bu takdirde aylık ya da gelirlerden biri diğerini etkilemekte ve onu yok (ifna) etmektedir. Ancak bu yok ediş tümünden olmayıp, etkilenen aylığın yarısı bakımındandır¹⁰. Bu yaklaşım ile yasa koyucu, 73. madde kapsamında, ayrı sigorta kollarından ödenen primlerin zayi olmaması açısından, hak kayıplarının

makul bir seviyeye çekilmesi suretiyle, gelir ve aylıkları 92. maddeye göre birleştirerek, bunları teke indirgemıştır. Şu halde, sonuçta hak sahiplerine yapılacak ödemeler, gelir ve aylık olarak iki ayrı dosyadan değil (teke indirgenerek birleştirilen) tek dosya üzerinden yapılacağından; artık hak sahiplerinin hem iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri, hem de ölüm sigortası kolundan ölüm aylığı aldıklarından söz etmek olası değildir. Ortada 92. maddeye göre yapılandırılan tek dosya üzerinden yapılacak bir tek ödeme vardır.

O nedenle, değişik sigorta türlerinden bağlanacak aylık ve gelirlerin aynı sigortalı veya hak sahibi üzerinde toplanması halinde, buradaki gelir ve aylığın birleşme hesabının 92. maddeye göre yapılması gereği, yasanın uyulması zorunlu olan, amir hükümlerindedir. Buna göre; iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanacak gelir ile malullük, yaşlılık, ölüm si-

ölüm aylığı için ayrı dosyalardan tam ödeme yapılması, yasaya aykırı olup, bu durumda kendisine ödeme yapılan hak sahibine atfedilecek herhangi bir kusur yoktur. Burada, olay tamamen Kurum'un kendi hatalı işleminden kaynaklandığı açıktır.

Ne var ki, Kurumun bir işlem hatası ile hak sahibine yasa dışı olarak ödediği fazla geliri yasal düzeyine indirmeye hakkı bulunduğu da kuşkusuzdur.

Gerçekten de, örnekte olduğu gibi, kurumun yüksek olan ölüm gelirin'e ait dosya üzerinden işlem yaparak, eksik olan ölüm aylığının yarısını buna ilave etmek suretiyle tek dosyadan ödeme yapması gerekirken, ölüm aylığını tam olarak ödemesi sonucu, hakkı olmayan bir aylık farkının alınmış olması, onu alan bakımından, hukuksal açıdan haksız bir kazanç oluşturmaktadır. Bu fazlalığın Kuruma geri verilmesi zorunluluğu vardır.

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylıklar ve gelirler birleşebilirler ise de; yasa koyucu tarafından birden ziyade sigorta kolundan gelir ve aylık almaya hak kazanılmış olması halinde, bunların hepsinden ayrı ayrı ve tam olarak aylık ve gelir bağlanması ilkesi benimsenmemiştir.

gortalarından bağlanacak aylık, birleştiği takdirde, 92. madde uyarınca bunlardan yüksek olanın tamamı eksik olanın da yarısı bağlanacaktır¹¹.

Burada önemli olan husus, yukarıda da vurgulandığı üzere, sigortalıya veya hak sahibine her iki sigorta kolundan ayrı ayrı tahsis dosyası açılmayacağıdır. Yüksek olan gelir veya aylığa ilişkin olarak tek dosya düzenlenerek, eksik olan gelir veya aylığın yarısı yüksek getirisi olan dosyaya eklenerek bir dosya üzerinden ödeme yapılacaktır¹².

Kurum'un bir işlem hatası ile hak sahibine, yasa kapsamı dışında ödediği fazla geliri, yasal düzeyine indirmeye hakkı vardır.

Örnekte olduğu gibi, Kurum tarafından 92. madde göz ardı edilerek, hakkı doğuran aynı sigorta olayı nedeniyle, ölüm geliri için ayrı,

Ancak, haksız olarak bir şeyden yararlanan kimsenin onun geri verilmesi zamanında elinden çıktığını kanıtladığı ve kötü niyetli bulunmadığı durumlarda, onu geri vermek zorunluluğunun kalkacağı, Borçlar Kanunu'nun 63. maddesi gereği olarak, hukukça kabul edilmiş gerçeklerdendir. Bu gibilerin sosyal konumu itibarıyla, günü gününe ve kıtı kıtına geçinen kimselerden olmaları nedeniyle, kural olarak iktisap ettikleri aylığı ve geliri tüketmiş sayılacakları, Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir^{13,14}.

Sosyal güvenlik kuruluşu olarak anayasal işlevini sürdüren Kurum'un kendi kusuru ile yaptığı yanlış işlemlerin yükünü sigortalının sırtına yüklemesi m. K. 2'De yer alan iyi niyet kuralları ile de bağdaştırılamaz.

Burada, hak sahibinin kötü niyeti saptanmadığı gibi, aksi de iddia ve ispat edilmiş

olmadığı gözetildiğinde; bir sosyal güvenlik kuruluşu olarak anayasal işlevini sürdüren Kurum'un kendi kusuru ile yaptığı yanlış işlemlerin yükünü sigortalının sırtına yüklemesi, ödediği fazla aylıkları onun sınırlı gelirinden keserek, bugünkü ağır yaşam koşullarında onu acze düşürmesi, en azından M.K. 2'de yer alan iyi niyet kuralları ile de bağdaştırılamayacağı Yargıtay'ca da kabul görmektedir¹⁵.

Açıklanan nedenlerle, 4958 sayılı Yasa'nın 35. maddesiyle değişik, 506 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde yer alan "ana-babaya ölüm geliri bağlanması ile 69. maddesinde yer alan ölüm aylığı bağlanması hususlarının, aynı hak sahibi üzerinde birleşmesi durumunda, bağlanan ölüm geliri ile ölüm aylığının, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi uyarınca tek dosyada birleştirilerek, bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısının bağlanması; yasaya, hukuka ve adalete uygun olacaktır. Bu durumda hak sahibi ana-babanın iki ayrı sigorta kolundan iki ayrı dosyadan iki ayrı aylık aldığından söz edilemez.

DİPNOTLAR

- 1 Akçakaya, Sosyal Güvenlik Mevzuatı, Sahife 31, 64.
- 2 Ali Güzel-Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku 9. Bası, Sahife 241. dipnot: (143a) 8.8.2003 T. ve 12-12 Ek.
- 3 Ali Güzel-Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku 9. Bası, Sahife 241.
- 4 Aslanköylü, Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 2. Bası, Sahife 126, 218.
- 5 Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, Sahife 375.
- 6 Ali Güzel-Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 9. bası Sahife 241.
- 7 4958 sayılı Yasa'nın Gerekçesi ve Plan Bütçe Komisyon Raporu.
- 8 Caniklioğlu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Sahife 652.
- 9 Levent Akın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Sahife 389.
- 10 Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi 1977, Sahife 728.
- 11 Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Sahife 611.
- 12 Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Cilt 2, Sahife 1954.
- 13 Yrg. 10 H.D. 27.09.1983/3724 E. ve 4499 K.; Çakmak, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu 2004 Bası, 2. Cilt, Sahife 2479.

14 Yrg. 21 H.D. 09.04.2001/2507 E. ve 2708 K. Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar 2. Cilt, Sahife 1253.

15 Yrg. 10 H.D. 22.12.1978 T., 8207 E ve 10310 K. Aslanköylü, a.g.e. 2. Bası, Sahife 1958-1959.

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 yayınıımız, 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. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi

Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS

Şişli 34381 İSTANBUL

Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx)

Faks: (0212) 241 76 19

Yapı Kredi Bankası

Abide Şubesi

82467855

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

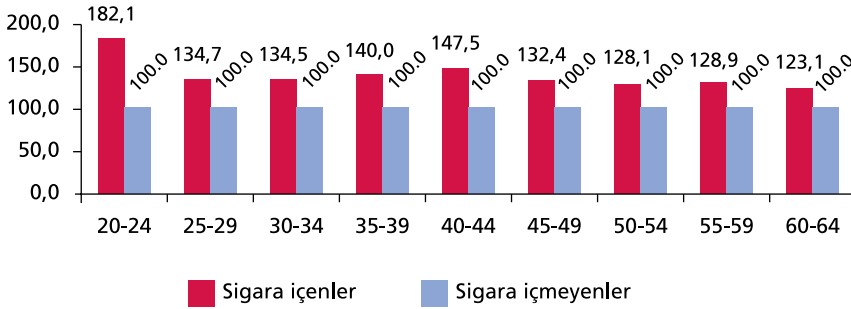
İşyerinde Sigara İçme Yasağı

I. GENEL OLARAK

İşveren ile sigara içen işçi arasında iş sözleşmesi ilişkisi mevcuttur. Bu anlamda iş sözleşmesi her iki tarafın birbirlerine karşı sahip olduğu hakların hukuki esasını oluşturmaktadır. İşveren işyerindeki faaliyetiyle kazanç elde etmeyi amaçlar. İşçi de kazanç getirici bir işletmenin asli unsurlarındandır. İşletmenin başarısında işçinin motivasyonu ve çalışmayı sevmesi önemlidir. Onun motive olması da çalışma yerinin uygun bir atmosferde olmasını gerektirir. Bu bağlamda işçiler arasında uygun bir çalışma ortamının yaratılması gerekir. İşveren sigara içen işçilere sınırsız izin verecek olursa, yani işyerinde sigara içmeyi tamamen serbest bırakacak olursa sadece pasif sigara içenler değil aktif kullanıcılarda da motivasyon eksikliği meydana gelecektir¹. Bilimsel araştırmalara dayalı tahminlere göre, sigara içmeyenlerin uğradığı iş kazasının yaklaşık %10'u pasif içicilikten kaynaklanmaktadır². Ayrıca, sigara nedeniyle çalışanlar arasında tartışma ve kavgaların çıkması kaçınılmaz olacaktır³. Bu tür kavgalar da işyerinde verimliliği azaltacağı gibi⁴, sigara içmeyen kalifiye işçilerin işyerinden ayrılmasına da sebep olabilecektir. Oysa işçilerin uzun süre değişmeden işyerinde çalışması; bir başka anlatımla personelin uzun süre az ya da aynı kalmasında işverenin büyük menfaati vardır⁵.

İşverenin aynı zamanda işçisinin sağlıklı olmasında da önemli menfaati vardır. Hastalık nedeniyle devamsızlıklar işyerinde üretimi aksatabilir; hele hele aciliyet arzeden işlerde işverenin zamanında işi bitirememesi o işten elde edebileceği geliri kaybetmesine yol açabileceği gibi, zamanında bitirilememesi işvereni tazminat, cezai şart gibi ödemelerle de karşı karşıya bırakabilecektir. Sigara içen kişi, olağan hastalıklara daha sık yakalanmasından veya sigaraya bağlı ağır hastalıklardan dolayı işini de aksatabilir. İstatistikî verilere göre, sigara içenler içmeyenlere oranla %30-40 daha sık hastalanmaktadır⁶. Aşağıda Alman İstatistik Kurumu tarafından yapılmış araştırma sonucunda elde edilen veriler uyarınca yaş gruplarına göre, sigara içenler ile içmeyenlerin hastalanma oranlarını gösteren tablo yer almaktadır⁷.

Bu sebeple işveren, işyerinde sigara yasağı koymayı haklı olarak elzem görebilir⁸. Sigara, işletmenin güvenliği açısından da tehlike yaratır. Sigara içilmesi serbest olan bir işyerinde yangın rizikosunu, sigara içilmesi yasak olan işletmeye oranla daha büyük olacaktır. İşletmede sigara içilmesi işveren açısından aynı zamanda, temizleme, yeniden boyama, havalandırma, pencere açılması nedeniyle daha fazla ısıtma masrafı gibi ek mali yükler yanında zaman

TABLO: Sigara içenler ile içmeyenlerin Hastalanma Oranları

kayıbı gibi dolaylı masraflar da doğurur. Şöyle ki, Almanya'da Strunk+Partner Mühendislik Şirketi, çalışma süresi boyunca sigara içmeyen nikotin bağımlısı çalışanlarına yıllık 500 Euro prim ödemeyi taahhüt etmiştir. Bu teklifi sigara içen 25 çalışandan 8'i kabul etmiştir. Söz konusu işletmenin mali tahlil sonucu şu şekildedir: Her bir işçi sigara içme odasında sigara başına 6 dakika geçirmektedir. Her birinin günlük 10 adet sigara içmesi halinde, 8 işçinin çalışma süresi kaybı toplam olarak günlük 8 saate tekabül etmektedir. Yılda 200 işgünü çalışıldığı dikkate alındığında, toplam 1600 saat çalışılmadan geçirilecektir. Ortalama saat ücreti 33 Euro olduğuna göre, 8 işçinin bu teklife uyması halinde işletmenin verdiği toplam 4000 Euro prim karşılığında toplam 53.000 Euro tasarruf sağlanacaktır⁹.

4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'a göre, tütün ürünlerinin koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında tüketilmesi yasaktır (mad. 2/I-b. (b)). Aynı yasak, özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmeler açısından da söz konusudur (mad. 2/I-b. (d)). Bu yasak, açıkça iş hukukunun yer itibarıyla uygulama alanını teşkil eden işyerlerini de kapsamaktadır. Belirtelim ki, otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir (mad. 2/III).

Ayrıca, 26.12.2003 tarihli Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik (mad. 5/a, 7/a), Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği (ek mad. 4.1.2), Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (mad. 17/a, 3), Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik'te (mad. 12/a) de sigara içme yasağı öngörülmüştür¹⁰.

Aşağıda işyerinde sigara içilmesiyle ilgili doğabilecek muhtemel sorunlar, iş hukuku açısından değerlendirilecektir.

II. SİGARA KULLANMAYAN İŞÇİNİN İŞVERENDEN İŞYERİNDE SİGARA İÇİLMESİNİN YASAKLANMASINI TALEP HAKKI

İşçi, doğrudan doğruya işveren karşı, 4207 sayılı Kanun'a dayanarak işyerinde sigara içilmesi hususunda yasak getirilmemesine yönelik bir talep hakkına sahip değildir. Şüphesiz, sigara kullanmayan işçi, söz konusu Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işvereni hakkında cezai müeyyidenin uygulanmasına şikâyet etmek suretiyle yol açabilir. Bu suretle, işvereni işyerinde sigara içme yasağı getirmesi hususunda zorlayabilir. İşyerinde 4207 sayılı Kanun'a aykırı olarak sigara içilmesine müsaade eden işverenini şikâyet eden işçinin bu nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi geçersiz fesihdir.

Sigara kullanmayan işçinin işverene karşı işyerinde sigara içilmesini yasaklanmasını talep hakkının hukuki dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesidir. Söz konusu hükme göre, "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler". Bu hükümde, Borçlar

Kanunu'nun 332. maddesinden farklı olarak herhangi bir sınırlandırma getirilmeksizin bir önlemin alınması iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli ise bu tedbirlerin alınmasının zorunluluğu ifade edilmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi, işverene işin niteliği ve iş ilişkisinin özellikleri yönünden hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma, sağlığa uygun çalışma yeri sağlama görevini yüklemektedir¹¹. İşveren bu hükümler karşısında, mevzuatta öngörülmemiş olan, ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de almak zorundadır¹². Adı geçen hükümler, Medeni Kanun'un 23 vd. hükümlerinin iş hukukundaki yansımasıdır. İşveren, işçinin kişilik hakları kapsamında bulunan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumakla yükümlüdür. İşveren anılan hükümler kapsamında, sigara kullanmayan işçilerini pasif içici olmaya karşı korumakla yükümlüdür¹³. Zira, kişilik hakları arasında yer alan sağlık hakkı işçinin hukuken korunan en önemli haklarından birisidir¹⁴. Günümüzde pasif sigara içiciliğinin sağlık açısından zararlı olduğu ispatlandığı için¹⁵, sigara kullanmayan işçi, İş Kanunu'nun 77. maddesine istinaden işvereni karşısında, münferit çalışabileceği bir çalışma yerinin bulunmaması halinde, işletme şartları ve işletme gerekleri sigara yasağını gerektirmese bile işyerinde sigarayı yasaklanmasını talep hakkına sahiptir¹⁶. İşveren işçiyi gözetme yükümlüğü kapsamında, sigara içmeyenleri korumak için teknik veya organizasyona ilişkin tedbirleri alabilir. Dolayısıyla, sigara içenlerle içmeyenlerin çalışma yerleri, büroları, ofisler ayrılmalıdır. Bu nevi tedbirlerin işyerinde alınmasına imkân yoksa veya ekonomik açıdan ondan yapması beklenemeyecek kadar aşırı masrafı gerektiriyorsa, işveren ultima ratio olarak işyerinde sigara içme yasağı getirmelidir¹⁷. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkına dayanarak işyerinde sigara yasağı getirebilmesi mümkündür¹⁸; zira sigara sorunu işletme düzeni ile ilgili bir sorundur¹⁹. Ayrıca, işveren, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca getirilen yasağı uygulama

yükümlüğüne dayanarak da işletmede sigara yasağı getirebilecektir²⁰. Açık hava alanlarında sigara içilmesi tütün kullanmayan işçileri dikkate alınabilecek ölçüde zarar vermediğinden iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike olmadığı sürece, sigara içme yasağının gerekliliğinden söz edilemez²¹. İşçi, açık hava alanlarında veya sigara içilmesine tahsis edilmiş odalarda sigara içebilir. Ancak, sigara içmek, ara dinlemelerde olmalıdır. Sigara içen işçinin sigara içmek için ara dinlenme hakkı vardır²². Aksi takdirde, çalışma sürelerinde sigara içilmesi, çalışmanın kesilmesi sonucunu doğurur. Tuvalete gitmek gibi temel ihtiyaçların giderilmesi süresi de çalışma süresi olarak değerlendirilir²³. Bu sebeple, ara dinlenme olmadan çalışırken tuvalete gidilerek sigara içilmesi de çalışmanın kesilmesi olarak değerlendirilir.

İşverenin işyerinde sigara içme yasağı getirmesi, sigara içenler açısından işverenin eşit davranma borcunun ihlali olarak görülemez²⁴. Ancak, somut olayın özelliklerinden işvereni haklı kılmıyorsa, sadece belirli işyerleri için sigara içme yasağı getirilmesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edebilir. Buna karşılık, işverenin toplu ulaşım araçlarında veya kötü havalandırması olan işyerlerinde sigara içme yasağı getirmesi haklıdır²⁵. İşverenin sigara içme yasağı olan işyerine girişlerde sigara paketiyle işyerine girişi önlemek için rastgele seçilen bir işçinin üzerini arattırabilir²⁶. Buna karşılık her zaman aynı işçinin üzerinin aranması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder²⁷.

Ayrıca vurgulamak gerekirse, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile de işçiye sigara içme yasağının getirilmesi mümkündür²⁸. İşverenin işçinin taleplerini yerine getirmemesi halinde, işçi, İş Kanunu'nun 83. maddesinin şartları dairesinde çalışmama hakkına sahiptir. Ancak, bu hüküm kapsamında işçi, çalışmaktan kaçınmaya kendiliğinden karar veremeyip iş sağlığı ve güvenliği kurulunun nesnel ve teknik değerlendirmesi sonucu bu yola gidebilecektir²⁹. İşçinin işyerinde sigara içilmesi dolayısıyla sağlığının zarar görmekte olması halinde talebine rağmen işverenin ısrarla sigara yasağı getirmemesi, İş Kanunu'nun 24/I-b(a) ve 24/II-b(f) kapsamında haklı fesih sebebi olarak

görülmalıdır. Özellikle, işverenin sözleşme ile garanti ettiği sigarasız bir ortamda çalıştırma taahhüdüne riayet etmemesi veya işçinin nefes yollarında hastalığın meydana gelmemesi durumunda, işverenin işçiyi gözetme borcuna ısrarla riayet etmemesi feshi ihbar sürelerinin bitimine kadar dahi iş ilişkisinin devam ettirilmesinin işçiden beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ağırlıkta bir sözleşme ihlali teşkil edeceğinde iş sözleşmesinin derhal fesih nedeninin varlığı kabul edilmelidir³⁰.

III. İŞYERİNDE SİGARA İÇME YASAĞINA UYULMAMASININ SONUÇLARI

İşçinin işyerinde sigara içmesi kural olarak işverene iş sözleşmesini geçerli bir nedenle fesih hakkı vermez. Bir başka anlatımla, işçinin işyerinde sigara içmesi, kural olarak, işçinin davranışlarına dayanan geçerli bir fesih nedeni değildir³¹. Buna karşılık, işyerinin tamamında veya bir kısmında sigara içme yasağının konması halinde, işçinin bu yasağa riayetsizliği işverene İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş sözleşmesini fesih hakkı verir³². Aynı sonuç, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile sigara içme yasağının getirilmesi halinde de söz konusudur³³. Zira, bu durumlarda işçinin iş sözleşmesini ihlali söz konusudur³⁴. Ancak, işverenin bu durumda iş sözleşmesini geçerli olarak feshetmesi için, işçinin yasağa uymama hareketini tekrarlaması gerekir. Bunun için de işverenin ilk ihlalde işçiyi uyarması şarttır³⁵.

Yargıtay 9. HD., 21.03.2006 tarihli kararında, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan işçinin sözü edilen davranışı geçerli fesih nedeni olarak görülmemiştir:

“Davalı işveren, işe alınırken sigara içmediğini belirten davacının yasak olmasına rağmen işyerinde sigara içmesi nedeni ile iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II-a ve i maddeleri gereğince haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dinlenen davacı tanıklarının beyanlarına göre davacının mekanik bölümün

üst katında üretim alanı dışında kalan bölümde dinlenme saati içerisinde sigara içtiği, iş sözleşmesinde sigara içilmeyeceği konusunda bir ibarenin olmadığı, bu nedenle İş Kanunu'nun 25. maddesine göre haklı feshin koşullarını oluşturmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, işyerinde yapılan işin niteliği gereği sigara içilmeyeceği konusunda bir yasağın bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı da işe girerken bu konuda sorulan soruya sigara kullanmadığı şeklinde cevap vermiştir. İşyerinde yasağa rağmen davacıdan başka işçilerin de sigara kullandıkları ancak bunların çay ocağının bulunduğu yerde dinlenme saatlerinde sigara içtikleri tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır. Davacı ise belirtilen yer dışında sigara kullanırken tespit edilmiştir. Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan davacının sözü edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır. Bu nedenle, davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır³⁶.

Buna karşılık, işyerinde sigara içilmesi iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü durumlarda işçinin bu yasağa uymaması işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. Ancak, iş sözleşmesinde sigara içme yasağının bir defa dahi olsa ihlalinin, sözleşmesinin haklı nedenle fesih sebebi olarak gösterilmesi, iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmenin söz konusu olmadığı durumlarda geçersizdir³⁷.

Aşağıda Yargıtay 9. HD.'nin sigara içme yasağına aykırı hareketin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü durumlarda işverene haklı nedenle fesih hakkı bahsettiğini teyid eden kararlarına yer verilmiştir

Yargıtay 9. HD.'nin 04/11/2008 tarihli kararına göre: “İş sözleşmesinin işçinin kendi isteği ile veya işini savsaması sonucu işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 25 II-(1) bendinde,

işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir.

İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikte uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike belirirse, işverenin derhal haklı nedenle fesih hakkı ortaya çıkar.

İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi, bu konuda belli bir zararın ortaya çıkmış olması da gerekmez. Aynı bentte ayrıca düzenlenmiş olan işçinin otuz günlük ücretin tutarı ile karşılanamayacak bir zarar vermesi, işin güvenliğini tehlikeye düşürmekten bağımsız bir fesih nedenidir.

Güvenlik hizmeti veren bekçinin uyuması veya görev yerini terketmesi, yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesi, basınçla ve yüksek ısıyla çalışabilir bir cihazın kontrolü ile görevlendirilen bir işçinin görevini savsaması gibi örnekler, işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlara örnek olarak verilebilir³⁸.

Yargıtay 9. HD.'nin 05.07.2007 tarihli kararında da şu görüşlere yer verilmiştir:

“Davacı tanığının beyanından anlaşıldığı üzere davalı işyerinde ayrıca sigara içme odası bulunmaktadır. Tekstil işi ile uğraşan işyerinde dokumacı olarak çalışan davacının olay günü sigara içilmesi yasak yer olan soyunma odasında sigara içtiği, bu nedenle savunması istendiğinde “canım istedi, içtim” diyerek yazılı savunma verdiği uyuşmazlık konusu değildir.

Bu durumda davacı 4857 sayılı İş Yasası'nın 25/II-1 maddesi gereğince kendi isteği ile işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğünden işverence yapılan fesih haklı nedene dayanmaktadır. Böyle olunca kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır³⁹.

Yargıtay 9. HD., 9.7.2007 tarihli kararında sigara içme yasağını ihlal eden işçinin işe iade talebini şu gerekçelerle reddetmiştir:

“Davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işveren-

ce geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödemesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının sigara içtiği tuvaletin bir kısmının boyahaneye açıldığını, işyerinde yangın ve patlama riski olduğunu, ayrıca eylemin işyeri disiplinine aykırı olduğunu, feshin haklı nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği sonucuna varılarak davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre mobilya sanayi konusunda faaliyet gösteren işyerinde ahşap, boya gibi kullanılan malzemelerin çabuk yanacak neviden olduğu anlaşılmaktadır. İşyerinde kantin dışında sigara içme yasağı olduğu, zaman zaman tuvalette sigara içtikleri tespit edilen işçilerin uyarıldığı tanıklarca ifade edilmiştir. Mahkemece işyerinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporunda tuvaletin lavabo kısmının ikinci kapısının boyahane bölümüne açılması sebebiyle tiner ve parlayıcıların bulunduğu bu bölüme atılan bir izmaritin parlamaya ve yangına sebebiyet vermesinin ihtimal dahilinde olduğu belirtilmiştir. Davacının sigara içilmesi serbest olan bölümde değil de, iş güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde yasak yerde sigara içtiği açıktır. Bir kısım işçinin sigara içme konusundaki yasağa aykırı davranışlarının daha önce hoş görülmüş olması veya bölüm şeflerinin sözü konusu yasağa uymamaları davacının eylemini fesih için geçerli neden olmaktan çıkaramaz. Mevcut olgulara göre davacının iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedildiğinden işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır⁴⁰.

Yargıtay 9. HD., 13.6.2006 tarihli kararında, Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzüğü'nün 346. maddesinde öngörülen sigara içme yasağı nedeniyle, işçinin yasak kapsamındaki işyerinde sigara içtiği kanıtlanamasa dahi, maden ocağına sigara ve çakmak götürmüş olması, işin güvenliğini ciddi

şekilde tehlikeye düşürdüğünden bahisle haklı fesih nedeni olarak görülmüştür:

“Davacı işçinin iş sözleşmesi, maden ocağı iş yerinde sigara içtiği gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Mahkemece davacının sigara içtiğinin kanıtlanamadığı ve çantasında bulunan sigara ve çakmak sebebiyle ihtar cezası verilmesi gerekirken yapılan feshin haklı olmadığı gerekçesiyle isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde sigara içilmesinin ve yanıcı maddeler bulundurulmasının yasaklandığı, buna dair duyuruların yapıldığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. İşverenin bu yönde uyarısını içeren levha üzerine işyeri yeklisine hakaret anlamına gelen yazılar yazılmış ve bunun üzerine maden ocağında arama yapılmıştır. Davacı işçinin çantasında sigara ve çakmak bulunmuştur. İşverence tutanak tutulmuş ve davacı da tutanağı imzalamıştır. Davacı tanıkları, maden ocağında sigara ve çakmak bulundurmanın yasak olduğunu bildiklerini açıklamışlardır.

Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzüğü'nün 346. maddesinde, “kömür ve kükürt ocaklarıyla yangın tehlikesi olan ocaklarda tütün içilemez. Bu ocaklara sigara, pipo, puro, kibrit, çakmak vb. madde ve malzemeler sokulamaz” şeklinde kurala yer verilmiştir. İşyerinin anılan yasaklama kapsamında bulunduğu tartışma dışıdır. Davacı işçinin maden ocağına sigara ve çakmak götürmüş olması, işin güvenliğini ciddi şekilde tehlikeye düşürmektedir. Bu durumda davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi haklı nedene dayanmaktadır. İhbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur”⁴¹.

İş sözleşmesinde işverenin talimatlarına uyulmaması halinde cezai şartın ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda, işçinin her içtiği sigara işverene cezai şartı talep hakkı bahşedecektir⁴². Ancak, Borçlar Kanunu'nun 161/III hükmü gereği, yargıç fahiş gördüğü cezai şartları indirmekle yükümlüdür. İşçinin işyerinde içtiği sigara yangına neden olur ve bunun sonucunda işveren zarar görürse, işçi, meydana gelen zarardan Borçlar Kanunu'nun 321.

maddesinin 2. fıkrası uyarınca sorumlu olur⁴³. Kanaatimizce, işveren, işçilerin sigara içme yasağına aykırı davranması sonucunda işyerinde kirlenmeler meydana gelmişse, kirlenmenin talimata aykırı olarak içilen sigaralardan kaynaklandığını ispat etmesi halinde, temizleme masraflarını (örneğin yeniden boyama masrafı) işçilerden isteyebilecektir⁴⁴.

SONUÇ

Sigara kullanmayan işçinin işverene karşı işyerinde sigara içilmesini yasaklanmasını talep hakkının hukuki dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesidir. Ayrıca, işveren, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca getirilen yasağı uygulama yükümlüğüne dayanarak da işletmede sigara yasağı getirebilecektir. İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile de sigara içme yasağının getirilmesi mümkündür. İşverenin işçinin taleplerini yerine getirmemesi halinde, işçi, İş Kanunu'nun 83. maddesinin şartları dairesinde çalışmama hakkına sahiptir. İşçinin işyerinde sigara içilmesi dolayısıyla sağlığının zarar görmekte olması halinde talebine rağmen işverenin ısrarla sigara yasağı getirmemesi, İş Kanunu'nun 24/I-b (a) ve 24/II-b (f) kapsamında haklı fesih sebebi olarak görülmelidir.

İşyerinin tamamında veya bir kısmında sigara içme yasağının konması halinde, işçinin bu yasağa riayetsizliği işverene İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş sözleşmesini fesih hakkı verir. Ancak, işverenin bu durumda iş sözleşmesini geçerli olarak feshetmesi için, işçinin yasağa uymama hareketini tekrarlaması gerekir. Bunun için de işverenin ilk ihlalde işçiyi uyarması şarttır. Buna karşılık, işyerinde sigara içilmesi iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü durumlarda işçinin bu yasağa uymaması işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.

DİPNOTLAR

- 1 http://www.arbeitsrecht.de/arbeitsrecht/RechtKompakt/Recht_A-Z/m_z/rauchen_am_arbeitsplatz.php
- 2 http://www.arbeitsrecht.de/arbeitsrecht/RechtKompakt/Recht_A-Z/m_z/rauchen_am_arbeitsplatz.php

- 3 <http://www.business-wissen.de/organisation/arbeitsgestaltung/fachartikel/rauchen-am-arbeitsplatz-praevention-ist-besser.html>.
- 4 Bkz. Baumberger, R.: Rauchen am Arbeitsplatz, Bern 2002, sh. 36-37.
- 5 Baumberger, R., sh. 37.
- 6 http://www.arbeitsrecht.de/arbeitsrecht/RechtKompakt/Recht_A-Z/m_z/rauchen_am_arbeitsplatz.php
- 7 http://www.arbeitsrecht.de/arbeitsrecht/RechtKompakt/Recht_A-Z/m_z/rauchen_am_arbeitsplatz.php
- 8 Baumberger, R., sh. 38.
- 9 http://www.nichtraucherschutz.de/nichtraucherschutz/nichtraucherschutz/nichtraucherschutz_am_arbeitsplatz.html.
- 10 Süzek, S.: İş Hukuku, B. IV, İstanbul 2008, sh. 302.
- 11 Bkz. Süzek, S., sh. 349.
- 12 Süzek, S., sh. 349.
- 13 Baumberger, R., sh. 58.
- 14 Capt, L.A: Passivrauchen am Arbeitsplatz, Diss. Zürich 1982, sh. 45-46; Baumberger, R., sh. 58.
- 15 WHO'nun 21.5.2003 tarihli Tütün Kontrolü ile İlgili Çerçeve Sözleşmesinde, pasif sigara içiciliğinin sağlığa zararlı olduğu kabul edilmiştir (mad. 8).
- 16 Rehbinder, M.: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI/2/1, Art. 319-330a OR, Bern 1985, Art. 328, Nr. 7; Baumberger, R., sh. 59-60.
- 17 Baumberger, R., sh. 60.
- 18 LAG Frankfurt, LAGE § 611 BGB, Direktionsrecht, Nr. 5; ayrıca bkz. Wellenhofer-Klein, M.: Der raucherfreie Arbeitsplatz - was bringt die Aederung der Arbeitsstättenverordnung, RdA 2003, sh. 160; Börgmann, B.: Arbeitsrechtliche Aspekte des Rauchens im Betrieb, RdA 1993, sh. 277.
- 19 Wellenhofer-Klein, M., RdA 2003, sh. 160.
- 20 Bkz. Süzek, S., sh. 302.
- 21 Grimm, D./Windeln, N.: Nichtraucherschutz im Betriebsarbeitsrechtliche Konsequenzen und Folgeprobleme betrieblicher rauchverbote, ARBRB 2008, sh. 274; Lorenz, M.: Überblick zum Nichtraucherschutz nach § 5 ArbStättV, ARBRB 2007, sh. 275.
- 22 Grimm, D./Windeln, N., ARBRB 2008, sh. 274. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 24.06.2008 tarih ve E. 2007/23585 K. 2008/17585: "4857 sayılı İş Kanununun 69. maddesinde, "Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir..... İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez" şeklinde kurula yer verilmiştir. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre "a) Günlük iş süresi 11 saati, gece çalışma süresi 7,5 saati,geçemez." hükmü bulunmaktadır. Mahkemece davacının gece çalışmasının niteliği ve fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir. İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır. Anılan hüküme göre ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmeli ve ayrıca davalının mahkemeye sunmuş olduğu gece çalışma defterleri de mevcut deliller ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Mahkemece yazılı biçimde eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması hatalıdır."
- 23 Grimm, D./Windeln, N., ARBRB 2008, sh. 274.
- 24 Bkz. Baumberger, R.: Besprechung von BGE 132 III 257, I. Zivilabteilung Uretil vom 8 Februar 2006 (4c.354/2005), ARV 2006, sh. 183.
- 25 Staehelin, A.: Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982, s h. 67.
- 26 Staehelin, A., sh. 67.
- 27 Staehelin, A., sh. 67.
- 28 Wellenhofer-Klein, M., RdA 2003, sh. 160.
- 29 Sur, M.: İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, Sh. 407.
- 30 Baumberger, R., sh. 72.
- 31 Berkowsky, W.: Die verhaltensbedingte Kündigung-Teil 2, NZA-RR 2001, sh. 63.
- 32 Berkowsky, W., NZA-RR 2001, sh. 63.
- 33 Bkz. Şahlanan F.: İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/57/34>
- 34 Baumberger, R., sh. 120.
- 35 V. Hoyningen - Huene, G. / Linck, R.: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, München 2007, § 1 Anm. 651, sh. 248.
- 36 Yargıtay 9. HD., 21.3.2006 tarih ve E. 2006/4640, K. 2006/7155.
- 37 Baumberger, R., sh. 121.
- 38 Yargıtay 9. HD., 04/11/2008 tarih ve E. 2007/30651 K. 2008/30368.
- 39 Yargıtay 9. HD., 05.07.2007 tarih ve E. 2006/36826, K. 2007/21792.
- 40 Yarg. 9. HD., 9.7.2007 tarih ve E. 2007/ 11576, K. 2007/ 22279.
- 41 Yargıtay 9. HD., 13.6.2006 tarih ve E. 2006/14535, K. 2006/17207.
- 42 Baumberger, R., sh. 126.
- 43 Baumberger, R., sh. 125.
- 44 Baumberger, R., sh. 125.

Mehmet BULUT

Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişi

Sosyal Güvenlik Uygulamalarında İdari Para Cezalarının Dava Yoluna Başvurmadan, İdari Aşamada Çözüm Yolları

A. GİRİŞ

Sosyal güvenlik reformu sonrasında 5510 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından işverenlere, usul ve bildirimlere yönelik olarak bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Söz konusu yükümlülükler, sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması, işlemlerin bir düzen içerisinde gerçekleşmesi ve denetimlerin sağlıklı bir biçimde gerçekleştirilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'nun amacı işverenleri baskı altında tutup ceza kesmek olmasa da bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda çeşitli müeyyidelere başvurmak kaçınılmaz bir gereksinimdir. Aksi taktirde sosyal güvenliğe ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesi ve işverenler arasında eşgüdümün sağlanması noktasında sorunlar ortaya çıkabilecektir¹.

Sosyal güvenlik idaresi mevzuatta yer alan idari para cezalarını uygularken bazen sebep unsuru, bazen de miktar unsuru açısından hatalar yapabilmektedir. Böyle durumlarda cezaya muhatap olan kişilerin idari para cezalarından itiraz yoluyla kurtulmaları mümkün olabilmek-

tedir. Bunların yanı sıra herhangi bir hata olmasına karşın kanunlarda yer alan bazı düzenlemeler ve avantajlar doğrultusunda kişilerin idari para cezalarından tamamen veya kısmen kurtulmaları söz konusu olabilmektedir.

Bu çalışmamızda sosyal güvenlik uygulamalarında işverenlerin veya idari para cezalarına muhatap olan diğer kişilerin dava yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın hangi şekiller ve usullerle söz konusu yaptırımlardan tamamen veya kısmen kurtulabileceklerini, diğer bir deyişle çözüm yollarını açıklamaya çalışacağız.

B. İDARİ PARA CEZALARINA KARŞI KURUMA İTİRAZ

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasına göre, Kurumca dayanağı belirtilmek suretiyle diğer kanunlarda bu maddede belirtilen fiiller için idari para cezası öngörülmüş olsa dahi aynı maddede belirtilen haller için idari para cezası uygulanabilmektedir. Uygulanması öngörülen idari para cezasına ilişkin dayanağın

İdari para cezalarına karşı yapılacak olan itirazlar genel itibariyle hukuka ve usule aykırılıkları nedeniyle yapılabilecektir.

yeterli derecede açık ve sağlam olmaması veya dikkate alınması gereken bazı durumların dikkate alınmamış olması gibi hallerde idari para cezalarına karşı muhatap tarafından itiraz ve dava yoluna gidilebilmektedir.

İdarî para cezaları tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. Yapılan bu itiraz takibi durdurur. Yani itiraz sonucunun muhataba tebliğ tarihine kadar 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre herhangi bir takibat yapılamayacaktır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde itiraz dilekçesinin nasıl olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, muhatap olan kişi itiraz dilekçesini, itirazını açık şekilde ifade edecek şekilde yazarak Kuruma vermelidir. Dilekçe onbeş gün içinde elden verilebileceği gibi posta yoluyla da gönderilebilir. İtiraz dilekçesi taahhütlü posta veya APS yoluyla ile gönderilmişse, postaya verildiği tarih Kuruma verildiği tarih olarak kabul edilir. Ancak adi posta veya kargo ile gönderilmişse, Kuruma intikal ettiği tarih esas alınır.

İdari para cezalarına karşı yapılacak olan itirazlar genel itibariyle hukuka ve usule aykırılıkları nedeniyle yapılabilecektir. Örneğin idari para cezasının tebliğinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine uyulmadığı yönünde usule yönelik bir itirazda bulunulabileceği gibi gerekli bildirimlerin süresinde yapıldığı halde ceza uygulanması, defterlerin kanuna uygun şekilde tanzim edildiği halde ceza uygulanması veya cezada indirim hakkından yararlanılmadığı şeklinde hukuka aykırı idari işlemlere karşı itirazda bulunulabilecektir. Muhatap itiraz dilekçesini yazarken, uygulanan işlemleri ve iddialarını açık bir şekilde, daha sonra mahkeme aşamasında bu dilekçenin de dikkate alınacağını önceden düşünmek suretiyle belirtmesi önem arz etmektedir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 121. maddesinde itiraz komisyonlarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kurumca tahakkuk ettirilen idarî para cezalarına yapılacak itirazlar İdari Para Cezaları İtiraz Komisyonunca değerlendirilerek karara bağlanır. İdari Para Cezası İtiraz Komisyonu, ünite amiri veya görevlendirileceği yardımcısı, ilgili şef, dosya memuru ve varsa avukattan oluşur. İtirazlar, ilgili itiraz komisyonunda incelenerek en geç 30 gün içinde karara bağlanır. İtiraz süresi geçtikten sonra yeni iddialar ileri sürülemez. Maddi hatalar taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi itiraz komisyonlarınca re'sen dikkate alınır. İtiraz komisyonları, iş durumuna göre, itiraz komisyonu başkanının çağrısı üzerine haftada en az bir defa çalışma saatleri içinde toplanır.

İşveren, sigortalı veya bunların vekilleri, itiraz hakkında itiraz komisyonunca karar verilmeye kadar itirazlarından vazgeçebilirler. Vazgeçme, işverenin üniteye vereceği bir dilekçeyle veya bu husustaki beyanının tutanak ile tespiti suretiyle yapılır. Vazgeçme beyanı açık olmalıdır. Vazgeçme hâlinde, itiraz eden o olaya münhasır olmak üzere itiraz hakkını kaybetmiş sayılır.

İtiraz komisyonlarınca alınan kararlarda;

- a) Karar ve esas numarası,
 - b) İtiraz edenin adı, soyadı, ticari unvanı ve açık adresi,
 - c) İşyeri sicil numarası,
 - ç) Tebliğ olunan prim veya idarî para cezası borcunun miktarı,
 - d) İtiraz olunan primin veya idarî para cezası borcunun miktarı,
 - e) Borç tebligatının tebliğ tarihi,
 - f) İtirazın yapıldığı tarih,
 - g) İtirazın konusu,
 - ğ) Kararın gerekçesi ve hüküm,
 - h) Karar tarihi,
- hususlarının bulunması gereklidir.

İşveren, sigortalı veya bunların vekilleri, itiraz hakkında itiraz komisyonunca karar verilmeye kadar itirazlarından vazgeçebilirler.

İtiraz komisyonlarınca alınan karar üç nüsha düzenlenir. Üyeler tarafından imzalanıp ünite mührü ile mühürlendikten sonra bir nüshası işyeri dosyasında muhafaza edilir, bir nüshası itiraz edene tebliğ olunur, bir nüshası da üniteye ayrı bir dosyada saklanır.

C. İŞYERİ VE İŞE GİRİŞ BİLDİRGELERİNE YÖNELİK CEZADA İNDİRİM UYGULAMASI

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin ikinci fıkrasına göre; mahkeme kararına, Kurum veya diğer kamu idarelerinin denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitlere ya da kamu idarelerinden alınan belgelere istinaden düzenlenenler hariç olmak üzere, bildirgenin yasal süresi geçtikten sonra ilgililerce kendiliklerinden verilmesi halinde, 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde öngörülen cezalar "2/3" oranında uygulanacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi sigortalı işe giriş bildirgesinin ve genel sağlık sigortasının başlangıcına ilişkin bildirgenin süresinde verilmemesi halinde uygulanacak idari para cezasını düzenlemektedir. Buna göre, Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrası ile 61. maddede belirtilen bildireleri; Kurumca belirlenen şekle ve usûle uygun vermeyenler veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler veya bu Kanunda belirtilen süre içinde vermeyenlere, her bir sigortalı için aylık asgarî ücret tutarında, idarî para cezası uygulanır.

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ise işyeri bildir-

Süresi içinde verilmeyen işe giriş ve işyeri bildirelerinin süresi dışında verilmesi halinde belirli koşullar altında uygulanacak idari para cezaları için "1/3" oranında indirim öngörülmüştür.

gesinin süresinde verilmemesi halinde uygulanacak idari para cezasını düzenlemektedir. Buna göre; 11. maddede belirtilen bildirgeyi, Kurumca belirlenen şekle ve usûle uygun vermeyenler veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde, anılan ortamda göndermeyenler veya bu Kanunda belirtilen süre içinde Kuruma vermeyenlere;

1) Kamu idareleri ile bilanço esasına göre defter tutmak zorunda olanlar için asgarî ücretin üç katı tutarında,

2) Diğer defterleri tutmak zorunda olanlar için asgarî ücretin iki katı tutarında,

3) Defter tutmakla yükümlü olmayanlar için bir aylık asgarî ücret tutarında idarî para cezası uygulanır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda süresi içinde verilmeyen işe giriş ve işyeri bildirelerinin süresi dışında verilmesi halinde belirli koşullar altında uygulanacak idari para cezaları için "1/3" oranında indirim öngörülmüştür. Buna göre idari para cezalarındaki "1/3" oranındaki indirimden yararlanılamayacak haller şöyle sıralanabilir;

a) Mahkeme kararına istinaden düzenlenmeleri,

b) Kurum veya diğer kamu idarelerinin denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitlere istinaden düzenlenmeleri,

c) Kamu idarelerinden alınan belgelere istinaden düzenlenmeleri.

Yani kısaca Kurum tarafından söz konusu bildirelerin resen düzenlenmesi halinde idari para cezalarındaki "1/3" oranındaki indirimden faydalanmak mümkün olmamaktadır. Yukarıda sayılan haller dışında ilgililerin yasal süresi geçmesine karşın kendiliklerinden bu belgeleri vermeleri halinde idari para cezaları "2/3" oranında uygulanacaktır.

D. İDARİ PARA CEZALARININ PEŞİN ÖDENMESİ HALİNDE İNDİRİM UYGULAMASI

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin beşinci fıkrasına göre; idarî para cezalarının, Kuruma

itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Ancak Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörttebirlik ceza tutarı, 89. maddenin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir.

Bu madde hükmüne göre idari para cezasının hangi fiillerden kaynaklandığı hususu üzerinde durulmaksızın tümü için %25'lik bir indirim öngörülmüştür. Bu indirimden yararlanmak için aşağıdaki koşulların tümünün gerçekleşmesi şarttır;

a) İdari para cezası Kuruma itiraz edilmeden ödenmelidir,

b) İdari para cezası yargı yoluna başvurulmadan ödenmelidir,

olan uzlaşmanın kapsamına Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılara mal edilemeyen fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezaları girmektedir. Dolayısıyla inceleme esnasında sigortalılara mal edilemeyecek olan fark sigorta primlerinin yanı sıra sigortalılara mal edilecek olan fark sigorta primlerinin de ortaya çıkması halinde sigortalılara mal edilecek olan fark sigorta primleri uzlaşma kapsamına alınamaz. Ayrıca sigortalılara mal edilecek olan fark sigorta primleri ve bu sigortalıların çalışmaları nedeniyle kesilecek olan idari para cezaları da uzlaşma konusu yapılamaz. Uzlaşma vuku bulduktan sonra aynı inceleme dönemlerine ilişkin olarak Kurum veya mahkeme

İdarî para cezalarının, Kuruma itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez.

c) İdari para cezası tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde peşin ödenmelidir,

Bu şekilde ödenen idari para cezalarında %25 indirimle gidilmekle beraber peşin ödeme sonradan Kuruma itiraz veya mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmiş olan dörttebirlik ceza tutarı, 89. maddenin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir. Yani böyle bir durumda tahsil edilmemiş kısma gecikme zammı da uygulanması gerekmektedir.

E. İDARİ PARA CEZALARINDA UZLAŞMA

5510 sayılı Kanun ile birlikte getirilen yeni düzenlemelerden birisi de uzlaşma uygulamasıdır. 5510 sayılı Kanun kapsamında yer verilmiş

kararıyla sigortalılara mal edilecek fark sigorta primlerinin ortaya çıkması halinde, daha önce eksik tahsil olunan sigorta primleri, sigortalının çalıştığı süre ve sigorta primine esas kazancı dikkate alınarak gecikme cezası, gecikme zammı ve ilgili idari para cezası ile birlikte tahsil olunur.

İdari para cezaları açısından yapılacak olan uzlaşmanın kapsamına, fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primine bağlı uygulanacak idari para cezaları da girmektedir. Sigorta primine bağlı uygulanacak idari para cezaları, Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca verilen idari para cezalarını ifade etmektedir. Yani 5510 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca Kurumun defter ve belge incelemeye yetkili denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memur-

Uzlaşılabilir tutarlar kesin olup, uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiçbir merciye şikâyet ve itirazda bulunulamaz.

ları tarafından düzenlenen raporlara istinaden, Kuruma bildirilmediği tespit edilen eksik işçilik tutarının mal edildiği her bir ay için, aylık asgari ücretin iki katı tutarında uygulanan idari para cezaları uzlaşma kapsamındadır.

Nezinde inceleme yapılan işverenler, incelemeye ilişkin tutanağın düzenlenme tarihinden, konuya ilişkin raporun Kurumun ilgili birimine gönderilmesine kadar geçen süre içerisinde her zaman uzlaşma talebinde bulunabilirler. Uzlaşmaya varılması halinde, bu durum tutanakla tespit edilir. Uzlaşılabilir tutarlar kesin olup, uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiçbir merciye şikâyet ve itirazda bulunulamaz.

Uzlaşılabilir prim ve idari para cezaları, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir. İşveren, uzlaşılabilir idari para cezası tutarı için ayrıca peşin ödeme indiriminden yararlandırılmaz.

F. SONUÇ

Sosyal güvenlik uygulamalarına ilişkin olarak uygulanan idari para cezalarına karşı muhatapların dava öncesi başvurabileceği değişik yollar mevcuttur. Bu yollar, itiraz, cezada indirim ve uzlaşmadır. Tebliğ edilen idari para cezalarına karşı, Kuruma itiraz edilmeksizin, doğrudan mahkeme yoluna gitmek de mümkün değildir. İdare tarafından altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, idare mahkemesine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması

veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.

Bununla birlikte işe giriş ve işyeri bildirgelerinin mahkeme kararına, Kurum veya diğer kamu idarelerinin denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitlere ya da kamu idarelerinden alınan belgelere istinaden düzenlenenler hariç olmak üzere, yasal süresi geçtikten sonra ilgililerce kendiliklerinden verilmesi halinde ve 15 gün içinde yukarıdaki şartlara göre ödenmesi halinde ilgili idari para cezaları için çift indirim söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda indirim oranı %50 olacaktır.

Uzlaşma açısından ise idari para cezaları Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca verilen idari para cezaları ile sınırlandırılmış olup diğer idari para cezaları için uzlaşma mümkün olmamaktadır.

DİPNOT

- 1 İdari para cezaları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için Bkz. "Mehmet BULUT, İdari Para Cezaları, İtiraz ve Dava Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim 2008".

Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Nedensiz veya Geçersiz İş Sözleşmesi Sonlandırmalarına Bağlı Ödemelerin Vergilendirilmesi

I. GİRİŞ

Gelişmiş ekonomilerde işçi-işveren ilişkileri, bu konulara yönelik olarak getirilen düzenlemelerin önemini özellikle demokratik sistemlerde ön plana çıkarmaktadır. Koruma amacının işçi lehine olduğu, dengelerin gelir sosyal devlet anlayışında çalışanlardan yana yapılandırıldığı dikkate alındığında kuralların uygulanması da ayrıca önem kazanmaktadır. Çalışma koşullarının özel olarak düzenlenmesi sadece bu konuya yönelik mevzuatta yer almamakta, bunun yanı sıra gelirlerin vergilendirilmesi bakımından da ücret bağlamında kendisine özgü düzenlemelere tabi tutulmaktadır.

Bu bağlamda işçi işveren ilişkilerini düzenleyen sözleşmelerin sona erdirilmeleri bilindiği gibi özel koşullara bağlı kılınmaktadır. Özel düzenlemelere bağlı kılınmanın temelinde yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı gibi toplumsal barışın ve dengenin korunmasının yanı sıra çalışanların korunmalarının sosyal devlet ve hukuk devleti anlamında bir gereklilik olması yatmaktadır. Konumuz özelinde işverenin bir gerekçe göstermediği ya da gösterdiği gerekçenin geçersiz olduğu hallerde, iş akdinin sona

erendirilmesinde, işçi lehine bir bölüm ödemeler yapılması öngörülmüş bulunmaktadır.

İlgi alanımız ile sınırlı olmak üzere, yukarıda belirtilen esasları kavrayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, nedensiz ya da geçersiz feshine bağlı olarak iş akdi sonlandırılan çalışanlara yapılacak ödemelerin vergilendirilmesinde izlenecek yol da önem taşıyan bir başka husus olarak karşımıza çıkmaktadır. İşveren tarafından yapılacak olan ödemelerin vergi düzenlemeleri karşısındaki durumu, bu ödemelerin nitelendirilmesini gerekli kılmaktadır. Hiç şüphesiz yapılacak nitelendirmenin temeli 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre yapılmakta, bunun yanı sıra ödemenin dayanağını oluşturan iş hukuku mevzuatının da dikkate alınması gereği bulunmaktadır.

II. UYGULAMANIN DAYANAĞINI OLUŞTURAN MEVZUAT

A. İş Hukuku Düzenlemeleri

İstihdam edilenlerin, istihdam edenlerle olan

ilişkilerini düzenleyen temel mevzuat 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilmiş bulunmaktadır. Kanunun işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemekte ve istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanmaktadır.

İstihdam edilen ve 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre işçi tanımı kapsamındaki çalışanların, iş sözleşmelerinin çeşitli biçim ve esaslara bağlı olarak sonlandırılması mümkün bulunmaktadır. İş sözleşmesinin sonlandırılmasının geçerli bir sebebe dayandırılmadığı ya da geçersiz nedenlerden kaynaklandığı hallerde, işveren açısından bunun özel sonuçlarının olması benimsenmekte ve konuya ilişkin olarak Kanunun 21. maddesinde;

“Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları

MADDE 21. - 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.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

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, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedен mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda

bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”¹

hükmü yer almaktadır. Madde incelendiğinde geçerli bir nedenin bulunmadığı ya da nedenin bulunmasına karşın bunun geçersiz olduğu hallerde işverenin iki tür ödeme ile işçinin ortaya çıkan kayıplarını karşılamasının amaçlandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yapılan ödemelerden ilki, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesinin mahkeme ya da özel hakem tarafından geçersiz bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. İşveren iş sözleşmesini feshettikten sonra, işçi tarafından yaratılan uyuşmazlığın karara bağlanma sürecinde eğer işçiye ücret ve diğer haklarını ödemişse, aleyhine karar verilmesi durumunda bunları ödeme yükümlülüğü altına girmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak seri yargılama esaslarna göre yapılacak bu yargılamanın kısa sürede sona ermesinin amaçlanmasına karşın en fazla dört aylık döneme ilişkin ücret ve diğer haklar ödenmektedir. Hiç şüphesiz bu süreç içerisinde örneği gözlenmemekle birlikte işveren, işçiyi çalıştırmaya devam eder ise zaten bu aşamada gereken ücret ve diğer hakları ödemesi gerekecektir². Geniş anlamdaki ücret ödemesi, işçinin çalışmakta olduğu dönemdeki ücreti ile diğer mali hakları esas alınmak suretiyle saptanmakta ve bu hali ile yargılama süresince feshedilmiş bulunan iş sözleşmesi uyarınca ödenmiş gibi kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle iş sözleşmesi, işverenin işçiyi işe tekrar başlatması durumunda aynı koşullarla devam etmektedir. Maddede kullanılan geçersizlik, feshin kanuna aykırılığını ortaya koyma amacıyla olduğundan³, dört ayla sınırlanan bu sürenin sözleşme içeriği hakların varlığının kabul edildiğini gösteren bir işaret olarak anlaşılması kanımızca mümkündür. Bu durumda dört ay ile sınırlı tutulmasına karşın bu döneme ilişkin yapılan ödemeler, iş hukuku kuralları bağlamında iş sözleşmesine dayanan ve bu mevzuat uyarınca ücret olarak isimlendirilen bir ödeme olmaktadır⁴.

Maddenin öngördüğü ikinci ödeme ise, işveren tarafından, mahkeme ya da hakem kararına karşın bu kararların gereğinin yapılmaması durumunda yapılacak ödemeyi kavramaktadır. Düzenleme başvuruda bulunan işçinin işe başlatılmaması halinde, işçiye en az dört, en fazla sekiz aylık ücreti ile sınırlanmak suretiyle yapılacak bu ödeme, kanun metninde tazminat olarak isimlendirilmektedir. İşçinin işe başlatılması yolunda verilmiş bulunan bir karara rağmen işverenin bu karara uymaması halinde ödenmesi gereken bu tutar “iş güvencesi tazminatı” olarak isimlendirilmekte⁵, dört ay ile sınırlanan ücret ile ilişkilendirilemeyen, iş sözleşmesi ile bağlantısı olmayan bir ödeme, bir tazminat olarak tanımlanmaktadır⁶.

Konuya ilişkin olarak yapılan ödemenin niteliğinin incelenmesi durumunda, alt ve üst ödeme sınırlarının ödeme tutarının belirlenmesi noktasında sadece ücret ile ilişkilendirildiği, bunun ücret olarak algılanmadığı anlaşılabilmektedir. Ayrıca bu ödemenin yukarıda ifade edildiği gibi aslında işverenin mahkeme ya da hakem tarafından verilmiş bulunan bir karara-yargı kararı olarak algılanması yerinde bir yaklaşım olacaktır- uymamanın karşılığında katlanılması öngörülen cezai niteliğinin olduğu da görülebilmektedir⁷. Diğer taraftan, işe iade kararına karşın işe iade edilmeyen işçi açısından da bu konudaki kaybın giderilmesi de amaçlanmaktadır. Bir anlamda haksız bir suretle işsiz kalma karşılığında işçiye ödenmesi gereken işsizlik tazminatı olarak anlaşılması da bu konudaki yaklaşımlardan birisidir⁸. Konuya ilişkin olarak alt ve üst sınırlar arasında ödenmesi söz konusu olacak bu tutarın belirlenmesinde, hâkimin-hakemin takdir yetkisinin bulunmakta olması da bunun iş sözleşmesi ile ilgisini kesmekte, tamamen olayın özelliklerinin dikkate alınması suretiyle belirlenen bir tutar, bir tazminat olacağını ortaya koymaktadır⁹.

Konuya ilişkin dolaylı bir mevzuat olan sosyal güvenlik mevzuatı bağlamında, prim ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin idare düzenlemesinde de, İş Kanunu 21. maddesine bağlı ödemeler nitelendirilmektedir¹⁰. Söz konusu Genelgede, 21. madde uyarınca yapılan ve dört aya kadar olan süreyi kavra-

yan ilk türdeki ödemelerin, ücret olarak kabul edilerek prim kesintisine tabi tutulması ve bu sürelerin hizmet süresinden sayılması ifade edilmiştir¹¹. Bunun yanı sıra, 21. maddeye göre yapılan ve kararın yerine getirilmeyerek işçinin iade edilmemesi üzerine dört ay ile sekiz aylık ücret dikkate alınarak belirlenecek ödemenin ücret olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, tazminat olarak ele alınarak prim kesintisine konu edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹².

B. Gelir Vergisi Düzenlemeleri

a) Vergilendirme İlke ve Esasları

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun, “Gelirin Unsurları” başlığını taşıyan 2. maddesi gelir olarak vergilendirilecek unsurları sayma yolu ile belirlemiş bulunmaktadır. Bunun temel anlamı, kaynak esasını benimseyen gelir vergisi sistemimizin, kanunda sayılmayan ve de kavranmayan kaynaklardan sağlanan unsurların gelir olması halinde bile vergilendirilmesinin söz konusu olmayacağıdır¹³. Herhangi bir ekonomik değer kuramsal anlamda gelir olması, vergilendirme bakımından yeterlilik göstermez. Dolayısıyla, gelirin Kanunun 2. maddesinde; ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ile diğer kazanç ve irat olarak sayılan ve de ilgili maddelerde tanımlanan gelir unsurlarından birisi ile örtüşmesi vergi yükümlülüğünün ortaya çıkması açısından temel şart olmaktadır. Gelir vergisi uygulaması açısından kabul edilen yaklaşım uyarınca yedi gelir unsurdan, “Diğer Kazanç ve İratlar” başlığı altında yer alan kazanç ve irat türlerinin de ilk altı unsur dışında kalan tüm gelir karakterli unsurların vergilendirileceği gibi bir sonuca ulaşılması da mümkün bulunmamaktadır¹⁴. Dolayısıyla yedi gelir unsuru açısından her birisinin aradığı nitelikleri taşıyan gelir karakterli unsurun vergi kapsamında ele alınması söz konusu olacaktır¹⁵.

Gelir vergisine tabi tutulması gereken bir gelirin özelliklerinin, özel hukuk alanında ye-

Herhangi bir ekonomik değerin kuramsal anlamda gelir olması, vergilendirme bakımından yeterlilik göstermez.

terince inceleme konusu edilmediği de gözlenmektedir. Sendikal tazminatın vergilendirilmesi konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, vergi hukukunda kuralın her türlü gelirin vergi kesintisine tabi olması olduğu, istisnaların Gelir Vergisi Kanunu'nda belirtildiği, bir gelirin vergiye tabi tutulmasının kural, indirim ve muafiyetlerin ise istisna olması gerektiği yolunda bir yaklaşım sergilenmiştir¹⁶.

Bu temel belirleme, kanun metninde istisnadan bahsedilerek bir bölüm ödemelerin kazanç ve irat olarak ele alındığı ancak istisna edildiğini ortaya koyan düzenlemeler, bu konuda benzerlik gösteren başkaca ödemelerin gelir vergisi konusuna girdiği anlamına gelebileceğini göstermektedir. Aşağıda tekrar üzerinde durulacağı gibi gelir vergisinden istisna edilmiş tazminatların bulunması, tazminat niteliğini taşıyan ancak istisna maddesinde yer almayan diğer tazminatların gelir vergisine tabi tutulması açısından bir dayanak oluşturmayacaktır. Özünde tazminatlar gelir vergisi uygulamasının dışında kalmakta¹⁷, tazminatı oluşturan ödemenin niteliği aranan gelir unsurları ile uyumlu ise vergilendirilecek kazanç ve irat kökenli bir tazminattan bahsedilebilmektedir. Dolayısıyla her bir tazminatın ya da başkaca ödemelerin gelir unsurlarından biriyle örtüşmemesi halinde vergilendirme yapılması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca vergi kanunları ile düzenlenme getirilmediği sürece, benzerlik gösterse bile kanun ile açık bir şekilde vergilendirileceği hüküm altına alınmadığından herhangi bir ödemenin, tazminatın vergilendirme konusu edilmesi imkânından kesinlikle bahsedilememektedir¹⁸.

Vergilendirmenin dayanağını oluşturan bu temel ilkelerin hatırlatılmasındaki amaç, özellikle inceleme konumuz bağlamında yapılmakta olan ödemelerin nitelendirilmesinde, vergi kanunu düzenlemelerinin yorumlanması ve

olaya uygulanmasındaki önemin vurgulanmasıdır. Dolayısıyla İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca yapılacak her bir ödemenin, vergilendirilmesi öngörülen kazanç ve iratlar arasında, kendileri açısından yapılan tanımlamaya uygun biçimde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda tanımlanmış olması gerekmektedir. Yapılan tanıma uygunluk gösteren ödemelerin, İş Kanunu tarafından yapılan tanımlamaları ise kural olarak önem taşımayacak, ancak vergi uygulaması anlamında açıklık bulunmadığı durumlarda nitelendirmenin yapılmasında yardımcı bir kaynak olma özelliğini taşıyacaktır¹⁹. Bu esaslara bağlı olarak, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca yapılan ödemelerin nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

b) Vergilendirilecek Ücret Geliri

Gelir vergisine tabi tutulacak kazanç ve irat unsurlarından ücret, vergilendirilmesi gereken gelir unsurlarından birisi olarak sayılmakta ve 193 sayılı Kanununun 61. maddesinde;

“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.

.....”

ifadesiyle tanımlanmaktadır. Bunun yanı sıra konumuz açısından bağlantılı olan, ancak vergi uygulamasında temel kaynak olmayan bir başka tanım da İş Kanunu'nun 32. maddesinde yer almaktadır. İş Kanunu'nun 32. maddesinde “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” ifadesiyle dar anlamda ücret, maddenin 5. fıkrasında da, para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerden bahsederek, geniş anlamda ücret kavramı ortaya konmaktadır²⁰.

Vergi uygulaması açısından yukarıda yer

alan GVK düzenlemelerine bakıldığında ise ücretin en geniş anlamda ele alındığı, para ile temsil edilebilen menfaatlerin de vergilendirilecek gelir olarak nitelendirildiği görülebilmektedir. Konuya ilişkin temel fark ise İş Kanunu'nun 32. maddesinde üçüncü kişilerden temin edilen ve ücret olarak kabul edilen para biçimindeki menfaatlerin, vergi düzenlemeleri tarafından ifade edilmemiş olmasında ortaya çıkmaktadır²¹. Vergilendirme bakımından ödemenin niteliği dikkate alınarak sayılan gelir unsurlarından herhangi birisi ile örtüşmesi halinde vergilendirme yapılacağı hususu bu noktada gözden kaçırılmamalıdır. Ancak konumuz açısından, mevcut bir sözleşmesine dayanarak çalışmakta olan bir işçinin, iş sözleşmesinin geçerli olmayacak biçimde feshine bağlı ödemeler dikkate alındığında ortada üçüncü kişi ilişkisi bulunmamaktadır.

İşveren tarafından, iş sözleşmesi uyarınca yapılan ödemelerin ücret olarak ele alınabilmesinin temeli, bir işverene tabi olmak, işyerine bağlı olarak çalışmak ve de ödemenin bir hizmet karşılığında yapılması noktasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu ilişkinin varlığı, sağlanan ve parayla ölçülebilir menfaatlerin ücret olarak kabulü suretiyle vergilendirilmesini gerektirmektedir. Ücret olarak yapılacak bir vergilendirmede, 61. maddedeki tanımda yer alan temel unsurların varlığının aranması gerekecek, her iki ödeme bakımından da bunların var olup, olmadığı incelenecektir. Ücret bağlamında aranan unsurların ödemelerde bulunmadığı hallerde ise ücret olarak nitelendirilemeyecek olmakla birlikte, ödemenin diğer gelir unsurları ile uyumuna bakılacaktır.

Bu, iş hukuku düzenlemeleri uyarınca yapılan ödemelerin ücret olarak vergilendirilmesi

açısından aranacak temel ölçüdür. Bu ölçünün uygulanabildiği her durumda, ödemenin vergiden kaçma ya da kaçınma amaçlarının önlenmesini teminen ödemeye verilen isim ya da yapılan tanımlamalar önem taşımayacaktır.

Konumuz açısından akla gelebilecek bir başka hüküm yine ücreti tanımlayan 61. maddenin 2. fıkrasında geçmiş dönemde yapılan hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatlerin de ücret olarak kabul edileceğini belirten hükümdür. Burada konumuz açısından özellikle geçmiş dönem bağlantısında da, hizmet verilmesinin ayırıcı unsur olduğu görülebilmektedir. Madde 61. maddenin bütünü dikkate alındığında, daha önce mevcut bir iş sözleşmesi uyarınca, belirli bir işyerine bağlı olarak verilmiş bulunan hizmetlerden bahsetmektedir²². Hükümün temel amacı sonradan yapılacak ödemelerin, iş sözleşmesinin bulunmadığı gibi bir gerekçeden hareketle vergi dışında bırakılmasına imkan verilmemesidir.

Vergilendirilecek ücreti tanımlayan 61. maddenin yanı sıra bir bölüm ödemelerin vergi dışında tutulmasını öngören GVK düzenlemesine de bu bağlamda değinilmesinde gereklilik bulunmaktadır. Kanunun 25/1. maddesinde;

“Aşağıda yazılı tazminat ve yardımlar Gelir Vergisi'nden müstesnadır:

1. Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar;
2.”

hükümü yer almaktadır. Konumuz açısından bir bölüm yaklaşımlara göre gelir vergisinden istisna edilmiş bulunan 21. madde uyarınca yapılan ikinci ödeme, “işsizlik sebepleriyle verilen tazminat” niteliğini taşımakta ve istisna kapsamında yer almaktadır²³.

Nitelendirilmesi açısından, sayılan gelir unsurlarından birisine uygunluk gösteren bir ödemenin varlığı yukarıda da ifade edildiği gibi gereklidir. Bu durumda tazminatın istisna konusu edilebilmesi için, sayılan gelir unsurlarından birisi ile uyumlu olan ve temelinde bu kazanç ve iratlardan birisini içeren bir ödemeden bahsedilmesi gereği bulunmaktadır. Bu durumda Kanunun 25/1. maddesindeki ödemenin hangi gelir unsuru ile örtüştüğü ve dolayısıyla aslı ver-

Vergi kanunları ile düzenlenme getirilmediği sürece, benzerlik gösterse bile herhangi bir ödemenin, tazminatın vergilendirme konusu edilmesi imkânından kesinlikle bahsedilememektedir.

gilendirilen bir gelir unsurunun, istisna kapsamına alındığını ortaya koymak gerekmektedir.

III. VERGİLENDİRME UYGULAMASI

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca yapılacak iki tür ödemenin nitelendirilmesi ve buna bağlı olarak vergilendirilmesi açısından gerek vergi idaresinin gerek vergi yargısının-zaman, zaman adli yargının- yaklaşımlarında farklılıklar gözlenmektedir. Söz konusu farklılıklar ve tarafımızdan benimsenen yaklaşımlar aşağıda ödeme türlerine göre ele alınacaktır.

A. Dört Aylık Ücret Tutarına Kadar Yapılan Ödeme

İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan ve iş sözleşmesinin sonlandırılması sonrasında konunun yargı ya da özel hakem kararına taşındığı hallerde, işçinin haklı bulunması halinde yargılama sürecinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının işveren tarafından ödenmesi gerekmektedir. Yargılama sonucunda işverenin haklılığının söz konusu olması durumunda bir ödeme yapılmayacağından, vergilendirme açısından bir nitelendirme gereği olmayacaktır.

Yapılan bu ödeme, yargı tarafından işveren tarafından yapılan iş sözleşmesinin sonlandırılması işleminin geçerli olup olmadığının incelenmesi aşamasına denk gelmekte, ancak en fazla dört aylık ücret ve diğer haklar ile sınırlandırılmaktadır. Geniş anlamda ücret olarak anlaşılan bu ücret ödemesi, aslında henüz hukuken geçerliliği açısından bir karar verilmediğinden, sürmekte olan bir iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Karar sonucunda fesh edilmesi geçersiz kabul edilen iş sözleşmesi, bu karara uyulması halinde hiç bozulmamış olarak baştan beri geçerliliğini sürdüren bir özellik taşıyacaktır. Buna karşılık feshin geçersiz olmasına karşın, işverenin işçiyi tekrar işe başlatmaması halinde, iş sözleşmesi fiilen işverenin fesih tarihinden itibaren sonlanmakla birlikte, yargılamanın sürdüğü süreçteki dört aylık dönemde ücret ve diğer haklar bakımından geçerlilik gösterecektir. İlişkinin dört aylık sürede

devamı açısından Yargıtay tarafından yapılan bir belirleme; " Hâkimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer bir deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığının tespiti ile aynı zamanda taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok dört ay daha devam ettiği anlaşılmaktadır." ifadesiyle yukarıda gelinen noktayı doğrulamaktadır²⁴. Bu durumda da bir iş sözleşmesine dayanmak suretiyle işveren tarafından yapılan ve en fazla dört aya kadar olan dönem için yapılan, diğer hakları da içeren ödeme ücret olarak ele alınacaktır.

İş sözleşmesinin bu süreçte ücret ve diğer haklar açısından geçerlilik göstermesi özellikle gelir vergisi açısından ödemenin nitelendirilmesinde dikkate alınması gereken bir husustur. Yukarıda açıklama konusu edildiği gibi gelir vergisine konu edilebilme bakımından, bir kazanç ve iradın GVK'nın 61. maddesi, iş sözleşmesi uyarınca yapılan ödemelerin ücret olarak ele alınabilmesinin temeli, bir işverene ve işyerine bağlı olarak çalışmak ve de ödemenin bir hizmet karşılığında yapılması şartlarını aramaktadır. Şimdi İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işveren tarafından sonlandırılan ve geçersizliği nedeniyle dört aya kadar işçiye ödeme yapılmasına neden olan iş sözleşmesinin varlığı, işçinin bu dönemde işverene ve bir işyerine bağlılığının bulunması aranan iki şartın olayımızda var olduğunu göstermektedir.

Üçüncü unsur olan ödemelerin hizmet karşılığı olması ise olayımızda fiilen yoktur²⁵. İş sözleşmesinin feshinin uyuşmazlık konusu edildiği bir durumda, yargılama süreci boyunca işçinin çalışması söz konusu olmamaktadır. İşçinin bir hizmet vermemesi durumunda, yapılacak ödemenin iş sözleşmesinin geçerli olduğunu kabul ettiğimiz dört aylık süre içerisinde bir hizmet karşılığı olmaksızın gerçekleştiği görülebilmektedir. Hizmet verilmeksizin işveren tarafından yapılan bir ödemenin GVK 61. madde uyarınca ücret olarak nitelendirilmesinde güçlük olması, kanımızca verginin kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucu olacaktır. Vergilendirme açısından aranan unsurlardan birisinin eksik olması, Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan ve vergilendirme için aranan tüm unsurları içermesi gereken vergi kanunu kavramının, somut ola-

ya uygulanması açısından da vergiyi doğuran olayın unsurları ile örtüşmesi gereğinin eksik olması anlamına gelecektir. Unsurlardan birisinin bulunmaması daha öncede ifade edilmeye çalışıldığı gibi vergilendirmenin yapılmasını, vergilendirmenin kanunilik ilkesine aykırı olarak ve de kıyaslama anlamına gelecek biçimde ekonomik yaklaşımda bulunmak veya genişletici yorum yapmanın imkânsızlığı nedeniyle engelleyecektir²⁶.

Ancak, yapılan bu ödemenin gelir vergisi açısından ücret olarak nitelendirilmesi konusundaki görüşlerin savunulduğu gözlenmekte ve hizmet unsurun var olup, olmadığı tartışılmamakta, bu unsurun eksikliğine karşın ücret olarak değerlendirilmesinde bir sakınca görülmemekte, dolayısıyla ödemenin ücret olarak nitelendirilmesi bakımından aranan tüm şartların var olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir²⁷.

B. İşe İade Etmemeye Bağlı Olarak Yapılan Ödeme

Konuya ilişkin mevzuatla ilgili açıklamalar sırasında ifade edildiği gibi İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin yasal geçerliliğinin olmadığına ilişkin karar üzerine işçiyi iade etmesi gereği ortaya çıkmaktadır. İade konusundaki karara uyulmaması durumunda ise en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminatın işçiye ödenmesi mahkeme/hakem tarafından verilen kararda yer alacak olmasına bağlı olarak zorunluluk göstermektedir. Sorunumuz, yapılacak bu ödemenin gelir vergisi açısından nitelendirilmesi ve dolayısıyla vergiye tabi tutulup, tutulmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yapılan bu ödemenin ücret bağlamında vergilendirilmesi ya da istisna kapsamında yer alan bir tazminat olması nedeniyle vergi dışı tutulması yolunda bilinen iki yaklaşımın bulunduğu gözlenmektedir.

Vergi idaresi, daha önceki dönemlerde benzer bir durumda kişinin çalışmadığı günlerin karşılığında mahkeme kararına dayanılarak ödenen tazminatın gelir unsurlarından hiçbirisine girmemesi nedeniyle gelir vergisine tabi tutulmaması gerektiği yolunda açıkladığı görü-

şünü²⁸ daha sonra değiştirmiştir. Halen benimlenen yaklaşım, işe iade etmeme nedeniyle işçiye yapılacak ödemenin GVK'nın 61. maddesi uyarınca ücret niteliğinde olduğu, istisna kapsamında bir tazminatın söz konusu olmadığı dolayısıyla vergilendirilmesi gerektiği yolundadır²⁹. Yeni tarihli bir görüşte de bu yaklaşımın muhafaza edildiği gözlenmektedir³⁰.

Konuya ilişkin yargı kararlarında ise farklı yaklaşımlara karşın özellikle Danıştay nezdinde, yapılan ödemenin vergilendirilmemesi gerektiği yolunda bir gelişme olduğu gözlenmektedir. Konuya ilişkin olarak saptanan kararlar, uyuşmazlıkların tutarlarının tek hâkimle ve bölge idare mahkemeleri nezdinde çözülme sınırlarında verilmiş bulunmaktadır. Bu kararlardan vergilendirme yönünde olanı daha sonra kanun yararına düzeltme konusu edilerek Danıştay tarafından vergilendirilme yapılmaması yönünde sonuca bağlanmıştır. Vergilendirmeme bağlamındaki kararlar açısından önemli nokta, bunların vergilendirmeme sonucuna farklı gerekçeler ile varmaları noktasında ortaya çıkmaktadır.

Kararlardan birisinde İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca verilen karara işverence uyulmayarak işçinin işe başlatılmaması nedeniyle ödenen tazminatın;

“Davacı kurumun davacıya ödediği miktarın mahkeme kararına göre ödenen tazminat tutarı olduğu taraflar arasında ihtilafsızdır. Bu karar gereğince davacıya yapılacak ödeme mahkeme kararı gereğince yapılan bir tazminat ödemesi niteliğinde olduğundan ve yasada bahsedilen anlamda tazminat ve ücret niteliğinde bir ödeme olmadığından vergiye tabi tutulmaması gerekir.”

gerekçesi ile vergilendirilmemesi gerektiği sonucuna varmış, bu karar Bölge İdare Mahkemesi tarafından onanmıştır³¹.

İkinci davadaki gelişim ise farklı olmuştur. Dava konusu olayda ilk derece mahkemesi tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işe iade kararına uymama sonucu yapılan ödemenin ücret olarak vergilendirilmesi gereken ödemelerden olmadığına karar verilmiştir. Bu esasa göre vergilendirilmemesi gerektiği yolundaki görüşü içeren ve tek hâkimle

verildiği anlaşılan ilk derece mahkemesi kararı, miktarın belli tutarı aşmamasına bağlı olarak temyiz aşamasında Bölge İdare Mahkemesi tarafından incelenmiş, karar ödemenin ücret olarak nitelendirilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Diğer bir ifade ile karar bu hali ile söz konusu ödemelerin ücret olarak vergilendirilmesini öngörmüş ve hüküm altına almıştır.

Kararın kesinleşmesine karşın, Danıştay Baş Savcılığınca konunun Danıştay ilgili dairesi tarafından incelenmesine imkân veren ve kanun yararına bozma olarak anılan uygulama çerçevesinde temyiz konusu edilmiştir³².

Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebi üzerine Danıştay 3. Dairesi tarafından;

“Tarım Kredi Kooperatifleri Sakarya Bölge Birliği ile yaptığı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen davacının, feshin geçersizliği ve işe iadesini isteyerek açtığı davayı sonuçlandıran Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 17.11.2003 tarihinde verdiği K: 2003/1794 sayılı kararıyla; aktin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verildiği; süresinde işe iadesini isteyen davacının bu istemi yerine getirilmeyerek işe başlatılmadığı; dört aya kadar olmak üzere kararın kesinleşmesine kadar olan sürede doğan ücret ve hakları dışında işe başlatılmaması nedeniyle dört aylık ücretinin de tazminin ve iş mahkemesi kararı gereğince davacıya ödemesi sırasında bu ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapıldığında çekişme bulunmamaktadır.

Yapılan bu tevkifata karşı açılan davayı inceleyen Sakarya Vergi Mahkemesince verilen 20.7.2005 gün ve K: 2005/180 sayılı kararlar davacıya yapılan ödemelerin iş mahkemesi kararına dayandığı ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret olarak vergilendirilmesi gereken ödemelerden olmadığı gerekçesiyle tevkif edilen vergilerin davacıya ret ve iadesine karar verilmişse de bu kararı itiraz yoluyla inceleyen Sakarya Bölge İdare Mahkemesince verilen 3.3.2006 günlü ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararlar, kesilen vergilerin davacıya ret ve iadesine ilişkin hükmün bozulduğu ve 2577 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Kanun yararına bozma istemi; iş mahkemesi kararı gereğince işveren tarafından davacının işe başlatılmaması nedeniyle ödenen tazminat vergi kesintisi yapılmasında hukuka aykırılık görülmeyle verilen davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasına ilişkindir.

Sözleşmenin feshinin geçersizliğine ve çalışanın işe iadesine karar verilmesi üzerine bu istemle başvurulmasına karşın işe başlatmayan işveren aleyhine hükmolunan tazminatın ödenmesi, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki çalışma ilişkisinin sona ermesi sonucunu yaratmaktadır.

Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır.

Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanununun 61. ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bentte vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu halde, 25'inci maddede sadece çalışanlara ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısının temyiz isteminin kabulü ile Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin 3.3.2006 gün ve E: 2006/130, K: 2006/184 sayılı kararının, davacıya, işe başlatılmaması sebebiyle dört aylık ücreti tutarında ödenen tazminatın tevkifata tabi tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesine dayanan davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 51. maddesi uyarınca kanun yararına

ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere bozulmasına, kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığı'na gönderilmesine ve Resmî Gazete'de yayımlanmasına, 15.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

gerekçeleri ile ödemelerin işe iade edilmeye bağlı olarak yapılan ödeme kısmının ücret olarak vergilendirilemeyeceği, tazminat niteliği itibarıyla istisnadan yararlanacağı sonucuna ulaşılmıştır³³.

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca yapılan tazminat ödemesinin vergilendirilmemesi gerektiği yolundaki sonuç kanımızca yerinde bir belirlemeyi ifade etmektedir. Ancak burada önemli olan vergilendirmeme gerekçesidir. Danıştay 3. Dairesi tarafından verilmiş bulunan karar, ödemenin ücret ödemesi niteliğinde olmadığını belirttiğinden sonra, tüm tazminatların vergilendirilmesi gerekmiş gibi bir düşünce-

tin çalışabilir nüfusa formasyonuna uygun iş sağlama taahhüdünün yerine getirilememesi durumunda, yasayla kurulmuş sosyal güvenlik örgütüne ve özel yasaya dayanılarak yapılacak ödemeyi ifade etmektedir.”

denilmektedir. Kararda haklı olarak işsizlik ödemelerinin bir seferde (tazminat) ya da süreklilik (yardım) gösteren biçimde ödenmesinde özel unsurların bulunması gerektiği ifade edilmektedir.

İşsizlik nedeniyle yapılan tazminat ödemesi, en azından bu isimle mevzuatımızda yer alan bir kavram değildir. İşsiz kalınması halinde, işsiz kalan kişinin durumunu sosyal devlet anlamında korumak ve iş bulana kadar yaşamını sürdürmesine imkân tanımak amacıyla yapılan bir bölüm ödemelere mevzuatımızda rastlanmaktadır.

Bu ödemelerden birisi özelleştirilen kuruluşların, işsiz kalan çalışanlarına yönelik olarak

Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

den hareketle olsa gerek 25. maddede yer alan işsizlik sebebiyle yapılan bir ödemenin varlığından bahisle vergilendirmemenin gerekçesini oluşturmuştur.

Bu tür ödemelerin gerçekten işsizlik nedeniyle olup, olmadığını, 25/1. maddesinin düzenleme kapsamının belirginleştirilmesi gerekmektedir. GVK'nın 25. maddesinin kavradığı işsizlik tazminatı, eski gelir vergisi düzenlemesinden aynen 193 sayılı GVK'ya aktarılmıştır³⁴. Bu maddenin amacı, işsiz kalma halinde yapılabilecek ödemelerin vergilendirilmesinin önüne geçilmesidir. Konuya ilişkin olmak üzere Danıştay VDDGK tarafından verilmiş bulunan bir kararda;

“.. sözü geçen bent, ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yardımları, gelir vergisinden ayrı tutmuştur. Kanunda öngörülen işsizlik tazminatı, Devle-

iş kaybı tazminatı ödenmesi yolundaki uygulamadır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 2 ve 21. maddeleri uyarınca, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması ile tasfiye edilmeleri durumunda, bu kuruluşlarda bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlara, iş sözleşmesi tazminata hak kazanan biçimde sona erenlere kanun ve toplu iş sözleşmelerinden doğanlar dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenmektedir³⁵. Bu ödeme tam anlamıyla işsizlik nedeniyle verilmiş bir tazminattır. Kaynağını da, madde metninde de ifade edildiği gibi özelleştirme nedeniyle sona eren bir iş sözleşmesi bağlantısından almaktadır. Bunun VDDGK kararı ile uyumluluğu, devletin kendi işletmelerinde sağlanan işlerin, bu işletmelerin özelleştirme yolu ile elden çı-

İşsizlik nedeniyle yapılan tazminat ödemesi, en azından bu isimle mevzuatımızda yer alan bir kavram değildir.

karması halinde, yerine getirmek zorunda olduğu iş sağlama taahhüdünü sürdürememesinin bedeli olmaktadır. Dolayısıyla bunun bir işsizlik tazminatı olarak algılanmasının karar ile uyumlu olduğu yaklaşımı tarafımızdan benimsenmektedir.

Diğer taraftan VDDGK kararı ile uyumlu esas ödemenin ise 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile getirildiği görülmektedir³⁶. Yapılan işsizlik ödemesi, işsizlik sigortası esasına dayanmakta, ödenen primler bağlamında belli bir süre ile yapılan ödemeler kavranmaktadır³⁷. Bu ödemeler de süreli olmakla birlikte bu tam anlamıyla bir işsizlik yardımı olma özelliğini taşımaktadır.

Bu noktaya kadar ortaya konan gerekçeler ile özellikle konuya ilişkin yargı kararlarının değerlendirilmesinden, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine rağmen, işçiyi tekrar işe başlatmayan işveren tarafından ödenmesi öngörülen ve en az dört en fazla sekiz aylık ücret ile sınırlandırılmış bulunan tazminatın, kuramsal olarak gelir niteliğinin bulunduğu ancak, GVK'nın 2. maddesinde sayılan gelir unsurlarının aradığı özellikleri içeren bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu ödemenin ücret olarak vergilendirilmesi, hatta kanun ile sayılan gelir unsurlarından hiçbirisi ile bağlantısının bulunmaması nedeniyle bir başka gelir unsuru olarak vergilendirilmesinin de mümkün olmadığı görülebilmektedir.

Bu noktada vergilendirilmesi mümkün olmayan bu ödemenin, işsizlik tazminatı olarak ele alınmasının mümkün olup, olmayacağı ve dolayısıyla bu istisna kapsamında mı, yoksa istisna olmaksızın mı vergilendirilmeme sonucuna ulaşılacağı önem taşımaktadır. Değişik nedenlere bağlı olarak yaptığımız açıklamalar dikkate alındığında, konuya ilişkin olarak yargı tarafından verilmiş bulunan kararın işveren tarafından yerine getirilmemesi üzerine, işe

iade edilmeyen işçinin bu konuda hukuka olan güveninin sarsılmaması temeline dayanan bir ödeme söz konusu olmaktadır. İşçi, yargı tarafından verilmiş bir kararı yerine getirmeyen işverenin bunun sonucuna mali açıdan katlandığı, bu nedenle kendisi tarafından duyulan üzüntü ve sıkıntının bedelinin ödendiği düşüncesi ile hukuk sistemine olan güvenini sürdürmektedir. Burada dengelenen, bir mahkeme kararının yerine getirilmemesinin birilerine yarar sağlamaması, işe alma ya da bunu yapmanın bedeli kabul edilen bir tutarın ödenmesi zorunluluğu olmaktadır.

Dolayısıyla yapılan ödemenin mevzuatımız anlamında işsizlik nedeniyle yapılan bir ödeme olmamasının yanı sıra nitelik olarak da bir işsizlik tazminatı olarak ele alınması kanımızca mümkün değildir. Bu durumda ödeme özellikleri itibarıyla GVK'nın 25/1. maddesi uyarınca yapılan işsizlik tazminatı ya da yardımı değildir.

Bu düzenlemeler gereğince, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, işe iade sonucunu doğuran ve iş sözleşmesinin feshedilmesinin haksızlığını ortaya koyan kararın gereğini yerine getirmeme nedeniyle ödenecek olan ve tazminat olarak isimlendirilen ödemenin, gelir unsurları bakımından aranan özellikleri taşımasına bağlı olarak vergi konusuna girmediği görüşü tarafımızdan benimsenmektedir. Vergilendirme yolundaki sonucun fiilen istisna sayılması durumunda da gerçekleşmesi kanımızca vergi hukuku açısından durumu farklı kılmamaktadır. Zira, isimlendirmenin başka olduğu bir durumda, vergilendirme açısından aranan unsurlar var ise ödemenin vergilendirme gereği, bunun aksi durumda da dikkate alınması gereken bir özelliktir.

III. SONUÇ

İş Kanunu uyarınca ya da başkaca mevzuat çerçevesinde yapılacak ödemelerin, vergilendirilmesinde temel düzenlemenin vergi mevzuatı olduğu gözden kaçırılmaması gereken temel husustur. Vergi hukuku ilkeleri ve de gelirin vergilendirilmesi bakımından düzenlemeler getiren 193 sayılı GVK hükümlerinin de, kuramsal olarak gelir kabul edilen her türlü unsu-

ru kavramadığı da önemli bir başka husustur. Vergilendirilecek gelirin kanun ile tanımlanan, kanun ile belirlenen unsurları içeren özellikler taşıması, bunların kıyaslama konusu edilerek ya da genişletici yorum yapılarak vergilendirme ya da vergilendirmeme konusu edilmesinin imkânsızlığı nedeniyle zorunludur.

Bu belirlemeler çerçevesinde;

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonraki yargılama aşamasında dört aylık dönemle sınırlı olmak üzere ücret ve diğer hakları içeren, geniş anlamdaki ücret ödemesinin, GVK'nın ödemenin ücret olarak vergilendirilmesi açısından aradığı şartlardan, bir hizmet karşılığı olma özelliğini taşımamakta olması nedeniyle ücret olarak ve de diğer gelir unsurları anlamında bir özelliğinin bulunmaması sonucunda gelir esasında vergilendirilemeyeceği,

Yine İş Kanunu'nun 21. maddesi gereği, işverenin iş sözleşmesini nedensiz ya da geçersiz olarak sonlandırması sonucunda yargı kararına uymayarak işçiyi tekrar işe başlatmaması nedeniyle dar anlamdaki ücretten hareketle hükmedilen en az dört en fazla sekiz aylık ödeme tutarının, bir işsizlik tazminatı olmaması, yargı kararına uyulmamasının karşılığını oluşturması sonucunda, taşıdığı özellikler itibarıyla GVK ile düzenlenen hiçbir gelir unsuru açısından aranan özellikleri içermemesi nedeniyle vergilendirme konusu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

DİPNOTLAR

1 4857 sayılı İş Kanunu Madde 21 Gereğesi; Mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren mahkemenin veya özel hakemin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içinde işe başlatmaz ise, işçiyi tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, en az altı aylık ve en çok bir yıllık ücret tutarında olmak üzere, mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir. Dava, seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda -işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun- işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını

alabilecektir. Ancak, bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçiyi peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemedir düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu süreler ait ücret tutarı işçiyi ayrıca ödenecektir. İşçi, çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmek istiyorsa, mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren altı işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda tutulmuştur. İşçi, belirtilen süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılacak ve kendisine buna göre hak ettiği tazminatlar ödenecektir. Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır. Kabul Edilen Değişiklik Önergesi: Görüşülmekte olan (73'e 1. ek) sıra sayılı Kanun Tasarısının çerçeve 21. maddesinde geçen "en az altı aylık ve en çok bir yıllık ücreti tutarında" ibaresinin "en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında" şeklinde değiştirilmesini arz ve talep ederiz. Gerekece: İşçi ve işverenin karşılıklı hak ve menfaatleri açısından sürelerin bu şekilde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmiştir. Kabul Edilen Değişiklik Önergesi: (73'e 1.Ek) Tasarının 21. maddesinin 5. fıkrasındaki "altı işgünü" ibaresinin "on işgünü" şeklinde değiştirilmesini arz ve teklif ederiz. Gerekece: İşçiyi başvuru için yeterli süre tanınması amacıyla bu değişiklik önerilmektedir.

- 2 Davanın sona ermesinden önce işçinin, işveren tarafından tekrar çalıştırılmaya başlanması örneklerine rastlanılmaktadır. Bu uygulamalarda dört ayla sınırlı ücret ve diğer hakların ödenmesi açısından yapılan tartışmalar ile ilgili olarak bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 3. bası, 2006 İSTANBUL, s. 484.
- 3 Bu belirleme için bkz. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. bası, 2003 İSTANBUL, s. 208.
- 4 Bu konuda benzer saptamalar için bkz. KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 2005 ANKARA, s. 222.
- 5 Yargıtay 9. Daire, E: 2003/14994, K: 203/14267, T: 11.9.2003; KILIÇOĞLU, age., s. 231-232; SÜZEK, age., s. 485.
- 6 Bkz.KILIÇOĞLU, age., s. 222,227; AKTAY/ARICI/KAPLAN, İş Hukuku, s. 195; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, yenilenmiş 3. bası, İSTANBUL, 2006, s. 160 vd.
- 7 Bkz. SÜZEK, age., s. 485.
- 8 Aşağıdaki bölümde üzerinde durulacak olan Danıştay 3. Daire kararında konu bu esasa göre değerlendirilmektedir.
- 9 Gerek mahkeme kararlarında gerek öğretilerde tazminatın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesinde gerekçelendirmenin zorunluluğu ifade edilmekte ve dolayısıyla ödemenin aslında bir kaybın giderilmesi, bir karara uymamanın bedeli olması hali hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Yargıtay 9. Daire, E: 2003/18733, K: 203/18279, T: 6.11.2003; KILIÇOĞLU, age., s. 237/240-241; SÜZEK, age., s. 486.
- 10 Bu konuda SSK Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Daire Başkanlığı tarafından 4.3.2005 tarihinde yayımlanan 16-330 Ek Genelge ve 27.4.2006 tarih ve 16.370

- Ek Genelge.
- 11 SSK Genelgesi 16-330, II/2-1. b; Genelge 16-370, II/2-1. c. 2
- 12 SSK Genelgesi 16-330, II/2-1. b; Genelge 16-370, II/2-1. b.
- 13 Bilindiği gibi vergi sistemlerinde gelir üzerinden yapılan vergilendirmeler temelde iki biçimde şekillendirilmektedir. Bunlardan ilki "Kaynak Kuramı" olarak isimlendirilmekte, gelir kişilerin sahip oldukları üretim faktörlerinin, üretim faaliyetlerinde kullanılması sonucunda elde edilen değer olarak tanımlanmakta, kaynaklar da sayılmak suretiyle belirlenmektedir. Gelir Vergisi Sistemimiz de bu yaklaşımı benimsemiş bulunmaktadır. İkinci sistem ise "Safi Artış Kuramı" olarak adlandırılmakta ve bu sistemde gelir, kişinin belli bir süreç içerisindeki dönem başı servet değeri ile dönem sonu servet değeri arasındaki farka, bu süre içerisinde tüketilen değerlerin eklenmesi suretiyle hesaplanan değer fazlalığı olarak algılanmaktadır. Bkz. ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, Vergi Hukuku, 10. bası, ANKARA, s. 239 vd; SABAN, Vergi Hukuku, Gözden geçirilmiş 4. bası, 2006 İSTANBUL, s. 326 vd; AKSOY, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 1999 İSTANBUL, s. 144 vd.
- 14 Bkz.ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, age., s. 244.
- 15 Bu konuda vergi idaresi tarafından önceki dönemlerde verilen görüşlerin de ilkeler ile uyumlu olduğu görülebilmektedir. "Vakfınız personeli olmayan kişilere karşılıksız olarak verilmesi düşünülen burslar 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan gelir unsurlarından hiç birisine girmediklerinden, gelir vergisine tabi tutulmaması gerekir." TCMB Gelirler Genel Müdürlüğü 6.6.1986 tarih 21991 sayılı görüşü; Konumuzla ilgili olan ve daha sonra tekrar üzerinde durulacak olan bir görüşte de, "kişinin çalışmadığı günlerin karşılığında mahkeme kararına dayanılarak ödenen tazminatın, gelir unsurlarından hiç birisine girmemesi nedeniyle gelir vergisine tabi tutulmaması gerekir." TCMB Gelirler Genel Müdürlüğü 13.4.1982 tarih ve 30999 sayılı görüşü. Görüşler için bkz. CENK, Ücretler, Tazminatlar ve Harcırahlar, 1999 ANKARA, s. 6-7.
- 16 Yapılan değerlendirmelerin vergi hukuku ilkeleri ve GVK hükümleri ile ilgisinin bulunmadığı açıkça görülmekte, gelir unsurunun tanımı ve nitelendirilmesi başta olmak üzere kanun hükümlerinden hareket edilmediği ayrıca vergilendirmeyi salt vergi kesintisine indirgeyen bir anlayışı yansıttığı sonucuna varılmaktadır. Bkz. YHGK 12.5.2004/9-255/290, EKMEKÇİ/UÇUM, İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabii midir? Türk Hukuk Sitesi, http://turkhukuksitesi.com.makale_891.
- 17 Bkz. BAYRAKLI, Gelir Vergisi Kanununda Gelir Kavramı ve Sapmalar, Mevzuat Dergisi, Aralık 2000, Yıl. 3, S.36.
- 18 Dayanağını Anayasa'nın 73. maddesinden alan "Vergide Kanunilik İlkesi" ile ilgili olarak geniş bilgi ve örnek kararlar için bkz. KIRMAN, Vergide Kanunilik İlkesi ve ÖTV Örneği; TSK Yapılan Araç Teslimleri, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/2 Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, 2006 İSTANBUL; KIRMAN, Mali Yükümlülükler Bakımından Verginin Kanuniliği İlkesinin Anlamı, TBB Yayın No. 230, 2002 İSTANBUL; GÜNEŞ, Verginin Yasallığı İlkesi, 1998 İSTANBUL; Bunun yanı sıra vergi kanunlarının uygulanmasında kıyas yolu ile vergilendirme ya da vergilendirmeme sonucunu doğuran yorum ve buna dayalı kararların geçerliliği bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. AKKAYA, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, 2002 ANKARA; KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, 4. bası, 2007 ANKARA, s. 171.; ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, age., s. 29.
- 19 Bu noktada unutulmaması gereken husus, kıyas ya da benzeri yöntemlerle bir kazanç ya da iradın vergilendirme kapsamına alınmasına imkân bulunmadığıdır. Bu nedenle yardımcı kaynak olma niteliği, vergi kanununda düzenlenmiş bir konuda açıklık getirme anlamındadır. Aksi, anayasa mahkemesi kararları ile belirginlik kazanan ve vergi kanunlarının nitelikleri bakımından aranan temel niteliklerin, kanunilik ilkesi bağlamında yorum yolu ile tamamlanmasının mümkün olmaması nedeniyle uygulanabilir değildir.
- 20 İş Hukuku uygulamasında ücret açısından geniş bilgi için bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, age., s. 121 vd.
- 21 Kişi ile üçüncü kişiler arasında gelir vergisi anlamında yapılan ücret tanımının uygulanabilirliğinin bulunması halinde vergilendirmenin ücret olarak yapılacağı kuşkusuzdur. Hiç şüphesiz, üçüncü kişi ile mevcut ilişkinin vergi düzenlemeleri ile aranan özellikleri taşıyan başkaca bir kazanca konu edilmesi de mümkündür.
- 22 Maddenin getirdiği diğer düzenleme ise gelecekte yapılacak olan hizmetler için, yapılmasından önce yapılacak ödemeleri de vergilendirme yolundadır. Hiç şüphesiz işleyen bir iş sözleşmesi uyarınca bu isimle yapılsa da kanımızca gelir vergisine tabi tutulacak bir gelir oluşumu ücret bağlamında ortaya çıkmaktadır. Ayrıca ileride yapılacak hizmet nedeniyle o dönemde ortaya çıkacak ilişkinin nitelendirilmesi halinde de vergilendirme sonucuna ulaşılabilecektir. Bu noktada sorun, vergilendirmenin yapıma zamanı açısından ortaya çıkmaktadır. Ancak maddenin bu konularda tereddüt kalmamasını teminen gelecekte yapılacak hizmetlere bağlı olarak hizmetin gerçekleşmediğinden bahisle vergilendirmeden kaçınılmasını önleme amacıyla olduğu anlaşılabilir.
- 23 Emsal yargı kararının yanı sıra bir bölüm çalışmalarda da bu istisnanın 21. madde ile bağlantılı olduğu yaklaşımı gözlenmektedir. Bu konunun ilgili bölümde üzerinde durulacağı gibi farklı bir esastan hareketle tartışma konusu edilmesi imkânı da bulunmaktadır.
- 24 Yargıtay 9, Hukuk Dairesi, E: 2004/28355, K: 2004/26161, T: 6.12.2004.
- 25 Teorik de olsa işverenin işçinin davayı açmasına bağlı olarak, yargılama sürecinde işte çalışmasına izin vermesi durumunda, aranan üçüncü şartın da olayda bulunması söz konusu olacaktır.
- 26 Vergilendirme uygulaması bakımından kıyas yasağı ile genişletici yorumun ve ekonomik yaklaşımın sınırları açısından geniş bilgi için bkz. ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, age., s. 30; KARAKOÇ, age., s. 156; AKKAYA, age.
- 27 Konuya ilişkin görüşlere örnek olarak bkz. DOĞRUSÖZ,

- İşe Başlatmama Tazminatının Vergilendirilmesi, 21.6.2007 Referans Gazetesi; EKMEKÇİ/UCUM, agm.
- 28 TCMB Gelirler Genel Müdürlüğü 13.4.1982 tarih ve 30999 sayılı görüşü.
- 29 TCMB Gelir İdaresi Başkanlığı 4.2.2005 tarih ve 5167 sayılı görüşü; Ankara Defterdarlığı Vasitasız Vergiler Gelir Müdürlüğü görüşü, DEF.0.06.11/05/GVK-12094, www.avdb.gov.tr/y/mukteza.
- 30 TC Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından konuya ilişkin olarak 2008 yılında verilmiş bulunan B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-61 sayılı görüşte de; "Bu hükümlere göre, her iki ödeme de her ne kadar işsizlik sebebiyle ödenmiş olsa da, işveren tarafından (evvelce yapılmış hizmet karşılığı olsa dahi) (akdin feshi mahkeme kararınca reddedildiğinden, akit taraflar arasında hüküm ifade edeceğinden) hizmet akdine istinaden sağlanan bir menfaat olmasından ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrasında ücretin tazminat veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyecek olmasından dolayı ilgiliye yapılan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen zaman için yapılan ödemeler, hangi ad altında olursa olsun Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi gereğince ücret olarak değerlendirilip, gelir vergisine tabi tutulacaktır. Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde hizmet erbabına nakden veya hesaben ödenen ücretler üzerinden 103 ve 104. maddelere göre gelir vergisi tevkifatı yapılması gerektiği hükme bağlanmış, 96. maddesinin birinci fıkrasında da, hesaben ödeme deyiminin, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumunda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre, mahkeme kararına göre ödenecek ücret sayılan bu ödemelerin, nakden veya hesaben ödenmesi sırasında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir." denilmiştir.
- 31 Ankara 1. Vergi Mahkemesi E: 2004/155, K: 2004/622, T: 30.6.2004; Ankara Bölge İdare Mahkemesi, E: 2004/3086, K: 2004/3572, T: 28.10.2004.
- 32 Bilindiği gibi 2577 sayılı Kanunun 51. maddesi uyarınca gerek Danıştay gerek ilk derece mahkemeleri tarafından verilmiş bulunan, temyiz incelemesinden geçmemiş olan ancak yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden kararların ilgili Bakanlıklar ya da Başsavcı tarafından temyiz edilebilmektedir. Temyiz sonucu verilen kararlar önceki kararların sonuçlarını değiştirmemekte, kural olarak bu tür uyumsuzlukların bundan sonra böyle çözümleneceği konusunda kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Ancak, bu şekilde verilen kararlar, üst derece vergi yargısının görüşünün netleşmesi anlamında önemli bir gösterge olmaktadır. Kanun yararına düzeltme uygulaması ile ilgili geniş bilgi için bkz. SABAN, age., s. 308; KARAKOÇ, age., s. 842; CANDAN, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. bası, 2006 ANKARA, s. 979 vd.
- 33 Danıştay 3. Dairesi E: 2006/3799 K: 2007/414, T: 15.2.2007.
- 34 Bkz. Gelir Vergisi Kanunu gerekçesi, <http://www.gib.gov.tr>
- 35 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, RG 8.10.2003, 25253.
- 36 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, RG 8.9.1999, 23810.
- 37 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50. maddesinde, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödemiş ve son üç yıl içerisinde de belirli gün sayısına kadar işsizlik sigortası ödeyenlere 300 güne kadar işsizlik ödeneği verileceği hüküm altına alınmıştır.

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesi

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Borçlar Kanunu'nun 323., Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 14., Deniz İş Kanunu'nun 29. ve İş Kanunu'nun 32. maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 18 Kasım 2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik" ile 1.1.2009 tarihinden itibaren çeşitli ödemelerin bankalar aracılığıyla yapılması zarureti getirilmiştir. İş Kanunu'na tabi işletmeler, basın işkolu ve deniz işkolu ile ilgili açıklamalar yönetmelik metninde yer almaktadır. Bu çerçevede Yönetmeliğin ilgili mevzuat kapsamında müşterek kullanılmaması ve sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanması sebebiyle yetki bakımından hukuka aykırılığı söz konusudur.

Ücretlerin banka aracılığı ile ödenme zorunluluğu kayıt dışı ile mücadele yöntemi olarak düşünülmüştür. Zira, işverenler, çalışan sigortalılara asgari ücretten daha fazla ücret ödemesinde bulunmasına rağmen asgari ücret tutarı üzerinden bildirimde bulunmakta ve bu rakamlar

üzerinden vergi ve primlerini ödemektedirler. Bu durumun kontrol edilmesine yardımcı olacak yöntemlerden bir tanesi de bankalar vasıtasıyla ödemelerin kontrol edilmesidir.

Öncelikle, 10. madde kapsamında işyerleri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı işverenler ile üçüncü kişiler, Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının en az 10 olması halinde, çalıştırdıkları işçiye o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler.

Yönetmeliğin 6. maddesine göre, 5953 sayılı Kanun'a tabi olarak Türkiye genelinde en az 10 gazeteci çalıştıran işverenler, çalıştırdıkları gazetecilere o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler. Gazeteci çalıştıran işverenler, aynı zamanda 5953 sayılı Kanun hükümleri dışında kalan ve İş Kanunu'nda "işçi" tanımına giren kimseleri çalıştırmaları halinde, çalıştırılan gazeteci sayısı ile işçi sayısı toplamının en az 10 olması durumunda, çalıştırdıkları gazeteci ve işçiye o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanuni kesintiler düşüldükten

sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler.

Deniz işkolu bakımından ise Deniz İş Kanunu'na tabi olarak Türkiye genelinde en az 10 gemi adamı çalıştıran işverenler veya işveren vekilleri de çalıştırdıkları gemi adamına, o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler.

Yönetmelikte, hizmet akdinin, işveren veya işveren vekili ile gemi adamı arasında, yazılı olarak Deniz İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen unsurları içerecek şekilde yapılması ve hizmet akdinde, ücretin ödeme zamanı ve yeri ile gemi adamının ödemelerinin yapılacağı banka hesap numarasının da bulunması zorunluluğu getirilmiştir.

Banka aracılığıyla ödeme yapması gereken işverenler, işyerlerinin bulunduğu yerde banka şubesi olmaması veya çalışanlara banka aracılığıyla ödeme yapılmasına olanak olmaması halinde ödemeleri, PTT şubeleri aracılığıyla yapabileceklerdir. Banka veya PTT aracılığı ile yapılacak bu ödemelerde, ödemelerin niteliğinin hesabın açıklamasında belirtilmesi de bir zorunluluk olarak yönetmelikte yer almaktadır.

Borçlar Kanunu'na tabi olarak işçi çalıştıran iş sahiplerinin işçilere yapacakları ödemeleri bankadan yapma zorunluluğu ise söz konusu olmayıp, bu yönde bir yükümlülük Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı'ndan sorumlu Devlet Bakanlığı tarafından müştereken belirlenecektir.

Bu yönetmelikle getirilen zorunluluklara uymayanlara uygulanacak yaptırımlar ise Yönetmeliğin üçüncü bölümü kapsamında çeşitli kanunlara atıf yapmak suretiyle farklı düzenlenmiştir. Bu kapsamda, 2009 senesinde ödeyecekleri ücretleri banka yoluyla ödemeyenlere:

- Basın İş Kanunu çerçevesinde her bir gazeteci için 1.680,-TL;
- Deniz İş Kanunu çerçevesinde her bir gemi adamı için 1.344,-TL;
- İş Kanunu çerçevesinde her bir işçi ve her ay için 112,-TL ceza uygulanacaktır.

Getirilen düzenlemeler kapsamında İş Kanunu'na, Basın İş Kanunu'na ve Deniz İş

Kanunu'na göre ödenen ücretler söz konusu edilmiştir. Bu sebeple, ücretleri bu kanunlara göre ödenmeyen için bankadan ödeme söz konusu olmayacaktır. Ayrıca sözleşmelerin niteliği de önemlidir. Örneğin, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine ödenen ücretler bir hizmet sözleşmesine dayanmadığı için bankadan ödeme zorunluluğu kapsamında değildirler.

Bir başka durum ödemelerin niteliği bakımındandır. Yönetmelik başlığında yer alan istihkak kavramı hak kazanılmış ödemeler olarak dikkate alındığında henüz hak edilmeyen bazı ödemelerin yapılması durumunda banka yolunun kullanılıp kullanılmayacağı da problem yaratmaktadır. Bu kapsamda örneğin avans ödemeleri henüz hak edilmemiş bir ödeme olarak kabul edilirse bankalardan ödenmesi de gerekmektedir. Ama aksine avansı ödenen ücrete binaen yapılan bir ön ödeme veya erken ücret ödemesi olarak değerlendirmek bunların bankalardan ödenmesini de gerekli kılmaktadır.

Ödemelerin niteliği konusunda ilgili Kanun düzenlemeleri yanında genel nitelikteki düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesi dikkate alındığında avanslar kapsam dışında kalmaktadır sonucu çıkabilmesine rağmen, aynı Kanun'un 61. maddesinde yer alan ücretin tarifi avansları da ücret kapsamı altında belirtmektedir. Bununla birlikte vergi kanunlarının kapsamı geniş tutması diğer kanunlar veya düzenlemeler bakımından da aynı sonuca ulaşılması için yeterli değildir. Bu nedenle ödemelerin niteliği bakımından farklı yorumlar yapılabileceğinden somut hukuk açısından düzenlemenin kapsamının açık olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar avans uygulamasını ücretle bağdaştırmak son derece kolay olsa da hukuken henüz hak kazanılmış bir ödeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle avans ödemelerinin bankalar yoluyla yapılması zaruretinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle bu ödeme şekli ile ilgili bir hukuki belirsizlik bulunmaktadır. Yönetmelik metninin ödeme türleri konusunda daha açık ifadeler taşıması gerekmektedir. Aksi halde konunun yargı boyutu önem kazanacaktır.

Delphine RUDELLI

UIMM Avrupa İlişkileri Bölüm Başkanı

Fransız İşgücü Piyasasının Modernizasyonuna Doğru

2007 ortalarından ve Başkan Nicolas Sarkozy'nin seçiminden bu yana, Fransa özellikle sosyal politika alanında geniş bir reform programına girişmiştir. Bu reformlardan bazıları Fransa'nın sosyal görünümünü ve sosyal ilişkilerini radikal bir dönüşüme uğratabilecek niteliktedir. Bu makalede, önce söz konusu gelişmeler içinde yer alan emek piyasasının modernleşmesine ilişkin Ocak 2008 anlaşmasını ve ardından sendikal temsil konusuna ilişkin Nisan 2008 ortak pozisyonu ele alınacaktır. Nihayet Ocak 2009 tarihinde kabul edilen mesleki eğitim sistemi, istihdamın ve uzmanlaşmanın öngörülere dayalı sevk ve idaresi ile işsizlik sigortası konularında yepyeni kurallar getiren reformlar dizisi üzerinde durulacaktır.

1. İŞGÜCÜ PİYASALARININ MODERNİZASYONUNA İLİŞKİN OCAK 2008 ANLAŞMASI: MODERN BİR ANLAŞMA

İşgücü piyasalarının modernizasyonuna ilişkin 11 Ocak 2008 tarihli anlaşmayla, güvenceli esnekliğe doğru anlamlı bir gelişme kaydedilmiş ve çalışanlar için iş güvencesi ile işletmeler için daha esnek bir istihdam yönetimini bağ-

daştıran yeni bir sosyal ilişkiler modelinin temelleri atılmıştır. Beş sendikal konfederasyondan dördü tarafından kabul edilen bu metinle sosyal taraflar; hükümetin kişisel ve toplu iş ilişkilerini ilgilendiren ve mesleklerarası ulusal görüşme alanına giren her reform taslağında sosyal tarafların da yer almalarına olanak veren 31 Ocak 2007 günlü yasanın hedefine etkili bir biçimde ayak uydurabilme yeteneklerini göstermiştir.

Anlaşma, "İş piyasalarına girişi kolaylaştırma ve istihdamdaki yolu iyileştirme" ve "Sözleşmeleri güvenli kılma ve istihdama geri dönüşü iyileştirme" şeklinde iki bölüm başlığı halinde düzenlenmiş olan on dokuz maddeden oluşmaktadır. Bu şekliyle anlaşma, kimileri somut uygulama koşullarını tanımlamak için birtakım ek görüşmelere konu olacak yeni bir özlü ilkelere bütününe oluşturmaktadır¹. Daha şimdiden anlaşmada modernizasyona yönelik altı ana tema ortaya çıkmaktadır:

Deneme Süresi

İşkolunda konuyla ilgili daha fazla hak tanıyan bir anlaşma olması halinde bu anlaşmayla getirilen hususlar istisna olmak üzere; deneme süresi işçiler ve hizmetliler için 1-2 ay, teknis-

Çalışma hayatına giren gençler için, pedagojik bir kursla bütünleştirilmiş stajların süresi, deneme süresinin hesabında göz önüne alınacaktır.

yeniler ve ustabaşılar için 2-3 ay, yöneticiler için 3-4 ay olarak belirlenmiştir. Deneme sürelerindeki bu uzatma, belirsiz süreli sözleşmeye doğrudan geçişi kolaylaştırmaya yöneliktir. Kimi işkolu anlaşmalarında bu deneme süresinin yenilenmesi öngörülebilir. Çalışma hayatına giren gençler için, pedagojik bir kursla bütünleştirilmiş stajların süresi, deneme süresinin hesabında göz önüne alınacaktır.

Haklara Erişim

Anlaşma'yla kıdemle bağlantılı haklara erişimi kolaylaştırmak için birçok düzenleme öngörülmüştür: Aynı işletmedeki tüm çalışma dönemlerinin hesaba katılması, hastalık sözleşmesi tazminatından yararlanmak için aranan kıdem koşulunun 3 yıldan 1 yıla indirilmesi, bu tazminat için noksan kabul edilebilir sürenin 11 günden 7 güne düşürülmesi gibi.

İş Sözleşmesinin Feshi

Genel kurallar düzeyinde, mevzuatı iyileştirmeye ve anlaşılır kılmaya yönelik birçok hüküm öngörülmüştür. Bunlar arasından şunlara işaret edilebilir:

- Her türlü işten çıkarmayı gerekçelendirme zorunluluğu,
- Kıdem tazminatı: Taraflar arasında yapılmış ve daha yüksek haklar getiren bir sözleşme olmadıkça, bir yıllık kıdemini dolduran her işçiye sonraki her yıl için bir aylık ücretin 1/5'inden az olamayacaktır.
- Uzlaştırma: Açıklanan amaç, bölge müdürlüğüne şikayet safhasını bertaraf etme amacıyla uyuşmazlıkları çözüm kurulunun rehabilite edilmesidir.
- İş güvencesi tazminatı: Geçerli bir sebep olmaksızın işten çıkarma halinde iş güvencesi tazminatının tutarına bir tavan ve bir taban tespit etme olanağı konusunda kamu makamlarıyla birlikte çalışmak ve "geçerli sebep olmaksızın

işten çıkarma" kavramını daha iyi tanımlamak konusunda mutabık kalınmıştır.

Yapılan düzenleme, ikale anlaşması konusunu da kapsamaktadır. Her ne kadar başlangıçta sendikalar iş sözleşmesinin anlaşmayla sona erdirilmesi fikrine karşı olsalar da, tüm taraflar için tatminkâr bir uzlaşma oluşturulmuştur.

Ne istifa, ne de işten çıkarma olan ikale sözleşmesi ile ilgili olarak Anlaşma'da şu düzenlemeler bulunmaktadır:

- Tarafların muvafakat özgürlüğü: Serbestçe seçilmiş bir danışmandan yardım alma olanağı, 15 gün içinde vazgeçme hakkı, İl Çalışma Müdürünün anlaşmayı onaylaması.
- Tek tip bir form hazırlanması.
- Kıdem tazminatı ve işsizlik sigortası ödeneği alma imkânı.
- Konusu tanımlanmış yeni belirli süreli iş sözleşmesi.

Anlaşma'yla mühendisler ve yöneticiler için, "en az on sekiz aylık en çok otuz altı aylık" olmak üzere özel bir görevin belirli bir süre içinde tam olarak gerçekleştirilmesi için belirli süreli iş sözleşmesi (COD) oluşturulması öngörülmüştür. Yenilenmeyecek olan bu yeni sözleşmenin yapılabilmesi "elverişli bir yanıt getirebileceği iktisadi gerekleri tasrih eden bir geniş anlaşmanın veya bunun olmadığı koşullarda bir işletme anlaşmasının yapılmış olmasına bağlıdır".

Bu sözleşmenin hukuki koşulları, Anlaşma'da yapılacak işin kesin olarak belirlenmesi, fesih koşulları ve ilgili tazminatların tespiti ve belirsiz süreli sözleşmeyle faaliyetin sürdürülmesi olarak belirlenmiştir.

Bazı Hakların Taşınabilirliği

İş akdinin feshi durumunda iş akdine bağlı kimi hakların korunması için bir mekanizma oluşturulmuştur:

- Sağlık ve yardımlaşma sandığı güvenceleri (ağır kusur hariç), işten çıkartılmış işçi için asgari üç ay olmak üzere, azami tazminat hakkının üçte birine eşit bir süreyle korunacaktır. Bunun finansmanı eski işveren ve eski işçi tarafından "eskiden olduğu oranlarda veya toplu

sözleşmeyle tanımlanmış bir yardımlaşma sistemi tarafından” ortaklaşa sağlanacaktır.

- İşçiler, bireysel formasyon hakkı adına elde ettikleri saatlerin kalan bölümünü de “işsizlik sigortası rejimi tarafından üstlenilmesinden önce” veya “yeni işverenleriyle mutabık kalarak, işe başlamalarını izleyen iki yıl içinde” kullanabileceklerdir.

İşsizlik Yardımlarının Yeniden Düzenlenmesi

İşsizlik yardımları “mesleki yaşam çizgisinin güvenilirliğinin önemli bir ögesi” olarak değerlendirilmiştir. Anlaşma ile işsizlik yardımlarının “yeni işsiz kesimlerinin üstlenilmesine olanak vermesi” ve daha basit ve daha anlaşılır tazminat koşulları öngörülmüştür. Hedef, özel olarak, işsizlik yardımları için prim ödeyenleri, daha kısa süreler için daha yetkin bir şekilde tazmin etmek, iş talebinde bulunanlara yönelik desteği iyileştirmek ve karşılıklı hak ve ödevler çerçevesinde güvenlik duygusunu artırmaktır.

Yürürlükteki kurallara uygun olarak, bu Anlaşma 25 Haziran 2008’de kabul edilen bir yasa ile yeniden ele alınmıştır.

II. SENDİKAL TEMSİL KONUSUNDA NİSAN 2008’DE İMZALANAN ANLAŞMA

A. Yeni Bir Sorun

Geniş bir mutabakata dayalı olarak 9 Nisan 2008’de son bulan görüşmeler, sosyal partnerleri sosyal ilişkilerin odağına koyarak sosyal diyalogu modernleştirmeyi hedefleyen Temmuz 2001 Ortak Pozisyonu’nun ve 4 Mayıs 2004 ve 31 Ocak 2007 yasalarının mantıksal devamını oluşturmaktadır².

Bunların meşruiyetlerinin pekişmesi, toplu görüşmeleri geliştirme iradesinde ve dolayısıyla karşılıklı ödünlerin sürekli araştırılmasında ifadesini bulmaktadır.

Özellikle 2007 tarihli yasa, hükümetin çalışma ilişkileri konusundaki projeleri üzerinde sendikalara ve işverenlere öncelik olanağı tanıyarak sosyal ilişkilerin niteliğini değişime uğrat-

mıştır. Sendikalar ve işverenler, bundan böyle, ulusal egemenliğin temsilcilerinin birtakım yetkilerini devretmelerinden yararlanacaktır. Bu özel sorumluluk, üyelerinden ve bütün çalışanların desteğinden güç alan, ama aynı zamanda deneyimli, yönetme yeteneğine sahip ve genel çıkarı gözetken sendikalar gerektirmektedir.

Çoğu kez farklı, kimi zaman uzlaşmaz birtakım yaklaşımlara rağmen, sosyal taraflar, hem bu yeni bağlamda yer almayı, hem de gitgide daha geniş kesimlerce kabul edilebilir bulunan uzlaşmalara ulaşmayı bilmişlerdir. Ana ilkelerini tespit etmiş oldukları reformların adım adım uygulamaya sokulmasını öngören sosyal taraflar, bu şekilde her örgütün toplu görüşmelerin ve sendikal örgütlerin tanınmasının yeni uygulamalarına ayak uydurmasına olanak verecek geçiş yöntemlerini sevk ve idare etmeyi bilmişlerdir.

B. Ortak Pozisyon’un Dengeli Önerileri

Ortak Pozisyon’un yirmi maddesi, üç temel konu etrafında dönmektedir:

• Sendikal Örgütlerin Temsil Güçleri

Sendikaların katılımcı kitlesi de, tıpkı üye sayısı ve aidatlar, mali şeffaflık, bağımsızlık, cumhuriyet değerlerine saygı, iki yıllık kıdem, katılımcı kitlesinden farklı ve ayırt edici özelliği aktiflik ve deneyim olan katılımcı kitlesi ve etki gücü kavramı gibi temsil gücü ölçütleri arasında sayılmıştır.

Katılımcı kitlesi, işletme seçim sonuçları temelinde ölçülmektedir. Bu seçimler, gerek işkolları, gerekse ulusal mesleklerarası düzeyde bir konsolidasyonu sağlayacaktır.

Ortak Pozisyon, bir sendikal örgütün temsil kabiliyetinin ötesinde tespit edilemeyeceğine ilişkin farklı birtakım barajlar öngörmektedir. Bu barajlar, işletme düzeyinde birinci tur seçimlerde kullanılmış geçerli oyların %10’u ve ulusal düzeyde %8’i olarak tespit edilmiştir. İşkolları ve ulusal mesleklerarası düzey için, ayrıca “ülke çapında dengeli bir mevcudiyeti” de hesaba katmak yerinde olacaktır.

İşkolları ve mesleklerarası düzeyde, katılımcı kitlesinin hesaba katılması, dört yıllık bir seçim çevriminin sonunda gündeme gelecektir. Zira güvenilir bir seçim sisteminin oluşumu ve

Anlaşma ile işsizlik yardımlarının “yeni işsiz kesimlerinin üstlenilmesine olanak vermesi” ve daha basit ve daha anlaşılır tazminat koşulları öngörülmüştür.

sonuçların konsolidasyonu için böylesi bir geçiş süresi gereklidir. İşletme düzeyinde ise bu, her seçimde uygulanacaktır.

“Birikimli olan” bu yeni ölçütler bütününe uygulamaya konması, temsil gücü hakkında tartışmasız karinelerin ortadan kalkışını da beraberinde getirecektir.

• Sosyal Diyalogun Gelişimi

Toplu sözleşmelerin yapılma tarzı konusunda, bağlayıcı çoğunluğa geçişe ön ayak olması gereken geçiş dönemi boyunca, mesleklerarası, işkolu ve işletme düzeylerinde yapılan sözleşmelerin geçerliliği, geçerli oyların en az % 30'unun alınmış, bir veya birçok sendika örgütü tarafından imzalanmış olmasına ve geçerli oyların çoğunluğunu almış sendikal örgütlerin bunlara karşı çıkmamasına bağlı olması gerektiği kabul edilmiştir.

200 ücretliden az çalışanı olan işletmelerde toplu görüşmelerin gelişmesine olanak vermek amacıyla, sendika temsilciliğinin olmadığı koşullarda seçilmiş işçi temsilcilerinin veya yetkilendirilmiş çalışanların sözleşme yapmalarına olanak üzere birtakım koşullara bağlı olarak bazı hükümler öngörülmüştür.

İşletmelerdeki seçimler, şimdi olduğu gibi, iki turlu yapılacak, birinci turda sendika listeleri kullanılacak ve ikinci tur, nisap sağlanamaması durumunda veya ilk turda adaylık eksikliği halinde sendikasız olanlara da açık olacaktır.

Sendika temsilcilerine daha fazla meşruyet kazandırmaya yönelik bir mekanizma olarak seçilmiş işçi temsilcileri arasından sendika temsilcilerinin seçimiyle ilgili olarak, Ortak Pozisyon, sendika temsilcilerinin son seçimlerde oyların şahsen %10'unu toplamış olan adaylar arasından seçilmesini öngören bir uzlaştırıcı çözüm getirmiştir.

“Personelin kolektif temsilinin etki gücünü” ve “sendikal örgütlere üyeliğin gelişimini” pekiştirmek amacıyla, eşit üyeli bir çalışma grubu oluşturulacaktır. Bu grup, söz konusu hedeflere uygun birtakım öneriler hazırlayacaktır. Bunun özellikle “kendilerine özgü kimlikleri ve sorumluluklarıyla sendikal aktörlerin tanınması, hakiki bir sosyal diyalogun var olabilmesinin bir koşulu”nu oluşturduğu belirtilmiştir.

• Sendikal Örgütlerin Finansmanı

Burada vurgulanan asıl nokta, çeşitli finansmanların, özellikle personel kullanımıyla ilgili finans kaynaklarının şeffaflığı ve denetimidir. Eşit üyeliliğe ilişkin sübvansiyonlarla ilgili olarak, ilkeler ulusal mesleklerarası düzeyde tespit edilecektir.

Çalışanların sendikal örgütlerini finanse etmek için işletmelerin sorumluluğunda her türlü zorunlu aidat fikri kabul edilmemiş ve bu hususa Ortak Pozisyon'da yer verilmemiştir

İşgücü piyasalarının modernizasyonuna ilişkin Ocak anlaşmasında olduğu gibi, bu Ortak Pozisyon 20 Ağustos 2008 yasasına geçirilmiştir.

III. DİĞER REFORMLAR

Sosyal taraflar, Eylül 2008 tarihinden bu yana biri mesleki eğitim (UIMM - Union des Industries et Métiers de la Métallurgie/Metalürji Sanayileri ve Meslekleri Birliği Genel Temsilcisi Jean-François Pilliard tarafından yürütülen), diğeri istihdamın ve uzmanlıkların öngörüye dayalı sevk ve idaresi konusunda iki önemli görüşme yürütmüşler ve mesleki formasyon konusundaki görüşmeler 7 Ocak 2009 tarihinde sonuçlanmıştır. Hukuki bakımdan birbirinden ayrı bu iki görüşme fiilen sıkı sıkıya iç içe geçmiştir. Nitekim bu iki dosya arasındaki tutarlılığı ve tamamlayıcılığı sağlamak üzere sürekli bir eşgüdüm öngörülmüştür.

A. Mesleki Eğitim

Hükümet, Temmuz ayı sonunda sendikalara ve işverenlere mesleki eğitim reformuna ilişkin bir “yönlendirme belgesi” göndermiştir. Bu belge, görüşülmesi gereken sorunları ortaya koymuş ve verilmesi gereken yanıtların yö-

nüne işaret ederek, sosyal taraflar arasındaki görüşmeleri hassas biçimde çerçevelemeyi hedeflemektedir. Hükümet tarafından fiilen dört reform önceliği belirtilmiştir:

1. İstihdam ile mesleki eğitim arasındaki bağı güçlendirmek,
2. Mesleki eğitim sistemini daha doğru hale getirmek,
3. Sistemin etkinliğini güçlendirmek,
4. Bireylerin ihtiyaçlarına daha çok önem vermek.

Hükümetçe belirlenen bu çerçevede sürdürülen görüşmeler 7 Ocak 2009 tarihinde sonuçlanmıştır.

B. İstihdamın ve Uzmanlaşmanın Öngörüye Dayalı Sevk ve İdaresi: Gerekli Bir Aydınlatma Görüşmesi

Birçok kesimde büyümenin yavaşlaması istihdam için bir tehdit oluştururken, İstihdamın ve Uzmanlaşmanın Öngörüye Dayalı Sevk ve İdaresi (GPEC) üzerine ulusal çapta mesleklerarası müzakerelerin açılması, bu konudaki mevcut mevzuatı ve var olan uygulamaları netleştirmeyi ve iyileştirmeyi hedeflemektedir. Bu müzakerelerin ana hedefi, işgücü piyasalarının modernizasyonuna ilişkin 11 Ocak 2008 tarihli anlaşmaya da uygun olarak, GPEC ile istihdamın korunması planını birbirine karıştırmayan bir hukuki çerçevenin tanımlanması ve birbirleriyle uyumlu birtakım politikalar geliştirmek üzere farklı görüşme düzeylerini (işkolu, işletme) bütünleştirmeye olanak vermektir.

DİPNOTLAR

- 1 Anlaşmaya ek olarak, bir İzleme ve Değerlendirme Komisyonu'nun kurulmasını öneren bir belge ile görüşme takvimi ve konularını içeren bir listeye de açık biçimde yer verilmiştir. Mesleklerarası ulusal planda, işsizlik sigortası kurulu, bir mesleki aşama çizelgesinin oluşturulması, kadrolar için özel hükümler, ücretliler danışman şirketinin (portage salarial) güvenilirliği gibi konularda da birtakım tartışmalar da öngörülmüştür. İşkolları, gençlerin istihdamı, deneme süresinin yenilenmesi, haklara erişim, GPEC'in (istihdamın ve uzmanlaşmanın öngörülere dayalı sevk ve idaresi) araçları, konusu tanımlanmış yeni belirli süreli iş sözleşmesi, taşınabilirlik gibi konuları görüşeceklerdir.
- 2 4 Mayıs 2004 tarihli yasa, işçilerin tüm mesleki yaşamları

boyunca formasyona erişimlerine ilişkin 5 Aralık 2003 tarihli ulusal mesleklerarası sözleşmenin yasalara taşınmasıyla ilgili önemli bir bölüm içermektedir. Ayrıca esas itibarıyla dört sendikal konfederasyon ve üç işveren örgütü tarafından kabul edilmiş Toplu görüşmeleri derinleştirmenin yollarına ve araçlarına ilişkin 16 Temmuz 2001 tarihli Ortak Pozisyonun hükümlerini ele alan bir Bölüm II (Madde 37-56) de içermektedir.

Selçuk KOCABIYIK

MESS Müşavir Avukatı

Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?

FEDERAL İŞ MAHKEMESİ*

Karar Tarihi : 18.06.2008
Sayısı : 7 AZR 116/07

ÖZET

Toplu iş sözleşmesinde, iş ilişkisinin işçinin 65. yaşını tamamlaması ile son bulacağına dair bir hükme yer verilmesi, esas itibarıyla geçerli bir hüküm oluşturmaktadır. Böyle bir hüküm özellikle Avrupa Birliği'nin yaşlılık nedeniyle ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkenin ihlali anlamına gelmemektedir. Burada yaş nedeniyle eşit davranılması belirlenen istihdam politikası hedefleri ile uyusmaktadır. Ayrımcılığın Önlenmesi Yasası'nın kabulünden önce toplu iş sözleşmesi ile çalışma yaşının belirlenebileceğine Federal İş Mahkemesi karar vermiştir.

OLAY

1940 doğumlu davacı, davalının yanında

1975 yılından beri temizlik işçisi olarak çalışmıştır. Davacının çalıştığı işyeri için teşmil edilen temizlik işçileri için geçerli olan genel toplu iş sözleşmesinde iş ilişkisinin 65. yaşın tamamlanması ile son bulacağı hükmüne yer verilmiştir. Davalı işveren, davacıya anılan toplu iş sözleşmesi hükümlerini dayanak göstererek, aralarındaki iş ilişkisinin 30.06.2005 tarihinde son bulacağını bildirmiştir.

Davacı açmış olduğu davası ile iş ilişkisinin sona ermediğinin tespit edilmesini talep etmiş ve toplu sözleşmede belirtilen emeklilik yaş sınırının getirilmiş olmasının yaşlılık nedeniyle ayrımcılık ilkesinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmiştir.

Dava geçmiş olduğu tüm yargı aşamalarında kabul görmemiştir.

GEREKÇE

İş ilişkisi toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş olan yaş sınırına ulaşılmış olması ile sona ermiştir. İş sözleşmesinin bu bağlamda

Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca -dava konusu olayda olduğu gibi- işçinin yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanması söz konusu olacak ise yasaya aykırılık oluşturmamaktadır.

Avrupa Birliği normları da gözetildiğinde dava konusu olay kapsamında 2000/78

EC sayılı Direktif hükümleri uyarınca da bir ayrımcılığın yapıldığından söz edebilmek mümkün değildir. Bu anlamda yasal işgücü ve istihdam politikaları kapsamında yaşlı işçilerin, genç işçilere oranla farklı bir şekilde muamele görmesi 2000/78 EC sayılı Direktifin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade bulmuş olan hedef ile de çelişmemektedir.

1. Karara Konu Olay

Davacı işçi, davalı işverenin yanında 1975 yılından itibaren temizlik işçisi olarak çalışmıştır. Davacının çalıştığı işyerini de kapsayan toplu iş sözleşmesinde iş ilişkisinin 65. yaşın doldurulması ile sona ereceğine dair düzenleme yer almaktadır. Davalı işveren anılan toplu iş sözleşmesi hükmüne istinaden, davacının iş sözleşmesinin 65 yaşını doldurduğu 30.06.2005 tarihinde sona erdirileceğini bildirmiştir. Davacı işçi ise açmış olduğu dava ile, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve iş sözleşmesinin emeklilik yaşına gelme ile son bulacağına ilişkin hükmün yaş nedeniyle ayrımcılık ilkesinin ihlali anlamına geldiğini iddia ederek, iş ilişkisinin sona ermediğinin tespitini talep etmiştir.

Federal Mahkeme, iş ilişkisinin toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş olan yaş sınırına ulaşılması ile sona erdirildiğini belirterek, iş sözleşmesinin işçinin yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanması halinde sona erdirilmesinin yasaya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre, davaya konu olaydaki fesih işlemi, mevzuata ve Avrupa Birliği normlarına aykırılık teşkil etmemektedir.

Değerlendirmemizde, Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı Direktifi ile bireysel İş Hukuku mevzuatımızda ayrımcılık yasağına ilişkin yer alan düzenlemelerle, özellikle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde emekliliğe hak kazanmış olma olgusuna ilişkin Yargıtay kararları ele alınmaya çalışılacaktır.

2. Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Özel hukukta eşit davranma ilkesi, aslın-

da kamu hukukundan doğmuş ve gelişmiştir. Devletin yasa çıkartırken ve bunları uygularken bireyleri eşit olarak ele alması Anayasa Hukukunun, bireylere kamu hizmetleri sunulurken objektif davranılması ve eşit işlem yapılması gerekliliği ise İdare Hukukunun temel ilkelerindedir. Kamu Hukukundaki eşitlik ilkesi bireylerin yükümlülüklerine de eşit oranda katılmalarını öngörür. Fakat ister kamu hukukunda, ister özel hukukun bir kısmında olsun bireylere eşit davranılması gereği, herhangi bir toplulukta belirli bir güce tabi olan zayıf durumdaki kişilere eşit işlem yapılması yolundaki gereksinmedir. Bu gereksinmenin ise adalet duygusundan çıktığında kuşku yoktur¹.

Anayasamızın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye aileye ve zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemede temel ayrımcılık konuları sayılmış olmakla birlikte metinde yer alan "ve benzeri sebepler" ibaresi, eşitlik ilkesinin sayılan haller dışında da uygulama alanı bulabileceğini göstermektedir. Şüphesiz ki düzenlemeyle amaçlanan eşit durumda olan bireylerin eşit muamele görmesini sağlamaktır. Makul ve geçerli nedenlerin varlığı halinde, bireyler veya belli gruplara farklı muamelede bulunulması mümkündür.

Eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında

geçerli genel bir ilke olarak “eşitlik ilkesi”nin İş Hukukundaki ortaya çıkış biçimidir. Bu ilke, her şeyden önce işverene, işyerinde çalışan işçilerine makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklediği için işverenin davranış özgürlüğünü sınırlar. Diğer bir anlamıyla bu ilke, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklar. Bu özelliği ile eşit davranma ilkesi bir yandan işverene eşit davranma borcu yükleyen, öte yandan da keyfi davranışlarını yasaklayan bir nitelik taşır. Eşit davranma ilkesi, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar. O halde bu ilke, herkesin aynı şeyi değil, ancak hakkını almasını öngördüğünden nispi adaletin gerçekleşmesini sağlar. Çünkü birbirinden farklı durumda olan kimselere eşit davranılınca dahi eşitlik bozulmuş ve böylece eşit davranma ilkesine aykırı hareket edilmiş olur².

3. İş Kanunumuzda Eşit Davranma İlkesi

İşverenin, işçilerine eşit davranması ve eşit değerinde işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması, çağdaş İş Hukukunca tanınmış, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur. Eşit davranma ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, Avrupa Birliği müktesebatına uyum da gözetilerek, somut bir biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak işverenin genel anlamdaki eşit davranma borcu devam ederken, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin bazı hususlara ayrıca yer verilmiştir. Buna göre iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Kanunda sayılan ayrımcılık yasaklarının ardından “ve benzerleri” ifadesiyle, bu hallerin kapsamının daha da genişleyebileceği düzenlenmiştir.

Eşit davranma ilkesi, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar.

Ayrımcılık yasağı yapısı itibariyle negatif, dar kapsamlı ve fakat hayata geçirilmesi daha kolay bir ilkedir. Ayrımcılık yasağı normları kişileri bazı özellikleri (ırk, renk, cinsiyet vb.) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaktan yahut birtakım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Bu tip normlarda kimler arasında, hangi menfaatler veya yükler açısından, hangi sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bir kişi ile diğeri arasında ayırım yapılmamalıdır denildiğinde, hangi nedenlere dayalı olarak farklı tutum ve davranışın kabul edilemeyeceği de belirtilmiş olmaktadır. Belirtmek gerekir ki varılmak istenen nihai amaç toplumun daha zayıf kesimlerinin eşit fırsatlara kavuşması ise ayrımcılık yasağı içeren normlarla her zaman bu amaca ulaşılabilmesi kolay değildir. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağının ötesinde pozitif bazı yükümlülükleri de gerektirebilir³.

Maddenin ikinci fıkrasında sözleşme türleri açısından ayrımcılık yasakları düzenlenmiş ve işverenin “esaslı sebepler olmadıkça” tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. İş ilişkisinde veya sona ermesinde madde hükümlerine aykırı davranan işveren, işçiye dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olabileceği gibi, işçi ayrıca yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuki yaptırım olarak öngörülen, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminat için esas alınacak ücret asıl ücret olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur.

Maddenin son fıkrasına göre, Kanun'un 20. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydı ile, işverenin eşit davranma borcunu yerine getirmediğini ispat etmekle işçi yükümlüdür. Bununla birlikte, işçi, eşit davranma borcunun ihlalinin gösteren bir durumu güçlü bir biçimde ortaya koyduğu takdirde, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Bu hüküm de ilgili AB Direktiflerinde yer alan esaslara uygun şekilde düzenlenmiştir.

Düzenleme genel olarak ele alındığında, temel kural işçiler arasında, esaslı nedenler olmadıkça, ayırım yapılmamasıdır. Bununla birlikte eşit davranma ilkesi, mutlak olarak her çalışana eşit kılma anlamına gelmemektedir. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz ise de, farklı yeteneklere sahip olan işçiler arasında işçilerin nitelikleri göz önünde tutularak farklı uygulamalar yapılabilir. Örneğin öğrenim derecesi, kıdem, yaş gibi objektif olguların her çalışanda eşit olarak var olduğu kabul edilemeyeceğinden, işçilerin ücretleri niteliklerine göre farklılık gösterebilir.

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Gerçekten de ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliklerini ortadan kaldırmadığından farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında işveren nispi bir eşit davranma borcu altındadır, yani; ayırım yapma kastı bulunmaksızın, haklı nedenlerle farklı davranabilir. Bununla birlikte eşit davranma borcu, kimi sınırlı hallerde mutlak bir nitelik taşır. İşveren işçileri arasında bazı nedenlere bağlı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz; kişi hak ve özgürlüklerinin mutlak olarak riyeti gerektirdiği alanlarda eşit davranma borcu mutlak bir uygulama alanı bulur. Ayrıca işverenin işyeri düzenine ilişkin işlemlerinde

ve sosyal yardımlarda işçiler arasında eşit davranma borcu kat'i, mutlak olarak uygulanabilir; ancak objektif nedenler bu yükümlülükten işvereni kurtarabilir⁴.

4. AB'nin 2000/78 Sayılı Konsey Direktifi ve Yaşaya Dayalı Ayrımcılık Yasası

Avrupa Birliği'nin "İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78 EC Sayılı Konsey Direktifi", üye devletlerde eşit davranma ilkesini yürürlüğe koyarak istihdam alanında din veya inanç, özür olma, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve belirlenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Eşit davranma ilkesi, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir.

Direktifin 2. maddesinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre doğrudan ayrımcılık; din, inanç, özür, yaşlılık veya cinsiyet nedenleriyle, bir kişiye diğerine nazaran farklı muamele yapılması halidir. Dolaylı ayrımcılık; tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın belirli bir din veya inanç, özür, yaş veya cinsiyete dayalı olarak bir kişiyi diğer kişilere nazaran dezavantajlı bir durumda yer almasına neden olmasıdır. Ancak söz konusu hükmün, ölçütün ya da uygulamanın meşru bir amaçla objektif olarak gerekçelendirilmiş olması ve bu amacın gerçekleştirilme yollarının uygun ve gerekli olması halinde ayrımcılık yasağına aykırılıktan söz edilemez.

Direktifin 6. maddesine göre üye devletler; yaş nedeniyle farklı muamelelerin, eğer ulusal hukuk bağlamında meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedefleri de dahil olmak üzere, meşru bir amaçla objektif ve makul şekilde haklı gösteriliyorsa ve eğer bu amaca ulaşmada kullanılan yollar uygun ve gerekli ise, ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebilirler. Yine aynı maddenin (2) no'lu fıkrasına göre, üye devletler çalışma hayatıyla ilgili sosyal güvenlik planları için, bu planlar kapsamında çalışanlar ya da çalışan grupları veya kategorileri için farklı yaşların tespit edilmesi

de dahil olmak üzere, işe kabul veya emekliliğe ya da iş göremezlik ödemelerine hak kazanmak için yaş tespit edilmesinin ve bu planlar bağlamında yaş ölçütünün sigorta hesaplamalarında kullanılmasının, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması kaydıyla, yaşa dayalı ayrımcılık teşkil etmediğini öngörebilirler. Bu hükümlerle üye devletlerin belli bazı hallerde yapacakları hukuki düzenlemelerin yaşa dayalı ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

Değerlendirmemize konu Federal Mahkeme kararında da, yasal işgücü ve istihdam politikaları kapsamında yaşlı işçilerin, genç işçilere oranla farklı bir şekilde muamele görmesinin, Direktifin 6. maddesinin 1. fıkrasında yere alan hedef ile çelişmediği vurgulanmıştır.

5. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

4857 sayılı İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrasında, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." hükmüne yer verilerek, ayrımcılık yapılamayacak haller tahdidi olmayan bir biçimde sayılmıştır. Fıkra da yer alan iş ilişkisi kavramı, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak, sözleşmenin devamı sürecini ve sona ermesini de kapsar. Her ne kadar yaşlılığa bağlı ayrımcılık açık bir biçimde madde metninde yer almıyor ise de, kanaatimizce işverenin eşit davranma borcu yaşa dayalı ayrımcılığı da kapsamına almaktadır. Nitekim Yargıtay tarafından onanan bir yerel mahkeme kararında da işverenin çalışanlarına uyguladığı ücret artışından emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılmaması eşitlik ve adalete aykırı bulunmuştur⁵.

İş sözleşmesinin işveren tarafından sona er-

dirilmesinde "işçinin belirli bir yaşa gelmesi" veya "emeklilik" olgularına özellikle işe iade davalarına ilişkin Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Bilindiği üzere mevzuatımızda çalışma üst yaşına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın toplu iş sözleşmesi, personel yönetmeliği gibi düzenlemelerle emeklilik yaşına gelen işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesini belli bazı şartların varlığı halinde geçerli fesih nedeni olarak kabul ettiği görülmektedir. Keza işletmeden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olan işçilerin sözleşmesinin sona erdirilmesi de sosyal seçim kriteri kapsamında geçerli kabul edilebilmektedir.

Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında, "Dosyada mevcut ve feshe dayanak oluşturan İşyeri Personel Yönetmeliğinin Tasfiye başlığını taşıyan 104. maddesi "İş Kanunu'nun kabul ettiği bildirimsiz fesih sebepleri bulunmasa dahi çalıştırılmasında yarar görülmeyen personel ile SSK mevzuatına göre yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış olan personelin iş akdi atamadaki usule uyularak ve İş Kanunu'na göre yasal hakları ödenmek suretiyle her zaman feshedilebilir." şeklinde düzenlenmiştir. Davalı işverenin anılan yönetmelik maddesi uyarınca işyerinde öteden beri objektif kriterlere uygun olarak uygulama yapıp yapmadığı, yaşlılık aylığı almaya hak kazanan personelin tasfiyesine dair genel bir uygulamasının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tarafların bu konuda gösterecekleri deliller ile işyeri kayıtları üzerinde bir inceleme yapıp değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmesi gerekir."⁶ gerekçesiyle, davacı işçinin işe iade talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay bir başka kararında da, "Fesih bildirimini yapıldığı tarih itibari ile işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 13/A-1. maddesinde "İşçilerden erkeklerin 55 ve kadınların 50 yaşını doldurmaları halinde işbu sözleşme hükümlerine göre ihbar önellerine uymak şartıyla taraflardan herhangi birisi hizmet akdini tek taraflı olarak feshedebilir. Ancak, hizmet akdinin işveren tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi halinde hizmet akdi feshedilmek istenen işçi fesih tarihi itibariyle emekliliğe hak kazanmadığına dair

Mevzuatımızda çalışma üst yaşına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır.

SSK'dan yazılı bir belge getirirse bu fesih işlemi işçinin emekliliğine hak kazanacağı tarihe kadar ertelenebilir.” kuralına yer verilmiştir. Buna göre emekliliğe hak kazanan işçinin iş sözleşmesi işverence ihbar önellerine uyulmak şartı ile feshedebilecektir. Ancak, Dairemiz uygulamasına göre bu tür düzenlemelerin objektif ve genel olarak uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde söz konusu düzenlemenin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı, ayrıca davacının emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Belirtilen husus araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı sonucuna varılmalıdır.”⁷ görüşüne yer vermiştir.

Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında dikkat çeken husus, bu tarz uygulamaların objektif ve genel olarak aynı durumdaki çalışanlara uygulanması gerektiği yönündedir. Toplu iş sözleşmesinden veya personel yönetmeliğinden kaynaklanan bu tarz uygulamaların objektif ve genel olarak tüm çalışanlara uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de, Yüksek Mahkeme tarafından uygulamanın objektif ve genel olması olgusuna bir istisna getirildiği de görülmektedir. Yargıtay'a göre, üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez⁸. Bu husus Yargıtay'ın bir başka kararında şu şekilde ifade edilmiştir, “Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Sonuçta olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü gibi üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması

uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez.”⁹ Yargıtay'ın anılan kararında da görüldüğü üzere, bu tarz düzenlemelerin işyerinde eşit konumdakiler arasında uygulanmasının yeterli olduğu, farklı konumdaki çalışanlara yapılan farklı işlemlerin, uygulamanın objektif ve genel olması olgusunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.

Bu yöndeki işyeri uygulamasının personel yönetmeliğine dayalı olarak yapılması halinde de, işçinin bahsi geçen düzenlemeyi kabul etmesi gerektiği, işçinin işyerinde çalışmaya başladıktan sonra personel yönetmeliğinde değişiklik yapılarak yürürlüğe konulan bu tarz düzenlemenin işçinin çalışma koşullarında esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına geldiği, bu nedenle İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan prosedürün işletilmesi gerektiği, işçi tarafından kabul edilmeyen yönetmelik hükmünün o işçi yönünden bağlayıcı olmayacağı bir başka Yargıtay kararında da ifade edilmiştir¹⁰. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve tensikata ilişkin esasları içeren düzenlemelere de işveren tarafından uyulup uyulmadığını incelemekte ve toplu iş sözleşmesinde taraflarca öngörülen tensikat kurallarına uyulmamasının feshi geçersiz hale getireceğini kabul etmektedir¹¹. Bunun yanı sıra Yargıtay'ın işveren ile işyerinde yetkili sendika arasında yapılan ve tensikata ilişkin kriterlerin belirlendiği protokol hükümlerine de değer verdiği görülmektedir¹².

İş sözleşmesinin feshinde emeklilik yaşına gelmiş olmanın tek başına geçerli sebep teşkil etmeyeceği Yargıtay'ın çeşitli kararlarında açık bir biçimde ifade edilmiştir¹³. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında emekliliğe hak kazanmış olmanın hangi hallerde geçerli sebep oluşturabileceği belirtilmiştir. Yüksek Mahkemenin 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında, “4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde salt emekliliği kazanma, fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir.”¹⁴ Yüksek Mahkeme bir başka kararında da bu görüşünü, “Davalı işveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, iş-

yerinden kaynaklanan başka nedenler ileri sürmemiştir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi, emeklilik, diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilebilecektir.”¹⁵ şeklinde belirtmiştir. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesinde de, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında sayılmıştır.

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olması, Yargıtay tarafından, işyerinde veya işletmede ortaya çıkan istihdam fazlalığına bağlı fesihlerde bir sosyal seçim kriteri¹⁶ olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’a göre, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve

söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçüt olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir.”¹⁸

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’na göre on işçiden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde bir işveren, zorunlu işyeri gereklerinden kaynaklanan bir nedenle bütün işçilerini değil, fakat işçilerden bir bölümünün sözleşmesini feshetme zorunda ise o takdirde bir seçim yapmak durumundadır. Bu durumu hiç veya yeteri kadar dikkate almazsa fesih işlemi sosyal açıdan yetersiz kalır. Bir diğer kurala göre de, işverenin böyle bir seçim yapma olanağı durumlarda bilgileri, yetenekleri ve iş görme kapasiteleri bakımından işi sürdürmelerinde işyerinde dengeli bir personel yapısının korunması bakımından vazgeçemeyeceği işçilerini diğerlerinden ayırma olanağı tanımakta ve onların sosyal seçim dışında tutulmalarını sağlamaktadır¹⁹.

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olması, Yargıtay tarafından, işyerinde veya işletmede ortaya çıkan istihdam fazlalığına bağlı fesihlerde bir sosyal seçim kriteri olarak kabul edilmektedir.

bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir¹⁷. Yargıtay’ın işyerinden veya işletmeden kaynaklanan fesihlerde işveren tarafından uygulanan sosyal seçim kriterinin uygulanmasında, işverenin fesih işlemlerinde “genel ve objektif” hareket edip etmediği hususu üzerinde durduğu, feshin en son çare olup olmadığını ve işyerinden kaynaklanan sebebin varlığını dikkate aldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü bir kararında şu şekilde ortaya koymaktadır; “Mahkemece yapılacak iş; işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığını saptamak, fesih tarihi itibarıyla işçi fazlalığı bulunup bulunmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı, işçi fazlalığı

4857 sayılı İş Kanunu’nda sosyal seçim kriterine yer verilmiş değildir. Bununla birlikte Yargıtay’ın birçok kararında sosyal seçim kriterine ve buna ilişkin ölçütlere yer verilmiştir²⁰. Ancak Yargıtay, işyerindeki yeniden yapılanma kararı ve uygulaması çerçevesinde ortaya çıkan personel fazlalığı dolayısıyla yapılan tensikata ilişkin olarak, son dönemde vermiş olduğu bir kararında “İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen “mutlak ayırım yasağı” dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere

uyulmadan yapılan fesihlerin - diğer şartlar da gerçekleşmişse - geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır.²¹ görüşüne yer vererek, iş sözleşmesinin işyerinden kaynaklanan sebeplerle feshinde, işverenin fesih hakkının sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen mutlak ayırım yasağı ile sınırlandırıldığını; bunun dışında, işvereni bağlayıcı nitelikte herhangi bir düzenlemenin mevzuatımızda yer almadığını belirtmiştir.

6. Sonuç

İşverenin, makul ve geçerli bir neden olmadıkça, aynı durum ve konumdaki çalışanlarına eşit davranma yükümlülüğü çağdaş iş hukukunca kabul edilmiş temel borçlarından birisidir. Çalışanlara eşit işlemde bulunulması ve çalışanlar arasında ayırım yapılmaması, eşit nitelikteki ve konumdaki işçiler bakımından söz konusu olur. İşçiler arasında örneğin kıdem, eğitim gibi objektif veya liyakat, yetenek gibi sübjektif nitelik farklılıkları olabilir. Bu gibi hallerde çalışanlar arasında eşitlik söz konusu olmadığından, bu kişilerin nitelikleri veya konumları nedeniyle işveren tarafından yapılacak farklı muameleler, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. İş Hukukumuzdaki işverenin eşit davranma borcu, çalışanlara mutlak anlamda eşit davranılması gerektiği sonucunu doğurmaz. İşverenin, çalışanları arasında eşit davranma yükümlülüğünün, iş sözleşmesini fesih hakkını kullanırken de söz konusu olabileceği, mutlak ayırım yasaklarına aykırı olarak yapılan fesihlerin geçersiz olacağı doktrinde de genellikle kabul görmektedir.

İşçinin emekliliğe hak kazanmış olması, iş sözleşmesinin feshinde tek başına geçerli neden teşkil etmez ise de, Yargıtay emekliliğe hak kazanmış olan işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği hükümlerinin genel ve objektif bir biçimde uygulanması halinde geçerli sebep teşkil edeceğini kabul etmektedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri kapsamında, taraflar toplu iş sözleşmesinde iş sözleş-

mesinin hangi hallerde sona erdirilebileceğine ilişkin düzenlemelere de yer verebilirler. Keza iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinde de benzer düzenlemeler bulunabilir. Anılan düzenlemelere istinaden, işyerinde çalışan ve eşit konumda bulunan, emekliliğe hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi, geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Sosyal seçim kriterine mevzuatımızda yer verilmemiş olması nedeniyle, işverenin bu kriteri uymakla yükümlü tutulmaması ve eşit davranma borcuna aykırı hareket etmemek kaydıyla, yönetim hakkı çerçevesinde karar verme serbestliğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu, işçiler arasındaki ayrımcılık yasağının mutlak olduğu hallerle sınırlıdır²².

Avrupa Birliği'nin 200/78/EC sayılı Konsey Direktifi, cinsiyet, yaş, özürlülük vb. nedenlerle dezavantajlı konumda bulunan çalışanların korunması ve bu kişilerin çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalmaması amacıyla çıkarılmıştır. Üye devletler, Direktifte din veya inanç, özürü olma, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele konusunda gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutulmuştur. Bununla birlikte Direktifte, üye devletlerin makul ve geçerli sebeplerin varlığına bağlı olarak farklı muameleler yapabilmesine ilişkin istisnai düzenlemeler de yer almaktadır. Federal Mahkeme kararına konu olan yaşa dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak da, doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın yasaklanmış olmasına karşın, üye devletlerin belirli bir grup veya kategori işçiler için değişik yaşlar tespit edilmesi de dahil olmak üzere örneğin emekliliğe hak kazanma konusunda getirilen yaş ölçütü, yaşa dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir. Federal Mahkeme de emeklilik yaşına gelmiş olan bir çalışanın iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeye istinaden sona erdirilmiş olmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmemiştir.

DİPNOTLAR

* Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 19, sf: 465

1 TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, sf: 2.

- 2 TUNCAY, a.g.e., sf: 5.
- 3 YENİSEY, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL İHSGHD, Sayı: 7, İstanbul 2005, sf: 977-978.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2008, sf: 538-539.
- 5 Kartal (2.) İş Mah. 19.12.2002 T. 2001/694 E., 2002/708 K., (Y. 9. H.D., 06.10.2003 T., 2003/3501 E., 2003/16308 K.)
- 6 Y. 9. H.D., 02.05.2005 T., 2005/11001 E., 2005/15383 K.
- 7 Y. 9. H.D., 27.11.2006 T., 2006/22981 E., 2006/31277 K.
- 8 Y. 9. H.D. 16.06.2008 T., 2008/18724 E., 2008/16032 K.
- 9 Y. 9. H.D. 05.05.2008 T., 2008/15374 E., 2008/11405 K.
- 10 Y. 9. H.D., 06.11.2006 T., 2006/20021 E., 2006/29320 K.
- 11 Y. 9. H.D., 21.07.2008 T., 2008/22631 E., 2008/20768 K.
- 12 Y. 9. H.D., 19.02.2007 T., 2006/32952 E., 2007/4694 K., “Davalı işveren, ekonomik nedenlerle kadro daraltılmasına gidilmesi zorunluluğu doğduğunu, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriğine göre, davalı işveren ile sendika arasında yapılan görüşmede kadro azaltılması sırasında; emekliliği hak etmiş olanlar, gönüllüler, emekliliğine bir yıldan az kalanlar, karı-koca çalışanlardan kadınların çıkarılması gibi kriterlerin dikkate alınmasına karar verildiği, görüşmenin tutanağa bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, öncelikle yapılması gereken iş; kadro daraltılmasına gidilip gidilmediğinin, söz konusu işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının, fesihden önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığının, feshin son çare olması ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve daha sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespitidir. Kadro daraltılması sonucu işçi çıkarılması zorunluluğu doğmuş ve fesihle sözü edilen tutanaktaki ölçütler dikkate alınmış ise feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.”
- 13 Y. 9. H.D. 11.12.2003 T., 2003/20222 E., 2003/20604 K., Y. 9. H.D. 03.03.2005 T., 2005/5095 E., 2005/7238 K.
- 14 Y. 9. H.D. 19.01.2004 T., 2003/22196 E., 2004/261 K.
- 15 Y. 9. H.D. 13.12.2004 T., 2004/28790 E., 2004/27501 K.
- 16 Y. 9. H.D. 23.01.2006 T., 2005/39084 E., 2006/931 K., “İşgücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilir.”
- 17 Y. 9. H.D. 30.06.2008 T., 2008/1848 E., 2008/18002 K.
- 18 Y. 9. H.D. 05.05.2008 T., 2007/35816 E., 2008/11432 K., Aynı yönde Y. 9. H.D. 21.11.2006 T., 2006/22624 E., 2006/30737 K.
- 19 ULUCAN, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İHSGHD, Sayı: 14, İstanbul 2007, sf: 499.
- 20 Sosyal seçim kriterine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. ÇELİK, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL İHD, Sayı: 4, İstanbul 2006, sf: 5-12, ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, SİCİL İHD, Sayı: 4, İstanbul 2006, sf: 95-105, MOLLAMAHMUTOĞLU a.g.e., sf: 737 vd., ULUCAN a.g.m., GÜZEL-ERTAN, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İHSGHD, Sayı: 16, İstanbul 2007, sf: 1219-1305.
- 21 Y. 9. H.D. 11.09.2008 T., 2008/28373 E., 2008/23213 K. MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e, sf: 742.
- 22 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., sf: 540.



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

..... sayısının/sayılarının maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi

Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS

Şişli 34381 İSTANBUL

Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx)

Faks: (0212) 241 76 19

Yapı Kredi Bankası

Abide Şubesi

82467855

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)